

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James Keegstra *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Jewish Congress, the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada, Interamicus, the Women's Legal Education and Action Fund and the Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. KEEGSTRA

File No.: 21118.

1989: December 5, 6; 1990: December 13.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Hate propaganda — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(2) of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provision — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(3)(a) of Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

James Keegstra *Intimé*

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le Congrès juif canadien, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, Interamicus, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et l'Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

d RÉPERTORIÉ: R. c. KEEGSTRA

N° du greffe: 21118.

1989: 5, 6 décembre; 1990: 13 décembre.

e Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

f

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Propagande haineuse — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a) — L'article 319(2) du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article h premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Renversement du fardeau de la preuve — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a) — L'article 319(3)a) du Code viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

* Chief Justice at the time of hearing.

* Juge en chef à la date de l'audition.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — General approach to s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The accused, an Alberta high school teacher, was charged under s. 319(2) of the *Criminal Code* with wilfully promoting hatred against an identifiable group by communicating anti-semitic statements to his students. Prior to his trial, the accused applied to the Court of Queen's Bench for an order quashing the charge. The court dismissed the application on the ground that s. 319(2) of the *Code* did not violate freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The court, for want of proper notice to the Crown, did not entertain the accused's argument that s. 319(3)(a) of the *Code* violated the presumption of innocence protected by s. 11(d) of the *Charter*. Section 319(3)(a) affords a defence of "truth" to the wilful promotion of hatred but only where the accused proves the truth of the communicated statements on a balance of probabilities. The accused was thereafter tried and convicted. On appeal the accused's *Charter* arguments were accepted, the Court of Appeal holding that ss. 319(2) and 319(3)(a) infringed ss. 2(b) and 11(d) of the *Charter* respectively, and that the infringements were not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Held (La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Sections 319(2) and 319(3)(a) of the *Code* are constitutional.

(1) *Freedom of Expression*

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Communications which wilfully promote hatred against an identifiable group are protected by s. 2(b) of the *Charter*. When an activity conveys or attempts to convey a meaning, through a non-violent form of expression, it has expressive content and thus falls within the scope of the word "expression" as found in the guarantee. The type of meaning conveyed is irrelevant. Section 2(b) protects all content of expression. In enacting s. 319(2) of the *Code*, Parliament sought to prohibit communications which convey meaning. Section 319(2), therefore, represents an infringement of s. 2(b).

Communications which are intended to promote hatred against identifiable groups do not fall within the ambit of a possible s. 2(b) exception concerning expression manifested in a violent form. This exception refers only to expression communicated directly through physi-

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Façon générale d'aborder l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés.

L'accusé, un professeur d'école secondaire en Alberta, a été inculpé en vertu du par. 319(2) du *Code criminel* d'avoir volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable en faisant à ses élèves des déclarations antisémites. Avant son procès, l'accusé a demandé à la Cour du Banc de la Reine de rendre une ordonnance annulant l'accusation. La cour a rejeté cette demande au motif que le par. 319(2) du *Code* ne portait pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme le ministère public n'avait pas reçu l'avis voulu, la cour n'a pas examiné l'argument de l'accusé selon lequel l'al. 319(3)a) du *Code* viole la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d) de la *Charte*. L'alinéa 319(3)a) prévoit un moyen de défense fondé sur la «vérité» à l'accusation de fomentation volontaire de la haine, mais seulement si l'accusé prouve, selon la prépondérance des probabilités, la véracité des déclarations communiquées. L'accusé a par la suite subi son procès et a été reconnu coupable. En appel, les arguments de l'accusé fondés sur la *Charte* ont été retenus, la Cour d'appel statuant que le par. 319(2) et l'al. 319(3)a) violaient respectivement les al. 2b) et 11d) de la *Charte* et que ces violations ne pouvaient se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. Le paragraphe 319(2) et l'al. 319(3)a) du *Code* sont constitutionnels.

(1) *La liberté d'expression*

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les communications constituant une fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable sont protégées par l'al. 2b) de la *Charte*. Lorsqu'une activité transmet ou tente de transmettre une signification par une forme d'expression non violente, elle a un contenu expressif et relève en conséquence du champ du mot «expression» utilisé dans la garantie. Le type de signification transmise n'a aucune pertinence. L'alinéa 2b) protège tout contenu de l'expression. Le Parlement a tenté, par l'adoption du par. 319(2) du *Code*, d'interdire des communications qui transmettent une signification. Le paragraphe 319(2) représente donc une violation de l'al. 2b).

Les communications qui sont destinées à fomenter la haine contre des groupes identifiables ne relèvent pas de l'exception possible à l'al. 2b) que pourrait constituer l'expression se manifestant sous une forme violente. Cette exception ne s'applique qu'à l'expression manifes-

cal harm. Hate propaganda is not analogous to violence. It conveys a meaning that is repugnant, but the repugnance stems from the content of the message and not from its form. As for threats of violence, they are not excluded from the definition of expression envisioned by s. 2(b).

Sections 15 and 27 of the *Charter*, which deal with equality and multiculturalism, and the international agreements signed by Canada on the prohibition of racist statements, should not be used to interpret the scope of s. 2(b). It is inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context so requires. The large and liberal interpretation given to freedom of expression indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1 of the *Charter*. This section both guarantees and limits *Charter* rights and freedoms by reference to principles fundamental in a free and democratic society.

Section 319(2) of the *Code* constitutes a reasonable limit upon freedom of expression. Parliament's objective of preventing the harm caused by hate propaganda is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional freedom. Parliament has recognized the substantial harm that can flow from hate propaganda and, in trying to prevent the pain suffered by target group members and to reduce racial, ethnic and religious tension and perhaps even violence in Canada, has decided to suppress the wilful promotion of hatred against identifiable groups. Parliament's objective is supported not only by the work of numerous study groups, but also by our collective historical knowledge of the potentially catastrophic effects of the promotion of hatred. Additionally, the international commitment to eradicate hate propaganda and Canada's commitment to the values of equality and multiculturalism in ss. 15 and 27 of the *Charter* strongly buttress the importance of this objective.

Section 319(2) of the *Code* is an acceptably proportional response to Parliament's valid objective. There is obviously a rational connection between the criminal prohibition of hate propaganda and the objective of protecting target group members and of fostering harmonious social relations in a community dedicated to equality and multiculturalism. Section 319(2) serves to illustrate to the public the severe reprobation with which society holds messages of hate directed towards racial and religious groups. It makes that kind of expression less attractive and hence decreases acceptance of its content. Section 319(2) is also a means by which the

tée directement par un préjudice corporel. La propagande haineuse n'est pas analogue à la violence. Elle transmet un message offensant, mais le caractère offensant tient au contenu du message et non à sa forme. Quant aux menaces de violence, elles ne sont pas exclues de la définition de l'expression envisagée à l'al. 2b).

Il n'y a pas lieu, pour déterminer la portée de l'al. 2b), d'avoir recours aux art. 15 et 27 de la *Charte*, qui concernent l'égalité et le multiculturalisme, ni aux conventions internationales signées par le Canada sur la prohibition de déclarations racistes. Il n'y a pas lieu non plus d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels aux fins de l'article premier de la *Charte*. Cet article garantit et limite à la fois les droits et libertés garantis par la *Charte* en faisant appel aux principes qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique.

Le paragraphe 319(2) du *Code* constitue une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression. L'objectif visé par le législateur de prévenir le mal causé par la propagande haineuse est d'une importance suffisante pour justifier la suppression d'une liberté garantie par la Constitution. Le législateur a reconnu le préjudice réel pouvant découler de la propagande haineuse et, cherchant à empêcher que des membres d'un groupe cible en souffrent et à réduire la tension—et peut-être même la violence—raciale, ethnique et religieuse au Canada, a décidé d'éliminer la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. L'objectif du Parlement est appuyé non seulement par les travaux de nombreux groupes d'étude, mais aussi par notre connaissance historique collective des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine. Qui plus est, l'engagement international d'éliminer la propagande haineuse ainsi que l'engagement envers l'égalité et le multiculturalisme manifesté par le Canada dans les art. 15 et 27 de la *Charte* étayent fortement l'importance de cet objectif.

Le paragraphe 319(2) du *Code* a un degré acceptable de proportionnalité avec l'objectif valable du Parlement. Il existe manifestement un lien rationnel entre l'interdiction pénale de la propagande haineuse et l'objectif de protéger les membres du groupe cible et de favoriser des relations sociales harmonieuses au sein d'une collectivité qui croit fermement à l'égalité et au multiculturalisme. Le paragraphe 319(2) sert à montrer au public le profond sentiment de réprobation de la société à l'égard de messages haineux visant des groupes raciaux et religieux. Il rend ce genre d'expression moins attrayant et diminue en conséquence l'acceptation de son contenu.

values beneficial to a free and democratic society in particular, the value of equality and the worth and dignity of each human person can be publicized.

Section 319(2) of the *Code* does not unduly impair freedom of expression. This section does not suffer from overbreadth or vagueness; rather, the terms of the offence indicate that s. 319(2) possesses definitional limits which act as safeguards to ensure that it will capture only expressive activity which is openly hostile to Parliament's objective, and will thus attack only the harm at which the prohibition is targeted. The word "wilfully" imports into the offence a stringent standard of *mens rea* which significantly restricts the reach of s. 319(2) by necessitating the proof of either an intent to promote hatred or knowledge of the substantial certainty of such a consequence. The word "hatred" further reduces the scope of the prohibition. This word, in the context of s. 319(2), must be construed as encompassing only the most severe and deeply felt form of opprobrium. Further, the exclusion of private communications from the scope of s. 319(2), the need for the promotion of hatred to focus upon an identifiable group and the presence of the s. 319(3) defences, which clarify the scope of s. 319(2), all support the view that the impugned section creates a narrowly confined offence. Section 319(2) is not an excessive impairment of freedom of expression merely because the defence of truth in s. 319(3)(a) does not cover negligent or innocent error as to the truthfulness of a statement. Whether or not a statement is susceptible to classification as true or false, such error should not excuse an accused who has wilfully used a statement in order to promote hatred against an identifiable group. Finally, while other non-criminal modes of combatting hate propaganda exist, it is eminently reasonable to utilize more than one type of legislative tool in working to prevent the spread of racist expression and its resultant harm. To send out a strong message of condemnation, both reinforcing the values underlying s. 319(2) and deterring the few individuals who would harm target group members and the larger community by communicating hate propaganda, will occasionally require use of the criminal law.

The effects of s. 319(2) are not of such a deleterious nature as to outweigh any advantage gleaned from the limitation of s. 2(b). The expressive activity at which s. 319(2) is aimed constitutes a special category, a category only tenuously connected with the values underlying

Le paragraphe 319(2) est en outre un moyen de faire connaître les valeurs bénéfiques à une société libre et démocratique, notamment l'égalité ainsi que la valeur et la dignité de chaque être humain.

^a Le paragraphe 319(2) du *Code* ne porte pas indûment atteinte à la liberté d'expression. Il ne pêche ni par une portée excessive ni par l'imprécision. Au contraire, les conditions de l'infraction indiquent que le par. 319(2) comporte une définition restrictive qui assure qu'il ne touchera que l'activité expressive qui s'oppose ouvertement à l'objectif du législateur et vise donc uniquement le mal qui fait l'objet de l'interdiction. Le mot «volontairement» introduit dans l'infraction une norme stricte en matière de *mens rea* qui réduit sensiblement la portée du par. 319(2) en exigeant la preuve de l'intention de fomenter la haine ou de la conscience de la forte probabilité d'une telle conséquence. Le mot «haine» vient limiter davantage la portée de l'interdiction. Dans le contexte du par. 319(2), ce mot doit s'interpréter comme ^b se limitant à l'opprobre le plus marqué et le plus profondément ressenti. De plus, le fait que le par. 319(2) exclut la conversation privée de son champ d'application, le fait qu'il exige que la fomentation de la haine vise un groupe identifiable et le fait que divers moyens de défense sont prévus au par. 319(3) et précisent ainsi ^c la portée du par. 319(2), sont tous des facteurs qui étayaient l'opinion que le paragraphe contesté crée une infraction aux limites étroites. Le fait que la défense de véracité prévue à l'al. 319(3)a ne prévoit pas le cas de ^d l'erreur négligente ou innocente quant à la vérité d'une déclaration ne signifie pas que le par. 319(2) constitue une atteinte excessive à la liberté d'expression. Qu'une déclaration puisse ou non être qualifiée de vraie ou de fausse, une telle erreur ne devrait pas excuser un accusé qui s'est volontairement servi d'une déclaration afin de ^e fomenter la haine contre un groupe identifiable. Enfin, bien qu'il existe d'autres moyens, non pénaux, de lutte contre la propagande haineuse, il est éminemment raisonnable de recourir à plus d'un type d'instrument législatif pour chercher à empêcher la diffusion de l'expression raciste et le préjudice qui en résulte. L'expression non équivoque de la réprobation, servant à la fois au ^f renforcement des valeurs sous-jacentes au par. 319(2) et à la dissuasion de quelques individus qui feraient du tort aux membres d'un groupe cible et à l'ensemble de la ^g collectivité par la communication de propagande haineuse, nécessitera parfois le recours au droit criminel.

Les effets du par. 319(2) ne sont pas à ce point préjudiciables qu'ils l'emportent sur tout avantage tiré de la restriction imposée à l'al. 2b). L'activité expressive que vise le par. 319(2) tombe dans une catégorie spéciale, qui n'a qu'un faible lien avec les valeurs qui

the guarantee of freedom of expression. Hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. Moreover, the narrowly drawn terms of s. 319(2) and its defences prevent the prohibition of expression lying outside of this narrow category. Consequently, the suppression of hate propaganda represents an impairment of the individual's freedom of expression which is not of a most serious nature.

Per La Forest, Sopinka McLachlin JJ. (dissenting): Section 319(2) of the *Code* infringes the guarantee of freedom of expression. Where, as in this case, an activity conveys or attempts to convey a meaning or message through a non-violent form of expression, this activity falls within the sphere of the conduct protected by s. 2(b). This section protects all content of expression irrespective of the meaning or message sought to be conveyed, no matter how offensive it may be. The government's purpose in enacting s. 319(2) was to restrict freedom of expression by curtailing what people may say. Section 319(2), therefore, imposes a limit on s. 2(b).

The promotion of hatred in this case does not assume a form which falls outside the protected sphere of s. 2(b). The accused's communications were offensive and propagandistic, but they do not constitute threats in the usual sense of that word. The accused's statements did not urge violence against the Jewish people. They were not made with the intention and do not have the effect of compelling Jewish people or anyone else to do one thing or another. Nor do the accused's statements constitute violence. Violence, as discussed in *Dolphin Delivery* and *Irwin Toy*, connotes actual or threatened physical interference with the activities of others. Moreover, statements promoting hatred are not akin to threats or violence. There is nothing in the form of such statements which subverts democracy or our basic freedoms in the way in which violence or threats of violence may. Finally, to suggest that speech, like hate propaganda, which undermines the credibility of speakers belonging to particular groups does not fall within s. 2(b) of the *Charter*, is to remove from the protection of the *Charter* an enormous amount of speech which has long been accepted as important and valuable.

sous-tendent la garantie de la liberté d'expression. La propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. En outre, la portée étroite du par. 319(2) ainsi que les moyens de défense prévus empêchent l'interdiction de l'expression qui ne relève pas de cette catégorie restreinte. Par conséquent, la suppression de la propagande haineuse ne représente pas une atteinte des plus graves à la liberté d'expression de l'individu.

Les juges La Forest, Sopinka et McLachlin (dissidents): Le paragraphe 319(2) du *Code* viole la garantie de la liberté d'expression. Lorsque, comme en l'espèce, une activité transmet ou tente de transmettre une signification ou un message par une forme d'expression non violente, cette activité relève de la sphère des conduites protégées par l'al. 2b). Celui-ci protège tout le contenu de l'expression, si offensant qu'il puisse être, sans égard à la signification ou au message que l'on tente de transmettre. Par l'adoption du par. 319(2), le gouvernement visait à limiter la liberté d'expression en imposant des restrictions à ce qu'on peut dire. Le paragraphe 319(2) impose donc une restriction à l'al. 2b).

En l'espèce, la fomentation de la haine ne revêt pas une forme qui est exclue de la sphère de protection de l'al. 2b). Les communications de l'accusé sont offensantes et tiennent de la propagande, mais elles ne constituent pas des menaces au sens courant du terme. Elles n'incitent pas à la violence contre les juifs. Elles n'ont pas été avancées avec l'intention, et elles n'ont pas pour effet, d'astreindre les juifs ou qui que ce soit d'autre à une certaine conduite. Les déclarations de l'accusé ne constituent pas non plus de la violence. La violence dont parlent les arrêts *Dolphin Delivery* et *Irwin Toy* connote une ingérence ou une menace d'ingérence matérielle réelle dans les activités d'autrui. De plus, les déclarations fomentant la haine ne s'apparentent pas à des menaces ni à la violence. Rien dans la forme de ces déclarations ne subvertit la démocratie ou nos libertés fondamentales de la manière que peuvent le faire la violence ou les menaces de violence. Finalement, prétendre que l'al. 2b) de la *Charte* ne s'applique pas à l'expression qui, comme la propagande haineuse, mine le crédit de personnes qui s'expriment et appartiennent à des groupes déterminés, revient à priver de la protection de la *Charte* une quantité énorme d'expressions dont l'importance et la valeur sont reconnues depuis longtemps.

Sections 15 and 27 of the *Charter* and the international covenants signed by Canada on the prohibition of racism do not reduce the scope of expression protected by s. 2(b) so as to exclude the accused's statements. First, to do so would be to exclude statements from the protection of s. 2(b) on the basis of their content, an approach which this Court has rejected. Second, given that the protection under s. 2(b) is aimed at protecting individuals from having their expression infringed by the government, it would be a misapplication of *Charter* values to thereby limit the scope of that individual guarantee with an argument based on s. 15, which is also aimed at circumscribing the power of the state. Third, it would be extremely difficult to balance in the abstract conflicting values such as equality and multiculturalism against freedom of expression. Assuming such balancing were to be done, it would be more appropriately made under s. 1 of the *Charter* than under s. 2(b). Fourth, Canada's international obligations, and the accords negotiated between international governments, may well be helpful in placing *Charter* interpretation in a larger context but these obligations are not determinative or limitative of the scope of the *Charter* guarantees. The provisions of the *Charter*, though drawing on a political and social philosophy shared with other democratic societies, are uniquely Canadian. As a result, considerations may point, as they do in this case, to a conclusion regarding a rights violation which is not necessarily in accord with those international covenants. Unlike the international covenants, which exclude hate propaganda from the guarantee of speech, the *Charter* posits a broad and unlimited right of expression under s. 2(b), a right which can only be cut back under s. 1.

Section 2(b) does not protect only justified or meritorious expression. Historical legal limitations on expression which conflict with the larger Canadian conception of free speech must be rejected. While in this case it may be easy to achieve near-unanimous consensus that the statements contribute nothing positive to our society, experience shows that in other cases it may be difficult to draw the line between speech which has value to democracy or social issues and speech which does not. Attempts to confine the guarantee of free expression only to content which is judged to possess redeeming value or to accord with the accepted values strike at the very essence of the value of the freedom, reducing the realm of protected discussion to that which is comfortable and compatible with current conceptions. If the guarantee of free expression is to be meaningful, it

Ni les art. 15 et 27 de la *Charte* ni les conventions internationales signées par le Canada qui interdisent le racismisme ne réduisent le champ de l'expression protégée par l'al. 2b) de manière à en exclure les déclarations de l'accusé. Premièrement, cela reviendrait à refuser la protection de l'al. 2b) à certaines déclarations à cause de leur contenu, idée que la Cour a rejetée. Deuxièmement, vu que la garantie de l'al. 2b) vise à protéger les individus contre l'atteinte à leur liberté d'expression par le gouvernement, ce serait une application erronée des valeurs de la *Charte* de limiter la portée de la garantie donnée à l'individu avec une argumentation fondée sur l'art. 15 qui vise également à circonscrire les pouvoirs de l'État. Troisièmement, il serait extrêmement difficile d'apprécier dans l'abstrait l'importance relative de valeurs opposées telles que l'égalité et le multiculturalisme d'une part et la liberté d'expression d'autre part. À supposer que cette évaluation se fasse, il conviendrait mieux de la faire en vertu de l'article premier de la *Charte* qu'en vertu de l'al. 2b). Quatrièmement, les obligations internationales du Canada et les accords négociés entre gouvernements nationaux peuvent être utiles pour élargir le contexte de l'interprétation de la *Charte*, mais ces obligations ne permettent pas de définir ni de limiter la portée des garanties énoncées dans la *Charte*. Les dispositions de la *Charte*, quoiqu'inspirées par une philosophie politique et sociale partagée avec d'autres sociétés démocratiques, sont particulières au Canada. En conséquence, diverses considérations peuvent mener, comme en l'espèce, à une conclusion concernant une violation des droits qui n'est pas nécessairement en accord avec ces conventions internationales. À la différence des conventions internationales qui excluent la propagande haineuse de la garantie de la liberté d'expression, la *Charte* prévoit à l'al. 2b) un droit large et illimité à l'expression, qui ne peut être réduit qu'en vertu de l'article premier.

L'alinéa 2b) ne protège pas seulement l'expression justifiée ou méritoire. On ne peut admettre que l'expression soit soumise à des restrictions juridiques historiques lorsque celles-ci entrent en conflit avec la conception canadienne plus large de la liberté de parole. Bien qu'il puisse être facile en l'espèce d'arriver au consensus presque unanime que les déclarations en cause n'apportent rien de positif à notre société, l'expérience montre que dans d'autres cas il peut être difficile de tracer une ligne de démarcation entre l'expression qui a une valeur pour la démocratie ou la discussion de questions sociales, et celle qui n'en a pas. Les tentatives de limiter la garantie de liberté d'expression au contenu considéré avoir une valeur positive ou conforme avec les valeurs acceptées, frappent l'essence même de la valeur de cette liberté en réduisant le champ de protection des débats à

must protect expression which challenges even the very basic conceptions about our society. A true commitment to freedom of expression demands nothing less.

Section 319(2) of the *Code* does not constitute a reasonable limit upon freedom of expression. While the legislative objectives of preventing the promotion of hatred, of avoiding racial violence and of promoting equality and multiculturalism are of sufficient importance to warrant overriding the guarantee of freedom of expression, s. 319(2) fails to meet the proportionality test.

Section 319(2) does, to some degree, further Parliament's objective. However, the rational connection between s. 319(2) and its goals is tenuous as there is not a strong and evident connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression. Section 319(2) may in fact detract from the objectives it is designed to promote by deterring legitimate expression. Law-abiding citizens, who do not wish to run afoul of the law, could decide not to take the chance in a doubtful case. Creativity and the beneficial exchange of ideas could be adversely affected. At the same time, it is unclear that s. 319(2) provides an effective way of curbing hate-mongers. Not only does the criminal process attract extensive media coverage and confer on the accused publicity for his dubious causes, it may even bring him sympathy.

Section 319(2) of the *Code* does not interfere as little as possible with freedom of expression. Section 319(2) is drafted too broadly, catching more expressive conduct than can be justified by the objectives of promoting social harmony and individual dignity. The term "hatred" in s. 319(2) is capable of denoting a wide range of diverse emotions and is highly subjective, making it difficult to ensure that only cases meriting prosecution are pursued and that only those whose conduct is calculated to dissolve the social bonds of society are convicted. Despite the requirement of "wilful promotion", people who make statements primarily for non-nefarious reasons may also be convicted under s. 319(2). A belief that what one says about a group is true and important to political and social debate is quite compatible with, and indeed may inspire, an intention to promote active dislike of that group. Such a belief is equally compatible with foreseeing that promotion of such dislike may stem from one's statements. The absence of any requirement that actual harm or incitement to hatred be shown further broadens the scope of

ce qui ne dérange pas ou à ce qui est compatible avec les idées actuelles. Si la garantie de libre expression doit avoir un sens, elle doit protéger l'expression qui conteste même les conceptions les plus fondamentales de notre société. Un engagement réel envers la liberté d'expression n'exige pas moins.

Le paragraphe 319(2) du *Code* ne constitue pas une restriction raisonnable à la liberté d'expression. Bien que les objectifs législatifs de prévenir la fomentation de la haine, d'éviter la violence raciale et de favoriser l'égalité et le multiculturalisme revêtent une importance suffisante pour justifier la violation de la garantie de la liberté d'expression, le par. 319(2) ne satisfait pas au critère de proportionnalité.

Le paragraphe 319(2) permet dans une certaine mesure d'atteindre l'objectif visé par le législateur. Le lien rationnel entre le par. 319(2) et ses objets est cependant ténu, car il n'existe pas de lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et son élimination. Il se peut en fait que le par. 319(2) aille à l'encontre des objectifs visés en décourageant l'expression légitime. Le citoyen respectueux des lois qui ne veut pas commettre d'infraction pourrait en effet décider de ne pas courir le risque dans un cas douteux. La créativité et l'échange bénéfique d'idées en souffriraient peut-être. En même temps, il n'est pas certain que le par. 319(2) représente un moyen efficace de tenir en bride les fomentateurs de haine. Non seulement le processus criminel suscite un vif intérêt chez les médias et fournit à l'accusé de la publicité pour ses causes douteuses, mais il peut aussi lui attirer de la sympathie.

Le paragraphe 319(2) du *Code* ne porte pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Le paragraphe 319(2) est rédigé en termes trop larges de sorte qu'il englobe plus de conduite expressive que ne le justifie l'objectif de la promotion de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. Le mot «haine» au par. 319(2) peut dénoter une vaste gamme d'émotions diverses et il est hautement subjectif, ce qui rend difficile d'assurer que seuls seront poursuivis les cas où les poursuites sont justifiées et que seules seront reconnues coupables les personnes dont la conduite vise à dissoudre les liens sociaux. Malgré l'exigence d'une fomentation «volontaire» de la haine, des personnes qui font des déclarations pour des motifs qui ne sont pas répréhensibles risquent aussi d'être déclarées coupables en vertu du par. 319(2). La conviction que ce qu'on dit au sujet d'un groupe est vrai et constitue un apport important à un débat politique et social est parfaitement conciliable avec l'intention de fomenter une antipathie active contre ce groupe et peut même inspirer cette intention. Une telle conviction est aussi compatible avec la prévision

s. 319(2), and it is unclear, in practice, if the s. 319(3) defences, including the defence of truth, significantly narrow the ambit of s. 319(2). Moreover, not only is the category of speech caught by s. 319(2) defined broadly, the application of the definition of offending speech i.e., the circumstances in which the offending statements are prohibited is virtually unlimited. Only private conversations are exempt from state scrutiny. Given the vagueness of the prohibition of expression in s. 319(2), there is again a danger that the legislation may have a chilling effect on legitimate activities important to our society by subjecting innocent persons to constraints born out of a fear of the criminal process. Finally, the process by which the prohibition is effected—the criminal law—is the severest our society can impose and is arguably unnecessary given the availability of alternate and more appropriate and effective remedies.

Any questionable benefit conferred by s. 319(2) of the *Code* is outweighed by the significant infringement on the guarantee of freedom of expression. Section 319(2) does not merely regulate the form or tone of expression, it strikes directly at its content. It is capable of catching not only statements like those at issue in this case, but works of art and the intemperate statement made in the heat of social controversy. While few may actually be prosecuted to conviction under s. 319(2) and imprisoned, many fall within the shadow of its broad prohibition. Section 319(2) touches on the vital values upon which s. 2(b) of the *Charter* rests: the value of fostering a vibrant and creative society through the marketplace of ideas; the value of the vigorous and open debate essential to democratic government and preservation of our rights and freedoms; and the value of a society which fosters the self-actualization and freedom of its members. An infringement of this seriousness can only be justified by a countervailing state interest of the most compelling nature. However, the claims of gains to be achieved at the cost of the infringement of free speech represented by s. 319(2) are tenuous. Indeed, it is difficult to see how s. 319(2) fosters the goals of social harmony and individual dignity.

que les déclarations pourront avoir pour conséquence de fomenter cette antipathie. L'absence de toute obligation de démontrer qu'il y a réellement eu préjudice ou incitation à la haine élargit davantage la portée du par. 319(2) et il n'est pas certain, dans la pratique, que les moyens de défense prévus au par. 319(3), y compris celui de véracité, limitent sensiblement la portée du par. 319(2). De plus, non seulement la définition de la catégorie d'expression visée par le par. 319(2) est large, mais l'application de la définition de l'expression illicite—c.-à-d. les circonstances dans lesquelles les déclarations offensantes sont interdites—est presque illimitée. Seules les conversations privées sont à l'abri de l'examen de l'État. À cause de l'imprécision de l'interdiction de l'expression au par. 319(2), il existe un danger que cette disposition ait un effet paralysant sur des activités légitimes qui sont importantes pour notre société en soumettant des personnes innocentes à des contraintes nées de la peur du processus criminel. Enfin, le processus par lequel l'interdiction est portée—le droit criminel—est le plus sévère dans notre société et on peut se demander si cette criminalisation est nécessaire puisqu'il existe d'autres recours qui conviennent mieux et sont plus efficaces.

Tout avantage hypothétique découlant des dispositions du par. 319(2) du *Code* cède le pas à l'atteinte grave portée à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression. Le paragraphe 319(2) ne fait pas que réglementer la forme ou le ton de l'expression, il vise directement son contenu. Il peut s'appliquer non seulement à des déclarations comme celles en cause, mais aussi à des œuvres d'art et aux déclarations outrancières faites dans le feu d'une controverse sociale. Même s'il y a peu de poursuites en vertu du par. 319(2) qui aillent jusqu'à des déclarations de culpabilité ou à l'emprisonnement, nombreuses sont les déclarations auxquelles s'applique sa large interdiction. Le paragraphe 319(2) met en cause des valeurs vitales sur lesquelles l'al. 2b) de la *Charte* se fonde, la valeur qui consiste à favoriser une société dynamique et créative au moyen du marché des idées, la valeur représentée par le débat vif et ouvert essentiel au gouvernement démocratique et à la sauvegarde de nos droits et libertés et la valeur d'une société qui encourage l'épanouissement personnel et la liberté de ses membres. Une atteinte aussi grave ne peut se justifier que par l'existence d'un intérêt très impérieux de l'État qui lui fait contreponds. Cependant, les prétentions quant aux gains à obtenir au prix de la violation de la liberté d'expression par le par. 319(2) sont douteuses. Il est difficile de concevoir en quoi le par. 319(2) sert à promouvoir les objectifs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle.

(2) *Presumption of Innocence*

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Section 319(3)(a) of the *Code*, which provides that no person shall be convicted of wilfully promoting hatred "if he establishes that the statements communicated were true", infringes the presumption of innocence guaranteed in s. 11(d) of the *Charter*. The real concern under s. 11(d) is not whether the accused must disprove an element of the offence or prove a defence. What is decisive is the final effect of the impugned provision on the verdict. If, as in this case, an accused is required to prove some fact on a balance of probabilities to avoid conviction, the impugned provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

Section 319(3)(a) of the *Code* constitutes a reasonable limit on the presumption of innocence. Parliament's objective in employing a reverse onus is pressing and substantial. The objective behind s. 319(3)(a) is closely connected with the purpose of s. 319(2). Harm is created whenever statements are made with the intention of promoting hatred, whether or not they contain an element of truth. If the defence of truth is too easily used, Parliament's objective under s. 319(2) will suffer unduly. It is therefore in the furtherance of that same objective that truthfulness must be proved by the accused on a balance of probabilities.

Section 319(3)(a) meets the proportionality test. First, the section has a rational connection to the purpose of preventing the harm caused by hate propaganda. The reverse onus in the truth defence operates so as to make it more difficult to avoid conviction where the wilful promotion of hatred has been proven beyond a reasonable doubt. Second, the section also represents a minimal impairment of the presumption of innocence. By requiring the accused to prove that his statements are true on a balance of probabilities, Parliament made a concession to the importance of truth in freedom of expression values without excessively compromising the effectiveness of s. 319(2). Any less onerous burden would severely skew the equilibrium. Third, the importance of preventing the harm caused by hate propaganda is not outweighed by Parliament's infringement of s. 11(d). The reverse onus found in the truth defence represents the only way in which the defence can be offered while still enabling Parliament to prohibit hate propaganda effectively through criminal legislation; to

(2) *La présomption d'innocence*

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier: L'alinéa 319(3)(a) du *Code*, qui dispose que nul ne peut être déclaré coupable de fomentation volontaire de la haine s'il «établit que les déclarations communiquées étaient vraies», viole la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11(d) de la *Charte*. La préoccupation véritable aux fins de l'al. 11(d) n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément de l'infraction ou établir un moyen de défense. Ce qui est décisif c'est l'effet final de la disposition contestée sur le verdict. Si, comme en l'espèce, une disposition contestée oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

L'alinéa 319(3)(a) du *Code* constitue une restriction raisonnable de la présomption d'innocence. L'objectif visé par le législateur en prévoyant le renversement du fardeau de la preuve est urgent et réel. L'objectif de l'al. 319(3)(a) est étroitement lié à l'objet du par. 319(2). Un préjudice est causé chaque fois que des déclarations sont faites avec l'intention de fomenter la haine, qu'elles renferment ou non une part de vérité. S'il est trop facile de se prévaloir du moyen de défense de véracité, cela compromettra indûment la réalisation de l'objectif que vise le législateur au par. 319(2). C'est donc dans le but d'atteindre ce même objectif que la véracité doit être prouvée par l'accusé selon la prépondérance des probabilités.

L'alinéa 319(3)(a) satisfait au critère de proportionnalité. Premièrement, cet alinéa a un lien rationnel avec l'objet de prévenir le mal causé par la propagande haineuse. Le renversement du fardeau de preuve qu'opère le moyen de défense de véracité joue de manière à ce qu'il soit plus difficile de se soustraire à une déclaration de culpabilité dans un cas où la fomentation volontaire de la haine a été établie hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, cet alinéa porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence. En obligeant l'accusé à prouver l'exactitude de ses déclarations selon la prépondérance des probabilités, le Parlement a fait une concession dictée par l'importance que revêt la vérité parmi les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, et ce, sans nuire indûment à l'efficacité du par. 319(2). Un fardeau moins lourd provoquerait un grave déséquilibre. Troisièmement, l'importance de la prévention du préjudice causé par la propagande haineuse l'emporte sur la violation de l'al. 11(d) par le législateur fédéral. Le renversement du fardeau de la preuve que

require that the state prove beyond a reasonable doubt the falsity of a statement would excuse much of the harmful expressive activity caught by s. 319(2) despite minimal proof as to its worth.

Per Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): Section 319(3)(a) of the *Code* infringes s. 11(d) of the *Charter*. Under s. 319(2), where the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused wilfully promoted hatred against an identifiable group, the accused will escape liability if, under s. 319(3)(a), he "establishes that the statements communicated were true". By placing the burden of establishing the truth of the statements on the accused, Parliament has contravened the basic principle that the accused need not prove a defence. When an accused is required to prove some fact on a balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

Section 319(3)(a) of the *Code* does not constitute a reasonable limit upon the right to be presumed innocent. The section lacks the required degree of proportionality. It is difficult to discern a rational connection between the aims of s. 319(3)(a) and its requirement that the accused prove the truth of his statements. Further, s. 319(3)(a) does not impair s. 11(d) as little as possible. Because of its superior resources, the state is in a better position than the accused to determine whether or not a statement is true or false. If such a determination is impossible, it should not be ruled out that the statements could be more valuable than harmful. These considerations suggest that s. 319(3)(a)'s infringement of the presumption of innocence is neither minimal nor, given the importance of the infringement in the context of prosecutions under s. 319(2), sufficient to outweigh the dubious benefit of such a provision. Parliament intended the truth to be a defence and falsehood to be an important element of the offence created by s. 319(2). That fact, coupled with the centrality of the presumption of innocence in our criminal law, indicates that only a countervailing state interest of the most compelling kind could justify the infringement. It is difficult to see, however, what benefits s. 319(2) in fact produces in terms of stemming hate propaganda and promoting social harmony and individual dignity.

comporte le moyen de défense de véracité est la seule façon pour le Parlement d'offrir ce moyen de défense tout en proscrivant efficacement la propagande haineuse par des dispositions pénales. Exiger que l'État prouve hors de tout doute raisonnable la fausseté d'une déclaration reviendrait à excuser une bonne partie de l'activité expressive nocive que vise le par. 319(2) même en présence d'une preuve minime de sa valeur.

Les juges Sopinka et McLachlin (dissidents): L'alinéa 319(3)a) du *Code* porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*. Aux termes du par. 319(2), lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable, il est exonéré, en vertu de l'al. 319(3)a) s'il «établit que les déclarations communiquées étaient vraies». En imposant à l'accusé le fardeau d'établir la véracité des déclarations, le Parlement manque au principe fondamental selon lequel l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

L'alinéa 319(3)a) du *Code* ne constitue pas une limite raisonnable au droit d'être présumé innocent. La disposition n'a pas le degré exigé de proportionnalité. Il est difficile de voir un lien rationnel entre les objectifs de l'al. 319(3)a) et son exigence que l'accusé prouve la véracité de sa déclaration. De plus, l'al. 319(3)a) ne porte pas le moins possible atteinte à l'al. 11d). Parce qu'il dispose de plus grands moyens, l'État est mieux placé que l'accusé pour déterminer si une déclaration est vraie ou fausse. Si, par contre, il est impossible de le déterminer, alors la réponse est qu'il n'est pas exclu que ces déclarations soient plus utiles que nuisibles. Ces considérations indiquent que la violation de la présomption d'innocence par l'al. 319(3)a) n'est ni minime ni suffisante, compte tenu de la gravité de la violation dans le contexte des poursuites engagées en vertu du par. 319(2), pour l'emporter sur l'avantage douteux découlant d'une telle disposition. Le Parlement a voulu que la véracité soit un moyen de défense et que la fausseté soit un élément important de l'infraction que crée le par. 319(2). Ce fait, conjugué à l'importance capitale de la présomption d'innocence dans notre droit, permet de penser que la violation ne pourrait se justifier que par un intérêt étatique très impérieux qui lui ferait contrepoids. Cependant, on conçoit mal quels avantages le par. 319(2) confère lorsqu'il s'agit d'endiguer la propagande haineuse et de promouvoir l'harmonie sociale et la dignité individuelle.

Per La Forest J. (dissenting): It is unnecessary to consider the issues respecting the right to be presumed innocent in s. 11(d) of the *Charter*.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; **referred to:** *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari denied*, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187; *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Referencé re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91;

Le juge La Forest (dissident): Il est inutile d'examiner les questions relatives au droit d'être présumé innocent prévu à l'al. 11d) de la *Charte*.

Jurisprudence

^a

Citée par le juge en chef Dickson

^b

Arrêts appliqués: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c.*

^c

Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; **arrêts mentionnés:** *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285;

^d

Boucher v. The King, [1951] R.C.S. 265; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari refusé*, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); Comm. Eur. D. H., Requêtes n° 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187; *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252;

^e

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252;

^f

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252;

^g

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252;

^h

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252;

ⁱ

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252;

^j

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252;

Eur. Comm. H. R., Application No. 9235/81, *X. v. Federal Republic of Germany*, July 16, 1982, D.R. 29, p. 194; Eur. Comm. H. R., Application No. 13214/87, *Lowes v. United Kingdom*, December 9, 1988, unreported; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, aff'd [1990] 3 S.C.R. 870; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

By McLachlin J. (dissenting)

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* denied, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972); *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988); *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983); *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971); Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187; Eur. Court H. R., *Handyside* case, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24; *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313;

Felderer v. Sweden (1986), 8 E.H.R.R. 91; Comm. Eur. D. H., Requête n° 9235/81, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 16 juillet 1982, D.R. 29, p. 194; Comm. Eur. D. H., Requête n° 13214/87, *Lowes c. Royaume-Uni*, 9 décembre 1988, inédit; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, conf. [1990] 3 R.C.S. 870; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* refusé, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972); *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988); *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983); *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971); Eur. Comm. H. R., Requêtes nos 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187; Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24; *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Hunter c.*

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, aff'd [1990] 3 S.C.R. 870; *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604; *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [reprinted R.S.C., 1985, App. III], preamble, s. 1(d).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 8, 11(d), 15, 16 to 23, 25, 27, 28, 29.
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33 [now R.S.C., 1985, c. H-6], s. 13.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2, 59, 181, 183, 298, 300, 318, 319 [previously R.S.C. 1970, c. C-34, s. 281.2 (en. 1st Supp., c. 11, s. 1)].
Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, s. 114, Schedule VII, Code 9956(b).
Defamation Act, R.S.M. 1987, c. D20, s. 19(1).
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 (1950), Art. 10.
International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Can. T.S. 1970 No. 28, Arts. 4, 5.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171 (1966), Arts. 19, 20.
Libel Act, R.S.M. 1913, c. 113, s. 13A [ad. 1934, c. 23, s. 1].
Penal Code (India), ss. 153-A, 153-B.
Penal Code (Netherlands), ss. 137c, 137d, 137e.
Penal Code (Sweden), c. 16, s. 8.
Public Order Act 1986 (U.K.), 1986, c. 64, ss. 17 to 23.
Race Relations Act 1971 (N.Z.), No. 150, s. 25.
Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, c. 51, s. 1.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14.

Authors Cited

Aleinikoff, T. Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing" (1987), 96 *Yale L.J.* 943.

Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, conf. [1990] 3 R.C.S. 870; *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604; *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 8, 11d), 15, 16 à 23, 25, 27, 28, 29.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2, 59, 181, 183, 298, 300, 318, 319 [antérieurement S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 281.2 (ad. 1^{er} supp., ch. 11, art. 1)].
Code pénal (Inde), art. 153-A, 153-B.
Code pénal (Pays-Bas), art. 137c, 137d, 137e.
Code pénal (Suède), ch. 16, art. 8.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 (1950), art. 10.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, R.T. Can. 1970 n° 28, art. 4, 5.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 [reproduite L.R.C. (1985), app. III], préambule, art. 1d).
Libel Act, R.S.M. 1913, ch. 113, art. 13A [aj. 1934, ch. 23, art. 1].
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33 [maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6], art. 13.
Loi sur la diffamation, L.R.M. 1987, ch. D20, art. 19(1).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171 (1966), art. 19, 20.
Public Order Act 1986 (R.-U.), 1986, ch. 64, art. 17 à 23.
Race Relations Act 1971 (N.-Z.), n° 150, art. 25.
Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, ch. 51, art. 1.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14.
Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, art. 114, annexe VII, Code 9956b).

Doctrine citée

Aleinikoff, T. Alexander. «Constitutional Law in the Age of Balancing» (1987), 96 *Yale L.J.* 943.

- Beckton, Clare. "Freedom of Expression". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989, 195.
- Berlin, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. New York: Oxford University Press, 1969.
- Bessner, Ronda. "The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code" (1988), 17 *Man. L.J.* 183.
- Bollinger, Lee C. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986.
- Borovoy, A. Alan. "Freedom of Expression: Some Recurring Impediments". In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, eds., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 125.
- Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.
- Bottos, Dino. "Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461.
- Braun, Stefan. "Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina v. Zundel*" (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.
- Canada. House of Commons. Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society. *Equality Now!* Ottawa: Supply and Services, 1984.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 50. *Hate Propaganda*. Ottawa: The Commission, 1986.
- Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
- Canadian Bar Association. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. By Ken Norman, John D. McAlpine and Hymie Weinstein, 1984.
- Canadian Human Rights Commission. *Annual Report 1989*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.
- Cotler, Irwin. "Hate Literature". In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, eds., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 117.
- Delgado, Richard. "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling" (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133.
- "*Doe v. University of Michigan: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech*" (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397.
- Doskow, Ambrose and Sidney B. Jacoby. "Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany" (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498.
- Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.
- Association du Barreau canadien. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. Par Ken Norman, John D. McAlpine et Hymie Weinstein, 1984.
- a Beckton, Clare. «Liberté d'expression». Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 223.
- Berlin, Isaiah. *Éloge de la liberté*. Traduit de l'anglais par Jacqueline Carnaud et Jacqueline Lahana. Paris: Calmann-Lévy, 1988.
- Bessner, Ronda. «The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code» (1988), 17 *Man. L.J.* 183.
- Bollinger, Lee C. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986.
- b Borovoy, A. Alan. «Freedom of Expression: Some Recurring Impediments». In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 125.
- d Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.
- Bottos, Dino. «Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461.
- Braun, Stefan. «Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina v. Zundel*» (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.
- e Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne. *L'égalité ça presse!* Ottawa: Approvisionnement et Services, 1984.
- f Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 50. *La propagande haineuse*. Ottawa: La Commission, 1986.
- g Commission canadienne des droits de la personne. *Rapport annuel 1989*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1990.
- Cotler, Irwin. «Hate Literature». In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 117.
- h Delgado, Richard. «Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling» (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133.
- i "Doe v. University of Michigan: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech" (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397.
- Doskow, Ambrose and Sidney B. Jacoby. «Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany» (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498.
- Doskow, Ambrose and Sidney B. Jacoby. «Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany» (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498.

- Fish, Arthur. "Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences" (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111.
- Greenawalt, Kent. "Insults and Epithets: Are They Protected Speech?" (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287.
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942.
- Horowitz, Irving Louis. "First Amendment Blues: On Downs, Nazis in Skokie", [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535.
- Horowitz, Irving Louis and Victoria Curtis Bramson. "Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory" (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328.
- James McCormick Mitchell Lecture. "Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation" (1988-89), 37 *Buffalo L. Rev.* 337.
- Kafka, Franz. *The Trial*. Translated by Willa and Edwin Muir. Middlesex, England: Penguin Books Ltd., 1976.
- Lasson, Kenneth. "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11.
- Lerner, Natan. *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*. Rockville, Maryland: Sijthoff & Noordhoff, 1980.
- MacKay, A. Wayne. "Freedom of Expression: Is It All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713.
- Magnet, Joseph Eliot. "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989, 739.
- Matsuda, Mari J. "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320.
- McAlpine, John D. *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, 1981.
- Meiklejohn, Alexander. *Free Speech and its Relation to Self-Government*. New York: Harper, 1948.
- Milton, John. *Areopagitica*. London, 1644.
- Mozley & Whiteley's Law Dictionary*, 10th ed. By E. R. Hardy Ivamy. London: Butterworths, 1988, "threat".
- Neier, Aryeh. *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*. New York: Dutton, 1979.
- Rauf, N. Naeem. "Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews" (1988), 65 C.R. (3d) 356.
- Regel, Alan R. "Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech" (1984-85); 49 *Sask. L. Rev.* 303.
- Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Schauer, Frederick. "The Aim and the Target in Free Speech Methodology" (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562.
- Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.
- Fish, Arthur. «Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences» (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111.
- ^a Greenawalt, Kent. «Insults and Epithets: Are They Protected Speech?» (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287.
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942.
- Horowitz, Irving Louis. «First Amendment Blues: On Downs, Nazis in Skokie», [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535.
- Horowitz, Irving Louis and Victoria Curtis Bramson. «Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory» (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328.
- ^c James McCormick Mitchell Lecture. «Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation» (1988-89), 37 *Buffalo L. Rev.* 337.
- Kafka, Franz. *Le Procès*. Traduit par Alexandre Vialatte. Paris: Gallimard, 1964.
- ^d Lasson, Kenneth. «Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment» (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11.
- Lerner, Natan. *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*. Rockville, Maryland: Sijthoff & Noordhoff, 1980.
- ^e MacKay, A. Wayne. «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713.
- Magnet, Joseph Eliot. «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27». Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 817.
- Matsuda, Mari J. «Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story» (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320.
- ^g McAlpine, John D. *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, 1981.
- Meiklejohn, Alexander. *Free Speech and its Relation to Self-Government*. New York: Harper, 1948.
- Milton, John. *Areopagitica*. London, 1644.
- ^h *Mozley & Whiteley's Law Dictionary*, 10th ed. By E. R. Hardy Ivamy. London: Butterworths, 1988, «threat».
- Nations Unies. *Étude sur l'application de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Par le rapporteur spécial José D. Inglés. A/CONF. 119/10, 18 mai 1983.
- ⁱ Neier, Aryeh. *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*. New York: Dutton, 1979.
- Rauf, N. Naeem. «Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews» (1988), 65 C.R. (3d) 356.
- ^j

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, "hatred", "violence".

Sieghart, Paul. *The International Law of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 1983.

Stein, Eric. "History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other — 'Lies'" (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 277.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1988.

United Nations. *Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. By Special Rapporteur José D. Inglés. A/CONF. 119/10, May 18, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1, 87 A.R. 177, 43 C.C.C. (3d) 150, 65 C.R. (3d) 289, 39 C.R.R. 5, [1988] 5 W.W.R. 211, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of wilfully promoting hatred contrary to s. 319(2) of the *Criminal Code*. Appeal allowed, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

Bruce R. Fraser, Q.C., for the appellant.

Douglas H. Christie, for the respondent.

D. Martin Low, Q.C., *Stephen B. Sharzer* and *Irit Weiser*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Gregory J. Fitch, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and *Marise Visocchi*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Aaron Berg and *Deborah Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

John I. Laskin, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Mark J. Sandler, for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada.

Joseph Nuss, Q.C., *Irwin Cotler* and *Ann Crawford*, for the intervener Interamicus.

Regel, Alan R. «Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech» (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303.

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

Schauer, Frederick. «The Aim and the Target in Free Speech Methodology» (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, «hatred», «violence».

Sieghart, Paul. *The International Law of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 1983.

Stein, Eric. «History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other — 'Lies'» (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 277.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1, 87 A.R. 177, 43 C.C.C. (3d) 150, 65 C.R. (3d) 289, 39 C.R.R. 5, [1988] 5 W.W.R. 211, qui a accueilli

l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'avoir volontairement fomenté la haine en contravention du par. 319(2) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

Bruce R. Fraser, c.r., pour l'appelante.

Douglas H. Christie, pour l'intimé.

D. Martin Low, c.r., *Stephen B. Sharzer* et *Irit Weiser*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Gregory J. Fitch, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et *Marise Visocchi*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Aaron Berg et *Deborah Carlson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

John I. Laskin, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Mark J. Sandler, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada.

Joseph Nuss, c.r., *Irwin Cotler* et *Ann Crawford*, pour l'intervenant Interamicus.

Kathleen Mahoney and Linda A. Taylor, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund.

Marc Rosenberg, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. was delivered by

DICKSON C.J.—This appeal was heard in conjunction with the appeals in *R. v. Andrews*, [1990] 3 S.C.R. 870, and *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892. Along with *Andrews* it raises a delicate and highly controversial issue as to the constitutional validity of s. 319(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, a legislative provision which prohibits the wilful promotion of hatred, other than in private conversation, towards any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin. In particular, the Court must decide whether this section infringes the guarantee of freedom of expression found in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. A secondary issue arises as to whether the presumption of innocence protected in the *Charter's* s. 11(d) is unjustifiably breached by reason of s. 319(3)(a) of the *Code*, which affords a defence of "truth" to the wilful promotion of hatred, but only where the accused proves the truth of the communicated statements on the balance of probabilities.

I. Facts

Mr. James Keegstra was a high school teacher in Eckville, Alberta from the early 1970s until his dismissal in 1982. In 1984 Mr. Keegstra was charged under s. 319(2) (then s. 281.2(2)) of the *Criminal Code* with unlawfully promoting hatred against an identifiable group by communicating anti-semitic statements to his students. He was convicted by a jury in a trial before McKenzie J. of the Alberta Court of Queen's Bench.

Kathleen Mahoney et Linda A. Taylor, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Marc Rosenberg, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendu par

LE JUGE EN CHEF DICKSON—Le présent pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870, et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892. Comme l'affaire *Andrews*, il soulève la question délicate et très controversée de la constitutionnalité du par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, disposition qui interdit la fomentation volontaire de la haine, autrement que dans des conversations privées, contre toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique. En particulier, la Cour est appelée à décider si ce paragraphe porte atteinte à la garantie de la liberté d'expression par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'une manière qui ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Se pose à titre subsidiaire la question de savoir si la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d) de la *Charte* est violée de façon injustifiable par l'al. 319(3a) du *Code* qui permet d'invoquer la «vérité» du propos en défense à une accusation de fomentation volontaire de la haine, mais seulement si l'accusé prouve, selon la prépondérance des probabilités, la véracité des déclarations communiquées.

h I. Les faits

Monsieur James Keegstra enseignait au niveau secondaire à Eckville (Alberta) du début des années 70 jusqu'à son renvoi en 1982. En 1984, M. Keegstra a été accusé en vertu du par. 319(2) (alors le par. 281.2(2)) du *Code criminel* d'avoir illégalement fomenté la haine contre un groupe identifiable en faisant à ses élèves des déclarations antisémites. Il a été déclaré coupable par un jury à l'issue d'un procès tenu devant le juge McKenzie de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

Mr. Keegstra's teachings attributed various evil qualities to Jews. He thus described Jews to his pupils as "treacherous", "subversive", "sadistic", "money-loving", "power hungry" and "child killers". He taught his classes that Jewish people seek to destroy Christianity and are responsible for depressions, anarchy, chaos, wars and revolution. According to Mr. Keegstra, Jews "created the Holocaust to gain sympathy" and, in contrast to the open and honest Christians, were said to be deceptive, secretive and inherently evil. Mr. Keegstra expected his students to reproduce his teachings in class and on exams. If they failed to do so, their marks suffered.

Prior to his trial, Mr. Keegstra applied to the Court of Queen's Bench in Alberta for an order quashing the charge on a number of grounds, the primary one being that s. 319(2) of the *Criminal Code* unjustifiably infringed his freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Among the other grounds of appeal was the allegation that the defence of truth found in s. 319(3)(a) of the *Code* violates the *Charter's* presumption of innocence. The application was dismissed by Quigley J., and Mr. Keegstra was thereafter tried and convicted. He then appealed his conviction to the Alberta Court of Appeal, raising the same *Charter* issues. The Court of Appeal unanimously accepted his argument, and it is from this judgment that the Crown appeals.

The Attorneys General of Canada, Quebec, Ontario, Manitoba and New Brunswick, the Canadian Jewish Congress, Interamicus, the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada, and the Women's Legal Education and Action Fund (L.E.A.F.) have intervened in this appeal in support of the Crown. The Canadian Civil Liberties Association has intervened in support of striking down the impugned legislation.

Dans ses enseignements, M. Keegstra prêtait aux juifs diverses tares. Ainsi, il les décrivait à ses élèves comme « perfides », « subversifs », « sadiques », « cupides », « avides de pouvoir » et « infanticides ». Il enseignait à ses classes que les juifs cherchaient à détruire la chrétienté et qu'ils étaient responsables des crises économiques, de l'anarchie, du chaos, des guerres et des révolutions. D'après M. Keegstra, les juifs [TRADUCTION] « avaient inventé l'Holocauste pour s'attirer de la sympathie » et, contrairement aux chrétiens francs et honnêtes, les juifs sont sournois, dissimulateurs et foncièrement mauvais. Monsieur Keegstra s'attendait à ce que ses élèves reproduisent ses enseignements en classe et aux examens. S'ils ne le faisaient pas, leurs notes en souffraient.

Avant son procès, M. Keegstra a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta de rendre une ordonnance annulant l'accusation pour plusieurs motifs, dont le principal était que le par. 319(2) du *Code criminel* portait atteinte d'une manière injustifiable à sa liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Parmi d'autres moyens d'appel, il soutenait que la défense de véracité à l'al. 319(3)a) du *Code* viole la présomption d'innocence prévue dans la *Charte*. Cette demande ayant été rejetée par le juge Quigley, M. Keegstra a été jugé et déclaré coupable. Il s'est alors pourvu en appel de sa déclaration de culpabilité en Cour d'appel de l'Alberta, soulevant les mêmes moyens fondés sur la *Charte*. La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité son argument et c'est contre cet arrêt que le ministère public se pourvoit.

Les procureurs généraux du Canada, du Québec, de l'Ontario, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick, le Congrès juif canadien, Interamicus, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) sont intervenus dans ce pourvoi au soutien du ministère public. L'Association canadienne des libertés civiles est intervenue en faveur de l'invalidation de la disposition législative attaquée.

II. Issues

The following constitutional questions were stated on August 1, 1989:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?
3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

The relevant legislative and *Charter* provisions are set out below:

Criminal Code

319. ...

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

II. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 1^{er} août 1989:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Les dispositions des textes législatifs et de la *Charte* qui nous intéressent sont les suivantes:

Code criminel

319. ...

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, foment volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable:

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(a) if he establishes that the statements communicated were true;

(b) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

(6) No proceeding for an offence under subsection (2) shall be instituted without the consent of the Attorney General.

(7) In this section,

“communicating” includes communicating by telephone, broadcasting or other audible or visible means;

“identifiable group” has the same meaning as in section 318;

“public place” includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied;

“statements” includes words spoken or written or recorded electronically or electro-magnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations.

318. ...

(4) In this section, “identifiable group” means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin.

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III

The Parliament of Canada, affirming that the Canadian Nation is founded upon principles that acknowledge the supremacy of God, the dignity and worth of the human person and the position of the family in a society of free men and free institutions;

Affirming also that men and institutions remain free only when freedom is founded upon respect for moral and spiritual values and the rule of law;

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

(6) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au paragraphe (2) sans le consentement du procureur général.

(7) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«communiquer» S'entend notamment de la communication par téléphone, radiodiffusion ou autres moyens de communication visuelle ou sonore.

«déclarations» S'entend notamment des mots parlés, écrits ou enregistrés par des moyens électroniques ou électromagnétiques ou autrement, et des gestes, signes ou autres représentations visibles.

«endroit public» Tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou tacite.

«groupe identifiable» A le sens que lui donne l'article 318.

318. ...

(4) Au présent article, «groupe identifiable» désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III.

Le Parlement du Canada proclame que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu, la dignité et la valeur de la personne humaine ainsi que le rôle de la famille dans une société d'hommes libres et d'institutions libres;

Il proclame en outre que les hommes et les institutions ne demeurent libres que dans la mesure où la liberté s'inspire du respect des valeurs morales et spirituelles et du règne du droit;

And being desirous of enshrining these principles and the human rights and fundamental freedoms derived from them, in a Bill of Rights which shall reflect the respect of Parliament for its constitutional authority and which shall ensure the protection of these rights and freedoms in Canada:

Therefore Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(d) freedom of speech;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national and ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

Et afin d'expliciter ces principes ainsi que les droits de l'homme et les libertés fondamentales qui en découlent, dans une Déclaration de droits qui respecte la compétence législative du Parlement du Canada et qui assure à sa population la protection de ces droits et de ces libertés,

En conséquence, Sa Majesté, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, décrète:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

d) la liberté de parole;

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

IV. Judgments of the Alberta Courts

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1984), 19 C.C.C. (3d) 254

In the Court of Queen's Bench, only the s. 2(b) issue was given substantial consideration, the argument on s. 11(d) not being entertained for lack of proper notice to the Crown. In dismissing Mr. Keegstra's s. 2(b) submission, Quigley J. was of the view that there exists a discernible Canadian concept of freedom of expression, a concept emanating from four principles found in the preamble to the *Canadian Bill of Rights* and the introductory words to s. 1 of the Bill, namely, i) an acknowledgment of the supremacy of God; ii) the dignity and worth of the human person; iii) respect for moral and spiritual values; and iv) the rule of law. Quigley J. saw the affirmation of these principles in s. 15 of the *Charter*, that section enshrining as it does the dignity and worth of every individual (p. 268). Of further interpretive use was the *Charter's* s. 27, which he felt required a view of freedom of expression which is compatible with the preservation and enhancement of Canada's multicultural heritage (p. 268).

Using the principles provided by the *Canadian Bill of Rights* and affirmed in ss. 15 and 27 of the *Charter*, Quigley J. observed that the wilful promotion of hatred against a section of the Canadian public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin is antithetical to the dignity and worth of the members of an identifiable group. As such, it negates their rights and freedoms, in particular denying them the right to the equal protection and benefit of the law without discrimination. Quigley J. thus decided that s. 319(2) does not infringe s. 2(b) of the *Charter*, stating (at p. 268):

... it is my opinion that s. 281.2(2) [now s. 319(2)] of the *Code* cannot rationally be considered to be an infringement which limits "freedom of expression", but on the contrary it is a safeguard which promotes it. The protection afforded by the proscription tends to banish the apprehension which might otherwise inhibit certain

IV. Les jugements des tribunaux albertains

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1984), 19 C.C.C. (3d) 254

^a En Cour du Banc de la Reine, seule la question de l'al. 2b) a été examinée de façon approfondie. L'argument fondé sur l'al. 11d) n'a pas été examiné, car la poursuite n'en avait pas été dûment avisée. En rejetant l'argument concernant l'al. 2b) soulevé par M. Keegstra, le juge Quigley a exprimé l'avis qu'il existe un concept canadien identifiable de liberté d'expression, qui procède de quatre principes énoncés au préambule de la *Déclaration canadienne des droits* et dans les dispositions liminaires de son article premier, savoir: (i) la reconnaissance de la suprématie de Dieu; (ii) la dignité et la valeur de la personne humaine; (iii) le respect des valeurs morales et spirituelles; et (iv) le règne du droit. Selon le juge Quigley, ces principes sont confirmés par l'art. 15 de la *Charte* qui consacre la dignité et la valeur de chaque individu (p. 268). L'article 27 de la *Charte* est aussi utile à l'interprétation car, de l'avis du juge Quigley, il commande une conception de la liberté d'expression qui soit compatible avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel du Canada (p. 268).

^f Se fondant sur les principes énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits* et confirmés aux art. 15 et 27 de la *Charte*, le juge Quigley note que la fomentation volontaire de la haine contre une section du public canadien qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique est contraire à la dignité et à la valeur des membres d'un groupe identifiable. Cela étant, elle entraîne la négation de leurs droits et de leurs libertés, en les privant notamment du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi que les autres, libres de toute discrimination. Le juge Quigley a décidé en conséquence que le par. 319(2) ne viole pas l'al. 2b) de la *Charte*, et dit à ce propos, à la p. 268:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que le par. 281.2(2) [maintenant le par. 319(2)] du *Code* ne peut rationnellement être considéré comme une violation de la «liberté d'expression», car il en permet la sauvegarde et la faveur. La protection résultant de l'interdiction tend en effet à écarter l'appréhension qui pourrait autrement

segments of our society from freely expressing themselves upon the whole spectrum of topics, whether social, economic, scientific, political, religious, or spiritual in nature. The unfettered right to express divergent opinions on these topics is the kind of freedom of expression the Charter protects.

In the event that he was wrong in this conclusion, Quigley J. went on to ask whether s. 319(2) was justified under s. 1 of the *Charter*. He noted that persons maligned by hate propaganda may respond aggressively and be stripped of their sense of personal dignity and self-worth, while those whom the hate-monger seeks to influence are harmed because "it is beyond doubt that breeding hate is detrimental to society for psychological and social reasons and that it can easily create hostility and aggression which leads to violence" (p. 273). In light of these harms, Quigley J. saw s. 319(2) as a rational means of preventing real and serious damage to both individuals and society generally. Moreover, he felt that the various restrictions and defences built into s. 319(2) ensure that it has "a very minimal effect on the over-all right of freedom of expression" (p. 274). In Quigley J.'s view, the balance struck between free expression and the broader interests of social cohesion and the common good thus justified s. 319(2) as a reasonable limit to s. 2(b) under s. 1.

B. *Alberta Court of Appeal* (per Kerans J.A., Stevenson and Irving J.J.A. concurring) (1988), 43 C.C.C. (3d) 150

In the Alberta Court of Appeal, two *Charter* provisions were invoked by Mr. Keegstra. First, s. 2(b) was used as it had been in the pre-trial application before the Court of Queen's Bench, and second, the presumption of innocence protected in s. 11(d) was used to attack the reverse onus placed upon an accused by the defence of truth in s. 319(3)(a). On both issues Kerans J.A., writing for a unanimous court, found that the *Charter* had been violated. As a result, the appeal was allowed and the impugned provision struck down, and it

empêcher certains éléments de notre société de s'exprimer librement sur toute la gamme des sujets possibles, qu'ils soient de nature sociale, économique, scientifique, politique, religieuse ou spirituelle. Le droit illimité d'exprimer des opinions divergentes sur ces sujets est précisément le genre de liberté d'expression que protège la Charte.

Au cas où cette conclusion serait erronée, le juge Quigley examine ensuite la question de la justification du par. 319(2) aux termes de l'article premier de la *Charte*. Il souligne que les personnes calomniées par une propagande haineuse peuvent y réagir d'une façon agressive et se sentir dépouillées de leur dignité et de leur valeur personnelles et que ceux que les fomentateurs de haine cherchent à influencer sont également lésés puisqu'il [TRADUCTION] «ne fait aucun doute que la fomentation de la haine nuit à la société pour des raisons d'ordre psychologique et social et qu'elle peut facilement engendrer l'hostilité et l'agressivité qui mènent à la violence» (p. 273). Eu égard à ces maux, le juge Quigley considère le par. 319(2) comme un moyen rationnel de prévenir un préjudice réel et grave aux particuliers et à la société en général. Il estime en outre que les diverses restrictions et les différents moyens de défense prévus au par. 319(2) font qu'il n'a [TRADUCTION] «qu'un effet très minime sur le droit global à la liberté d'expression» (p. 274). De l'avis du juge Quigley, l'équilibre établi entre la liberté d'expression et les intérêts plus larges de la cohésion sociale et du bien commun justifie donc le par. 319(2) comme limite raisonnable imposée à l'al. 2b), en vertu de l'article premier.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (le juge Kerans, avec l'appui des juges Stevenson et Irving) (1988), 43 C.C.C. (3d) 150

En Cour d'appel de l'Alberta, M. Keegstra a invoqué deux dispositions de la *Charte*. Il a invoqué en premier lieu l'al. 2b), de la même façon que dans la demande soumise à la Cour du Banc de la Reine avant le procès, et, en deuxième lieu, la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) pour contester le renversement du fardeau de la preuve imposé à un accusé par le moyen de défense de véracité prévu à l'al. 319(3)a). Le juge Kerans, au nom d'une cour unanime, a conclu qu'il y avait eu, dans les deux cas, violation de la *Charte*. Par

became unnecessary to deal with a number of other grounds of appeal raised by Mr. Keegstra.

Kerans J.A. began by noting that under s. 319(3)(a) an accused could be convicted of wilfully promoting hatred upon failure to prove on a balance of probabilities the truth of his or her statements. In this way, the onus of proving innocence was on the accused, and s. 319(3)(a) therefore violated s. 11(d). Under s. 1, Kerans J.A. could only envision one justification for a reverse onus, namely "where the inference commanded by the statutory presumption is so persuasive that only a perverse jury would have a doubt" (p. 160). In his opinion, statements intended to promote hatred could quite conceivably be true, and he consequently ruled that the reverse onus in s. 319(3)(a) was not saved under s. 1.

Turning next to the freedom of expression issue, Kerans J.A. was willing to accept that knowingly false expression was not covered by s. 2(b). Section 319(2) extended beyond knowingly false communications, however, covering all falsehoods, including those innocently and negligently made. The relevant question under s. 2(b) was therefore whether falsehoods unknowingly made were protected by the *Charter*. Invoking John Stuart Mill's "marketplace of ideas", Kerans J.A. decided in the affirmative, stating that "s. 2(b) should be understood as protecting both innocent error and imprudent speech" (p. 164). As s. 319(2) did neither, he held that it infringes s. 2(b) of the *Charter*.

Moving on to the s. 1 analysis, Kerans J.A. first considered whether the challenged legislation bore a rational relationship to a valid legislative objective. He accepted that preventing harm to the reputation and psychological well-being of target-group members was a valid s. 1 objective, stating

conséquent, l'appel a été accueilli et la disposition attaquée invalidée. Il n'était donc plus nécessaire d'aborder plusieurs autres moyens d'appel soulevés par M. Keegstra.

^a Le juge Kerans a commencé par souligner qu'aux termes de l'al. 319(3)a) un accusé pouvait être reconnu coupable de fomenter volontairement la haine dès lors qu'il ne réussissait pas à établir selon la prépondérance des probabilités la véracité de ses déclarations. Il incombait ainsi à l'accusé de prouver son innocence; l'al. 319(3)a) était donc une violation de l'al. 11d). Le juge Kerans ne pouvait envisager, aux fins de l'article premier, qu'une seule justification du renversement du fardeau de la preuve, savoir [TRADUCTION] «de cas où l'inférence imposée par la présomption légale est tellement convaincante que seul un jury pervers pourrait avoir un doute» (p. 160). À son avis, il était tout à fait concevable que des déclarations destinées à fomenter la haine soient vraies et que l'article premier ne pouvait pas sauvegarder le renversement du fardeau de la preuve résultant de l'al. 319(3)a).

Passant ensuite à la question de la liberté d'expression, le juge Kerans était disposé à admettre que l'al. 2b) ne s'appliquait pas à l'expression que son auteur savait fausse. Le paragraphe 319(2) visait plus que les communications sciemment fausses pour englober toutes les fausses déclarations même celles faites innocemment et par négligence. La question pertinente à se poser aux fins de l'al. 2b) était donc de savoir si des déclarations fausses qui n'étaient pas faites sciemment bénéficiaient de la protection de la *Charte*. Invoquant la notion du «marché des idées» de John Stuart Mill, le juge Kerans y répond par l'affirmative, disant que [TRADUCTION] «l'al. 2b) devrait s'interpréter de manière à protéger à la fois l'erreur innocente et les propos imprudents» (p. 164). Selon lui, comme le par. 319(2) ne protège ni l'un ni l'autre, il viole l'al. 2b) de la *Charte*.

Passant ensuite à l'analyse fondée sur l'article premier, le juge Kerans examine d'abord si la disposition législative contestée a un lien rationnel avec un objectif législatif légitime. Il convient que la prévention d'atteintes à la réputation et au bien-être psychologique des membres du groupe

that the making of unjust or capricious distinctions is “an attack on the dignity of the victim, and can result in a debilitating sense of alienation from society” (p. 169). Kerans J.A. nevertheless saw a difference between pain suffered by the target of isolated abuse and the crushing effect of systemic discrimination. He remarked that feelings of outrage and frustration caused by name-calling may be bearable if the abuse is rejected by the community as a whole, while in contrast name-calling becomes unbearable when, “it indeed cools one’s friends and heats one’s enemies” (p. 169). Consequently, he viewed injury stemming from hate propaganda as serious enough to require the sanction of the criminal law only where people actually hate a group as a result of abuse.

The protection of individuals from actual hatred being alone sufficient reason to limit imprudent speech, Kerans J.A. found that s. 319(2) fails the proportionality test through overbreadth, permitting as it does the conviction of a person who merely intends to cause hatred. In coming to this result, Kerans J.A. viewed as insufficient, safeguards said to prevent the use of s. 319(2) to prosecute “harmless cranks” or persons in the public eye who utter an “unfortunate” remark that is picked up by the media. He also dismissed the Crown’s contention that it would be impossible to prove actual harm from a particular hate-promoting communication, and refused to see prosecutorial discretion in s. 319(6) as a sufficient antidote to the offence’s overbreadth. Finally, he did not view ss. 15 and 27 of the *Charter* as working to justify s. 319(2) under s. 1. In Kerans J.A.’s opinion, these *Charter* provisions do not forbid Canadians from criticizing the values of equality and multiculturalism, and while accepting that no Canadian should be asked to suffer simply because of his or her racial or ethnic heritage, he concluded that the challenged law “catches more than that” (p. 178).

cible représente un objectif valide aux fins de l’article premier. Il dit à ce propos que faire des distinctions injustes ou capricieuses constitue [TRADUCTION] «une attaque contre la dignité de la victime et peut entraîner un sentiment débilisant d’ostracisme» (p. 169). Le juge Kerans voit néanmoins une différence entre la peine soufferte par la cible d’une attaque isolée et l’effet accablant d’une discrimination systémique. Il fait remarquer que les sentiments d’indignation et de frustration causés par des insultes peuvent être supportables si les propos offensants sont rejetés par l’ensemble de la collectivité, tandis que les insultes deviennent insupportables dès lors que [TRADUCTION] «elles provoquent réellement la froideur chez les amis et la colère des ennemis» (p. 169). Par conséquent, il ne juge le préjudice découlant de la propagande haineuse suffisamment grave pour exiger la sanction du droit criminel que lorsque des personnes sont amenées à haïr réellement un groupe par suite de propos offensants.

Puisque la protection des individus contre la haine réelle constitue la seule raison suffisante de limiter l’expression imprudente, le juge Kerans conclut que le par. 319(2) ne satisfait pas au critère de proportionnalité, en raison de sa portée excessive, car il permet de déclarer coupable une personne qui a seulement l’intention de fomenter la haine. Pour arriver à cette conclusion, le juge Kerans tient pour insuffisantes les mesures protectrices destinées à empêcher le recours au par. 319(2) pour poursuivre des [TRADUCTION] «excentriques inoffensifs» ou des personnes en vue qui font une observation [TRADUCTION] «malheureuse» dont s’emparent les médias. Il rejette en outre l’argument du ministère public invoquant l’impossibilité de prouver un préjudice réel résultant d’une communication donnée qui foment la haine, et refuse de voir dans le pouvoir discrétionnaire du ministère public prévu au par. 319(6) un remède suffisant à la portée excessive de l’infraction. En dernier lieu, il ne croit pas que les art. 15 et 27 de la *Charte* puissent servir à justifier le par. 319(2) selon l’article premier. De l’avis du juge Kerans, ces dispositions de la *Charte* n’interdisent pas aux Canadiens de critiquer les valeurs de l’égalité et du multiculturalisme et, bien qu’acceptant qu’aucun Canadien ne devrait souffrir en

In the result, he found that the impugned legislative provision was not saved under s. 1.

V. The History of Hate Propaganda Crimes in Canada

The history of attempts to prevent the propagation of scurrilous statements about particular groups is, not surprisingly, extremely old. The earliest instance where such expression was made criminal occurred in 1275, when the offence of *De Scandalis Magnatum* was created, prohibiting "any false News or Tales, whereby discord, or occasion of discord or slander may grow between the King and his People, or the Great Men of the Realm". As Sir William Holdsworth noted, the aim of the statute was to prevent false statements which, in a society dominated by extremely powerful landowners, could threaten the security of the state (see *A History of English Law* (5th ed. 1942), vol. III, at p. 409).

De Scandalis Magnatum was rarely employed, and was abolished in England in 1887, but its legacy survives in s. 181 of our *Criminal Code*, which makes it an offence to spread knowingly false news that is likely to cause injury or mischief to a public interest. Section 181 does not on its face address the problem of "hate propaganda", a term which I use for convenience to denote expression intended or likely to create or circulate extreme feelings of opprobrium and enmity against a racial or religious group, but it has been used recently to prosecute an individual for the distribution of anti-semitic material (see *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.)). In the more distant past, a forerunner of s. 181 was employed against the disseminator of a pamphlet decrying the plight of Jehovah's Witnesses in Quebec. This earlier case, *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (Que. K.B.), interpreted the provision narrowly, holding that the requirement of injury or the likelihood of injury to the public interest was not satisfied by simply a desire to fan hatred and ill-will between different groups, but rather needed some-

raison simplement de son patrimoine racial ou ethnique, il conclut que la disposition législative contestée [TRADUCTION] «ne s'en tient pas là» (p. 178). Il décide en conséquence qu'elle n'est pas sauvegardée par l'article premier.

V. Historique des crimes reliés à la propagande haineuse au Canada

Les tentatives de prévention de la propagation de déclarations injurieuses à l'égard de groupes particuliers remontent fort loin dans le temps, ce qui n'est pas surprenant. Le premier cas de criminalisation de ce genre d'expression date de 1275 avec la création de l'infraction *De Scandalis Magnatum* interdisant [TRADUCTION] «toute fausse nouvelle ou tout récit pouvant faire naître la discorde ou des possibilités de discorde ou de diffamation entre le roi et son peuple ou les grands du royaume». Comme l'indique sir William Holdsworth, la loi visait à empêcher les déclarations fausses qui, dans une société dominée par des propriétaires terriens extrêmement puissants, risquaient de menacer la sécurité de l'État (voir *A History of English Law* (5^e éd. 1942), vol. III, à la p. 409).

Rarement utilisée, *De Scandalis Magnatum* fut abolie en Angleterre en 1887, mais il en subsiste des vestiges dans l'art. 181 de notre *Code criminel*, qui qualifie d'infraction la diffusion de nouvelles sciemment fausses qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. L'article 181 n'aborde pas à première vue le problème de la «propagande haineuse», terme que j'emploie pour désigner l'expression destinée à créer et propager des sentiments extrêmes d'opprobre et d'inimitié envers un groupe racial ou religieux, ou dont tel sera l'effet probable, mais on s'en est servi dernièrement pour poursuivre une personne pour la distribution d'écrits antisémites (voir *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.)). Dans un passé plus éloigné, un article avant-coureur de l'art. 181 a été utilisé contre le distributeur d'un tract protestant contre le sort des Témoins de Jéhovah au Québec. Cet arrêt plus ancien, *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (B.R. Qué.), a donné à la disposition une interprétation restrictive en statuant que l'exigence d'une atteinte ou de la probabilité d'une atteinte à l'intérêt public n'était pas

thing more in the nature of an intention to disobey openly or to act violently against the established authority.

Prior to 1970, s. 181 was the only provision of the *Criminal Code* with links (albeit mainly historical) to an offence of group defamation. Our common law has long seen defamation as a tortious action, but only where a litigant can show that reputation has been damaged by offending statements directed towards him or her as an individual. Similarly, until the amendments creating s. 319(2), Canadian criminal law made defamation an offence only in the case of attacks upon a person, as is evident from the combined effect of what are now ss. 298 and 300 of the *Criminal Code*. The scope of "person" set out in s. 2 of the *Code* extends somewhat beyond the individual, covering additionally public bodies, corporations, societies and companies, but groups having common characteristics such as race, religion, colour and ethnic origin are not included in the definition.

Section 300 was not, before 1970, the only *Criminal Code* offence prohibiting a type of libel. There also existed the crime of seditious libel, now found in s. 59, prohibiting the speaking or publishing of seditious words. This offence required the existence of a "seditious intention", a state of mind which, without limiting the scope of the phrase, was statutorily presumed to be present in those advocating the unlawful use of force as a means of accomplishing a governmental change within Canada. In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, this Court interpreted "seditious intention" restrictively, however, finding the term to require proof of an intention to incite acts of violence or public disorder. The decision in *Boucher* has been long regarded as a strong defence of the merits of freedom of expression. Not surprisingly, for this reason it was relied upon in *Carrier* for the narrow interpretation of the offence of spreading false news.

remplie par l'existence du simple désir d'attiser la haine et l'inimitié entre différents groupes, mais qu'il fallait en outre quelque chose de la nature d'une intention de désobéir ouvertement ou de se livrer à des actes de violence contre l'autorité établie.

Avant 1970, l'art. 181 était l'unique disposition du *Code criminel* qui avait des liens (quoique surtout historiques) avec une infraction de diffamation d'un groupe. Notre common law a depuis longtemps vu la diffamation comme un délit, mais seulement lorsque le demandeur peut démontrer que des déclarations offensantes le visant en tant qu'individu ont nui à sa réputation. De même, jusqu'aux modifications qui ont introduit le par. 319(2), la diffamation ne constituait une infraction en droit criminel canadien que dans le cas d'attaques contre une personne, ce qui ressort nettement de l'effet conjugué des actuels art. 298 et 300 du *Code criminel*. La portée du mot «personne» à l'art. 2 du *Code* dépasse quelque peu la notion d'individu pour englober en outre les corps publics, les personnes morales, les sociétés et les compagnies, mais les groupes dont les membres possèdent des caractéristiques communes telles que la race, la religion, la couleur et l'origine ethnique ne sont toutefois pas compris dans la définition.

L'article 300 n'était pas, avant 1970, l'unique disposition du *Code criminel* à interdire un type de diffamation. Il y avait aussi le crime de libelle séditieux, actuellement l'art. 59, interdisant la tenue ou la publication de propos séditieux. Cette infraction comportait une «intention séditieuse», un état d'esprit que, sans limiter la portée de l'expression, la loi présumait chez quiconque préconisait l'usage illégal de la force comme moyen d'opérer un changement de gouvernement au Canada. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, notre Cour a toutefois interprété l'expression «intention séditieuse» de façon restrictive, concluant qu'elle exigeait qu'on fasse la preuve de l'intention d'inciter à des actes de violence ou de désordre public. L'arrêt *Boucher* est depuis longtemps considéré comme un plaidoyer puissant en faveur de la liberté d'expression. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'il ait été invoqué dans l'arrêt *Carrier* à l'appui de l'interprétation restrictive de l'infraction de diffusion de fausses nouvelles.

While the history of attempts to prosecute criminally the libel of groups is lengthy, the *Criminal Code* provisions discussed so far do not focus specifically upon expression propagated with the intent of causing hatred against racial, ethnic or religious groups. Even before the Second World War, however, fears began to surface concerning the inadequacy of Canadian criminal law in this regard. In the 1930s, for example, Manitoba passed a statute combatting a perceived rise in the dissemination of Nazi propaganda (*The Libel Act*, R.S.M. 1913, c. 113, s. 13A (added S.M. 1934, c. 23, s. 1), now *The Defamation Act*, R.S.M. 1987, c. D20, s. 19(1)). Following the Second World War and revelation of the Holocaust, in Canada and throughout the world a desire grew to protect human rights, and especially to guard against discrimination. Internationally, this desire led to the landmark *Universal Declaration of Human Rights* in 1948, and, with reference to hate propaganda, was eventually manifested in two international human rights instruments. In Canada, the post-war mood saw an attempt to include anti-hate propaganda provisions in the 1953 revision of the *Criminal Code*, but most influential in changing the criminal law in order to prohibit hate propaganda was the appointment by Justice Minister Guy Favreau of a special committee to study problems associated with the spread of hate propaganda in Canada.

The Special Committee on Hate Propaganda in Canada, usually referred to as the Cohen Committee, was composed of the following members: Dean Maxwell Cohen, Q.C., Dean of the Faculty of Law, McGill University, chair; Dr. J. A. Corry, Principal, Queen's University; L'Abbé Gérard Dion, Faculty of Social Sciences, Laval University; Mr. Saul Hayes, Q.C., Executive Vice-President, Canadian Jewish Congress; Professor Mark R. MacGuigan, Associate Professor of Law, University of Toronto; Mr. Shane MacKay, Executive Editor, *Winnipeg Free Press*, and Professor Pierre-E. Trudeau, Associate Professor of Law, University of Montreal. This was a particularly

Bien que l'histoire des tentatives de poursuivre au criminel la diffamation de groupes soit longue, les dispositions du *Code criminel* mentionnées jusqu'ici ne visent pas comme telle l'expression diffusée dans l'intention de susciter la haine contre des groupes raciaux, ethniques ou religieux. Même avant la Seconde Guerre mondiale, toutefois, se sont fait jour des craintes au sujet des lacunes du droit criminel canadien à cet égard. Au cours des années 30, par exemple, le Manitoba a adopté une loi pour combattre ce qu'on pensait être un accroissement de la diffusion de propagande nazie (*The Libel Act*, R.S.M. 1913, ch. 113, art. 13A (aj. S.M. 1934, ch. 23, art. 1), devenue *La Loi sur la diffamation*, L.R.M. 1987, ch. D20, par. 19(1)). À la suite de la Seconde Guerre mondiale et de la révélation de l'Holocauste, a pris naissance au Canada et dans le monde entier le désir de protéger les droits de la personne et surtout de se prémunir contre la discrimination. Sur le plan international, ce désir a conduit à l'historique *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948 et, en ce qui a trait à la propagande haineuse, il s'est finalement manifesté dans deux documents internationaux visant les droits de la personne. Au Canada, l'état d'esprit de l'après-guerre a amené une tentative pour inclure dans la refonte de 1953 du *Code criminel* des dispositions proscrivant la propagande haineuse, mais le facteur le plus décisif dans la modification du droit criminel afin d'interdire la propagande haineuse a été la création par le ministre de la Justice, Guy Favreau, d'un comité spécial chargé d'étudier les problèmes liés à la diffusion de la propagande haineuse au Canada.

Les membres du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada, communément appelé le comité Cohen, étaient: son président, Maxwell Cohen, c.r., doyen de la faculté de droit de l'université McGill; M. J. A. Corry, recteur de l'université Queens; l'abbé Gérard Dion, de la faculté des sciences sociales de l'université Laval; M. Saul Hayes, c.r., vice-président exécutif, Congrès juif canadien; M. Mark R. MacGuigan, professeur agrégé à la faculté de droit de l'université de Toronto; M. Shane MacKay, directeur, *Winnipeg Free Press*, et M. Pierre-E. Trudeau, professeur agrégé à la faculté de droit de l'université de Montréal. C'était un comité particulièrement fort

strong Committee, and in 1966 it released the unanimous *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*.

The tenor of the Report is reflected in the opening paragraph of its Preface, which reads:

This Report is a study in the power of words to maim, and what it is that a civilized society can do about it. Not every abuse of human communication can or should be controlled by law or custom. But every society from time to time draws lines at the point where the intolerable and the impermissible coincide. In a free society such as our own, where the privilege of speech can induce ideas that may change the very order itself, there is a bias weighted heavily in favour of the maximum of rhetoric whatever the cost and consequences. But that bias stops this side of injury to the community itself and to individual members or identifiable groups innocently caught in verbal cross-fire that goes beyond legitimate debate.

In keeping with these remarks, the recurrent theme running throughout the Report is the need to prevent the dissemination of hate propaganda without unduly infringing the freedom of expression, a theme which led the Committee to recommend a number of amendments to the *Criminal Code*. These amendments were made, essentially along the lines suggested by the Committee, and covered the advocacy of genocide (s. 318), the public incitement of hatred likely to lead to a breach of peace (s. 319(1)) and the provision challenged in this appeal and presently found in s. 319(2) of the *Code*, namely, the wilful promotion of hatred.

VI. Section 2(b) of the Charter—Freedom of Expression

Having briefly set out the history of attempts to prohibit hate propaganda, I can now address the constitutional questions arising for decision in this appeal. The first of these concerns whether the *Charter* guarantee of freedom of expression is infringed by s. 319(2) of the *Criminal Code*. In other words, does the coverage of s. 2(b) extend to the public and wilful promotion of hatred against an identifiable group. Before looking to the specific facts of this appeal, however, I would like to comment upon the nature of the s. 2(b) guarantee.

et, en 1966, il a publié à l'unanimité le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*.

a Le premier alinéa de l'avant-propos donne le ton du rapport:

b Le présent rapport est une étude de la puissance destructrice des mots et des mesures qu'une société civilisée peut prendre pour y obvier. La loi ou la coutume ne peut ni ne doit redresser tous les abus dans les rapports entre les humains. Mais toutes les sociétés, de temps à autre, fixent les limites de ce qui ne saurait être toléré et permis. Dans une société libre comme la nôtre, où la liberté de parole peut faire naître des idées propres à modifier jusqu'à l'ordre établi, on attache beaucoup de prix à la rhétorique sans se soucier des conséquences. Mais ce penchant pour l'éloquence ne doit pas aller jusqu'à tolérer les préjudices causés à la collectivité et aux personnes ou groupes identifiables, victimes innocentes du feu croisé de la discussion qui dépasse les limites permises.

c Conformément à ces observations, le thème constamment repris dans le rapport est la nécessité de prévenir la diffusion de la propagande haineuse sans porter indûment atteinte à la liberté d'expression, thème qui a poussé le comité à recommander plusieurs modifications du *Code criminel*. Ces modifications ont été apportées, pour l'essentiel selon les recommandations du Comité. Elles visaient l'encouragement au génocide (art. 318), l'incitation publique à la haine susceptible d'entraîner une violation de la paix (par. 319(1)) et la disposition contestée en l'espèce, le par. 319(2) actuel du *Code*, la fomentation volontaire de la haine.

d VI. L'alinéa 2b) de la Charte—la liberté d'expression

e Après ce bref historique des tentatives d'interdiction de la propagande haineuse, je peux maintenant aborder les questions constitutionnelles à trancher dans le cadre du présent pourvoi. La première est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est une violation de la garantie de la liberté d'expression énoncée dans la *Charte*. En d'autres termes, l'al. 2b) s'applique-t-il à la fomentation publique et volontaire de la haine contre un groupe identifiable. Avant d'examiner les faits particuliers de la présente espèce, cependant, je sou-

Obviously, one's conception of the freedom of expression provides a crucial backdrop to any s. 2(b) inquiry; the values promoted by the freedom help not only to define the ambit of s. 2(b), but also come to the forefront when discussing how competing interests might co-exist with the freedom under s. 1 of the *Charter*.

In the recent past, this Court has had the opportunity to hear and decide a number of freedom of expression cases, among them *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; and *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232. Together, the judgments in these cases provide guidance as to the values informing the freedom of expression, and additionally indicate the relationship between ss. 2(b) and 1 of the *Charter*.

That the freedom to express oneself openly and fully is of crucial importance in a free and democratic society was recognized by Canadian courts prior to the enactment of the *Charter*. The treatment of freedom of expression by this Court in both division of powers and other cases was examined in *Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, at pp. 583-88, and it was noted that well before the advent of the *Charter*—before even the *Canadian Bill of Rights* was passed by Parliament in 1960, S.C. 1960, c. 44—freedom of expression was seen as an essential value of Canadian parliamentary democracy. This freedom was thus protected by the Canadian judiciary to the extent possible before its entrenchment in the *Charter*, and occasionally even appeared to take on the guise of a constitutionally protected freedom (see, e.g., *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, *per*

haite faire quelques observations sur la nature de la garantie de l'al. 2b). À l'évidence, la conception qu'on peut avoir de la liberté d'expression est la toile de fond essentielle de toute analyse fondée sur l'al. 2b), car les valeurs que favorise cette liberté aident non seulement à définir la portée de l'al. 2b), mais viennent au premier plan dans l'étude des modalités de coexistence d'intérêts opposés avec cette même liberté, sous le régime de l'article premier de la *Charte*.

Dans un passé récent, notre Cour a eu l'occasion d'entendre et de trancher plusieurs litiges en matière de liberté d'expression. Il s'agit notamment de: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; et *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Ensemble ces arrêts nous éclairent sur les valeurs que renferme la liberté d'expression et nous font voir en outre les rapports entre l'al. 2b) et l'article premier de la *Charte*.

Que la liberté de s'exprimer ouvertement et sans restriction revête une importance vitale dans une société libre et démocratique, les tribunaux canadiens l'ont reconnu avant l'adoption de la *Charte*. La position de notre Cour à l'égard de la liberté d'expression, à la fois dans les affaires touchant le partage des pouvoirs et ailleurs, a fait l'objet d'un examen dans l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd.*, précité, aux pp. 583 à 588, où l'on fait remarquer que bien avant la *Charte*, même avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* par le législateur fédéral en 1960, S.C. 1960, ch. 44, la liberté d'expression était perçue comme une valeur essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. Cette liberté était donc protégée par les tribunaux canadiens dans la mesure du possible avant sa consécration dans la *Charte* et elle paraissait même prendre parfois la forme d'une liberté garantie par la Constitution (voir, par exemple, *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, le juge en chef Duff, aux pp. 132 et 133; et

Duff C.J., at pp. 132-33; and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, *per* Abbott J., at p. 326).

Without explicit protection under a written constitution, however, the freedom of expression was not always accorded careful consideration in pre-*Charter* cases (see Clare Beckton, "Freedom of Expression" in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 195, at pp. 197-98). Moreover, pre-*Charter* jurisprudence used freedom of expression primarily in relation to political expression, a context which restricted somewhat the content of the freedom and led this Court to remark in *Ford*, *supra*, at p. 764:

The pre-*Charter* jurisprudence emphasized the importance of political expression because it was a challenge to that form of expression that most often arose under the division of powers and the "implied bill of rights", where freedom of political expression could be related to the maintenance and operation of the institutions of democratic government. But political expression is only one form of the great range of expression that is deserving of constitutional protection because it serves individual and societal values in a free and democratic society.

While the pre-*Charter* era saw a role for the freedom of expression, then, with the *Charter* came not only its increased importance, but also a more careful and generous study of the values informing the freedom.

As is evident from the quotation just given, the reach of s. 2(b) is potentially very wide, expression being deserving of constitutional protection if "it serves individual and societal values in a free and democratic society". In subsequent cases, the Court has not lost sight of this broad view of the values underlying the freedom of expression, though the majority decision in *Irwin Toy* perhaps goes further towards stressing as primary the "democratic commitment" said to delineate the protected sphere of liberty (p. 971). Moreover, the Court has attempted to articulate more precisely some of the convictions fueling the freedom of expression, these being summarized in *Irwin Toy*

Switzman v. Elbling, [1957] R.C.S. 285, le juge Abbott, à la p. 326).

En l'absence de protection explicite dans une constitution écrite, cependant, la liberté d'expression n'a pas toujours fait l'objet d'une considération poussée dans les affaires antérieures à la *Charte* (voir Clare Beckton, «Liberté d'expression», dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 223, aux pp. 226 et 227). De plus, la jurisprudence antérieure à la *Charte*, appliquait la liberté d'expression surtout à l'expression politique, contexte qui limitait quelque peu le contenu de cette liberté et qui a amené notre Cour à faire dans l'arrêt *Ford*, précité, l'observation suivante, à la p. 764:

Si la jurisprudence antérieure à la *Charte* a insisté sur l'importance de l'expression politique, cela tenait à ce qu'elle était la forme d'expression qui donnait le plus souvent lieu à des contestations fondées sur le partage des pouvoirs et sur la «charte des droits implicite» et que, dans ce contexte, la liberté d'expression politique pouvait être rattachée au maintien et au fonctionnement des institutions d'un gouvernement démocratique. L'expression politique n'est toutefois qu'une forme d'expression dans la grande diversité de types d'expression qui méritent une protection constitutionnelle parce qu'ils servent à promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique.

La liberté d'expression a donc joué un rôle avant la *Charte*, mais son importance s'est accrue avec la *Charte* et en outre les valeurs qu'elle renfermait ont été soumises à une étude plus minutieuse et plus généreuse.

Il se dégage nettement de l'extrait précité que la portée de l'al. 2b) peut être très large puisque l'expression mérite une protection constitutionnelle si elle sert à «promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique». Dans ses arrêts subséquents, la Cour n'a pas perdu de vue cette conception large des valeurs sous-tendant la liberté d'expression, quoique la décision de la majorité dans l'affaire *Irwin Toy* insiste peut-être plus fortement sur le caractère primordial de «l'engagement démocratique» qui délimite la sphère de liberté protégée (p. 971). De plus, la Cour a tenté d'arriver à une formulation plus exacte de certaines convictions

(at p. 976) as follows: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom meaning is conveyed.

Although *Ford* commented upon the values generally seen to support the freedom of expression, the decision was also sensitive of the need to consider these values within the textual framework of the *Charter*. Consequently, the Court stated at pp. 765-66 that,

While ... attempts to identify and define the values which justify the constitutional protection of freedom of expression are helpful in emphasizing the most important of them, they tend to be formulated in a philosophical context which fuses the separate questions of whether a particular form or act of expression is within the ambit of the interests protected by the value of freedom of expression and the question whether that form or act of expression, in the final analysis, deserves protection from interference under the structure of the Canadian *Charter* and the Quebec *Charter*. These are two distinct questions and call for two distinct analytical processes.

It is the presence of s. 1 which makes necessary this bifurcated approach to Canadian freedom of expression cases. Indeed, the application of this approach in *Ford* in part permitted the Court to give a large and liberal interpretation to s. 2(b), on the facts of the case leading to the inclusion of commercial expression within its ambit, and to state that the weighing of competing values would "in most instances" take place in s. 1 (p. 766).

Irwin Toy can be seen as at once clarifying the relationship between ss. 2(b) and 1 in freedom of expression cases and reaffirming and strengthening the large and liberal interpretation given the freedom in s. 2(b) by the Court in *Ford*. These aspects of the decision flow largely from a two-step analysis used in determining whether s. 2(b) has been infringed, an approach affirmed by this

dont procède la liberté d'expression, résumées ainsi dans l'arrêt *Irwin Toy* (à la p. 976): (1) la recherche et la découverte de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante, tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.

Bien que l'arrêt *Ford* ait étudié les valeurs généralement considérées comme soutenant la liberté d'expression, il se montre également sensible à la nécessité d'examiner ces valeurs dans le cadre textuel de la *Charte*. La Cour affirme en conséquence, aux pp. 765 et 766:

Ces tentatives de définition des valeurs qui justifient la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ont leur utilité pour mettre en relief les plus importantes d'entre elles. Toutefois, elles sont, d'une manière générale, formulées dans un contexte philosophique qui soude la question de savoir si tel mode ou telle forme d'expression fait partie des intérêts protégés par la valeur qu'est la liberté d'expression, à celle de savoir si, en dernière analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite, sous le régime de la *Charte* canadienne et de la *Charte* québécoise, une protection contre toute atteinte. Ces deux questions distinctes appellent deux analyses distinctes.

C'est l'article premier qui exige cette double analyse dans les affaires canadiennes concernant la liberté d'expression. De fait, cette façon de procéder a permis en partie à notre Cour dans l'arrêt *Ford* de donner à l'al. 2b), dans les circonstances de cette affaire, une interprétation large et libérale qui le faisait s'appliquer à l'expression commerciale, et d'affirmer que l'appréciation de valeurs opposées se fera «le plus souvent» dans le cadre établi par l'article premier (p. 766).

L'arrêt *Irwin Toy* peut être considéré à la fois comme précisant le rapport entre l'al. 2b) et l'article premier en matière de liberté d'expression et comme confirmant de nouveau et renforçant l'interprétation large et libérale donnée par notre Cour dans l'arrêt *Ford* à cette liberté énoncée à l'al. 2b). Ces aspects de l'arrêt découlent dans une large mesure de l'analyse en deux étapes utilisée

Court in subsequent cases, for example *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, and *Royal College of Dental Surgeons*, *supra*.

The first step in the *Irwin Toy* analysis involves asking whether the activity of the litigant who alleges an infringement of the freedom of expression falls within the protected s. 2(b) sphere. In outlining a broad, inclusive approach to answering this question, the following was said (at p. 968):

“Expression” has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution and is guaranteed in the Quebec *Charter* so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, “fundamental” because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual.

Apart from rare cases where expression is communicated in a physically violent form, the Court thus viewed the fundamental nature of the freedom of expression as ensuring that “if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee” (p. 969). In other words, the term “expression” as used in s. 2(b) of the *Charter* embraces all content of expression irrespective of the particular meaning or message sought to be conveyed (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1181, *per* Lamer J.).

The second step in the analysis outlined in *Irwin Toy* is to determine whether the purpose of the impugned government action is to restrict freedom of expression. The guarantee of freedom of expression will necessarily be infringed by government action having such a purpose. If, however, it is the effect of the action, rather than the purpose, that restricts an activity, s. 2(b) is not brought into play

pour déterminer s'il y a violation de l'al. 2b), méthode confirmée par notre Cour dans des arrêts postérieurs, dont *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, et *Col-lège royal des chirurgiens dentistes*, précités.

L'étape initiale de l'analyse prévue dans l'arrêt *Irwin Toy* est de se demander si l'activité de la partie qui allègue l'atteinte à la liberté d'expression est comprise dans la sphère protégée par l'al. 2b). Exposant une approche large et compréhensive pour répondre à cette question, l'arrêt dit (à la p. 968):

L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la *Charte* québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu.

Donc, sauf pour les rares cas où l'expression revêt la forme de la violence physique, la Cour a estimé qu'il découle de la nature fondamentale de la liberté d'expression que «si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie» (p. 969). En d'autres termes, le mot «expression» à l'al. 2b) de la *Charte* vise tout contenu de l'expression, sans égard aux sens ou message particulier que l'on cherche à transmettre (voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1181, le juge Lamer).

La seconde étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Irwin Toy* est de déterminer si l'action gouvernementale attaquée vise à restreindre la liberté d'expression. Une action gouvernementale ayant un tel objet violera nécessairement la garantie de liberté d'expression. Si, toutefois, l'action a pour effet, plutôt que pour objet, de limiter une activité, l'al. 2b) ne joue pas, à moins que la partie qui

unless it can be demonstrated by the party alleging an infringement that the activity supports rather than undermines the principles and values upon which freedom of expression is based.

Having reviewed the *Irwin Toy* test, it remains to determine whether the impugned legislation in this appeal—s. 319(2) of the *Criminal Code*—infringes the freedom of expression guarantee of s. 2(b). Communications which wilfully promote hatred against an identifiable group without doubt convey a meaning, and are intended to do so by those who make them. Because *Irwin Toy* stresses that the type of meaning conveyed is irrelevant to the question of whether s. 2(b) is infringed, that the expression covered by s. 319(2) is invidious and obnoxious is beside the point. It is enough that those who publicly and wilfully promote hatred convey or attempt to convey a meaning, and it must therefore be concluded that the first step of the *Irwin Toy* test is satisfied.

Moving to the second stage of the s. 2(b) inquiry, one notes that the prohibition in s. 319(2) aims directly at words—in this appeal, Mr. Keegstra's teachings—that have as their content and objective the promotion of racial or religious hatred. The purpose of s. 319(2) can consequently be formulated as follows: to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed. Section 319(2) therefore overtly seeks to prevent the communication of expression, and hence meets the second requirement of the *Irwin Toy* test.

In my view, through s. 319(2) Parliament seeks to prohibit communications which convey meaning, namely, those communications which are intended to promote hatred against identifiable groups. I thus find s. 319(2) to constitute an infringement of the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Before moving on to see whether the impugned provision is nonetheless justified under s. 1, however, I wish to canvas two arguments made in favour of the position that communications intended to promote hatred do not fall within the ambit of s. 2(b). The first of

allègue l'atteinte puisse démontrer qu'il s'agit d'une activité qui, loin de les miner, étaye les principes et les valeurs sur lesquels repose la liberté d'expression.

^a Ayant étudié le critère établi dans l'arrêt *Irwin Toy*, il nous reste à déterminer si la disposition législative contestée en l'espèce—le par. 319(2) du *Code criminel*—porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b). Les communications fomentant volontairement la haine contre un groupe identifiable transmettent incontestablement une signification, et telle est l'intention de leurs auteurs. Puisque l'arrêt *Irwin Toy* insiste sur le fait que le type de signification transmise n'a aucune pertinence pour la question de savoir s'il y a eu violation de l'al. 2b), il est dès lors sans intérêt que l'expression visée au par. 319(2) soit odieuse ou désobligeante. Il suffit que ceux qui fomentent publiquement et volontairement la haine transmettent ou tentent de transmettre une signification, et force nous est de conclure que dans son premier volet le critère établi dans l'arrêt *Irwin Toy* a été rempli.

Passant à la seconde étape de l'analyse fondée sur l'al. 2b), on constate que l'interdiction formulée au par. 319(2) vise directement les paroles—en l'occurrence les enseignements de M. Keegstra—dont le contenu et l'objet est de favoriser la haine raciale ou religieuse. L'objet du par. 319(2) peut donc être exprimé ainsi: limiter le contenu de l'expression en précisant certaines significations qui ne doivent pas être transmises. Le paragraphe 319(2) vise donc ouvertement à empêcher une expression et satisfait ainsi au second volet du critère de l'arrêt *Irwin Toy*.

^a À mon avis, le législateur fédéral tente au moyen du par. 319(2) d'interdire des communications qui transmettent une signification, c'est-à-dire celles faites avec l'intention de fomentier la haine contre des groupes identifiables. Je conclus en conséquence que le par. 319(2) viole la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Avant d'examiner si la disposition attaquée est néanmoins justifiée aux termes de l'article premier, je me propose toutefois d'aborder deux arguments avancés pour soutenir que des communications destinées à fomentier la haine ne relèvent pas

these arguments concerns an exception mentioned in *Irwin Toy* concerning expression manifested in a violent form. The second relates to the impact of other sections of the *Charter* and international agreements in interpreting the scope of the freedom of expression guarantee.

Beginning with the suggestion that expression covered by s. 319(2) falls within an exception articulated in *Irwin Toy*, it was argued before this Court that the wilful promotion of hatred is an activity the form and consequences of which are analogous to those associated with violence or threats of violence. This argument contends that Supreme Court of Canada precedent excludes violence and threats of violence from the ambit of s. 2(b), and that the reason for such exclusion must lie in the fact that these forms of expression are inimical to the values supporting freedom of speech. Indeed, in support of this view it was pointed out to us that the Court in *Irwin Toy* stated that "freedom of expression ensures that we can convey our thoughts and feelings in non-violent ways without fear of censure" (p. 970). Accordingly, we were urged to find that hate propaganda of the type caught by s. 319(2), insofar as it imperils the ability of target group members themselves to convey thoughts and feelings in non-violent ways without fear of censure, is analogous to violence and threats of violence and hence does not fall within s. 2(b).

The proposition in *Irwin Toy* that violent expression is not afforded protection under s. 2(b) has its origin in a comment made by McIntyre J. in *Dolphin Delivery Ltd.*, in which he stated that the freedom of expression guaranteed picketers would not extend to protect violence or threats of violence (p. 588). Restricting s. 2(b) in this manner has also been mentioned in more recent Supreme Court of Canada decisions, in particular by Lamer J. in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)* and by a unanimous Court in *Royal College of Dental Surgeons*. It should be emphasized, however, that no decision of this Court has rested on the notion that

de l'al. 2b). Le premier concerne une exception mentionnée dans l'arrêt *Irwin Toy* relative à l'expression se manifestant sous une forme violente. Le second se rapporte à l'incidence d'autres articles de la *Charte* et de certaines conventions internationales sur l'interprétation de la portée de la garantie de la liberté d'expression.

Tout d'abord, quant à l'idée que l'expression visée au par. 319(2) relève d'une exception énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*, on a fait valoir que la fomentation volontaire de la haine est une activité qui par sa forme et ses conséquences est analogue à la violence ou aux menaces de violence. Suivant cet argument, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada exclut de la portée de l'al. 2b) la violence et les menaces de violence, exclusion qui doit tirer sa justification du fait que ces formes d'expression s'opposent aux valeurs soutenant la liberté d'expression. De fait, on nous a signalé à l'appui de cette position que notre Cour a dit dans l'arrêt *Irwin Toy* que «la liberté d'expression est la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure» (p. 970). On nous a donc invités à conclure que la propagande haineuse du type visé au par. 319(2), en ce qu'elle nuit à la capacité des membres des groupes cibles eux-mêmes de communiquer des pensées et des sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure, est assimilable à la violence et aux menaces de violence et ne relève donc pas de l'al. 2b).

La proposition, énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*, selon laquelle l'expression violente ne bénéficie pas de la protection de l'al. 2b) tire son origine d'une observation faite par le juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd.*, où il dit que la liberté d'expression garantie aux piqueteurs ne saurait être étendue de manière à protéger la violence ou les menaces de violence (p. 588). Une telle restriction de la portée de l'al. 2b) a été mentionnée également dans des arrêts plus récents de notre Cour, particulièrement par le juge Lamer dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)* et par une Cour unanime dans l'arrêt *Collège royal des chirurgiens dentistes*. Il faut toutefois souligner qu'aucun arrêt de notre Cour n'est fondé sur l'idée que la conduite

expressive conduct is excluded from s. 2(b) where it involves violence.

Turning specifically to the proposition that hate propaganda should be excluded from the coverage of s. 2(b), I begin by stating that the communications restricted by s. 319(2) cannot be considered as violence, which on a reading of *Irwin Toy* I find to refer to expression communicated directly through physical harm. Nor do I find hate propaganda to be analogous to violence, and through this route exclude it from the protection of the guarantee of freedom of expression. As I have explained, the starting proposition in *Irwin Toy* is that all activities conveying or attempting to convey meaning are considered expression for the purposes of s. 2(b); the content of expression is irrelevant in determining the scope of this *Charter* provision. Stated at its highest, an exception has been suggested where meaning is communicated directly via physical violence, the extreme repugnance of this form to free expression values justifying such an extraordinary step. Section 319(2) of the *Criminal Code* prohibits the communication of meaning that is repugnant, but the repugnance stems from the content of the message as opposed to its form. For this reason, I am of the view that hate propaganda is to be categorized as expression so as to bring it within the coverage of s. 2(b).

As for threats of violence, *Irwin Toy* spoke only of restricting s. 2(b) to certain forms of expression, stating at p. 970 that,

[w]hile the guarantee of free expression protects all content of expression, certainly violence as a form of expression receives no such protection. It is not necessary here to delineate precisely when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee. But it is clear, for example, that a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen. [Emphasis in original.]

expressive est exclue de la portée de l'al. 2b) lorsqu'elle prend la forme de la violence.

Pour ce qui est précisément de l'argument selon lequel la propagande haineuse ne devrait pas bénéficier de la protection de l'al. 2b), je souligne d'abord que les communications soumises aux restrictions prévues au par. 319(2) ne sauraient être assimilées à la violence, terme qui, d'après ce que je conclus de l'arrêt *Irwin Toy*, s'applique à l'expression qui se manifeste directement par un préjudice corporel. Je n'estime pas non plus que la propagande haineuse soit analogue à la violence et je ne l'exclus donc pas pour ce motif de la protection accordée par la garantie de la liberté d'expression. Comme je l'ai déjà expliqué, l'arrêt *Irwin Toy* part de la proposition que toutes les activités qui transmettent ou qui tentent de transmettre une signification sont assimilées à l'expression aux fins de l'al. 2b); le contenu de l'expression est sans pertinence pour déterminer la portée de cette disposition de la *Charte*. Une exception a été proposée pour le cas extrême où le message est transmis directement par la violence physique, et c'est l'incompatibilité totale de cette forme d'expression avec les valeurs sous-tendant la liberté d'expression qui justifie cette mesure extraordinaire. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* interdit la communication de tout message offensant, mais le caractère offensant tient au contenu du message et non à sa forme. Pour cette raison, la propagande haineuse est à ranger dans la catégorie de l'expression, et relève donc de l'al. 2b).

Pour ce qui est des menaces de violence, l'arrêt *Irwin Toy* parlait seulement de limiter l'application de l'al. 2b) à certaines formes d'expression, disant en effet, à la p. 970:

Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. Toutefois il est parfaitement clair que, par exemple, l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi. [Souligné dans l'original.]

While the line between form and content is not always easily drawn, in my opinion threats of violence can only be so classified by reference to the content of their meaning. As such, they do not fall within the exception spoken of in *Irwin Toy*, and their suppression must be justified under s. 1. As I do not find threats of violence to be excluded from the definition of expression envisioned by s. 2(b), it is unnecessary to determine whether the threatening aspects of hate propaganda can be seen as threats of violence, or analogous to such threats, so as to deny it protection under s. 2(b).

The second matter which I wish to address before leaving the s. 2(b) inquiry concerns the relevance of other *Charter* provisions and international agreements to which Canada is a party in interpreting the coverage of the freedom of expression guarantee. It has been argued in support of excluding hate propaganda from the coverage of s. 2(b) that the use of ss. 15 and 27 of the *Charter*—dealing respectively with equality and multiculturalism—and Canada's acceptance of international agreements requiring the prohibition of racist statements make s. 319(2) incompatible with even a large and liberal definition of the freedom (see, e.g., I. Cotler, "Hate Literature", in R. S. Abella and M. L. Rothman, eds., *Justice Beyond Orwell* (1985), 117, at pp. 121-22). The general tenor of this argument is that these interpretative aids inextricably infuse each constitutional guarantee with values supporting equal societal participation and the security and dignity of all persons. Consequently, it is said that s. 2(b) must be curtailed so as not to extend to communications which seriously undermine the equality, security and dignity of others.

Because I will deal extensively with the impact of various *Charter* provisions and international agreements when considering whether s. 319(2) is a justifiable limit under s. 1, I will keep my comments here to a minimum. Suffice it to say

Bien que la ligne de démarcation entre la forme et le contenu ne soit pas toujours facile à tracer, les menaces de violence ne peuvent à mon avis être classées que par référence au contenu de leur signification. Comme telles, elles ne relèvent pas de l'exception dont parle l'arrêt *Irwin Toy* et leur suppression doit pouvoir se justifier en vertu de l'article premier. Comme j'estime que les menaces de violence ne sont pas exclues de la définition de l'expression envisagée à l'al. 2b), il est inutile de décider si les aspects menaçants de la propagande haineuse peuvent être considérés comme des menaces de violence, ou analogues à de telles menaces, de manière à lui enlever la protection qu'accorde l'al. 2b).

Le second point que je souhaite traiter avant de terminer l'analyse relative à l'al. 2b) concerne la pertinence d'autres dispositions de la *Charte* et de certaines conventions internationales auxquelles le Canada est partie dans l'interprétation de la protection accordée par la garantie de la liberté d'expression. On a soutenu à l'appui de l'exclusion de la propagande haineuse de la protection de l'al. 2b) que l'application des art. 15 et 27 de la *Charte*—concernant respectivement l'égalité et le multiculturalisme—et l'adhésion du Canada à certaines conventions internationales exigeant la prohibition des déclarations racistes entraînent l'incompatibilité du par. 319(2) avec même une définition large et libérale de la liberté d'expression (voir, par exemple, I. Cotler, «Hate Literature», dans R. S. Abella et M. L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell* (1985), 117, aux pp. 121 et 122). Cet argument consiste en somme à dire que ces aides à l'interprétation ont pour effet de lier inextricablement à chaque garantie constitutionnelle des valeurs favorisant l'égalité dans la participation sociale ainsi que la sécurité et la dignité de tous. On prétend par conséquent que la portée de l'al. 2b) doit être limitée pour ne pas s'appliquer aux communications qui minent sérieusement l'égalité, la sécurité et la dignité d'autrui.

Comme je ferai une étude approfondie de l'effet de différentes dispositions de la *Charte* et de diverses conventions internationales quand j'examinerai si le par. 319(2) constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier, je m'en tiens ici à

that I agree with the general approach of Wilson J. in *Edmonton Journal*, *supra*, where she speaks of the danger of balancing competing values without the benefit of a context. This approach does not logically preclude the presence of balancing within s. 2(b)—one could avoid the dangers of an overly abstract analysis simply by making sure that the circumstances surrounding both the use of the freedom and the legislative limit were carefully considered. I believe, however, that s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing, and consider this Court's previous freedom of expression decisions to support this belief. It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1.

I thus conclude on the issue of s. 2(b) by finding that s. 319(2) of the *Criminal Code* constitutes an infringement of the *Charter* guarantee of freedom of expression, and turn to examine whether such an infringement is justifiable under s. 1 as a reasonable limit in a free and democratic society.

VII. Section 1 Analysis of Section 319(2)

A. *General Approach to Section 1*

Though the language of s. 1 appears earlier in these reasons, it is appropriate to repeat its words:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court offered a course of analysis to be employed in determining whether a limit on a right or freedom

quelques brèves observations. Qu'il suffise de dire que j'approuve l'approche générale adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, où elle parle du danger qu'il y a à soupeser des valeurs concurrentes sans l'avantage d'un contexte. Cette approche n'exclut pas logiquement la possibilité de procéder à une telle évaluation sous le régime de l'al. 2b)—on pourrait en effet éviter les dangers d'une analyse excessivement abstraite en s'assurant simplement que soient soumises à un examen minutieux les circonstances de l'usage de la liberté en question et de la restriction législative. Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étayent cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier.

Donc, pour terminer sur la question de l'al. 2b), je conclus que le par. 319(2) du *Code criminel* est une atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Je passe maintenant à la question de savoir si une telle atteinte est justifiable en tant que limite raisonnable dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier.

g VII. L'analyse du par. 319(2) en vertu de l'article premier

A. *La façon générale d'aborder l'article premier*

h Quoique le texte de l'article premier ait été reproduit précédemment dans les présents motifs, je le cite de nouveau ici:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour propose une méthode d'analyse pour déterminer si la justification d'une limite imposée

can be demonstrably justified in a free and democratic society. Under the approach in *Oakes*, it must first be established that impugned state action has an objective of pressing and substantial concern in a free and democratic society. Only such an objective is of sufficient stature to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom (p. 138). The second feature of the *Oakes* test involves assessing the proportionality between the objective and the impugned measure. The inquiry as to proportionality attempts to guide the balancing of individual and group interests protected in s. 1, and in *Oakes* was broken down into the following three segments (at p. 139):

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question. . . . Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance". [Emphasis in original.]

The analytical framework of *Oakes* has been continually reaffirmed by this Court, yet it is dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision, offering nothing more than a last chance for the state to justify incursions into the realm of fundamental rights. From a crudely practical standpoint, *Charter* litigants sometimes may perceive s. 1 in this manner, but in the body of our nation's constitutional law it plays an immeasurably richer role, one of great magnitude and sophistication. Before examining the specific components of the *Oakes* approach as they relate to this appeal, I therefore wish to comment more generally upon the role of s. 1.

In the words of s. 1 are brought together the fundamental values and aspirations of Canadian

à un droit ou à une liberté peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Suivant la méthode de l'arrêt *Oakes*, il faut établir d'abord qu'un acte contesté commis par l'État vise un objectif qui traduit une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique. C'est le seul genre d'objectif qui soit suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution (p. 138). Le second volet du critère de l'arrêt *Oakes* consiste à mesurer la proportionnalité entre l'objectif et la mesure contestée. Cet examen de la proportionnalité vise à orienter le processus par lequel sont soupesés les intérêts individuels et collectifs protégés par l'article premier et, dans l'arrêt *Oakes*, il a été divisé en trois étapes (à la p. 139):

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question [. . .] Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment importants». [Souligné dans l'original.]

Notre Cour a maintes fois confirmé le cadre analytique établi dans l'arrêt *Oakes*, et pourtant on s'induit dangereusement en erreur si l'on voit dans l'article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme n'offrant rien d'autre qu'une dernière chance à l'État de justifier des incursions dans le domaine des droits fondamentaux. D'un point de vue purement pratique, les plaideurs qui invoquent la *Charte* peuvent parfois percevoir ainsi l'article premier mais, dans le droit constitutionnel de notre nation, cet article joue un rôle infiniment plus riche, un rôle de grande envergure et d'extrême raffinement. Je veux donc faire des observations plus générales sur le rôle de l'article premier avant d'examiner individuellement les éléments de la méthode de l'arrêt *Oakes* dans le contexte du présent pourvoi.

Dans le texte de l'article premier se trouvent réunies les valeurs et les aspirations fondamentales

society. As this Court has said before, the premier article of the *Charter* has a dual function, operating both to activate *Charter* rights and freedoms and to permit such reasonable limits as a free and democratic society may have occasion to place upon them (*Oakes*, at pp. 133-34). What seems to me to be of significance in this dual function is the commonality that links the guarantee of rights and freedoms to their limitation. This commonality lies in the phrase "free and democratic society". As was stated by the majority in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056:

The underlying values of a free and democratic society both guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights.

Obviously, a practical application of s. 1 requires more than an incantation of the words "free and democratic society". These words require some definition, an elucidation as to the values that they invoke. To a large extent, a free and democratic society embraces the very values and principles which Canadians have sought to protect and further by entrenching specific rights and freedoms in the Constitution, although the balancing exercise in s. 1 is not restricted to values expressly set out in the *Charter* (*Slaight, supra*, at p. 1056). With this guideline in mind, in *Oakes* I commented upon some of the ideals that inform our understanding of a free and democratic society, saying (at p. 136):

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

de la société canadienne. Comme l'a déjà dit notre Cour, l'article premier de la *Charte* a la double fonction de rendre effectifs les droits et libertés garantis par la *Charte* et de permettre toute limite raisonnable qu'une société libre et démocratique peut avoir à y imposer (*Oakes*, aux pp. 133 et 134). Ce qui me semble important dans ce double rôle, c'est le fonds commun de la garantie des droits et libertés et des restrictions apportées. Ce fonds commun se dégage de l'expression «société libre et démocratique». Comme l'a dit la majorité dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1056:

Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits.

Évidemment, l'application pratique de l'article premier nécessite davantage que l'articulation des mots «société libre et démocratique». Il faut les définir et élucider les valeurs qu'ils renferment. Dans une large mesure, une société libre et démocratique embrasse les valeurs et les principes mêmes que les Canadiens ont cherché à protéger et à promouvoir par la constitutionnalisation de droits et de libertés, quoique l'évaluation faite en vertu de l'article premier ne se borne pas aux valeurs expressément énoncées dans la *Charte* (*Slaight*, précité, à la p. 1056). J'avais cette ligne directrice présente à l'esprit en faisant des observations, dans l'arrêt *Oakes*, sur certains idéaux inhérents à notre conception d'une société libre et démocratique (à la p. 136):

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Undoubtedly these values and principles are numerous, covering the guarantees enumerated in the *Charter* and more. Equally, they may well deserve different emphases, and certainly will assume varying degrees of importance depending upon the circumstances of a particular case.

It is important not to lose sight of factual circumstances in undertaking a s. 1 analysis, for these shape a court's view of both the right or freedom at stake and the limit proposed by the state; neither can be surveyed in the abstract. As Wilson J. said in *Edmonton Journal*, *supra*, referring to what she termed the "contextual approach" to *Charter* interpretation (at pp. 1355-56):

... a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

Though Wilson J. was speaking with reference to the task of balancing enumerated rights and freedoms, I see no reason why her view should not apply to all values associated with a free and democratic society. Clearly, the proper judicial perspective under s. 1 must be derived from an awareness of the synergetic relation between two elements: the values underlying the *Charter* and the circumstances of the particular case.

From the discussion so far, I hope it is clear that a rigid or formalistic approach to the application of s. 1 must be avoided. The ability to use s. 1 as a gauge which is sensitive to the values and circumstances particular to an appeal has been identified as vital in past cases, and La Forest J. admirably described the essence of this flexible approach in

Sans doute ces valeurs et principes sont-ils nombreux, englobant les garanties énumérées dans la *Charte* et plus encore. De même, il se peut qu'ils ne méritent pas tous le même poids et ils varieront certainement en importance selon les circonstances d'une affaire donnée.

Il est important de ne pas perdre de vue les circonstances factuelles quand on entreprend l'analyse fondée sur l'article premier, car elles modèlent l'opinion que se fait un tribunal tant du droit ou de la liberté en cause que de la restriction proposée par l'État; ni l'un ni l'autre ne peuvent être examinés dans l'abstrait. Comme le dit le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, en parlant de ce qu'elle appelle la «méthode contextuelle» d'interprétation de la *Charte*, aux pp. 1355 et 1356:

... une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

Bien que le juge Wilson fasse allusion à la tâche d'appréciation des droits et libertés énumérés, je ne vois aucune raison pour ne pas appliquer son point de vue à l'ensemble des valeurs rattachées à une société libre et démocratique. De toute évidence, la perspective judiciaire à adopter aux fins de l'article premier doit procéder d'une appréciation du rapport synergique entre deux éléments: les valeurs sous-tendant la *Charte* et les circonstances de l'instance particulière.

J'ose espérer qu'il ressort clairement de l'analyse qui précède que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. La possibilité d'utiliser l'article premier comme une jauge s'adaptant aux valeurs et circonstances propres à un appel a été reconnue comme primordiale dans la jurisprudence, et le juge La Forest décrit

United States of America v. Cotroni, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90:

In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

See also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, per La Forest J., at p. 300; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, per Dickson C.J., at pp. 768-69; and *Irwin Toy*, *supra*, per the majority, at pp. 989-90. The sentiments of La Forest J. correctly suggest that the application of the *Oakes* approach will vary depending on the circumstances of the case, including the nature of the interests at stake.

B. *The Use of American Constitutional Jurisprudence*

Having discussed the unique and unifying role of s. 1, I think it appropriate to address a tangential matter, yet one nonetheless crucial to the disposition of this appeal: the relationship between Canadian and American approaches to the constitutional protection of free expression, most notably in the realm of hate propaganda. Those who attack the constitutionality of s. 319(2) draw heavily on the tenor of First Amendment jurisprudence in weighing the competing freedoms and interests in this appeal, a reliance which is understandable given the prevalent opinion that the criminalization of hate propaganda violates the Bill of Rights (see, e.g., L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 861, n. 2; K. Greenawalt, "Insults and Epithets: Are They Protected Speech?" (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287, at p. 304). In response to the emphasis placed upon this jurisprudence, I find it helpful to summarize the American position and to determine the extent to which it should influence the s. 1 analysis in the circumstances of this appeal.

admirablement cette méthode souple dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490:

^a Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

Voir aussi *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge La Forest, à la p. 300; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson, aux pp. 768 et 769; et *Irwin Toy*, précité, motifs de la majorité, aux pp. 989 et 990. Le juge La Forest indique avec raison que l'application de la méthode de l'arrêt *Oakes* variera en fonction des circonstances de l'instance, notamment la nature des intérêts en jeu.

B. *Le recours à la jurisprudence constitutionnelle américaine*

^f Ayant traité du rôle unique et unificateur de l'article premier, je crois qu'il convient d'aborder un aspect subsidiaire, qui est néanmoins crucial pour trancher le présent pourvoi: il s'agit du rapport entre les positions canadienne et américaine à l'égard de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression, surtout dans le domaine de la propagande haineuse. Ceux qui attaquent la constitutionnalité du par. 319(2) s'appuient fortement sur la jurisprudence relative au Premier amendement en soupesant les libertés et les intérêts qui s'opposent dans le présent pourvoi, ce qui est compréhensible puisque l'opinion courante est que la criminalisation de la propagande haineuse viole le Bill of Rights (voir par exemple, L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), à la p. 861, note 2; K. Greenawalt, «Insults and Epithets: Are They Protected Speech?» (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287, à la p. 304). En réponse à l'importance qu'on attache à cette doctrine et jurisprudence, je crois qu'il est utile de résumer la position américaine et de déterminer dans quelle mesure elle devrait influencer sur l'analyse fondée sur l'article premier dans les circonstances du présent pourvoi.

A myriad of sources—both judicial and academic—offer reviews of First Amendment jurisprudence as it pertains to hate propaganda. Central to most discussions is the 1952 case of *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, where the Supreme Court of the United States upheld as constitutional a criminal statute forbidding certain types of group defamation. Though never overruled, *Beauharnais* appears to have been weakened by later pronouncements of the Supreme Court (see, e.g., *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); and *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)). The trend reflected in many of these pronouncements is to protect offensive, public invective as long as the speaker has not knowingly lied and there exists no clear and present danger of violence or insurrection.

In the wake of subsequent developments in the Supreme Court, on several occasions *Beauharnais* has been distinguished and doubted by lower courts (see, e.g., *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (D.C. Cir. 1968), at p. 174, n. 5; *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (8th Cir. 1973), at p. 1094, n. 14; *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), at pp. 331-32; and *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989), at p. 863). Of the judgments expressing a shaken faith in *Beauharnais*, *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), *certiorari* denied, 439 U.S. 916 (1978), is of greatest relevance to this appeal. In *Collin*, the Court of Appeal for the Seventh Circuit invalidated a municipal ordinance prohibiting public demonstrations inciting “violence, hatred, abuse or hostility toward a person or group of persons by reason of reference to religious, racial, ethnic, national or regional affiliation” (p. 1199), and thereby allowed members of the American Nazi Party to march through Skokie, Illinois, home to a large number of Jewish Holocaust survivors (despite the ruling, however, no march was held in Skokie; I. Horowitz, “First

Une myriade de sources, tant jurisprudentielles que doctrinales, font la revue des décisions concernant le Premier amendement et la propagande haineuse. Au cœur de la plupart des analyses se trouve l'arrêt de 1952, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, dans lequel la Cour suprême des États-Unis a déclaré constitutionnelle une loi pénale interdisant certains types de diffamation de groupes. Quoiqu'il n'ait jamais été renversé, l'arrêt *Beauharnais* paraît avoir été affaibli par des arrêts postérieurs de la Cour suprême (voir, par exemple, *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); et *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)). Il se dégage d'une bonne partie de cette jurisprudence une tendance vers la protection de l'invective publique et offensante, pourvu que son auteur n'ait pas sciemment menti et qu'il n'existe aucun danger clair et actuel de violence ou d'insurrection.

Compte tenu des déclarations subséquentes de la Cour suprême, des tribunaux inférieurs ont en plusieurs occasions fait des distinctions avec l'arrêt *Beauharnais* et l'ont mis en doute (voir, par exemple, *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (D.C. Cir. 1968), à la p. 174, note 5; *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (8th Cir. 1973), à la p. 1094, note 14; *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), aux pp. 331 et 332; et *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989), à la p. 863). Parmi les jugements exprimant une confiance ébranlée dans l'arrêt *Beauharnais*, l'arrêt *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), *certiorari* refusé, 439 U.S. 916 (1978), est le plus pertinent aux fins du présent pourvoi. Dans l'arrêt *Collin*, la Cour d'appel du Septième circuit a invalidé une ordonnance municipale interdisant les manifestations publiques qui incitent [TRADUCTION] «à la violence, à la haine, aux injures ou à l'hostilité envers une personne ou un groupe en évoquant leur affiliation religieuse, raciale, ethnique, nationale ou régionale» (p. 1199); la cour permettait ainsi à des membres du parti nazi américain de défiler dans Skokie (Illinois), où habitaient un grand

Amendment Blues: On Downs, *Nazis in Skokie*”, [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535, at p. 540).

The question that concerns us in this appeal is not, of course, what the law is or should be in the United States. But it is important to be explicit as to the reasons why or why not American experience may be useful in the s. 1 analysis of s. 319(2) of the *Criminal Code*. In the United States, a collection of fundamental rights has been constitutionally protected for over two hundred years. The resulting practical and theoretical experience is immense, and should not be overlooked by Canadian courts. On the other hand, we must examine American constitutional law with a critical eye, and in this respect La Forest J. has noted in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 639:

While it is natural and even desirable for Canadian courts to refer to American constitutional jurisprudence in seeking to elucidate the meaning of *Charter* guarantees that have counterparts in the United States Constitution, they should be wary of drawing too ready a parallel between constitutions born to different countries in different ages and in very different circumstances

Canada and the United States are not alike in every way, nor have the documents entrenching human rights in our two countries arisen in the same context. It is only common sense to recognize that, just as similarities will justify borrowing from the American experience, differences may require that Canada’s constitutional vision depart from that endorsed in the United States.

Having examined the American cases relevant to First Amendment jurisprudence and legislation criminalizing hate propaganda, I would be adverse to following too closely the line of argument that would overrule *Beauharnais* on the ground that incursions placed upon free expression are only justified where there is a clear and present danger of imminent breach of peace. Equally, I am unwill-

nombre de survivants de l’Holocauste juif (malgré cette décision, il n’y a cependant pas eu de défilé à Skokie; I. Horowitz, «First Amendment Blues: On Downs, *Nazis in Skokie*», [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535, à la p. 540).

La question qui nous préoccupe en l’espèce, évidemment, n’est pas celle de savoir quelle est ou devrait être la règle de droit aux États-Unis. Il est important cependant de préciser les raisons pour lesquelles l’expérience américaine peut être ou non utile dans l’analyse du par. 319(2) du *Code criminel* en vertu de l’article premier. Aux États-Unis, un ensemble de droits fondamentaux bénéficie d’une protection constitutionnelle depuis plus de deux cents ans. Il en résulte donc une immense expérience pratique et théorique dont les tribunaux canadiens ne devraient pas faire abstraction. Par ailleurs, nous devons examiner le droit constitutionnel américain d’un œil critique et, à cet égard, le juge La Forest souligne dans l’arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 639:

Bien qu’il soit naturel et même souhaitable que les tribunaux canadiens renvoient à la jurisprudence constitutionnelle américaine pour chercher à dégager le sens des garanties prévues par la *Charte* qui ont leurs équivalents dans la Constitution des États-Unis, ils devraient prendre soin de ne pas établir trop rapidement un parallèle entre des constitutions établies dans des pays différents à des époques différentes et dans des circonstances très différentes

Le Canada et les États-Unis ne sont pas en tous points pareils et les documents consacrant les droits de la personne dans nos deux pays n’ont pas pris naissance dans des contextes identiques. Le simple bon sens nous oblige à reconnaître que, de même que les similitudes justifieront des emprunts à l’expérience américaine, de même les différences pourront exiger que la vision constitutionnelle canadienne s’écarte de la vision américaine.

Ayant examiné la jurisprudence américaine relative au Premier amendement et aux textes législatifs criminalisant la propagande haineuse, je ne suis pas disposé à retenir sans réserve l’argument selon lequel l’arrêt *Beauharnais* devrait être renversé pour le motif que les restrictions imposées à la liberté d’expression ne se justifient que dans le cas d’un danger clair et actuel d’atteinte immi-

ing to embrace various categorizations and guiding rules generated by American law without careful consideration of their appropriateness to Canadian constitutional theory. Though I have found the American experience tremendously helpful in coming to my own conclusions regarding this appeal, and by no means reject the whole of the First Amendment doctrine, in a number of respects I am thus dubious as to the applicability of this doctrine in the context of a challenge to hate propaganda legislation.

First, it is not entirely clear that *Beauharnais* must conflict with existing First Amendment doctrine. Credible arguments have been made that later Supreme Court cases do not necessarily erode its legitimacy (see, e.g., K. Lasson, "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11). Indeed, there exists a growing body of academic writing in the United States which evinces a stronger focus upon the way in which hate propaganda can undermine the very values which free speech is said to protect. This body of writing is receptive to the idea that, were the issue addressed from this new perspective, First Amendment doctrine might be able to accommodate statutes prohibiting hate propaganda (see, e.g., R. Delgado, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling" (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133; I. Horowitz and V. Bramson, "Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory" (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328; Lasson, *op. cit.*, at pp. 20-30; M. Matsuda, "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320, at p. 2348; "Doe v. University of Michigan: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech" (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397).

Second, the aspect of First Amendment doctrine most incompatible with s. 319(2), at least as that doctrine is described by those who would strike down the legislation, is its strong aversion to con-

nente à la paix. J'hésite également à adopter, sans examiner minutieusement si elles conviennent à la théorie constitutionnelle canadienne, différentes classifications et règles directrices provenant du droit américain. Bien que l'expérience américaine m'ait énormément aidé à tirer mes propres conclusions concernant le présent pourvoi, et bien que je sois loin de rejeter intégralement la théorie de l'interprétation du Premier amendement, je doute néanmoins à plusieurs égards de l'applicabilité de cette théorie dans le contexte de la contestation d'une loi relative à la propagande haineuse.

En premier lieu, il n'est pas entièrement sûr que l'arrêt *Beauharnais* soit incompatible avec la théorie actuelle de l'interprétation du Premier amendement. On a soutenu plausiblement en effet que les arrêts postérieurs de la Cour suprême n'en diminuent pas nécessairement la légitimité (voir, par exemple, K. Lasson, «Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment» (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11). De fait, il existe aux États-Unis une doctrine croissante qui insiste davantage sur la façon dont la propagande haineuse peut miner les valeurs mêmes qu'on dit protégées par la liberté d'expression. Cette doctrine accueille l'idée suivant laquelle, si la question était abordée dans cette perspective nouvelle, la théorie de l'interprétation du Premier amendement pourrait admettre des lois interdisant la propagande haineuse (voir, par exemple, R. Delgado, «Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling» (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133; I. Horowitz et V. Bramson, «Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory» (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328; Lasson, *loc. cit.*, aux pp. 20 à 30; M. Matsuda, «Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story» (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320, à la p. 2348; «Doe v. University of Michigan: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech» (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397).

En deuxième lieu, l'aspect de la théorie de l'interprétation du Premier amendement le plus incompatible avec le par. 319(2), du moins selon la présentation de cette théorie par les tenants de son

tent-based regulation of expression. I am somewhat skeptical, however, as to whether this view of free speech in the United States is entirely accurate. Rather, in rejecting the extreme position that would provide an absolute guarantee of free speech in the Bill of Rights, the Supreme Court has developed a number of tests and theories by which protected speech can be identified and the legitimacy of government regulation assessed. Often required is a content-based categorization of the expression under examination. As an example, obscenity is not protected because of its content (see, e.g., *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957)) and laws proscribing child pornography have been scrutinized under a less than strict First Amendment standard even where they extend to expression beyond the realm of the obscene (see *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)). Similarly, the vigorous protection of free speech relaxes significantly when commercial expression is scrutinized (see, e.g., *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986)), and it is permissible to restrict government employees in their exercise of the right to engage in political activity (*Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985)).

In short, a decision to place expressive activity in a category which either merits reduced protection or falls entirely outside of the First Amendment's ambit at least impliedly involves assessing the content of the activity in light of free speech values. As Professor F. Schauer has said, it is always necessary to examine the First Amendment value of the expression limited by state regulation ("The Aim and the Target in Free Speech Methodology" (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562, at p. 568). To recognize that content is often examined under the First Amendment is not to deny that content neutrality plays a real and important role in the American jurisprudence. Nonetheless, that the proscription against looking at the content of expression is not absolute, and that balancing is occasionally employed in First Amendment cases (see Professor T. A. Aleinikoff, "Constitutional

invalidation, est la profonde aversion qu'elle traduit pour la réglementation de l'expression en fonction de son contenu. Je doute toutefois quelque peu que cette vision de la liberté d'expression aux États-Unis corresponde parfaitement à la réalité. En rejetant la position extrême qui voit dans le Bill of Rights une garantie absolue de la liberté d'expression, la Cour suprême a élaboré plusieurs critères et théories permettant d'identifier l'expression protégée et d'apprécier la légitimité de la réglementation gouvernementale. On exige souvent une catégorisation de l'expression en cause selon son contenu. Par exemple, l'obscénité n'est pas protégée justement en raison de son contenu (voir, par exemple, *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957)) et l'examen des lois proscrivant l'exploitation pornographique de l'enfant s'est fait selon une interprétation moins stricte du Premier amendement, même lorsqu'elles visaient une expression qui sortait du domaine de l'obscène (voir *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)). De même, la liberté d'expression est nettement moins vigoureusement protégée quand l'expression commerciale est en cause (voir, par exemple, *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986)), et il est permis de restreindre les fonctionnaires publics dans l'exercice du droit de se livrer à des activités politiques (*Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985)).

Bref, la décision de placer une activité expressive dans une catégorie qui, soit mérite une protection réduite, soit échappe entièrement à la portée du Premier amendement, comporte, implicitement au moins, l'appréciation du contenu de l'activité en question à la lumière des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Comme le dit le professeur F. Schauer, il est toujours nécessaire d'examiner la valeur, au regard du Premier amendement, de l'expression restreinte par une réglementation de l'État («The Aim and the Target in Free Speech Methodology» (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562, à la p. 568). Reconnaître que le contenu est souvent soumis à un examen en vertu du Premier amendement ne revient pas à nier que la neutralité du contenu joue un rôle réel et important dans la jurisprudence américaine. Néanmoins, le fait qu'il ne soit pas absolument défendu de tenir compte du

Law in the Age of Balancing” (1987), 96 *Yale L.J.* 943, at pp. 966-68), reveals that even in the United States it is sometimes thought justifiable to restrict a particular message because of its meaning.

Third, applying the *Charter* to the legislation challenged in this appeal reveals important differences between Canadian and American constitutional perspectives. I have already discussed in some detail the special role of s. 1 in determining the protective scope of *Charter* rights and freedoms. Section 1 has no equivalent in the United States, a fact previously alluded to by this Court in selectively utilizing American constitutional jurisprudence (see, e.g., *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, *per* Lamer J., at p. 498). Of course, American experience should never be rejected simply because the *Charter* contains a balancing provision, for it is well known that American courts have fashioned compromises between conflicting interests despite what appears to be the absolute guarantee of constitutional rights. Where s. 1 operates to accentuate a uniquely Canadian vision of a free and democratic society, however, we must not hesitate to depart from the path taken in the United States. Far from requiring a less solicitous protection of *Charter* rights and freedoms, such independence of vision protects these rights and freedoms in a different way. As will be seen below, in my view the international commitment to eradicate hate propaganda and, most importantly, the special role given equality and multiculturalism in the Canadian Constitution necessitate a departure from the view, reasonably prevalent in America at present, that the suppression of hate propaganda is incompatible with the guarantee of free expression. (In support of this view, see the comments of Professors K. Mahoney and J. Cameron in “Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation” (1988-89), 37

contenu de l’expression et que, dans les affaires relevant du Premier amendement, les tribunaux soupèsent à l’occasion les différents intérêts en cause (voir professeur T. A. Aleinikoff, «Constitutional Law in the Age of Balancing» (1987), 96 *Yale L.J.* 943, aux pp. 966 à 968), indique que, même aux États-Unis, la restriction d’un message particulier en raison de sa signification est parfois considérée justifiable.

En troisième lieu, l’application de la *Charte* à la disposition législative contestée en l’espèce fait ressortir d’importantes différences entre les perspectives constitutionnelles canadienne et américaine. J’ai déjà traité de façon assez détaillée du rôle spécial que joue l’article premier dans la détermination de l’étendue de la protection donnée par les droits et libertés garantis dans la *Charte*. L’article premier n’a pas d’équivalent aux États-Unis, fait qu’a déjà évoqué notre Cour en se servant sélectivement de la jurisprudence constitutionnelle américaine (voir, par exemple, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer, à la p. 498). Bien sûr, l’expérience américaine ne devrait jamais être rejetée du simple fait que la *Charte* contient une disposition exigeant l’appréciation des intérêts en jeu, car on sait très bien que les tribunaux américains ont établi des compromis entre des intérêts opposés, en dépit de ce qui paraît être la garantie absolue de droits constitutionnels. Toutefois, dans les cas où l’article premier joue pour mettre en relief une vision proprement canadienne d’une société libre et démocratique, il ne faut pas hésiter à quitter la voie tracée par les États-Unis. Loin de dicter une protection moins empressée des droits et libertés garantis par la *Charte*, cette vision indépendante les protège d’une manière différente. Comme je l’indique ci-après, l’engagement international envers l’élimination de la propagande haineuse et, plus important encore, le rôle particulier donné à l’égalité et au multiculturalisme dans la constitution canadienne exige que l’on s’écarte du point de vue assez prédominant aujourd’hui en Amérique du Nord, selon lequel la suppression de la propagande haineuse est incompatible avec la garantie de liberté d’expression. (À l’appui de ce point de vue, voir les commentaires des professeurs K. Mahoney et J. Cameron dans «Language as Vio-

Buffalo L. Rev. 337, beginning at pp. 344 and 353 respectively).

In sum, there is much to be learned from First Amendment jurisprudence with regard to freedom of expression and hate propaganda. It would be rash, however, to see First Amendment doctrine as demanding the striking down of s. 319(2). Not only are the precedents somewhat mixed, but the relaxation of the prohibition against content-based regulation of expression in certain areas indicates that American courts are not loath to permit the suppression of ideas in some circumstances. Most importantly, the nature of the s. 1 test as applied in the context of a challenge to s. 319(2) may well demand a perspective particular to Canadian constitutional jurisprudence when weighing competing interests. If values fundamental to the Canadian conception of a free and democratic society suggest an approach that denies hate propaganda the highest degree of constitutional protection, it is this approach which must be employed.

C. Objective of Section 319(2)

I now turn to the specific requirements of the *Oakes* approach in deciding whether the infringement of s. 2(b) occasioned by s. 319(2) is justifiable in a free and democratic society. According to *Oakes*, the first aspect of the s. 1 analysis is to examine the objective of the impugned legislation. Only if the objective relates to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society can the legislative limit on a right or freedom hope to be permissible under the *Charter*. In examining the objective of s. 319(2), I will begin by discussing the harm caused by hate propaganda as identified by the Cohen Committee and subsequent study groups, and then review in turn the impact upon this objective of international human rights instruments and ss. 15 and 27 of the *Charter*.

lence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation» (1988-89), 37 *Buffalo L. Rev.* 337, aux pp. 344 et 353 respectivement).

^a En somme, la jurisprudence relative au Premier amendement peut nous enseigner beaucoup sur la liberté d'expression et la propagande haineuse. Il serait toutefois imprudent de conclure que la théorie de l'interprétation du Premier amendement exige l'invalidation du par. 319(2). Non seulement les précédents manquent d'uniformité, mais l'assouplissement de la proscription de la réglementation de l'expression selon son contenu, dans certains domaines, indique que les tribunaux américains n'hésitent pas à permettre la suppression des idées dans certaines circonstances. Mais ce qui est le plus important, c'est que la nature du test de l'article premier, quand il est appliqué à la contestation du par. 319(2), exige peut-être une perspective propre à la jurisprudence constitutionnelle canadienne pour l'évaluation des intérêts en présence. Si les valeurs fondamentales soutenant la conception canadienne d'une société libre et démocratique suggèrent une approche qui refuse à la propagande haineuse le plus haut degré de protection constitutionnelle, c'est cette approche que nous devons adopter.

^f C. L'objet du par. 319(2)

Afin de décider si la violation de l'al. 2b) résultant du par. 319(2) est justifiable dans une société libre et démocratique, je passe maintenant aux exigences précises de la méthode de l'arrêt *Oakes*. Suivant l'arrêt *Oakes*, la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier est d'examiner l'objet du texte législatif attaqué. Ce n'est que si cet objet se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique que la restriction imposée par le législateur à un droit ou à une liberté a quelque possibilité d'être permise en vertu de la *Charte*. En examinant l'objet du par. 319(2), je commencerai par traiter du préjudice causé par la propagande haineuse d'après le comité Cohen et des groupes d'étude ultérieurs, et j'étudierai ensuite l'incidence des documents internationaux en matière de droits de la personne et des art. 15 et 27 de la *Charte*, sur cet objectif.

(i) Harm Caused by Expression Promoting the Hatred of Identifiable Groups

Looking to the legislation challenged in this appeal, one must ask whether the amount of hate propaganda in Canada causes sufficient harm to justify legislative intervention of some type. The Cohen Committee, speaking in 1965, found that the incidence of hate propaganda in Canada was not insignificant (at p. 24):

... there exists in Canada a small number of persons and a somewhat larger number of organizations, extremist in outlook and dedicated to the preaching and spreading of hatred and contempt against certain identifiable minority groups in Canada. It is easy to conclude that because the number of persons and organizations is not very large, they should not be taken too seriously. The Committee is of the opinion that this line of analysis is no longer tenable after what is known to have been the result of hate propaganda in other countries, particularly in the 1930's when such material and ideas played a significant role in the creation of a climate of malice, destructive to the central values of Judaic-Christian society, the values of our civilization. The Committee believes, therefore, that the actual and potential danger caused by present hate activities in Canada cannot be measured by statistics alone.

Even the statistics, however, are not unimpressive, because while activities have centered heavily in Ontario, they nevertheless have extended from Nova Scotia to British Columbia and minority groups in at least eight Provinces have been subjected to these vicious attacks.

In 1984, the House of Commons Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society in its report, entitled *Equality Now!*, observed that increased immigration and periods of economic difficulty "have produced an atmosphere that may be ripe for racially motivated incidents" (p. 69). With regard to the dissemination of hate propaganda, the Special Committee found that the prevalence and scope of such material had risen since the Cohen Committee made its report, stating (at p. 69):

There has been a recent upsurge in hate propaganda. It has been found in virtually every part of Canada. Not only is it anti-semitic and anti-black, as in the 1960s, but it is also now anti-Roman Catholic, anti-East Indian, anti-aboriginal people and anti-French. Some of

(i) Le préjudice causé par l'expression fomentant la haine contre des groupes identifiables

En ce qui concerne la disposition législative contestée en l'espèce, on doit se demander si la quantité de propagande haineuse au Canada occasionne un préjudice suffisant pour justifier une intervention quelconque de la part du législateur. Le comité Cohen a conclu en 1965 que le volume de propagande haineuse au Canada n'était pas négligeable (à la p. 25):

... il existe au Canada un petit nombre d'individus et un nombre un peu plus considérable d'organismes aux opinions extrémés, voués à l'enseignement et à la propagation au Canada de la haine et du mépris envers certains groupes minoritaires identifiables. Il est facile de conclure que puisque le nombre d'individus et d'organismes n'est pas très considérable, il ne faut pas les prendre trop au sérieux. Le Comité estime que cette opinion n'est plus soutenable, car on connaît les résultats de la propagande haineuse dans d'autres pays, surtout dans les années trente, alors que propagandes et idéologies ont puissamment contribué à créer une atmosphère venimeuse, funeste aux valeurs essentielles de la société judéo-chrétienne, celles de notre civilisation même. Le Comité croit donc que le danger actuel et potentiel de la propagande de haine au Canada ne peut se mesurer uniquement selon des normes quantitatives.

Cependant, les données quantitatives ne sont pas à négliger, car si la propagande de haine s'est manifestée principalement en Ontario, elle s'est étendue de la Nouvelle-Écosse à la Colombie-Britannique et des groupes minoritaires dans huit provinces au moins ont été soumis à ces attaques acharnées.

En 1984, le Comité spécial de la Chambre des communes sur la participation des minorités visibles à la société canadienne a fait observer dans son rapport intitulé *L'égalité ça presse!* que l'accroissement de l'immigration et les périodes de difficultés économiques ont «créé une atmosphère propice aux incidents raciaux» (p. 75). Au sujet de la diffusion de la propagande haineuse, le comité spécial a constaté que, depuis le rapport du comité Cohen, la diffusion et la portée de ce genre d'écrits avaient augmenté (à la p. 75):

Simultanément, la propagande haineuse est revenue à la charge dans pratiquement toutes les régions du Canada. Aujourd'hui, elle n'est plus uniquement anti-sémite et anti-Noirs, comme dans les années 60, mais elle est également anti-Indiens, anti-autochtones et anti-

this material is imported from the United States but much of it is produced in Canada. Most worrisome of all is that in recent years Canada has become a major source of supply of hate propaganda that finds its way to Europe, and especially to West Germany.

As the quotations above indicate, the presence of hate propaganda in Canada is sufficiently substantial to warrant concern. Disquiet caused by the existence of such material is not simply the product of its offensiveness, however, but stems from the very real harm which it causes. Essentially, there are two sorts of injury caused by hate propaganda. First, there is harm done to members of the target group. It is indisputable that the emotional damage caused by words may be of grave psychological and social consequence. In the context of sexual harassment, for example, this Court has found that words can in themselves constitute harassment (*Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252). In a similar manner, words and writings that wilfully promote hatred can constitute a serious attack on persons belonging to a racial or religious group, and in this regard the Cohen Committee noted that these persons are humiliated and degraded (p. 214).

In my opinion, a response of humiliation and degradation from an individual targeted by hate propaganda is to be expected. A person's sense of human dignity and belonging to the community at large is closely linked to the concern and respect accorded the groups to which he or she belongs (see I. Berlin, "Two Concepts of Liberty", in *Four Essays on Liberty* (1969), 118, at p. 155). The derision, hostility and abuse encouraged by hate propaganda therefore have a severely negative impact on the individual's sense of self-worth and acceptance. This impact may cause target group members to take drastic measures in reaction, perhaps avoiding activities which bring them into contact with non-group members or adopting attitudes and postures directed towards blending in with the majority. Such consequences bear heavily in a nation that prides itself on tolerance and the

francophones. Certains documents proviennent encore des États-Unis, mais la plupart sont issus du Canada même. Le plus inquiétant, c'est qu'au cours des dernières années, le Canada est devenu l'une des principales sources de propagande haineuse qui est diffusée jusqu'en Europe, et plus particulièrement en Allemagne de l'Ouest.

Comme le révèlent les extraits précités, la présence de la propagande haineuse au Canada est suffisamment importante pour justifier l'inquiétude. Les préoccupations suscitées par l'existence de tels écrits ne tient toutefois pas simplement à leur caractère offensant, mais découle du préjudice très réel qu'ils causent. Il existe essentiellement deux sortes de préjudices résultant de la propagande haineuse. D'abord, le préjudice infligé aux membres du groupe cible. Incontestablement, le préjudice émotionnel occasionné par des paroles peut avoir de graves conséquences psychologiques et sociales. Dans le contexte du harcèlement sexuel, par exemple, notre Cour a conclu que les paroles peuvent en elles-mêmes constituer du harcèlement (*Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252). D'une manière analogue, des paroles et des écrits incitant volontairement à la haine peuvent représenter une attaque grave contre des personnes appartenant à un groupe racial ou religieux, et le comité Cohen souligne à ce propos que ces personnes s'en trouvent humiliées et avilies (p. 220).

À mon avis, il est normal qu'un individu visé par une propagande haineuse se sente humilié et avili. En effet, le sentiment de dignité humaine et d'appartenance à l'ensemble de la collectivité est étroitement lié à l'intérêt et au respect témoignés à l'égard des groupes auxquels appartient l'individu (voir I. Berlin, «Deux conceptions de la liberté», dans *Éloge de la liberté* (1988), 167, aux pp. 202 et 203). La dérision, l'hostilité et les injures encouragées par la propagande haineuse ont en conséquence un profond effet négatif sur l'estime de soi et sur le sentiment d'être accepté. Cet effet peut amener les membres du groupe cible à des réactions extrêmes, à éviter peut-être les activités qui les mettent en contact avec des personnes n'appartenant pas à ce groupe ou à adopter des attitudes et des comportements qui leur permettraient de se confondre avec la majorité. Ces conséquences sont

fostering of human dignity through, among other things, respect for the many racial, religious and cultural groups in our society.

A second harmful effect of hate propaganda which is of pressing and substantial concern is its influence upon society at large. The Cohen Committee noted that individuals can be persuaded to believe "almost anything" (p. 30) if information or ideas are communicated using the right technique and in the proper circumstances (at p. 8):

... we are less confident in the 20th century that the critical faculties of individuals will be brought to bear on the speech and writing which is directed at them. In the 18th and 19th centuries, there was a widespread belief that man was a rational creature, and that if his mind was trained and liberated from superstition by education, he would always distinguish truth from falsehood, good from evil. So Milton, who said "let truth and falsehood grapple: who ever knew truth put to the worse in a free and open encounter".

We cannot share this faith today in such a simple form. While holding that over the long run, the human mind is repelled by blatant falsehood and seeks the good, it is too often true, in the short run, that emotion displaces reason and individuals perversely reject the demonstrations of truth put before them and forsake the good they know. The successes of modern advertising, the triumphs of impudent propaganda such as Hitler's, have qualified sharply our belief in the rationality of man. We know that under strain and pressure in times of irritation and frustration, the individual is swayed and even swept away by hysterical, emotional appeals. We act irresponsibly if we ignore the way in which emotion can drive reason from the field.

It is thus not inconceivable that the active dissemination of hate propaganda can attract individuals to its cause, and in the process create serious discord between various cultural groups in society. Moreover, the alteration of views held by the recipients of hate propaganda may occur subtly, and is not always attendant upon conscious acceptance of the communicated ideas. Even if the message of hate propaganda is outwardly rejected, there is evidence that its premise of racial or religious inferiority may persist in a recipient's

graves dans une nation dont la fierté est d'être tolérante et de favoriser la dignité humaine, notamment en respectant les nombreux groupes raciaux, religieux et culturels de notre société.

Un second effet nocif de la propagande haineuse, qui constitue une préoccupation urgente et réelle, est son influence sur l'ensemble de la société. Le comité Cohen fait remarquer que les gens peuvent être persuadés de «presque n'importe quoi» (p. 29) pour peu qu'on se serve de la bonne technique pour leur communiquer des renseignements ou des idées et qu'on le fasse dans des circonstances propices (à la p. 8):

Au XX^e siècle, nous avons quelque peu perdu confiance dans la faculté des hommes d'exercer leur sens critique envers la parole et les écrits. Au XVIII^e et XIX^e siècles, on croyait généralement que l'homme était une créature raisonnable et que si son esprit était formé, et libéré de la superstition par le savoir, il finirait toujours par distinguer la vérité de l'erreur, le bien du mal. Ainsi, Milton a dit: «Laissons la vérité combattre l'erreur: car dans une lutte libre et ouverte, la vérité finit toujours par triompher».

De nos jours, nous ne saurions partager une opinion si simple. Même si à la longue, l'esprit humain est rebuté par le mensonge flagrant et aspire au bien, il est trop souvent vrai, dans l'immédiat, que les émotions affectent la raison des gens au point de leur faire rejeter perversement des vérités démontrées et repousser le bien qu'ils connaissent. Le succès de la réclame moderne, le triomphe d'une propagande impudente comme celle d'Hitler ont émoussé sensiblement notre foi en la raison de l'homme. Nous savons que sous la pression et la contrainte des circonstances, des esprits irrités et frustrés peuvent se laisser gagner et même entraîner par un appel hystérique aux émotions. Nous agissons à la légère si nous ne nous méfions pas de l'emprise des émotions sur la raison.

Il n'est donc pas inconcevable que la diffusion active de la propagande haineuse puisse gagner des gens à sa cause et, par le fait même, engendrer de graves discordes entre divers groupes culturels de la société. En outre, le changement des opinions des destinataires de la propagande haineuse peut se produire subtilement et ne résulte pas toujours de l'acceptation consciente de l'idée ainsi communiquée. Même si le message transmis par la propagande haineuse est en apparence rejeté, il semble que sa prémisse d'infériorité raciale ou religieuse

mind as an idea that holds some truth, an incipient effect not to be entirely discounted (see Matsuda, *op. cit.*, at pp. 2339-40).

The threat to the self-dignity of target group members is thus matched by the possibility that prejudiced messages will gain some credence, with the attendant result of discrimination, and perhaps even violence, against minority groups in Canadian society. With these dangers in mind, the Cohen Committee made clear in its conclusions that the presence of hate propaganda existed as a baleful and pernicious element, and hence a serious problem, in Canada (at p. 59):

The amount of hate propaganda presently being disseminated and its measurable effects probably are not sufficient to justify a description of the problem as one of crisis or near crisis proportions. Nevertheless the problem is a serious one. We believe that, given a certain set of socio-economic circumstances, such as a deepening of the emotional tensions or the setting in of a severe business recession, public susceptibility might well increase significantly. Moreover, the potential psychological and social damage of hate propaganda, both to a desensitized majority and to sensitive minority target groups, is incalculable. As Mr. Justice Jackson of the United States Supreme Court wrote in *Beauharnais v. Illinois*, such "sinister abuses of our freedom of expression ... can tear apart a society, brutalize its dominant elements, and persecute even to extermination, its minorities".

As noted previously, in articulating concern about hate propaganda and its contribution to racial and religious tension in Canada, the Cohen Committee recommended that Parliament use the *Criminal Code* in order to prohibit wilful, hate-promoting expression and underline Canada's commitment to end prejudice and intolerance.

The close connection between the recommendations of the Cohen Committee and the hate propaganda amendments to the *Criminal Code* made in 1970 indicates that in enacting s. 319(2) Parliament's purpose was to prevent the harm identified

puisse rester dans l'esprit du destinataire en tant qu'idée traduisant une certaine vérité, et c'est là le germe d'un effet dont on ne saurait faire entièrement abstraction (voir Matsuda, *loc. cit.*, aux pp. 2339 et 2340).

La menace pour l'estime de soi chez les membres du groupe cible a donc comme pendant la possibilité que les messages exprimant des préjugés trouvent une certaine créance, entraînant ainsi la discrimination et peut-être même la violence contre des groupes minoritaires de la société canadienne. Conscient de ces dangers, le comité Cohen précise dans ses conclusions que la propagande haineuse représente un phénomène funeste et pernicieux au Canada et pose en conséquence un problème grave (à la p. 61):

Le volume et les effets déterminables de la propagande haineuse distribuée à l'heure actuelle sont probablement trop restreints pour qu'on en conclue à une crise ou à une ébauche de crise. Le problème n'en reste pas moins grave. À notre avis, dans une certaine conjoncture économique et sociale—si, par exemple, les tensions émotives s'accroissent ou les affaires tombaient dans un profond marasme—la susceptibilité du public pourrait fort bien s'accroître de façon notable. En outre, on ne saurait évaluer le tort psychologique et social que la propagande haineuse pourrait causer, tant à une majorité rendue insensible qu'aux groupes minoritaires visés et vulnérables. Comme l'a écrit le juge Jackson, de la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Beauharnais* contre l'Illinois, «d'aussi pernicieux abus de notre liberté d'expression ... peuvent déchirer une société, durcir ses éléments dominants et faire persécuter, même jusqu'à l'extermination, ses minorités».

Comme je l'ai déjà indiqué, le comité Cohen, en formulant ses inquiétudes au sujet de la propagande haineuse et de son rôle dans la création de tensions raciales et religieuses au Canada, a recommandé au Parlement de se servir du *Code criminel* pour interdire l'expression fomentant volontairement la haine et pour souligner le ferme engagement du Canada à mettre fin aux préjugés et à l'intolérance.

Le lien étroit entre les recommandations du comité Cohen et les modifications du *Code criminel* concernant la propagande haineuse en 1970 indique que, par l'adoption du par. 319(2), le Parlement visait à prévenir le préjudice qui, selon

by the Committee as being caused by hate-promoting expression. More recent reports have echoed the findings and concerns of the Cohen Committee, lending further support to the substantial nature of the legislative objective. The 1981 *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia* by John D. McAlpine noted evidence of racism and racial violence in British Columbia, and among its conclusions recommended the strengthening of existing remedies, including the criminal offence of the wilful promotion of hatred. The 1984 report of the Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society, investigated, among many topics, legal and justice issues pertaining to and affecting members of visible minority groups in Canada. The Committee suggested a wider ranging prohibition in s. 319(2), most notably by removing reference to the mental element of wilfulness, as a response to the threat to equality and multiculturalism presented by hate propaganda (Recommendations 35-37). Also in 1984, the Canadian Bar Association's *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* found that the law had a role to play, both at the criminal and civil level, in restricting the dissemination of hate propaganda (p. 12). With regard to s. 319(2), this conclusion was affirmed two years later in Working Paper 50 of the Law Reform Commission of Canada, entitled *Hate Propaganda* (1986).

(ii) International Human Rights Instruments

There is a great deal of support, both in the submissions made by those seeking to uphold s. 319(2) in this appeal and in the numerous studies of racial and religious hatred in Canada, for the conclusion that the harm caused by hate propaganda represents a pressing and substantial concern in a free and democratic society. I would also refer to international human rights principles, however, for guidance with respect to assessing the legislative objective.

le comité, résultait de l'expression qui foment la haine. Des rapports plus récents ont réitéré les conclusions et les inquiétudes du comité Cohen et confirmé l'importance de l'objectif visé par le législateur. Dans un rapport de 1981 intitulé *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, John D. McAlpine note des signes de racisme et de violence raciale en Colombie-Britannique et recommande, entre autres, le renforcement des redressements existants, y compris l'infraction criminelle de fomentation délibérée de la haine. Le rapport du Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne de 1984 examine, parmi de nombreux sujets, des questions de droit et de justice concernant et touchant les membres de minorités visibles au Canada. Devant la menace que présente la propagande haineuse pour l'égalité et le multiculturalisme, le comité a proposé l'éclaircissement de l'interdiction prévue au par. 319(2), principalement par la suppression de toute mention de l'élément moral que représente le caractère volontaire (recommandations 35 à 37). Également en 1984, le *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* de l'Association du Barreau canadien conclut que le droit a un rôle à jouer, aux plans criminel et civil, dans la restriction de la diffusion de la propagande haineuse (p. 12). En ce qui concerne le par. 319(2), cette conclusion a été confirmée deux ans plus tard dans le document de travail 50 de la Commission de réforme du droit du Canada, intitulé *La propagande haineuse* (1986).

(ii) Les documents internationaux en matière de droits de la personne

Tant les arguments présentés par les tenants du maintien du par. 319(2) dans le présent pourvoi que les nombreuses études sur la haine raciale et religieuse au Canada étayaient solidement la conclusion que le préjudice causé par la propagande haineuse constitue une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique. Toutefois, je mentionnerai aussi des principes internationaux en matière de droits de la personne comme guides utiles dans l'appréciation de l'objectif législatif.

Generally speaking, the international human rights obligations taken on by Canada reflect the values and principles of a free and democratic society, and thus those values and principles that underlie the *Charter* itself (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, *per Dickson C.J.*, at p. 348). Moreover, international human rights law and Canada's commitments in that area are of particular significance in assessing the importance of Parliament's objective under s. 1. As stated in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, at pp. 1056-57:

... Canada's international human rights obligations should inform not only the interpretation of the content of the rights guaranteed by the *Charter* but also the interpretation of what can constitute pressing and substantial s. 1 objectives which may justify restrictions upon those rights.

In the context of justifying an infringement of s. 2(b), the majority in *Slaight* made a point of noting that a value enjoying status as an international human right is generally to be ascribed a high degree of importance under s. 1 of the *Charter* (pp. 1056-57).

No aspect of international human rights has been given attention greater than that focused upon discrimination. The large emphasis placed upon eradicating discrimination is evident in the fact that all but one of the major international human rights instruments (the *European Social Charter*) proscribe it in an article of general application (P. Sieghart, *The International Law of Human Rights* (1983), at p. 75). This high concern regarding discrimination has led to the presence in two international human rights documents of articles forbidding the dissemination of hate propaganda.

In 1966, the United Nations adopted the *International Convention on the Elimination of All*

D'une manière générale, les obligations internationales assumées par le Canada en matière de droits de la personne reflètent les valeurs et principes propres à une société libre et démocratique et donc les valeurs et principes qui sous-tendent la *Charte* elle-même (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, à la p. 348). De plus, le droit international des droits de la personne et les engagements du Canada dans ce domaine prennent une pertinence particulière dans l'appréciation, en vertu de l'article premier, de l'importance de l'objectif visé par le législateur. Comme on le dit dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, aux pp. 1056 et 1057:

... les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la *Charte*, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits.

Dans le contexte de la justification d'une violation de l'al. 2b), la majorité dans l'affaire *Slaight* a eu soin de souligner qu'on doit en règle générale attribuer pour les fins de l'article premier de la *Charte* un degré élevé d'importance à une valeur jouissant du statut d'un droit international de la personne (pp. 1056 et 1057).

Aucun aspect des droits internationaux de la personne n'a reçu plus d'attention que celui de la discrimination. La grande importance attachée à la suppression de la discrimination ressort nettement du fait qu'à une seule exception près (la *Charte sociale européenne*), tous les principaux instruments internationaux concernant les droits de la personne renferment un article d'application générale la proscrivant (P. Sieghart, *The International Law of Human Rights* (1983), à la p. 75). Cette grande préoccupation à l'égard de la discrimination est à l'origine de l'inclusion dans deux documents internationaux sur les droits de la personne d'articles interdisant la diffusion de propagande haineuse.

En 1966, les Nations Unies ont adopté la *Convention internationale sur l'élimination de toutes*

Forms of Racial Discrimination, Can. T.S. 1970 No. 28 (hereinafter "*CERD*"). The Convention, in force since 1969 and including Canada among its signatory members, contains a resolution that States Parties agree to:

... adopt all necessary measures for speedily eliminating racial discrimination in all its forms and manifestations, and to prevent and combat racist doctrines and practices in order to promote understanding between races and to build an international community free from all forms of racial segregation and racial discrimination.

Article 4 of the *CERD* is of special interest, providing that:

ARTICLE 4

States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or other ethnic origin, or which attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form, and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination and, to this end, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, *inter alia*:

- (a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

Further, the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (1966) (hereinafter "*ICCPR*"), adopted by the United Nations in 1966 and in force in Canada since 1976, in the following two articles guarantees the freedom of expression while simultaneously prohibiting the advocacy of hatred:

Article 19. ...

2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of

les formes de discrimination raciale, R.T. Can. 1970 n° 28 (ci-après la «*CEDR*»). La Convention, en vigueur depuis 1969 et comptant le Canada parmi ses signataires, contient une résolution portant que les États parties s'engagent:

... à adopter toutes les mesures nécessaires pour l'élimination rapide de toutes les formes et de toutes les manifestations de discrimination raciale et à prévenir et combattre les doctrines et pratiques racistes afin de favoriser la bonne entente entre les races et d'édifier une communauté internationale affranchie de toutes les formes de ségrégation et de discrimination raciales.

L'article 4 de la *CEDR* présente un intérêt spécial. Il est ainsi conçu:

ARTICLE 4

Les États parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales, ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent notamment:

- a) À déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement.

De plus, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966) (ci-après le «*PIDCP*»), adopté par l'Organisation des Nations Unies en 1966 et en vigueur au Canada depuis 1976, garantit la liberté d'expression tout en proscrivant l'incitation à la haine dans les deux articles suivants:

Article 19. ...

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce,

frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

- (a) For respect of the rights or reputations of others;
- (b) For the protection of national security or of public order (*ordre public*), or of public health or morals.

Article 20. 1. Any propaganda for war shall be prohibited by law.

2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

It appears that the protection provided freedom of expression by *CERD* and *ICCPR* does not extend to cover communications advocating racial or religious hatred. In *CERD*, Article 5 guarantees a number of civil rights, including freedom of expression, but it is generally agreed that this guarantee does not prevent a State Party from prohibiting hate propaganda (*Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, prepared by Special Rapporteur Mr. José D. Inglés, A/CONF. 119/10, May 18, 1983, para. 108). As for *ICCPR*, in 1981 a complaint against Canada was submitted by Mr. John Ross Taylor and the Western Guard Party (also appealing to this Court) to the United Nations Human Rights Committee under the *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*. The complaint alleged that s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 (now R.S.C., 1985, c. H-6), which prohibits the communication of hate messages by telephone, had been applied against Mr. Taylor and his organization in violation of Article 19 of *ICCPR*. The Committee rejected this argument, however, holding that it was incompatible with the provisions of *ICCPR*, and in particular with Article 20, stating that,

... the opinions which Mr. [Taylor] seeks to disseminate through the telephone system clearly constitute the

sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

- a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
- b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 20. 1. Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi.

2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

Il appert donc que la protection accordée à la liberté d'expression par la *CEDR* et le *PIDCP* ne s'étend pas aux communications incitant à la haine raciale ou religieuse. L'article 5 de la *CEDR* garantit plusieurs libertés publiques, notamment la liberté d'expression, mais il est généralement convenu que cette garantie n'empêche pas un État partie d'interdire la propagande haineuse (*Étude sur l'application de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, réalisée par le rapporteur spécial M. José D. Inglés, A/CONF. 119/10, 18 mai 1983, par. 108). Pour ce qui est du *PIDCP*, en 1981 M. John Ross Taylor et le Western Guard Party (qui ont également formé un pourvoi devant notre Cour) ont soumis au Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies une plainte contre le Canada en vertu du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Il était allégué dans la plainte que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 (maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6), qui interdit la communication de messages haineux par téléphone, avait été appliqué à M. Taylor et à son organisme contrairement à l'article 19 du *PIDCP*. Le comité a toutefois rejeté cet argument, le jugeant incompatible avec les dispositions du *PIDCP* et, en particulier, avec son article 20:

... les opinions que M. [Taylor] cherche à diffuser par téléphone constituent nettement une incitation à la haine

advocacy of racial or religious hatred which Canada has an obligation under article 20(2) of the Covenant to prohibit.

(*Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), para. 8(b), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.)

In discussing the stance taken toward hate propaganda in international law, it is also worth mentioning the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (1950), to which twenty-one states are parties. The Convention contains a qualified guarantee of free expression in Article 10, which reads as follows:

Article 10

(1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

Article 10(2), the language of which bears significant resemblance to that of s. 1 of the *Charter*, has been interpreted by the European Commission of Human Rights so as to permit the prohibition of racist communications as a valid derogation from the protection of free expression (see *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91; Eur. Comm. H. R., Application No. 9235/81, *X. v. Federal Republic of Germany*, July 16, 1982, D.R. 29, p. 194; and Eur. Comm. H. R., Application No. 13214/87, *Lowes v. United Kingdom*, December 9, 1988, unreported). In the leading pronouncement of the Commission, however, Article 17 of the

raciale ou religieuse, que le Canada est tenu d'interdire en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte.

(*Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), par. 8b), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.)

En examinant la position adoptée en droit international à l'égard de la propagande haineuse, il est utile de mentionner la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (1950), à laquelle vingt et un États sont parties. La Convention contient à son article 10 une garantie limitée de la liberté d'expression:

Article 10

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Le paragraphe 10(2), dont le texte présente une grande ressemblance avec celui de l'article premier de la *Charte*, a été interprété par la Commission européenne des droits de l'homme de façon à permettre l'interdiction de communications racistes comme dérogation légitime à la protection de la liberté d'expression (voir *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91; Comm. Eur. D. H., Requête n° 9235/81, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 16 juillet 1982, D.R. 29, p. 194; et Comm. Eur. D. H., Requête n° 13214/87, *Lowes c. Royaume-Uni*, 9 décembre 1988, décision inédite). Dans la décision de principe rendue par la Com-

Convention was invoked in order to justify hate propaganda laws (Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187). Article 17 prevents the interpretation of any Convention right so as to imply a "right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention". The decision in *Glimmerveen* also utilized Article 14, which provides that the enjoyment of Convention rights and freedoms shall be secured without discrimination on any ground such as, *inter alia*, race or colour.

CERD and *ICCPR* demonstrate that the prohibition of hate-promoting expression is considered to be not only compatible with a signatory nation's guarantee of human rights, but is as well an obligatory aspect of this guarantee. Decisions under the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* are also of aid in illustrating the tenor of the international community's approach to hate propaganda and free expression. This is not to deny that finding the correct balance between prohibiting hate propaganda and ensuring freedom of expression has been a source of debate internationally (see, e.g., N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (1980), at pp. 43-54). But despite debate Canada, along with other members of the international community, has indicated a commitment to prohibiting hate propaganda, and in my opinion this Court must have regard to that commitment in investigating the nature of the government objective behind s. 319(2) of the *Criminal Code*. That the international community has collectively acted to condemn hate propaganda, and to oblige State Parties to *CERD* and *ICCPR* to prohibit such expression, thus emphasizes the importance of the objective behind s. 319(2) and the principles of equality and the inherent dignity of all persons

mission, cependant, l'article 17 de la Convention a été invoqué pour justifier des lois interdisant la propagande haineuse (Comm. Eur. D. H., Requêtes nos 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187). L'article 17 empêche qu'un droit conféré par la Convention ne soit interprété de manière à comporter implicitement un «droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention». La décision *Glimmerveen* se fonde en outre sur l'article 14, qui dispose que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans distinction aucune fondée notamment sur la race ou la couleur.

La *CEDR* et le *PIDCP* démontrent que l'interdiction de l'expression incitant à la haine est considérée non seulement compatible avec la garantie des droits de la personne dans un pays signataire, mais aussi comme un élément obligatoire de cette garantie. Les décisions rendues sous le régime de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* sont révélatrices, elles aussi, quant à l'attitude de la communauté internationale envers la propagande haineuse et la liberté d'expression. Ce n'est pas là nier que la question du juste équilibre entre l'interdiction de la propagande haineuse et la garantie de la liberté d'expression a fait l'objet de débats sur le plan international (voir, par exemple, N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (1980), aux pp. 43 à 54). Malgré ces débats, le Canada, comme d'autres membres de la communauté internationale, a pris l'engagement d'interdire la propagande haineuse et, à mon avis, notre Cour doit tenir compte de cet engagement en examinant la nature de l'objectif gouvernemental sous-jacent au par. 319(2) du *Code criminel*. Le fait que la communauté internationale ait agi collectivement pour condamner la propagande haineuse et pour obliger les États parties à la *CEDR* et au *PIDCP* à prohiber ce genre d'expression, vient souligner l'importance de l'objectif qui sous-tend le par. 319(2) et des principes d'égalité et de la dignité intrinsèque des personnes, qui se manifestent aussi

that infuse both international human rights and the *Charter*.

(iii) Other Provisions of the Charter

Significant indicia of the strength of the objective behind s. 319(2) are gleaned not only from the international arena, but are also expressly evident in various provisions of the *Charter* itself. As Wilson J. noted in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218:

... it is important to bear in mind that the rights and freedoms set out in the *Charter* are fundamental to the political structure of Canada and are guaranteed by the *Charter* as part of the supreme law of our nation. I think that in determining whether a particular limitation is a reasonable limit prescribed by law which can be "demonstrably justified in a free and democratic society" it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*.

Most importantly for the purposes of this appeal, ss. 15 and 27 represent a strong commitment to the values of equality and multiculturalism, and hence underline the great importance of Parliament's objective in prohibiting hate propaganda.

Looking first to s. 15, in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, I said that "[a] free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*" (p. 336). Section 15 lends further support to this observation, for the effects of entrenching a guarantee of equality in the *Charter* are not confined to those instances where it can be invoked by an individual against the state. In so far as it indicates our society's dedication to promoting equality, s. 15 is also relevant in assessing the aims of s. 319(2) of the *Criminal Code* under s. 1. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court examined the equality guarantee of s. 15, McIntyre J. noting (at p. 171):

bien dans les droits internationaux de la personne que dans la *Charte*.

(iii) Autres dispositions de la Charte

^a Des indices importants de la force de l'objectif sous-tendant le par. 319(2) se dégagent non seulement du droit international mais aussi, de façon expresse et évidente, de diverses dispositions de la ^b *Charte* elle-même. Comme le fait remarquer le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 218:

Il est important [...] de garder à l'esprit que les droits ^c et libertés énoncés dans la *Charte* sont des éléments essentiels de la structure politique du Canada et qu'ils sont garantis par la *Charte* en tant que partie de la loi suprême de notre pays. Je pense qu'en déterminant si une limite donnée constitue une limite raisonnable prescrite par la loi et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent ^d cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*.

^e Le point principal aux fins du présent pourvoi est que les art. 15 et 27 représentent un engagement profond envers les valeurs du multiculturalisme et de l'égalité et mettent donc en relief l'importance ^f capitale de l'objectif législatif d'interdiction de la propagande haineuse.

Prenons d'abord l'art. 15. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, je dis: ^g «[u]ne société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*» (p. 336). L'article 15 renforce encore cette ^h observation car la constitutionnalisation de la garantie de l'égalité a des effets qui vont au-delà des cas où cette garantie peut être invoquée par un individu contre l'État. Pour autant qu'il manifeste l'engagement de notre société à la promotion de ⁱ l'égalité, l'art. 15 est en outre pertinent pour évaluer en vertu de l'article premier les objets du par. 319(2) du *Code criminel*. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour examine la garantie d'égalité ^j énoncée à l'art. 15. Le juge McIntyre dit, à la p. 171:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component.

As noted in *Big M Drug Mart*, promoting equality is an undertaking essential to any free and democratic society, and I believe that the words of McIntyre J. support this position. The principles underlying s. 15 of the *Charter* are thus integral to the s. 1 analysis.

In its written submission to the Court, the intervenor L.E.A.F. made the following comment in support of the view that the public and wilful promotion of group hatred is properly understood as a practice of inequality:

Government sponsored hatred on group grounds would violate section 15 of the *Charter*. Parliament promotes equality and moves against inequality when it prohibits the wilful public promotion of group hatred on these grounds. It follows that government action against group hate, because it promotes social equality as guaranteed by the *Charter*, deserves special constitutional consideration under section 15.

I agree with this statement. In light of the *Charter* commitment to equality, and the reflection of this commitment in the framework of s. 1, the objective of the impugned legislation is enhanced in so far as it seeks to ensure the equality of all individuals in Canadian society. The message of the expressive activity covered by s. 319(2) is that members of identifiable groups are not to be given equal standing in society, and are not human beings equally deserving of concern, respect and consideration. The harms caused by this message run directly counter to the values central to a free and democratic society, and in restricting the promotion of hatred Parliament is therefore seeking to bolster the notion of mutual respect necessary in a nation which venerates the equality of all persons.

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important.

Comme le souligne l'arrêt *Big M Drug Mart*, favoriser l'égalité est un engagement essentiel d'une société libre et démocratique et je crois que les propos du juge McIntyre appuient ce point de vue. Les principes sous-tendant l'art. 15 de la *Charte* sont donc partie intégrante de l'analyse en vertu de l'article premier.

Dans son mémoire, l'intervenant F.A.E.J., a fait valoir l'argument suivant pour montrer que la fomentation publique et délibérée de la haine collective est qualifiée à juste titre de pratique inégalitaire:

[TRADUCTION] La haine dirigée contre un groupe, avec l'encouragement du gouvernement, serait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Le Parlement favorise l'égalité et prend des mesures contre l'inégalité en interdisant la fomentation de la haine collective. Cela signifie que l'action gouvernementale visant la haine dirigée contre un groupe, parce qu'elle favorise l'égalité sociale garantie par la *Charte*, mérite un examen constitutionnel spécial en vertu de l'art. 15.

Je suis d'accord. Compte tenu de l'engagement envers l'égalité manifesté dans la *Charte* et reflété à l'article premier, l'objet visé par la disposition législative contestée prend une importance accrue dans la mesure où elle est destinée à assurer l'égalité de tous dans la société canadienne. Le message véhiculé par l'activité expressive visée au par. 319(2) est que les membres de groupes identifiables ne doivent pas avoir un statut d'égalité dans la société, et ne sont pas des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération que les autres. Le tort causé par un tel message est en conflit direct avec les valeurs essentielles à une société libre et démocratique et, en restreignant la fomentation de la haine, le Parlement cherche donc à renforcer la notion de respect mutuel, indispensable dans une nation qui vénère le principe de l'égalité de tous.

Section 15 is not the only *Charter* provision which emphasizes values both important to a free and democratic society and pertinent to the disposition of this appeal under s. 1. Section 27 states that:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

This Court has where possible taken account of s. 27 and its recognition that Canada possesses a multicultural society in which the diversity and richness of various cultural groups is a value to be protected and enhanced. Section 27 has therefore been used in a number of judgments of this Court, both as an aid in interpreting the definition of *Charter* rights and freedoms (see, e.g., *Big M Drug Mart*, *supra*, per Dickson J., at pp. 337-38, *Edwards Books*, *supra*, per Dickson C.J., at p. 758; and *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, per McIntyre J., at p. 171) and as an element in the s. 1 analysis (see, e.g., *Edwards Books*, per La Forest J., at p. 804, and Wilson J., at p. 809).

The value expressed in s. 27 cannot be casually dismissed in assessing the validity of s. 319(2) under s. 1, and I am of the belief that s. 27 and the commitment to a multicultural vision of our nation bear notice in emphasizing the acute importance of the objective of eradicating hate propaganda from society. Professor J. E. Magnet has dealt with some of the factors which may be used to inform the meaning of s. 27, and of these I expressly adopt the principle of non-discrimination and the need to prevent attacks on the individual's connection with his or her culture, and hence upon the process of self-development (see Magnet "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27", in Beaudoin and Ratushny, eds., *op. cit.*, at p. 739). Indeed, the sense that an individual can be affected by treatment of a group to which he or she belongs is clearly evident in a number of other *Charter* provisions not yet mentioned, including ss. 16 to 23 (language rights), s. 25 (aboriginal rights), s. 28 (gender equality) and s. 29 (denominational schools).

L'article 15 n'est pas l'unique disposition de la *Charte* à mettre en relief des valeurs à la fois importantes dans une société libre et démocratique et pertinentes en l'espèce aux fins de l'analyse en vertu de l'article premier. L'article 27 porte:

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Notre Cour a, autant que possible, tenu compte de l'art. 27 et de sa reconnaissance que le Canada est une société multiculturelle où la diversité et la richesse de divers groupes culturels sont à protéger et à valoriser. L'article 27 a donc été invoqué dans plusieurs arrêts de notre Cour pour faciliter soit l'interprétation de la définition de droits et libertés garantis par la *Charte* (voir, par exemple, *Big M Drug Mart*, précité, le juge Dickson, aux pp. 337 et 338; *Edwards Books*, précité, le juge en chef Dickson, à la p. 758; et *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, le juge McIntyre, à la p. 171) soit l'analyse fondée sur l'article premier (voir, par exemple, *Edwards Books*, le juge La Forest, à la p. 804, et le juge Wilson, à la p. 809).

La valeur exprimée à l'art. 27 ne saurait être exclue à la légère de l'examen de la validité du par. 319(2) en vertu de l'article premier, et j'estime que l'art. 27 et l'engagement envers une vision multiculturelle de notre nation doivent être pris en considération car ils soulignent l'importance capitale de l'objectif d'éliminer la propagande haineuse de notre société. Le professeur J. E. Magnet a traité de certains facteurs pouvant servir à préciser le sens de l'art. 27. Parmi ceux-ci j'adopte expressément le principe de la non-discrimination et la nécessité de prévenir les attaques contre les liens qu'un individu entretient avec sa culture et, par conséquent, contre le processus de l'épanouissement personnel (voir Magnet, «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27», dans Beaudoin et Ratushny, éd., *op. cit.*, à la p. 817). En fait, l'idée que le traitement accordé à un groupe peut avoir un effet sur un individu appartenant à ce groupe ressort nettement de plusieurs autres dispositions de la *Charte* non encore mentionnées, dont les art. 16 à 23 (droits linguistiques), l'art. 25 (droits des autochtones), l'art. 28 (égalité des sexes) et l'art. 29 (écoles confessionnelles).

Hate propaganda seriously threatens both the enthusiasm with which the value of equality is accepted and acted upon by society and the connection of target group members to their community. I thus agree with the sentiments of Cory J.A. who, in writing to uphold s. 319(2) in *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, said (at p. 181):

Multiculturalism cannot be preserved let alone enhanced if free rein is given to the promotion of hatred against identifiable cultural groups.

When the prohibition of expressive activity that promotes hatred of groups identifiable on the basis of colour, race, religion, or ethnic origin is considered in light of s. 27, the legitimacy and substantial nature of the government objective is therefore considerably strengthened.

(iv) Conclusion Respecting Objective of Section 319(2)

In my opinion, it would be impossible to deny that Parliament's objective in enacting s. 319(2) is of the utmost importance. Parliament has recognized the substantial harm that can flow from hate propaganda, and in trying to prevent the pain suffered by target group members and to reduce racial, ethnic and religious tension in Canada, has decided to suppress the wilful promotion of hatred against identifiable groups. The nature of Parliament's objective is supported not only by the work of numerous study groups, but also by our collective historical knowledge of the potentially catastrophic effects of the promotion of hatred (*Jones, supra, per La Forest J.*, at pp. 299-300). Additionally, the international commitment to eradicate hate propaganda and the stress placed upon equality and multiculturalism in the *Charter* strongly buttress the importance of this objective. I consequently find that the first part of the test under s. 1 of the *Charter* is easily satisfied and that a powerfully convincing legislative objective exists such as to justify some limit on freedom of expression.

La propagande haineuse menace gravement tant l'enthousiasme avec lequel la valeur d'égalité est acceptée et mise en pratique par la société, que les rapports entre les membres de groupes cibles et leur communauté. Je partage donc l'avis du juge Cory de la Cour d'appel qui, se prononçant en faveur du maintien du par. 319(2), affirme dans l'arrêt *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, à la p. 181:

[TRADUCTION] Le multiculturalisme ne peut être maintenu ni, à plus forte raison, valorisé si libre cours est donné à la fomentation de la haine contre des groupes culturels identifiables.

La légitimité et l'importance de l'objectif gouvernemental sont considérablement renforcées par l'examen à la lumière de l'art. 27 de l'interdiction de l'activité expressive tendant à fomenter la haine contre des groupes identifiables en raison de leur couleur, leur race, leur religion ou leur origine ethnique.

(iv) Conclusion relative à l'objet du par. 319(2)

L'importance capitale de l'objectif que visait le Parlement en adoptant le par. 319(2) est à mon avis indéniable. Le législateur a reconnu le préjudice réel pouvant découler de la propagande haineuse et, cherchant à empêcher que des membres d'un groupe cible en souffrent et à réduire la tension raciale, ethnique et religieuse au Canada, a décidé d'éliminer la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. Cet objectif du Parlement est appuyé non seulement par les travaux de nombreux groupes d'étude, mais aussi par notre connaissance historique collective des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine (l'arrêt *Jones*, précité, le juge La Forest, aux pp. 299 et 300). Qui plus est, l'engagement international d'éliminer la propagande haineuse ainsi que l'accent mis dans la *Charte* sur l'égalité et sur le multiculturalisme étayent fortement l'importance de cet objectif. Je conclus donc que la première condition du critère à appliquer aux fins de l'article premier de la *Charte* est largement remplie et qu'il existe un objectif législatif très convaincant, justifiant une restriction de la liberté d'expression.

D. *Proportionality*

The second branch of the *Oakes* test—proportionality—poses the most challenging questions with respect to the validity of s. 319(2) as a reasonable limit on freedom of expression in a free and democratic society. It is therefore not surprising to find most commentators, as well as the litigants in the case at bar, agreeing that the objective of the provision is of great importance, but to observe considerable disagreement when it comes to deciding whether the means chosen to further the objective are proportional to the ends. (Among the more recent Canadian legal articles supporting the validity of a provision in the nature of s. 319(2) see: D. Bottos, “Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression” (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461; Cotler, *op. cit.*; A. Fish, “Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences” (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111; A. W. MacKay, “Freedom of Expression: Is It All Just Talk?” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713; N. N. Rauf, “Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews” (1988), 65 C.R. (3d) 356; A. Regel, “Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech” (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303. Canadian writers taking the opposite view include R. Bessner, “The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code” (1988), 17 *Man. L.J.* 183; A. A. Borovoy, “Freedom of Expression: Some Recurring Impediments” in Abella and Rothman, eds., *op. cit.*, at p. 125; S. Braun, “Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina v. Zundel*” (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.)

(i) Relation of the Expression at Stake to Free Expression Values

In discussing the nature of the government objective, I have commented at length upon the way in which the suppression of hate propaganda furthers values basic to a free and democratic society. I have said little, however, regarding the extent to which these same values, including the

D. *La proportionnalité*

C'est le deuxième volet du critère de l'arrêt *Oakes*—la proportionnalité—qui pose les questions les plus épineuses relativement à la validité du par. 319(2) comme restriction raisonnable de la liberté d'expression dans une société libre et démocratique. Il n'est donc pas surprenant que la plupart des commentateurs, ainsi que les parties au présent litige, tout en convenant de la grande importance de l'objectif de la disposition en cause, se trouvent nettement en désaccord sur la question de la proportionnalité des moyens choisis pour atteindre cet objectif. (Parmi les articles canadiens les plus récents appuyant la validité d'une disposition du type du par. 319(2), voir: D. Bottos, «Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461; Cotler, *loc. cit.*; A. Fish, «Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences» (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111; A. W. MacKay, «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713; N. N. Rauf, «Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews» (1988), 65 C.R. (3d) 356; A. Regel, «Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech» (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303. Les auteurs canadiens adoptant un point de vue opposé comprennent: R. Bessner, «The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code» (1988), 17 *Man. L.J.* 183; A. A. Borovoy, «Freedom of Expression: Some Recurring Impediments», dans Abella et Rothman, éd., *op. cit.*, à la p. 125; S. Braun, «Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina v. Zundel*» (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.)

(i) Le rapport entre l'expression en cause et les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression

En examinant la nature de l'objectif visé par le gouvernement, j'ai parlé longuement de la façon dont la suppression de la propagande haineuse sert à promouvoir des valeurs fondamentales dans une société libre et démocratique. J'ai peu parlé cependant de la mesure dans laquelle ces mêmes valeurs,

freedom of expression, are furthered by permitting the exposition of such expressive activity. This lacuna is explicable when one realizes that the interpretation of s. 2(b) under *Irwin Toy, supra*, gives protection to a very wide range of expression. Content is irrelevant to this interpretation, the result of a high value being placed upon freedom of expression in the abstract. This approach to s. 2(b) often operates to leave unexamined the extent to which the expression at stake in a particular case promotes freedom of expression principles. In my opinion, however, the s. 1 analysis of a limit upon s. 2(b) cannot ignore the nature of the expressive activity which the state seeks to restrict. While we must guard carefully against judging expression according to its popularity, it is equally destructive of free expression values, as well as the other values which underlie a free and democratic society, to treat all expression as equally crucial to those principles at the core of s. 2(b).

In *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario, supra*, McLachlin J. recognized the importance of context in evaluating expressive activity under s. 1, stating with regard to commercial speech (at pp. 246-47):

While the Canadian approach does not apply special tests to restrictions on commercial expression, our method of analysis does permit a sensitive, case-oriented approach to the determination of their constitutionality. Placing the conflicting values in their factual and social context when performing the s. 1 analysis permits the courts to have regard to special features of the expression in question. As Wilson J. notes in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious. [See also *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, per Dickson C.J., at p. 1135.]

notamment la liberté d'expression, sont favorisées quand on permet ce genre d'activité expressive. Cette lacune s'explique puisque l'arrêt *Irwin Toy*, précité, donne à l'al. 2b) une interprétation qui protège une très large gamme d'expressions. Le contenu est en règle générale sans pertinence aux fins de cette interprétation, en raison de la grande importance accordée dans l'abstrait à la liberté d'expression. Cette façon d'interpréter l'al. 2b) a souvent pour conséquence qu'on ne se posera pas la question de savoir dans quelle mesure l'expression en cause dans une instance particulière sert à promouvoir les principes sous-tendant la liberté d'expression. À mon avis, toutefois, l'analyse en vertu de l'article premier d'une restriction imposée à l'al. 2b) doit tenir compte de la nature de l'activité expressive que l'État cherche à restreindre. Si nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité, il est tout aussi néfaste pour les valeurs inhérentes à la liberté d'expression, et pour les autres valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique, de considérer que toutes les sortes d'expressions revêtent la même importance au regard des principes qui sont au cœur de l'al. 2b).

Dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, précité, le juge McLachlin reconnaît l'importance du contexte dans l'appréciation de l'activité expressive en vertu de l'article premier. Elle dit en effet au sujet de l'expression commerciale (aux pp. 246 et 247):

Bien que la méthode canadienne ne consiste pas à appliquer des critères spéciaux aux restrictions imposées à l'expression commerciale, notre méthode d'analyse permet d'aborder la détermination de leur constitutionnalité avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier. En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l'expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d'expression ne sont pas également graves. [Voir aussi *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, le juge en chef Dickson, à la p. 1135.]

Using this contextual approach, McLachlin J. evaluated the expression jeopardized by government regulation in light of s. 2(b) values. She thus went on to consider those interests which argued for restriction only after having assessed the importance of the freedom of expression interest at stake on the facts of the case.

Royal College dealt with provincial limitations upon the freedom of dentists to impart information to patients and potential patients via advertisements. In these circumstances, the Court found that the expression regulated was of a nature that made its curtailment something less than a most serious infringement of the freedom of expression, the limitation affecting neither participation in the political process nor the ability of the individual to achieve spiritual or artistic self-fulfillment. The resulting conclusion was that "restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements" (p. 247). At the same time, however, it was recognized that an interest existed in those who wished to make an informed choice as to a dentist, and in so far as access to such information was restricted the infringement of s. 2(b) could not be lightly dismissed (p. 247). Moreover; unlike in *Irwin Toy*, the information was not aimed at children, a group hampered in making informed choices, and hence any heightened state interest that might arise in protecting a vulnerable group was absent (p. 248).

Applying the *Royal College* approach to the context of this appeal is a key aspect of the s. 1 analysis. One must ask whether the expression prohibited by s. 319(2) is tenuously connected to the values underlying s. 2(b) so as to make the restriction "easier to justify than other infringements." In this regard, let me begin by saying that, in my opinion, there can be no real disagreement about the subject matter of the messages and teachings communicated by the respondent, Mr. Keegstra: it is deeply offensive, hurtful and damaging to target group members, misleading to his listeners, and antithetical to the furtherance of

Employant cette méthode contextuelle, le juge McLachlin a évalué à la lumière des valeurs sous-jacentes à l'al. 2b) l'expression menacée par la réglementation gouvernementale. Elle n'a donc examiné les intérêts militant en faveur de la restriction qu'après avoir apprécié l'importance de l'intérêt en matière de liberté d'expression qui était en cause dans cette affaire.

L'affaire *Collège royal* traitait de limites imposées par une province à la liberté des dentistes d'avoir recours à la publicité pour communiquer des renseignements à des patients réels et éventuels. Dans ces circonstances, notre Cour a conclu que l'expression ainsi réglementée était de telle nature que sa restriction se situait en deçà d'une atteinte des plus graves à la liberté d'expression, étant donné que la restriction ne touchait ni la participation au processus politique ni la possibilité pour un particulier de s'épanouir sur les plans spirituel ou artistique. On a conclu en conséquence qu'il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes» (p. 247). Pourtant on a reconnu en même temps qu'il existait un intérêt chez ceux qui désiraient faire un choix éclairé quant à un dentiste et que, dans la mesure où l'accès à ces renseignements était restreint, la violation de l'al. 2b) ne pouvait être écartée à la légère (p. 247). De plus, à la différence de l'affaire *Irwin Toy*, il ne s'agissait pas de renseignements destinés aux enfants, groupe qui n'arrive pas facilement à faire des choix éclairés, si bien que l'intérêt plus grand que peut avoir l'État à protéger un groupe vulnérable n'existait pas (p. 248).

L'application dans le contexte du présent pour-voi de la méthode suivie dans l'arrêt *Collège royal* est un élément clef de l'analyse en vertu de l'article premier. On doit se demander s'il y a entre l'expression qu'interdit le par. 319(2) et les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression un lien dont la faiblesse rend la restriction «plus facile[. . .] à justifier que d'autres atteintes». Je signale d'abord à ce propos que, selon moi, il ne peut y avoir de désaccord véritable quant au contenu des messages et des enseignements communiqués par l'intimé M. Keegstra: il est profondément offensant, blessant et préjudiciable aux membres du groupe cible; il

tolerance and understanding in society. Furthermore, as will be clear when I come to discuss in detail the interpretation of s. 319(2), there is no doubt that all expression fitting within the terms of the offence can be similarly described. To say merely that expression is offensive and disturbing, however, fails to address satisfactorily the question of whether, and to what extent, the expressive activity prohibited by s. 319(2) promotes the values underlying the freedom of expression. It is to this difficult and complex question that I now turn.

From the outset, I wish to make clear that in my opinion the expression prohibited by s. 319(2) is not closely linked to the rationale underlying s. 2(b). Examining the values identified in *Ford* and *Irwin Toy* as fundamental to the protection of free expression, arguments can be made for the proposition that each of these values is diminished by the suppression of hate propaganda. While none of these arguments is spurious, I am of the opinion that expression intended to promote the hatred of identifiable groups is of limited importance when measured against free expression values.

At the core of freedom of expression lies the need to ensure that truth and the common good are attained, whether in scientific and artistic endeavors or in the process of determining the best course to take in our political affairs. Since truth and the ideal form of political and social organization can rarely, if at all, be identified with absolute certainty, it is difficult to prohibit expression without impeding the free exchange of potentially valuable information. Nevertheless, the argument from truth does not provide convincing support for the protection of hate propaganda. Taken to its extreme, this argument would require us to permit the communication of all expression, it being impossible to know with absolute certainty which factual statements are true, or which ideas obtain the greatest good. The problem with this extreme position, however, is that the greater the degree of certainty that a statement is erroneous or menda-

induit en erreur ceux qui l'écoutent; et il est l'antithèse de la tolérance et de la compréhension mutuelle dans notre société. En outre, et cela deviendra évident dans mon examen approfondi de l'interprétation du par. 319(2), il ne fait aucun doute que toute expression relevant de la définition de cette infraction peut être ainsi qualifiée. Dire simplement que l'expression est offensante et alarmante n'est toutefois pas une réponse satisfaisante à la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'activité d'expression interdite par le par. 319(2) sert à promouvoir les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. C'est cette question à la fois difficile et complexe que j'aborde maintenant.

D'emblée je tiens à préciser qu'à mon avis l'expression interdite par le par. 319(2) n'est pas étroitement liée à la raison d'être de l'al. 2b). Quand on examine les valeurs que les arrêts *Ford* et *Irwin Toy* qualifient de fondamentales pour la protection de la liberté d'expression, il est possible d'avancer des arguments pour dire que chacune de ces valeurs est amoindrie par la suppression de la propagande haineuse. Bien qu'aucun de ces arguments ne soit spécieux, j'estime que l'expression destinée à fomenter la haine contre des groupes identifiables ne revêt qu'une importance limitée par rapport aux valeurs sous-tendant la liberté d'expression.

Au cœur de la liberté d'expression se trouve le besoin d'assurer la découverte de la vérité et la réalisation du bien commun, tant dans les entreprises scientifiques et artistiques que dans la poursuite de la meilleure orientation à donner à nos affaires politiques. Comme la vérité et la forme idéale d'organisation politique et sociale ne peuvent que rarement, voire jamais, être déterminées avec une certitude absolue, il est difficile d'interdire l'expression sans gêner le libre échange de renseignements pouvant être importants. Néanmoins, l'argument tiré de la vérité ne milite pas de façon convaincante en faveur de la protection de la propagande haineuse. À la limite, cet argument nous obligerait à permettre toute expression, vu l'impossibilité de savoir avec une certitude absolue quelles déclarations factuelles sont vraies ou quelles idées produisent le plus grand bien. Le problème que soulève cette position extrême est que plus

cious, the less its value in the quest for truth. Indeed, expression can be used to the detriment of our search for truth; the state should not be the sole arbiter of truth, but neither should we overplay the view that rationality will overcome all falsehoods in the unregulated marketplace of ideas. There is very little chance that statements intended to promote hatred against an identifiable group are true, or that their vision of society will lead to a better world. To portray such statements as crucial to truth and the betterment of the political and social milieu is therefore misguided.

Another component central to the rationale underlying s. 2(b) concerns the vital role of free expression as a means of ensuring individuals the ability to gain self-fulfillment by developing and articulating thoughts and ideas as they see fit. It is true that s. 319(2) inhibits this process among those individuals whose expression it limits, and hence arguably works against freedom of expression values. On the other hand, such self-autonomy stems in large part from one's ability to articulate and nurture an identity derived from membership in a cultural or religious group. The message put forth by individuals who fall within the ambit of s. 319(2) represents a most extreme opposition to the idea that members of identifiable groups should enjoy this aspect of the s. 2(b) benefit. The extent to which the unhindered promotion of this message furthers free expression values must therefore be tempered in so far as it advocates with inordinate vitriol an intolerance and prejudice which view as execrable the process of individual self-development and human flourishing among all members of society.

Moving on to a third strain of thought said to justify the protection of free expression, one's attention is brought specifically to the political realm. The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(b) guarantee, and the nature of this

il est certain qu'une déclaration est fautive ou fallacieuse, moins sa valeur est grande dans la recherche de la vérité. En fait, l'expression peut être utilisée au détriment de la recherche de la vérité. L'État ne devrait pas être le seul juge de ce qui constitue la vérité; par contre, il ne faut pas accorder une importance exagérée à l'opinion selon laquelle la raison prévaudra toujours contre le mensonge sur le marché non réglementé des idées. Il est en fait très peu probable que des déclarations destinées à fomenter la haine contre un groupe identifiable soient vraies, ou que la vision de la société qu'elles traduisent conduira à un monde meilleur. C'est donc un leurre de les présenter comme cruciales pour la détermination de la vérité et pour l'amélioration du milieu politique et social.

Un autre élément essentiel de la raison d'être de l'al. 2b) est le rôle vital que joue la liberté d'expression comme moyen d'assurer aux individus la possibilité de s'épanouir personnellement en formant et en articulant à leur gré des pensées et des idées. Certes, le par. 319(2) entrave ce processus parmi les personnes dont il limite l'expression et on pourrait prétendre qu'il va donc à l'encontre des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Par ailleurs, ce genre d'autonomie découle dans une large mesure de la possibilité qu'on a d'exprimer ou de développer une identité résultant de l'appartenance à un groupe culturel ou religieux. Le message transmis par des personnes visées par le par. 319(2) exprime une opposition extrême à l'idée que les membres de groupes identifiables devraient pouvoir jouir de cet aspect de l'avantage conféré par l'al. 2b). La mesure dans laquelle la libre diffusion de ce message sert à promouvoir les valeurs de la libre expression doit donc être limitée puisqu'elle préconise avec une virulence démesurée, l'intolérance et les préjugés qui tiennent en aversion le processus de l'enrichissement et de l'épanouissement personnels de tous les membres de la société.

Un troisième ordre d'idées avancées pour justifier la protection de la liberté d'expression touche plus particulièrement le domaine politique. Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large

connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons. Such open participation must involve to a substantial degree the notion that all persons are equally deserving of respect and dignity. The state therefore cannot act to hinder or condemn a political view without to some extent harming the openness of Canadian democracy and its associated tenet of equality for all.

The suppression of hate propaganda undeniably muzzles the participation of a few individuals in the democratic process, and hence detracts somewhat from free expression values, but the degree of this limitation is not substantial. I am aware that the use of strong language in political and social debate—indeed, perhaps even language intended to promote hatred—is an unavoidable part of the democratic process. Moreover, I recognize that hate propaganda is expression of a type which would generally be categorized as “political”, thus putatively placing it at the very heart of the principle extolling freedom of expression as vital to the democratic process. Nonetheless, expression can work to undermine our commitment to democracy where employed to propagate ideas anathemic to democratic values. Hate propaganda works in just such a way, arguing as it does for a society in which the democratic process is subverted and individuals are denied respect and dignity simply because of racial or religious characteristics. This brand of expressive activity is thus wholly inimical to the democratic aspirations of the free expression guarantee.

Indeed, one may quite plausibly contend that it is through rejecting hate propaganda that the state can best encourage the protection of values central to freedom of expression, while simultaneously demonstrating dislike for the vision forwarded by hate-mongers. In this regard, the reaction to vari-

mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. Cette possibilité d'y participer doit reposer dans une mesure importante sur la notion que tous méritent le même respect et la même dignité. L'État ne saurait en conséquence entraver l'expression d'une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu'à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l'égalité de tous.

L'élimination de la propagande haineuse empêche incontestablement la participation de quelques individus au processus démocratique, et s'écarte donc un peu des valeurs de la libre expression, mais il ne s'agit pas là d'une restriction importante. Je sais que l'utilisation d'un langage fort dans les débats politiques et sociaux—peut-être même un langage destiné à fomenter la haine—fait inévitablement partie du processus démocratique. Je reconnais en outre que la propagande haineuse constitue une expression d'un genre qui serait en règle générale qualifiée de «politique», et qu'elle serait donc théoriquement de l'essence même du principe que la liberté d'expression est un élément vital du processus démocratique. L'expression peut néanmoins avoir l'effet d'affaiblir notre engagement envers la démocratie lorsqu'elle sert à répandre des idées contraires aux valeurs démocratiques. La propagande haineuse a précisément cet effet en préconisant une société qui subvertirait le processus démocratique et priverait des individus du respect et de la dignité en raison de leurs caractéristiques raciales ou religieuses. Cette sorte d'activité expressive est donc tout à fait incompatible avec les aspirations démocratiques inhérentes à la garantie de la liberté d'expression.

En fait, on peut soutenir très plausiblement que le rejet de la propagande haineuse est le meilleur moyen dont dispose l'État pour encourager la protection de valeurs qui sont l'essence même de la liberté d'expression tout en manifestant son aversion pour la vision préconisée par les fomentateurs

ous types of expression by a democratic government may be perceived as meaningful expression on behalf of the vast majority of citizens. I do not wish to be construed as saying that an infringement of s. 2(b) can be justified under s. 1 merely because it is the product of a democratic process; the *Charter* will not permit even the democratically elected legislature to restrict the rights and freedoms crucial to a free and democratic society. What I do wish to emphasize, however, is that one must be careful not to accept blindly that the suppression of expression must always and unremittably detract from values central to freedom of expression (L. C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (1986), at pp. 87-93).

I am very reluctant to attach anything but the highest importance to expression relevant to political matters. But given the unparalleled vigour with which hate propaganda repudiates and undermines democratic values, and in particular its condemnation of the view that all citizens need be treated with equal respect and dignity so as to make participation in the political process meaningful, I am unable to see the protection of such expression as integral to the democratic ideal so central to the s. 2(b) rationale. Together with my comments as to the tenuous link between communications covered by s. 319(2) and other values at the core of the free expression guarantee, this conclusion leads me to disagree with the opinion of McLachlin J. that the expression at stake in this appeal mandates the most solicitous degree of constitutional protection. In my view, hate propaganda should not be accorded the greatest of weight in the s. 1 analysis.

As a caveat, it must be emphasized that the protection of extreme statements, even where they attack those principles underlying the freedom of expression, is not completely divorced from the aims of s. 2(b) of the *Charter*. As noted already, suppressing the expression covered by s. 319(2) does to some extent weaken these principles. It can

de haine. À cet égard, la réaction d'un gouvernement démocratique à différents types d'expression peut être perçue comme l'expression valable de l'opinion de la grande majorité des citoyens. Je ne veux pas dire par là qu'une violation de l'al. 2b) peut se justifier en vertu de l'article premier du simple fait qu'elle résulte du processus démocratique; la *Charte* ne permet même pas aux législateurs démocratiquement élus de restreindre les droits et libertés indispensables à une société libre et démocratique. Je tiens toutefois à souligner qu'on doit se garder d'accepter aveuglément l'idée que la suppression de l'expression porte toujours et inévitablement atteinte aux valeurs de la libre expression (L. C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (1986), aux pp. 87 à 93).

Je suis très réticent à attacher moins que la plus haute importance à l'expression se rapportant aux affaires politiques. Compte tenu toutefois de l'énergie inégalée avec laquelle la propagande haineuse répudie et mine les valeurs démocratiques, et conteste notamment l'idée que le respect égal et la dignité égale pour tous les citoyens sont requis pour assurer une participation réelle au processus politique, je ne puis voir la protection de cette expression comme faisant partie intégrante de l'idéal démocratique qui forme un élément tellement fondamental de la raison d'être de l'al. 2b). Cette conclusion, ainsi que mes observations concernant la faiblesse du lien entre les communications relevant du par. 319(2) et les autres valeurs constituant l'essence de la garantie de la liberté d'expression, m'amènent à exprimer mon désaccord avec l'opinion du juge McLachlin selon laquelle l'expression en cause dans le présent pourvoi commande la plus grande protection constitutionnelle. À mon avis, la propagande haineuse ne devrait pas peser très lourd dans l'analyse fondée sur l'article premier.

Il faut souligner par contre que la protection de déclarations extrêmes, même lorsqu'elles attaquent les principes qui sous-tendent la liberté d'expression, n'est pas tout à fait étrangère aux objets de l'al. 2b) de la *Charte*. Comme je l'ai déjà indiqué, la suppression de l'expression visée au par. 319(2) affaiblit en effet ces principes jusqu'à un certain

also be argued that it is partly through a clash with extreme and erroneous views that truth and the democratic vision remain vigorous and alive (see Braun, *op. cit.*, at p. 490). In this regard, judicial pronouncements strongly advocating the importance of free expression values might be seen as helping to expose prejudiced statements as valueless even while striking down legislative restrictions that proscribe such expression. Additionally, condoning a democracy's collective decision to protect itself from certain types of expression may lead to a slippery slope on which encroachments on expression central to s. 2(b) values are permitted. To guard against such a result, the protection of communications virulently unsupportive of free expression values may be necessary in order to ensure that expression more compatible with these values is never unjustifiably limited.

None of these arguments is devoid of merit, and each must be taken into account in determining whether an infringement of s. 2(b) can be justified under s. 1. It need not be, however, that they apply equally or with the greatest of strength in every instance. As I have said already, I am of the opinion that hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. While I cannot conclude that hate propaganda deserves only marginal protection under the s. 1 analysis, I can take cognizance of the fact that limitations upon hate propaganda are directed at a special category of expression which strays some distance from the spirit of s. 2(b), and hence conclude that "restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b)" (*Royal College, supra*, at p. 247).

As a final point, it should be stressed that in discussing the relationship between hate propagan-

point. On peut soutenir en outre que c'est en partie grâce à leur confrontation avec des vues extrêmes et erronées que la vérité et la vision démocratiques conservent toute leur vigueur et tout leur dynamisme (voir Braun, *loc. cit.*, à la p. 490). À cet égard, on pourrait considérer que les déclarations judiciaires prônant énergiquement l'importance des valeurs de la libre expression contribuent à faire comprendre l'absence de toute valeur des expressions de préjugés tout en invalidant des restrictions législatives qui interdisent ce genre d'expression. De plus, approuver la décision collective d'une démocratie de se protéger contre certains types d'expression peut entraîner sur une pente dangereuse qui conduit à l'autorisation d'atteintes à une expression essentielle aux valeurs sous-jacentes à l'al. 2b). Pour parer à cette éventualité, la protection de communications qui s'opposent avec virulence aux valeurs de la libre expression peut être nécessaire pour protéger contre des restrictions injustifiables une expression plus compatible avec ces valeurs.

Tous ces arguments ont un certain mérite et chacun doit être pris en considération pour déterminer si une violation de l'al. 2b) peut se justifier selon l'article premier. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'ils s'appliquent également et dans toute leur force dans chaque cas. Comme je l'ai déjà dit, je suis d'avis que la propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. Si je ne puis conclure que la propagande haineuse ne mérite qu'une protection minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, je peux néanmoins reconnaître le fait que les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d'expression qui s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b). Je conclus donc qu'il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b)» (*Collège royal, précité*, à la p. 247).

Enfin, il faut souligner qu'en traitant des rapports entre la propagande haineuse et les valeurs

da and freedom of expression values I do not wish to be taken as advocating an inflexible "levels of scrutiny" categorization of expressive activity. The contextual approach necessitates an open discussion of the manner in which s. 2(b) values are engaged in the circumstances of an appeal. To become transfixed with categorization schemes risks losing the advantage associated with this sensitive examination of free expression principles, and I would be loath to sanction such a result.

Having made some preliminary comments as to the nature of the expression at stake in this appeal, it is now possible to ask whether s. 319(2) is an acceptably proportional response to Parliament's valid objective. As stated above, the proportionality aspect of the *Oakes* test requires the Court to decide whether the impugned state action: i) is rationally connected to the objective; ii) minimally impairs the *Charter* right or freedom at issue; and iii) does not produce effects of such severity so as to make the impairment unjustifiable. I will now address these segments of the proportionality inquiry, beginning with the question of whether a rational connection exists between s. 319(2) and the legislative objective.

(ii) Rational Connection

Section 319(2) makes the wilful promotion of hatred against identifiable groups an indictable offence, indicating Parliament's serious concern about the effects of such activity. Those who would uphold the provision argue that the criminal prohibition of hate propaganda obviously bears a rational connection to the legitimate Parliamentary objective of protecting target group members and fostering harmonious social relations in a community dedicated to equality and multiculturalism. I agree, for in my opinion it would be difficult to deny that the suppression of hate propaganda reduces the harm such expression does to individuals who belong to identifiable groups and to relations between various cultural and religious groups in Canadian society.

de la liberté d'expression, je ne souhaite pas que l'on pense que je préconise une classification rigide des «niveaux d'examen» de l'activité expressive. L'approche contextuelle exige une discussion ouverte de la manière dont entrent en jeu les valeurs de l'al. 2b) dans les circonstances d'un pourvoi. Se laisser paralyser par des systèmes de classification risque de faire perdre l'avantage découlant de l'examen souple des principes de la libre expression et je ne suis pas disposé à approuver un tel résultat.

Après ces observations préliminaires sur la nature de l'expression en cause en l'espèce, on peut maintenant se demander si le par. 319(2) a un degré acceptable de proportionnalité avec l'objectif valable du Parlement. Je le répète, la proportionnalité exigée par le critère formulé dans l'arrêt *Oakes* impose à la Cour de décider si l'acte contesté de l'État: (i) a un lien rationnel avec l'objectif visé; (ii) porte le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause garantis par la *Charte*; et (iii) ne produit pas des effets dont la gravité rend l'atteinte injustifiable. J'examine maintenant ces éléments de la proportionnalité en commençant par la question du lien rationnel entre le par. 319(2) et l'objectif législatif.

(ii) Le lien rationnel

Le paragraphe 319(2) fait de la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables un acte criminel, témoignant ainsi de la grande préoccupation du Parlement quant aux effets d'une telle activité. Les partisans du maintien de cette disposition font valoir que l'interdiction criminelle de la propagande haineuse a manifestement un lien rationnel avec l'objectif législatif légitime de protéger les membres du groupe cible et de favoriser des relations sociales harmonieuses au sein d'une collectivité qui croit fermement à l'égalité et au multiculturalisme. Je partage cet avis car, selon moi, on pourrait difficilement nier que la suppression de la propagande haineuse diminue les effets préjudiciables de cette expression sur les membres de groupes identifiables et sur les relations entre divers groupes culturels et religieux de la société canadienne.

Doubts have been raised, however, as to whether the actual effect of s. 319(2) is to undermine any rational connection between it and Parliament's objective. As stated in the reasons of McLachlin J., there are three primary ways in which the effect of the impugned legislation might be seen as an irrational means of carrying out the Parliamentary purpose. First, it is argued that the provision may actually promote the cause of hate-mongers by earning them extensive media attention. In this vein, it is also suggested that persons accused of intentionally promoting hatred often see themselves as martyrs, and may actually generate sympathy from the community in the role of underdogs engaged in battle against the immense powers of the state. Second, the public may view the suppression of expression by the government with suspicion, making it possible that such expression—even if it be hate propaganda—is perceived as containing an element of truth. Finally, it is often noted, citing the writings of A. Neier, *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom* (1979), that Germany of the 1920s and 1930s possessed and used hate propaganda laws similar to those existing in Canada, and yet these laws did nothing to stop the triumph of a racist philosophy under the Nazis.

If s. 319(2) can be said to have no impact in the quest to achieve Parliament's admirable objectives, or in fact works in opposition to these objectives, then I agree that the provision could be described as "arbitrary, unfair or based on irrational considerations" (*Oakes, supra*, at p. 139). I recognize that the effect of s. 319(2) is impossible to define with exact precision—the same can be said for many laws, criminal or otherwise. In my view, however, the position that there is no strong and evident connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression is unconvincing. I come to this conclusion for a number of reasons, and will elucidate these by answering in turn the three arguments just mentioned.

On a toutefois soulevé des doutes quant à savoir si l'effet réel du par. 319(2) est de miner tout lien rationnel entre cette disposition et l'objectif du Parlement. Comme le dit le juge McLachlin dans ses motifs, l'effet de la disposition législative attaquée pourrait être considéré comme un moyen irrationnel d'atteindre l'objectif visé par le législateur, pour trois raisons principales. On soutient en premier lieu que cette disposition peut en fait promouvoir la cause des fomentateurs de haine en suscitant un grand intérêt dans les médias à leur égard. Dans ce même ordre d'idées, on prétend en outre que les personnes accusées de fomentation intentionnelle de la haine se voient souvent comme des martyrs et qu'elles peuvent même s'attirer la sympathie de la collectivité en raison du combat inégal qu'elles mènent contre les immenses pouvoirs de l'État. En deuxième lieu, le public pourrait regarder avec suspicion la suppression de l'expression par le gouvernement, ce qui ouvre la possibilité que cette expression—même s'il s'agit de propagande haineuse—soit perçue comme renfermant une part de vérité. En dernier lieu, on fait souvent remarquer, citant A. Neier, *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom* (1979), que l'Allemagne des années 20 et 30 possédait et appliquait des dispositions en matière de propagande haineuse semblables à celles existant au Canada qui n'ont pourtant pas empêché le triomphe d'une philosophie raciste sous les nazis.

Si l'on pouvait affirmer que le par. 319(2) ne favorise en rien la poursuite des objectifs admirables du Parlement, ou qu'en réalité il fait obstacle à ces objectifs, alors je conviendrais que cette disposition pourrait être décrite comme arbitraire, inéquitable ou fondée sur des considérations irrationnelles (*Oakes, précité*, à la p. 139). Je reconnais l'impossibilité de définir exactement l'effet du par. 319(2)—c'est le cas d'ailleurs d'un bon nombre de lois, pénales ou autres. Je tiens toutefois pour peu convaincante la prétention qu'il n'existe pas de lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et sa suppression. Plusieurs raisons m'amènent à cette conclusion et je me propose de les élucider en répondant tour à tour à chacun des arguments susmentionnés.

It is undeniable that media attention has been extensive on those occasions when s. 319(2) has been used. Yet from my perspective, s. 319(2) serves to illustrate to the public the severe reprobation with which society holds messages of hate directed towards racial and religious groups. The existence of a particular criminal law, and the process of holding a trial when that law is used, is thus itself a form of expression, and the message sent out is that hate propaganda is harmful to target group members and threatening to a harmonious society (see Rauf, *op. cit.*, at p. 359). As I stated in my reasons in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 70:

The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions.

The many, many Canadians who belong to identifiable groups surely gain a great deal of comfort from the knowledge that the hate-monger is criminally prosecuted and his or her ideas rejected. Equally, the community as a whole is reminded of the importance of diversity and multiculturalism in Canada, the value of equality and the worth and dignity of each human person being particularly emphasized.

In this context, it can also be said that government suppression of hate propaganda will not make the expression attractive and hence increase acceptance of its content. Similarly, it is very doubtful that Canadians will have sympathy for either propagators of hatred or their ideas. Governmental disapproval of hate propaganda does not invariably result in dignifying the suppressed ideology. Pornography is not dignified by its suppression, nor are defamatory statements against individuals seen as meritorious because the common law lends its support to their prohibition. Again, I stress my belief that hate propaganda legislation and trials are a means by which the values beneficial to a free and democratic society can be publicized. In this context, no dignity will be unwittingly foisted upon the convicted hate-monger or his or her philosophy, and that a hate-

Il est incontestable que les médias ont fait grand cas de toutes les affaires où le par. 319(2) a été invoqué. Selon mon point de vue, cependant, le par. 319(2) sert à montrer au public le profond sentiment de réprobation de la société à l'égard de messages haineux visant des groupes raciaux ou religieux. L'existence d'une règle particulière de droit criminel, ainsi que la tenue d'un procès où cette disposition est appliquée, constitue donc elle-même une forme d'expression, le message ainsi transmis étant que la propagande haineuse nuit aux membres du groupe cible et menace l'harmonie sociale (voir Rauf, *loc. cit.*, à la p. 359). Comme je le dis dans mes motifs de l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 70:

Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions.

Il est certainement très rassurant pour les Canadiens très nombreux qui appartiennent à des groupes identifiables de savoir que les fomentateurs de haine font l'objet de poursuites criminelles et que leurs idées sont rejetées. Est également rappelé à l'ensemble de la collectivité l'importance de la diversité et du multiculturalisme au Canada, l'accent étant placé particulièrement sur l'égalité et sur la valeur et la dignité de chaque être humain.

Dans ce contexte, on peut affirmer aussi que la suppression de la propagande haineuse par le gouvernement n'aura pas pour effet de rendre attrayant ce genre d'expression et d'augmenter ainsi l'acceptation de son contenu. De même, il est très douteux que les Canadiens aient de la sympathie pour les semeurs de haine ou pour leurs idées. La désapprobation gouvernementale de la propagande haineuse n'entraîne pas invariablement la valorisation de l'idéologie supprimée. La pornographie n'est pas valorisée par sa suppression, pas plus que les déclarations diffamatoires contre des personnes ne sont considérées comme méritoires parce que la common law prête son soutien à leur interdiction. Je souligne encore une fois ma conviction que la législation relative à la propagande haineuse et les procès sont des moyens de faire connaître les valeurs qui servent l'épanouissement d'une société

monger might see him or herself as a martyr is of no matter to the content of the state's message.

As for the use of hate propaganda laws in pre-World War Two Germany, I am skeptical as to the relevance of the observation that legislation similar to s. 319(2) proved ineffective in curbing the racism of the Nazis. No one is contending that hate propaganda laws can in themselves prevent the tragedy of a Holocaust; conditions particular to Germany made the rise of Nazi ideology possible despite the existence and use of these laws (see A. Doskow and S. B. Jacoby, "Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany" (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498, at p. 509). Rather, hate propaganda laws are one part of a free and democratic society's bid to prevent the spread of racism, and their rational connection to this objective must be seen in such a context. Certainly West Germany has not reacted to the failure of pre-war laws by seeking their removal, a new set of criminal offences having been implemented as recently as 1985 (see E. Stein, "History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other—"Lies" (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 277). Nor, as has been discussed, has the international community regarded the promulgation of laws suppressing hate propaganda as futile or counter-productive. Indeed, this Court's attention has been drawn to the fact that a great many countries possess legislation similar to that found in Canada (see, e.g., England and Wales, *Public Order Act 1986* (U.K.), 1986, c. 64, ss. 17 to 23; New Zealand, *Race Relations Act 1971* (N.Z.), No. 150, s. 25; Sweden, *Penal Code*, c. 16, s. 8; Netherlands, *Penal Code*, ss. 137c, 137d and 137e; India, *Penal Code*, ss. 153-A and 153-B, and generally, the United Nation's *Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*). The experience of Germany represents an awful nadir in the history of racism, and demonstrates the extent to which flawed and brutal ideas can capture the acceptance of a significant number of people. One aspect

libre et démocratique. Dans ce contexte, ni la personne reconnue coupable de fomentation de la haine ni sa philosophie ne sont valorisées indirectement, et le fait que le fomentateur de haine puisse se voir comme un martyr est sans conséquence vis-à-vis du contenu du message de l'État.

Pour ce qui est du recours à des lois interdisant la propagande haineuse en Allemagne, avant la Seconde Guerre mondiale, je suis sceptique quant à la pertinence de l'observation selon laquelle des dispositions analogues au par. 319(2) ont été inefficaces pour contenir le racisme des nazis. Personne ne prétend que les lois interdisant la propagande haineuse peuvent par elles-mêmes prévenir une tragédie comme l'Holocauste; des conditions particulières à l'Allemagne ont rendu possible l'essor de l'idéologie nazie en dépit de l'existence et de l'application de ces lois (voir A. Doskow et S. B. Jacoby, «Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany» (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498, à la p. 509). Par contre les lois en matière de propagande haineuse sont seulement un aspect des efforts d'une société libre et démocratique visant à empêcher la propagation du racisme et c'est dans ce contexte que doit être considéré le lien rationnel qu'elles peuvent avoir avec cet objectif. Certes, l'Allemagne de l'Ouest n'a pas réagi à l'échec des lois en vigueur avant la guerre en cherchant à les abolir et, en fait, une nouvelle série d'infractions criminelles a été créée aussi récemment qu'en 1985 (voir E. Stein, «History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other—"Lies"» (1987) 85 *Mich. L. Rev.* 277). De plus, comme je l'ai déjà signalé, la communauté internationale n'a pas considéré la promulgation de lois réprimant la propagande haineuse comme vaine ou néfaste aux objectifs visés. En fait, on a attiré l'attention de notre Cour sur le fait qu'il existe dans un grand nombre de pays des dispositions législatives analogues à celles que nous avons au Canada (voir, par exemple, Angleterre et Pays de Galles, *Public Order Act 1986* (R.-U.), 1986, ch. 64, art. 17 à 23; Nouvelle-Zélande, *Race Relations Act 1971* (N.-Z.), n° 150, art. 25; Suède, *Code pénal*, ch. 16, art. 8; Pays-Bas, *Code pénal*, art. 137c, 137d et 137e; Inde, *Code pénal*, art. 153-A et 153-B et, d'une manière générale, *l'Étude sur l'application de l'article 4 de la Con-*

of this experience is not, however, determinative in deciding whether or not hate propaganda laws are effective.

In sum, having found that the purpose of the challenged legislation is valid, I also find that the means chosen to further this purpose are rational in both theory and operation, and therefore conclude that the first branch of the proportionality test has been met. Accordingly, I move now to the issue of whether s. 319(2) minimally impairs the s. 2(b) guarantee of freedom of expression.

(iii) Minimal Impairment of the Section 2(b) Freedom

The criminal nature of the impugned provision, involving the associated risks of prejudice through prosecution, conviction and the imposition of up to two years imprisonment, indicates that the means embodied in hate propaganda legislation should be carefully tailored so as to minimize impairment of the freedom of expression. It therefore must be shown that s. 319(2) is a measured and appropriate response to the phenomenon of hate propaganda, and that it does not overly circumscribe the s. 2(b) guarantee.

The main argument of those who would strike down s. 319(2) is that it creates a real possibility of punishing expression that is not hate propaganda. It is thus submitted that the legislation is overbroad, its terms so wide as to include expression which does not relate to Parliament's objective, and also unduly vague, in that a lack of clarity and precision in its words prevents individuals from discerning its meaning with any accuracy. In either instance, it is said that the effect of s. 319(2) is to limit the expression of merely unpopular or unconventional communications. Such com-

vention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale des Nations Unies). L'expérience allemande représente ce que le racisme peut avoir de plus abominable et révèle jusqu'à quel point un nombre considérable de gens peuvent se laisser séduire par des idées fausses et brutales. Un seul aspect de cette expérience n'est toutefois pas déterminant quant à l'efficacité de lois interdisant la propagande haineuse.

En résumé, ayant décidé que la disposition législative contestée vise un objet légitime, j'estime en outre que les moyens choisis pour atteindre cet objet sont rationnels sur les plans tant théorique que pratique et je conclus en conséquence que le premier élément du critère de la proportionnalité est présent. Cela étant, je passe maintenant à la question de savoir si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b).

(iii) L'atteinte minimale à la liberté garantie par l'al. 2b)

Comme la disposition attaquée est de nature criminelle et qu'elle comporte des risques de préjudice résultant de poursuites, de déclarations de culpabilité et de peines maximales de deux ans d'emprisonnement, il faut que les moyens prévus dans cette disposition relative à la propagande haineuse soient soigneusement conçus de manière à porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Il faut donc démontrer que le par. 319(2) est une réaction mesurée et appropriée au phénomène de la propagande haineuse et qu'il ne restreint pas outre mesure la portée de la garantie énoncée à l'al. 2b).

Les partisans de l'invalidation du par. 319(2) font valoir principalement qu'il crée une possibilité réelle que soit punie une expression qui n'est pas de la propagande haineuse. On soutient que la portée de la disposition est excessive, ses termes étant assez larges pour comprendre une expression n'ayant aucun rapport avec l'objectif du Parlement, et qu'elle est en outre indûment vague en ce sens qu'à cause du manque de clarté et de précision dans son texte il est impossible d'en dégager le sens avec exactitude. Dans l'un et l'autre cas, on prétend que le par. 319(2) a pour effet de limiter

munications may present no risk of causing the harm which Parliament seeks to prevent, and will perhaps be closely associated with the core values of s. 2(b). This overbreadth and vagueness could consequently allow the state to employ s. 319(2) to infringe excessively the freedom of expression or, what is more likely, could have a chilling effect whereby persons potentially within s. 319(2) would exercise self-censorship. Accordingly, those attacking the validity of s. 319(2) contend that vigorous debate on important political and social issues, so highly valued in a society that prizes a diversity of ideas, is unacceptably suppressed by the provision.

The question to be answered, then, is whether s. 319(2) indeed fails to distinguish between low value expression that is squarely within the focus of Parliament's valid objective and that which does not invoke the need for the severe response of criminal sanction. In order to answer this question, and thus to determine whether s. 319(2) minimally impairs the freedom of expression, the nature and impact of specific features of the provision must be examined in some detail. These features relate to both the terms of the offence and the available defences enumerated in s. 319(3), and I find it convenient to utilize this slightly arbitrary division for the purposes of the following discussion. As well, in examining this aspect of the proportionality test I will comment upon the relevance of alternative modes of combatting the harm caused by hate propaganda.

a. *Terms of Section 319(2)*

In assessing the constitutionality of s. 319(2), especially as concerns arguments of overbreadth and vagueness, an immediate observation is that statements made "in private conversation" are not included in the criminalized expression. The provision thus does not prohibit views expressed with an intention to promote hatred if made privately, indicating Parliament's concern not to intrude upon the privacy of the individual. Indeed, that the

l'expression d'idées qui ne sont qu'impopulaires ou non conformistes. Il se peut que de telles communications ne présentent aucun risque d'occasionner le préjudice que le législateur cherche à prévenir et soient étroitement liées aux valeurs se trouvant au cœur de l'al. 2b). Cette portée trop large et cette imprécision pourraient en conséquence permettre à l'État d'avoir recours au par. 319(2) pour porter une atteinte excessive à la liberté d'expression ou, plus vraisemblablement, elles pourraient avoir un effet paralysant de sorte que des personnes pouvant tomber sous le coup du par. 319(2) se soumettraient à l'autocensure. Ceux qui contestent la validité du par. 319(2) font donc valoir que cette disposition supprime d'une manière inacceptable ce débat vif sur les grandes questions politiques et sociales auquel une société qui chérit la diversité des idées attache tant d'importance.

La question qui demande réponse est donc de savoir si le par. 319(2) ne fait vraiment pas de distinction entre l'expression de peu de valeur qui relève carrément de l'objectif valable visé par le législateur fédéral et l'expression qui n'appelle pas la réaction sévère d'une sanction pénale. Pour y répondre et donc pour déterminer si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression, il faut entreprendre un examen assez approfondi de la nature et de l'effet de certaines particularités de cette disposition. Ces particularités se rapportent aussi bien à l'énoncé de l'infraction qu'aux moyens de défense énumérés au par. 319(3), et il convient, selon moi, de se servir de cette division un peu arbitraire aux fins de l'analyse qui suit. En outre, dans mon étude de cet élément du critère de proportionnalité, je traiterai de la pertinence d'autres méthodes pour combattre le préjudice causé par la propagande haineuse.

a. *Le texte du par. 319(2)*

En examinant la constitutionnalité du par. 319(2), particulièrement en ce qui concerne les arguments relatifs à la portée excessive et à l'imprécision, on voit immédiatement que les déclarations faites «dans une conversation privée» ne sont pas comprises dans l'expression criminalisée. Cette disposition n'interdit pas les opinions exprimées avec l'intention de fomenter la haine si elles sont faites en privé, et cela indique que le Parlement

legislation excludes private conversation, rather than including communications made in a public forum, suggests that the expression of hatred in a place accessible to the public is not sufficient to activate the legislation (see Fish, *op. cit.*, at p. 115). This observation is supported by comparing the words of s. 319(2) with those of the prohibition against the incitement of hatred likely to lead to a breach of peace in s. 319(1). Section 319(1) covers statements communicated "in any public place", suggesting that a wider scope of prohibition was intended where the danger occasioned by the statements was of an immediate nature, while the wording of s. 319(2) indicates that private conversations taking place in public areas are not prohibited. Moreover, it is reasonable to infer a subjective *mens rea* requirement regarding the type of conversation covered by s. 319(2), an inference supported by the definition of "private communication" contained in s. 183 of the *Criminal Code*. Consequently, a conversation or communication intended to be private does not satisfy the requirements of the provision if through accident or negligence an individual's expression of hatred for an identifiable group is made public.

Is s. 319(2) nevertheless overbroad because it captures all public expression intended to promote hatred? It would appear not, for the harm which the government seeks to prevent is not restricted to certain mediums and/or locations. To attempt to distinguish between various forms and fora would therefore be incongruent with Parliament's legitimate objective.

A second important element of s. 319(2) is its requirement that the promotion of hatred be "wilful". The nature of this mental element was explored by Martin J.A. in *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.). In that case, the two accused were charged under s. 319(2) (then s. 281.2(2)), after distributing handbills containing statements attacking the

s'est attaché à ne pas violer la vie privée des particuliers. En réalité, le fait que la disposition exclut la conversation privée au lieu d'inclure les communications faites dans un forum public porte à croire que l'expression de la haine dans un endroit accessible au public ne suffit pas pour provoquer l'application de la disposition (voir Fish, *loc. cit.*, à la p. 115). Cette observation est étayée par une comparaison du texte du par. 319(2) avec celui de l'interdiction, énoncée au par. 319(1), de l'incitation à la haine lorsque cette incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix. Le paragraphe 319(1) vise les déclarations communiquées «en un endroit public», ce qui indique qu'une interdiction de portée plus large était envisagée là où le danger présenté par les déclarations avait un caractère immédiat, tandis qu'il se dégage du par. 319(2) que les conversations privées dans des endroits publics ne sont pas frappées d'interdiction. De plus, il est raisonnable d'inférer l'existence d'une exigence subjective de *mens rea* à l'égard du type de conversation visé au par. 319(2), inférence appuyée par la définition de l'expression «communication privée» à l'art. 183 du *Code criminel*. Par conséquent, une conversation ou une communication qui se veut privée ne satisfait pas aux exigences de la disposition en cause si, accidentellement ou par négligence, l'expression par un individu de sa haine envers un groupe identifiable est rendue publique.

Le paragraphe 319(2) a-t-il néanmoins une portée excessive du fait qu'il englobe toute expression publique destinée à fomenter la haine? Il semble que non, car le préjudice que le gouvernement cherche à prévenir ne se limite pas à certains moyens de communication ni à certains endroits. Toute tentative de distinction selon la forme ou le lieu serait donc inconciliable avec l'objectif légitime du Parlement.

Un deuxième élément important du par. 319(2) est son exigence que la fomentation de la haine soit «volontaire». La nature de cet élément moral a été examinée par le juge Martin dans l'affaire *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, les deux accusés avaient été inculpés en vertu du par. 319(2) (alors le par. 281.2(2)) après avoir distribué des

French Canadian public in Essex County. At the time, the francophone minority in the county was attempting to have the school board build a French language secondary school. The accused persons identified with French-speaking Canadians and were responding to opposition to the construction of the school. According to them, the pamphlet was intended as a satire that would bring a quick solution by provoking government reaction, thereby exerting pressure on the school board, but in spite of this explanation a conviction was entered at trial.

On appeal, Martin J.A. overturned the conviction. He noted that the word "wilfully" does not have a fixed meaning in criminal law, and thus sought to divine the use and import of the word as it appears in s. 319(2) (pp. 379-81). Comparing the section with s. 319(1) (then s. 281.2(1)), which prohibits incitement to hatred in a public place where such incitement is likely to lead to a breach of peace, he said (at pp. 381-82):

The insertion of the word "wilfully" in [s. 319(2)] was not necessary to import *mens rea* since that requirement would be implied in any event because of the serious nature of the offence: see *R. v. Prue, supra*. The statements, the communication of which are proscribed by [s. 319(2)], are not confined to statements communicated in a public place in circumstances likely to lead to a breach of the peace and they, consequently, do not pose such an immediate threat to public order as those falling under [s. 319(1)]; it is reasonable to assume, therefore, that Parliament intended to limit the offence under [s. 319(2)] to the intentional promotion of hatred. It is evident that the use of the word "wilfully" in [s. 319(2)], and not in [s. 319(1)], reflects Parliament's policy to strike a balance in protecting the competing social interests of freedom of expression on the one hand, and public order and group reputation on the other hand.

More specifically, Martin J.A. went on to elaborate on the meaning of "wilfully", concluding that this mental element is satisfied only where an accused subjectively desires the promotion of hatred or foresees such a consequence as certain or substantially certain to result from an act done in

tracts contenant des déclarations attaquant les Canadiens français du comté d'Essex. À l'époque en question, la minorité francophone du comté tentait de faire construire par le conseil scolaire une école secondaire de langue française. Les accusés s'identifiaient aux Canadiens français et réagissaient à l'opposition suscitée par la construction de l'école. D'après eux, le tract se voulait satirique et visait à amener une solution rapide en provoquant une réaction de la part du gouvernement et en exerçant ainsi une pression sur le conseil scolaire. Malgré cette explication, ils ont été déclarés coupables au procès.

En appel, le juge Martin a annulé la déclaration de culpabilité. Il a fait remarquer que le sens du mot «volontairement» n'est pas figé en droit criminel et a donc tenté de déterminer la signification qu'il pouvait avoir au par. 319(2) (pp. 379 à 381). Comparant cette disposition avec le par. 319(1) (alors le par. 281.2(1)), qui interdit l'incitation à la haine dans un endroit public lorsque cette incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix, il dit, aux pp. 381 et 382:

[TRADUCTION] L'insertion du mot «volontairement» au [par. 319(2)] n'était pas nécessaire pour poser une exigence de *mens rea* parce que de toute façon cette exigence existerait implicitement en raison de la gravité de l'infraction: voir la décision *R. v. Prue*, précitée. Les déclarations dont la communication est proscrire par le [par. 319(2)] ne se bornent pas à celles faites dans un endroit public et dans des circonstances susceptibles d'entraîner une violation de la paix et elles ne posent pas en conséquence une menace aussi immédiate pour l'ordre public que celles visées au [par. 319(1)]. Il est donc raisonnable de supposer que l'intention du Parlement était de limiter à la fomentation volontaire de la haine l'infraction prévue au [par. 319(2)]. Il est évident que l'emploi du mot «volontairement» au [par. 319(2)] et non au [par. 319(1)] reflète la politique du législateur d'établir un équilibre en protégeant les intérêts sociaux opposés que sont la liberté d'expression, d'une part, et l'ordre public et la bonne réputation d'un groupe, d'autre part.

Plus précisément, le juge Martin explique ensuite, plus en détail, le sens du mot «volontairement», concluant que cet élément moral n'existe que lorsque l'accusé souhaite la fomentation de haine ou prévoit qu'elle résultera certainement ou presque certainement d'un acte accompli en vue

order to achieve some other purpose (pp. 384-85). On the facts in *Buzzanga*, the trial judge had informed the jury that "wilfully" could be equated with the intention to create "controversy, furor and an uproar" (p. 386). This interpretation was clearly incompatible with Martin J.A.'s requirement that the promotion of hatred be intended or foreseen as substantially certain, and a new trial was therefore ordered.

The interpretation of "wilfully" in *Buzzanga* has great bearing upon the extent to which s. 319(2) limits the freedom of expression. This mental element, requiring more than merely negligence or recklessness as to result, significantly restricts the reach of the provision, and thereby reduces the scope of the targeted expression. Such a reduced scope is recognized and applauded in the Law Reform Commission of Canada's Working Paper on Hate Propaganda, *op. cit.*, it being said that (at p. 36):

The principle of restraint requires lawmakers to concern themselves not just with whom they want to catch, but also with whom they do not want to catch. For example, removing an intent or purpose requirement could well result in successful prosecutions of cases similar to *Buzzanga*, where members of a minority group publish hate propaganda against their own group in order to create controversy or to agitate for reform. This crime should not be used to prosecute such individuals.

I agree with the interpretation of "wilfully" in *Buzzanga*, and wholeheartedly endorse the view of the Law Reform Commission Working Paper that this stringent standard of *mens rea* is an invaluable means of limiting the incursion of s. 319(2) into the realm of acceptable (though perhaps offensive and controversial) expression. It is clear that the word "wilfully" imports a difficult burden for the Crown to meet and, in so doing, serves to minimize the impairment of freedom of expression.

It has been argued, however, that even a demanding *mens rea* component fails to give s.

d'atteindre un autre but (pp. 384 et 385). Dans l'affaire *Buzzanga*, le juge du procès avait informé le jury que le mot «volontairement» pouvait être considéré comme équivalant à l'intention de causer [TRADUCTION] «une controverse, un esclandre et un tollé» (p. 386). Cette interprétation était visiblement incompatible avec l'exigence du juge Martin que la fomentation de la haine soit intentionnelle ou qu'elle soit prévue comme presque certaine. Par conséquent, la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

L'interprétation donnée au mot «volontairement» dans l'affaire *Buzzanga* influe beaucoup sur la portée de la restriction de la liberté d'expression par le par. 319(2). Cet élément moral, qui nécessite davantage que simplement la négligence ou l'indifférence quant aux conséquences, restreint considérablement la portée de la disposition et réduit par le fait même celle de l'expression visée. Cette réduction de portée est reconnue et applaudie par la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail sur la propagande haineuse, *op. cit.*, à la p. 41:

Le principe de la modération exige que le législateur s'intéresse non seulement aux comportements qu'il veut réprimer mais aussi à ceux qu'il ne veut pas réprimer. Il se peut fort bien, par exemple, que l'abandon de l'exigence de l'intention permette que des poursuites soient intentées avec succès dans des cas similaires à l'affaire *Buzzanga* dans laquelle un groupe minoritaire avait publié de la propagande haineuse contre lui-même en vue de susciter la controverse ou de provoquer une réforme. Cette infraction ne devrait pas être invoquée pour poursuivre de tels individus.

J'approuve la façon dont le mot «volontairement» a été interprété dans l'affaire *Buzzanga* et je souscris entièrement à l'avis, exprimé dans le document de travail de la Commission de réforme du droit, que cette norme sévère en matière de *mens rea* est un moyen inestimable de limiter toute incursion par le par. 319(2) dans le domaine de l'expression acceptable (quoique, peut-être, offensante et controversée). Il est évident que le mot «volontairement» impose au ministère public un lourd fardeau de preuve et permet de réduire au minimum les atteintes à la liberté d'expression.

On a toutefois soutenu que même une exigence sévère de *mens rea* ne donne pas au par. 319(2)

319(2) a constitutionally acceptable breadth. The problem is said to lie in the failure of the offence to require proof of actual hatred resulting from a communication, the assumption being that only such proof can demonstrate a harm serious enough to justify limiting the freedom of expression under s. 1. It was largely because of this lack of need for proof of actual hatred that Kerans J.A. in the Court of Appeal held s. 319(2) to violate the *Charter*.

While mindful of the dangers identified by Kerans J.A., I do not find them sufficiently grave to compel striking down s. 319(2). First, to predicate the limitation of free expression upon proof of actual hatred gives insufficient attention to the severe psychological trauma suffered by members of those identifiable groups targeted by hate propaganda. Second, it is clearly difficult to prove a causative link between a specific statement and hatred of an identifiable group. In fact, to require direct proof of hatred in listeners would severely debilitate the effectiveness of s. 319(2) in achieving Parliament's aim. It is well accepted that Parliament can use the criminal law to prevent the risk of serious harms, a leading example being the drinking and driving provisions in the *Criminal Code*. The conclusions of the Cohen Committee and subsequent study groups show that the risk of hatred caused by hate propaganda is very real, and in view of the grievous harm to be avoided in the context of this appeal, I conclude that proof of actual hatred is not required in order to justify a limit under s. 1.

The next feature of the provision that must be explored is the phrase "promotes hatred against any identifiable group". Given the purpose of the provision to criminalize the spreading of hatred in society, I find that the word "promotes" indicates active support or instigation. Indeed the French version of the offence uses the verb "*fomentier*", which in English means to foment or stir up. In "promotes" we thus have a word that indicates

une portée acceptable du point de vue constitutionnel. Le problème, dit-on, réside dans le fait que l'infraction n'exige pas la preuve que la communication a effectivement engendré la haine, l'argument étant que seule une telle preuve permet d'établir un préjudice assez grave pour justifier la restriction de la liberté d'expression en vertu de l'article premier. C'est surtout parce qu'il n'exige pas cette preuve de la haine effectivement engendrée que le juge Kerans a conclu en Cour d'appel que le par. 319(2) viole la *Charte*.

Quoique conscient des dangers évoqués par le juge Kerans, je ne les estime pas assez graves pour exiger l'invalidation du par. 319(2). Premièrement, faire reposer la restriction de la liberté d'expression sur la preuve de l'existence d'une haine effective c'est ne pas tenir adéquatement compte du grave traumatisme psychologique subi par les membres des groupes identifiables visés par la propagande haineuse. Deuxièmement, il est manifestement difficile d'établir l'existence d'un lien causal entre une déclaration donnée et la haine pour un groupe identifiable. En fait, exiger la preuve directe de la haine chez les auditeurs compromettrait sérieusement l'efficacité du par. 319(2) pour atteindre le but du Parlement. Il est généralement reconnu que le Parlement peut se servir du droit criminel pour prévenir le risque de préjudices graves, l'un des principaux exemples étant les dispositions du *Code criminel* relatives à l'ivresse au volant. Les conclusions du comité Cohen et de groupes d'étude ultérieurs démontrent que le risque que la propagande haineuse engendre la haine est très réel et, vu la gravité du préjudice à éviter dans le contexte du présent pourvoi, je conclus que la preuve d'une haine effective n'est pas nécessaire pour justifier une restriction en vertu de l'article premier.

Une autre particularité de l'article en cause qui doit retenir notre attention ensuite est l'expression «fomente [...] la haine contre un groupe identifiable». Étant donné que la disposition vise à criminaliser la dissémination de la haine au sein de la collectivité, j'estime que le mot «fomente» qui signifie «susciter ou attiser un sentiment ou une action néfaste» exprime le soutien actif ou l'instigation. Le verbe anglais «*promotes*» comporte donc

more than simple encouragement or advancement. The hate-monger must intend or foresee as substantially certain a direct and active stimulation of hatred against an identifiable group. As for the term "identifiable group", s. 318(4) states that an "identifiable group" means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin". The act to be targeted is therefore the intentional fostering of hatred against particular members of our society, as opposed to any individual.

The meaning of "hatred" remains to be elucidated. Just as "wilfully" must be interpreted in the setting of s. 319(2), so must the word "hatred" be defined according to the context in which it is found. A dictionary definition may be of limited aid to such an exercise, for by its nature a dictionary seeks to offer a panoply of possible usages, rather than the correct meaning of a word as contemplated by Parliament. Noting the purpose of s. 319(2), in my opinion the term "hatred" connotes emotion of an intense and extreme nature that is clearly associated with vilification and detestation. As Cory J.A. stated in *R. v. Andrews*, *supra*, at p. 179:

Hatred is not a word of casual connotation. To promote hatred is to instil detestation, enmity, ill-will and malevolence in another. Clearly an expression must go a long way before it qualifies within the definition in [s. 319(2)].

Hatred is predicated on destruction, and hatred against identifiable groups therefore thrives on insensitivity, bigotry and destruction of both the target group and of the values of our society. Hatred in this sense is a most extreme emotion that belies reason; an emotion that, if exercised against members of an identifiable group, implies that those individuals are to be despised, scorned, denied respect and made subject to ill-treatment on the basis of group affiliation.

Those who argue that s. 319(2) should be struck down submit that it is impossible to define with care and precision a term like "hatred". Yet, as I

d'avantage que simplement encourager ou favoriser. Le fomentateur de la haine doit avoir l'intention d'exciter directement et activement la haine contre un groupe identifiable ou prévoir cette conséquence comme presque certaine. Pour ce qui est de l'expression «groupe identifiable», le par. 318(4) dit qu'elle «désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique». L'acte proscrit est donc l'instigation volontaire de la haine contre des membres particuliers de notre société, par opposition à un individu.

Il reste à élucider le sens du mot «haine». Comme le terme «volontairement» doit s'interpréter dans le contexte du par. 319(2), de même le mot «haine» est à définir en fonction de son contexte. Le recours aux dictionnaires peut être de peu de secours dans cet exercice, car de par sa nature un dictionnaire cherche à présenter un ensemble d'usages possibles plutôt que le sens exact d'un mot tel que l'envisage le législateur. Compte tenu de l'objet du par. 319(2), j'estime que le mot «haine» désigne une émotion à la fois intense et extrême qui est clairement associée à la calomnie et à la détestation. Comme le dit le juge Cory de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. c. Andrews*, précité, à la p. 179:

[TRADUCTION] Le mot «haine» n'a pas une connotation anodine. Fomentier la haine c'est insuffler à autrui la détestation, l'inimitié, le mauvais vouloir et la malveillance. De toute évidence, l'expression doit aller très loin pour remplir les exigences de la définition du [par. 319(2)].

La haine suppose la destruction et il s'ensuit que la haine contre des groupes identifiées se nourrit de l'insensibilité, du sectarisme et de la destruction tant du groupe cible que des valeurs propres à notre société. La haine prise dans ce sens représente une émotion très extrême à laquelle la raison est étrangère; une émotion qui, si elle est dirigée contre les membres d'un groupe identifiable, implique que ces personnes doivent être méprisées, dédaignées, maltraitées et vilipendées, et ce, à cause de leur appartenance à ce groupe.

Ceux qui préconisent l'invalidation du par. 319(2) allèguent l'impossibilité de donner une définition exacte et précise d'un terme comme «haine».

have stated, the sense in which "hatred" is used in s. 319(2) does not denote a wide range of diverse emotions, but is circumscribed so as to cover only the most intense form of dislike. It was also argued on appeal, however, that regardless of the definition given "hatred" by the courts, the trier of fact must make a subjective decision in deciding whether "hatred" is indeed what the accused intended to promote. To determine if the promotion of hatred was intended, the trier will usually make an inference as to the necessary *mens rea* based upon the statements made. The subjective nature of this inferential exercise is said to create a danger that hatred of the type required by s. 319(2) will be found, though unjustifiably, in every instance where the trier dislikes or finds offensive the content of the accused's statements.

The danger that a trier will improperly infer hatred from statements he or she personally finds offensive cannot be dismissed lightly, yet I do not think that the subjectivity inherent in determining whether the accused intended to promote hatred, as opposed to an emotion involving a lesser degree of antipathy, represents an unbridled license to extend the scope of the offence. Recognizing the need to circumscribe the definition of "hatred" in the manner referred to above, a judge should direct the jury (or him or herself) regarding the nature of the term as it exists in s. 319(2). Such a direction should include express mention of the need to avoid finding that the accused intended to promote hatred merely because the expression is distasteful. If such a warning is given, the danger referred to above will be avoided and the freedom of expression limited no more than is necessary.

b. *The Defences to Section 319(2)*

The factors mentioned above suggest that s. 319(2) does not unduly restrict the s. 2(b) guarantee. The terms of the offence, as I have defined them, rather indicate that s. 319(2) possesses definitional limits which act as safeguards to ensure

Pourtant, comme je l'ai déjà dit, le mot «haine» est employé au par. 319(2) dans une acception qui ne dénote pas un vaste ensemble d'émotions différentes, mais se limite à la forme la plus intense de l'aversion. On a également fait valoir en appel, cependant, qu'indépendamment de la définition donnée par les tribunaux au mot «haine», c'est une décision subjective que doit prendre le juge des faits qui décide si l'accusé a réellement eu l'intention de fomenter la «haine». Pour les fins de cette décision le juge des faits, se fondant sur les déclarations en question, fait normalement une inférence quant à la *mens rea* requise. Or, on prétend que la nature subjective de cette inférence fait naître le danger que le juge des faits ne conclue, quoique sans justification, à l'existence d'une haine du type prévu au par. 319(2) chaque fois qu'il désapprouve ou tient pour offensant le contenu des déclarations de l'accusé.

On ne peut écarter à la légère le danger qu'un juge des faits décide à tort que la haine doit être inférée de déclarations que, personnellement, il trouve offensantes. Pourtant je ne crois pas que la subjectivité inhérente à la décision relative à l'intention de l'accusé de fomenter la haine, par opposition à une émotion comportant un degré moindre d'aversion, représente une autorisation illimitée d'élargir la portée de l'infraction. Reconnaisant la nécessité de circonscrire la définition du mot «haine» de la manière exposée ci-dessus, un juge devrait donner au jury des directives concernant la nature de ce terme dans le contexte du par. 319(2) (ou en prendre lui-même conscience). Il devrait mentionner expressément dans ses directives la nécessité de se garder de prêter à l'accusé l'intention de fomenter la haine simplement parce que l'expression est déplaisante. Si la mise en garde est faite, on évitera le danger déjà évoqué et la restriction imposée à la liberté d'expression ne dépassera pas les bornes de ce qui est nécessaire.

i. b. *Les moyens de défense opposables au par. 319(2)*

Il ressort des facteurs susmentionnés que le par. 319(2) ne restreint pas indûment la garantie prévue à l'al. 2b). Les conditions de l'infraction, telles que je les ai définies, indiquent plutôt que le par. 319(2) comporte une définition restrictive qui

that it will capture only expressive activity which is openly hostile to Parliament's objective, and will thus attack only the harm at which the prohibition is targeted. The specific defences provided are further glosses on the purview of the offence, and I repeat them here.

319. ...

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(a) if he establishes that the statements communicated were true;

(b) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

A careful reading of the s. 319(3) defences shows them to take in examples of expressive activity that generally would not fall within the "wilful promotion of hatred" as I have defined the phrase. Thus the three defences which include elements of good faith or honest belief—namely, s. 319(3)(b), (c) and (d)—would seem to operate to negate directly the *mens rea* in the offence, for only rarely will one who intends to promote hatred be acting in good faith or upon honest belief. These defences are hence intended to aid in making the scope of the wilful promotion of hatred more explicit; individuals engaging in the type of expression described are thus given a strong signal that their activity will not be swept into the ambit of the offence. The result is that what danger exists that s. 319(2) is overbroad or unduly vague, or will be perceived as such, is significantly reduced. To the extent that s. 319(3) provides justification for the accused who would otherwise fall within the parameters of the offence of wilfully promoting hatred, it reflects a commitment to the idea that an individual's freedom of expression will not be curtailed in borderline cases. The line between the rough and tumble of public debate and brutal, negative and damaging attacks upon iden-

assure qu'il ne touchera qu'une activité expressive qui s'oppose ouvertement à l'objectif visé par le législateur et vise donc uniquement le mal qui fait l'objet de l'interdiction. Je cite de nouveau les moyens de défense expressément prévus, qui présentent davantage la portée de l'infraction:

319. ...

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

Il se dégage d'une lecture attentive des moyens de défense prévus au par. 319(3) qu'ils englobent des types d'activité expressive qui ne relèveraient pas en règle générale de la «fomentation volontaire de la haine», selon ma définition de cette expression. Ainsi, les trois moyens de défense qui comportent des éléments de bonne foi ou de croyance sincère, savoir les al. 319(3)b), c) et d), semblent jouer de manière à écarter directement la *mens rea* requise pour l'infraction, car rares sont les cas où une personne qui a l'intention de fomenter la haine agit de bonne foi ou est mue par une croyance sincère. Ces moyens de défense servent donc à aider à préciser de façon plus explicite la portée de la fomentation volontaire de la haine; ils indiquent clairement aux personnes se livrant au genre d'expression ainsi décrite que cette activité échappe à la portée de l'infraction. Il en résulte une diminution appréciable du danger, s'il en est, que le par. 319(2) soit de portée trop large ou démesurément vague, ou qu'il soit ainsi perçu. Pour autant qu'il justifie l'accusé dont l'activité, autrement, serait visée par l'infraction de fomentation volontaire de la haine, le par. 319(3) traduit la volonté de ne pas restreindre la liberté d'expression d'un particulier dans des cas limites. La ligne de démarcation entre

tifiable groups is hence adjusted in order to give some leeway to freedom of expression.

The overlap between s. 319(2) and the defences is less pronounced in the case of the defence of truth, s. 319(3)(a) being more likely than the other defences to excuse the wilful promotion of hatred. This increased likelihood reveals the defence in para. (a) to be an especially poignant indicator of Parliament's cautionary approach and care in protecting freedom of expression. Of course, if statements of truth are made without the intention to promote hatred towards identifiable groups, the offence as defined in s. 319(2) has not been committed. On the other hand, if a situation arises where an individual uses statements of truth in order to promote hatred against identifiable groups, the accused is acquitted despite the existence of the harm which Parliament seeks to prevent. Excusing the accused who intentionally promotes hatred through the communication of truthful statements is thus a circumspect measure associated with the importance attributed to truth—and hence to free expression—in our society.

It has been forcefully argued before us that the defence of truth is insufficient protection against an overly broad hate propaganda law. In this vein, it is rightly pointed out that many (if not most) of the communications coming within s. 319(2) are not susceptible to a true/false categorization, existing instead as ideas or opinions in the mind of the communicator. The accused could therefore sincerely believe in the worth of his or her viewpoint and yet be unable to utilize the s. 319(3)(a) defence. Moreover, it is said that, even where a statement is capable of categorization as true or false, the individual honestly mistaken as to the validity of his or her position (even if innocently so) is left unprotected, a result which dangerously restricts freedom of expression, causing a "chill", on communications as those who fear that their statements may be false exercise self-censorship. Finally, one might wonder if the courts are not on

les heurts d'un débat public et les attaques brutales, négatives et préjudiciables contre des groupes identifiables est donc ajustée de manière à laisser une certaine latitude pour l'exercice de la liberté d'expression.

Le recouplement entre le par. 319(2) et les moyens de défense est moins marqué dans le cas de la défense de vérité, et la raison en est qu'il est plus probable que la fomentation volontaire de la haine soit excusée par l'al. 319(3)a) que par les autres moyens de défense. Cette probabilité accrue fait du moyen de défense prévu à l'al. a) une indication particulièrement frappante de la prudence et du soin qu'a apportés le Parlement à la protection de la liberté d'expression. Bien sûr, si l'on fait des déclarations vraies sans l'intention de fomenter la haine envers des groupes identifiables, il n'y a pas d'infraction au sens du par. 319(2). Par ailleurs, s'il se présente une situation dans laquelle un individu se sert de déclarations vraies pour fomenter la haine contre des groupes identifiables, l'accusé est acquitté malgré l'existence du mal que le législateur cherche à prévenir. Excuser l'accusé qui foment intentionnellement la haine par la communication de déclarations vraies est donc une mesure de prudence tenant à l'importance donnée à la vérité et, partant, à la liberté d'expression, dans notre société.

On a soutenu énergiquement devant nous que le moyen de défense de véracité est une protection insuffisante contre une disposition en matière de propagande haineuse dont la portée est trop large. Dans cet ordre d'idées, on signale à juste titre qu'un bon nombre (sinon la majorité) des communications relevant du par. 319(2) ne se prêtent pas à une classification vrai-faux, car il s'agit d'idées ou d'opinions dans l'esprit de la personne qui communique. L'accusé pourrait donc croire sincèrement à la valeur de son point de vue tout en étant dans l'impossibilité de se prévaloir du moyen de défense accordé par l'al. 319(3)a). On prétend en outre que, même lorsqu'une déclaration peut être qualifiée de vraie ou de fausse, la personne qui se trompe en toute bonne foi sur la légitimité de sa position (même si cette personne est innocente) est laissée sans protection, ce qui restreint dangereusement la liberté d'expression par l'effet «paralysant»

dangerous ground in attempting to distinguish between truthfulness and falsehood. The potential for bias in making such a determination, be it intentional or subconscious, is a danger frequently noted in freedom of expression theory (this potential is equally evident in s. 319(3)(c), in so far as ideas are assessed in light of "reasonableness" and the "public benefit").

The way in which I have defined the s. 319(2) offence, in the context of the objective sought by society and the value of the prohibited expression, gives me some doubt as to whether the *Charter* mandates that truthful statements communicated with an intention to promote hatred need be excepted from criminal condemnation. Truth may be used for widely disparate ends, and I find it difficult to accept that circumstances exist where factually accurate statements can be used for no other purpose than to stir up hatred against a racial or religious group. It would seem to follow that there is no reason why the individual who intentionally employs such statements to achieve harmful ends must under the Charter be protected from criminal censure.

Nevertheless, it is open to Parliament to make a concession to free expression values, whether or not such is required by the *Charter*. Deference to truth as a value central to free expression has thus led Parliament to include the defence in s. 319(3)(a), even though the accused has used truthful statements to cause harm of the type falling squarely within the objective of the legislation. When the statement contains no truth, however, this flicker of justification for the intentional promotion of hatred is extinguished, and the harmful malice of the disseminator stands alone. The relationship between the value of hate propaganda as expression and the Parliamentary objective of eradicating harm, slightly altered so as to increase the magnitude of the former where the statement of the accused is truthful, thus returns to its more

qu'elle peut avoir sur ceux qui exercent l'autocensure parce qu'ils craignent que leurs déclarations soient fausses. En dernier lieu, on peut se demander si les tribunaux ne s'aventurent pas sur un terrain dangereux en tentant de distinguer entre le vrai et le faux. Le risque de partialité, qu'elle soit intentionnelle ou subconsciente, dans une telle décision est un danger fréquemment mentionné par les théoriciens de la liberté d'expression (ce risque se manifeste également à l'al. 319(3)c dans la mesure où les idées sont appréciées en fonction du caractère «raisonnable» et de l'«intérêt du public»).

Vu ma définition de l'infraction prévue au par. 319(2), dans le contexte de l'objectif visé par la société et de la valeur de l'expression interdite, j'ai quelques doutes sur la question de savoir si la *Charte* exige que des déclarations véridiques communiquées avec l'intention de fomenter la haine échappent à la condamnation criminelle. La vérité peut servir aux fins les plus diverses, et j'ai de la difficulté à accepter qu'il existe des circonstances dans lesquelles des déclarations conformes aux faits puissent être utilisées à la seule fin de fomenter la haine contre un groupe racial ou religieux. Il semble donc en découler qu'il n'y a aucune raison qu'un individu, qui utilise intentionnellement de telles déclarations à des fins préjudiciables, bénéficie en vertu de la *Charte* d'une protection contre les sanctions criminelles.

Il est néanmoins loisible au Parlement de faire une concession aux valeurs de la libre expression, que la *Charte* le commande ou non. Le respect de la vérité en tant que valeur essentielle à la liberté d'expression a donc amené le législateur fédéral à prévoir le moyen de défense énoncé à l'al. 319(3)a, même si l'accusé s'est servi de déclarations vraies pour causer un préjudice d'un type qui relève nettement de l'objet visé par la disposition en cause. Quand une déclaration ne renferme aucun élément de vérité, cependant, cette étincelle de justification pour la fomentation intentionnelle de la haine s'éteint et il ne reste alors que la malveillance pernicieuse de son auteur. Le rapport entre la valeur de la propagande haineuse en tant qu'expression et l'objectif du législateur d'éliminer le mal, légèrement modifié pour donner à la pre-

usual condition, a condition in which it is permissible to suppress the expression.

Because the presence of truth, though legally a defence to a charge under s. 319(2), does not change the fact that the accused has intended to promote the hatred of an identifiable group, I cannot find excessive impairment of the freedom of expression merely because s. 319(3)(a) does not cover negligent or innocent error. Whether or not a statement is susceptible to classification as true or false, my inclination is therefore to accept that such error should not excuse an accused who has wilfully used a statement in order to promote hatred against an identifiable group. That the legislative line is drawn so as to convict the accused who is negligent or even innocent regarding the accuracy of his or her statements is perfectly acceptable, for the mistake is not as to the use to which the information is put, namely, the promotion of hatred against an identifiable group. As for the argument that the courts and legislature should not involve themselves in the evaluation of "truth", "reasonable grounds for finding truth" or "public interest", the same response applies. Where the likelihood of truth or benefit from an idea diminishes to the point of vanishing, and the statement in question has harmful consequences inimical to the most central values of a free and democratic society, it is not excessively problematic to make a judgment that involves limiting expression.

Before looking at the effect which alternative responses to hate propaganda have upon the proportionality of s. 319(2), I should comment on a final argument marshalled in support of striking down s. 319(2) because of overbreadth or vagueness. It is said that the presence of the legislation has led authorities to interfere with a diverse range of political, educational and artistic expression,

mière une importance accrue lorsque la déclaration de l'accusé est vraie, retrouve donc son état plus habituel où la suppression de l'expression est permise.

a La vérité des déclarations est légalement un moyen de défense opposable à une accusation en vertu du par. 319(2), mais elle ne change rien au fait que l'accusé avait l'intention de fomenter la haine contre un groupe identifiable. C'est pourquoi je ne puis conclure à une atteinte excessive à la liberté d'expression pour la simple raison que l'al. 319(3)a) ne prévoit pas le cas de l'erreur négligente ou innocente. Qu'une déclaration puisse ou non être qualifiée de vraie ou de fausse, je suis donc porté à croire qu'une telle erreur ne devrait pas excuser la personne qui s'est volontairement servie d'une déclaration afin de fomenter la haine contre un groupe identifiable. Que la ligne de démarcation législative soit tracée de manière à ce que soit déclaré coupable un accusé qui a été négligent ou même innocent en ce qui concerne l'exactitude de ses déclarations est parfaitement acceptable, car l'erreur ne se rapporte pas à l'usage qui a été fait des renseignements, savoir la fomentation de la haine contre un groupe identifiable. Pour ce qui est de l'argument selon lequel les tribunaux et le législateur ne devraient se mêler de l'appréciation ni de la «vérité», ni des «motifs raisonnables de croire que les déclarations sont vraies» ni de «l'intérêt du public», la réponse est identique. Quand la possibilité qu'une idée soit vraie ou qu'elle présente un avantage quelconque diminue au point de disparaître, et que la déclaration en question a des conséquences préjudiciables qui entrent en conflit avec les valeurs les plus fondamentales d'une société libre et démocratique, *h* il n'est pas excessivement difficile de se prononcer dans un sens qui impose des restrictions à l'expression.

Avant d'examiner l'effet d'autres réactions éventuelles à la propagande haineuse sur la proportionnalité du par. 319(2), quelques observations s'imposent sur un dernier argument avancé à l'appui de l'invalidation du par. 319(2) pour cause de portée excessive ou d'imprécision. On prétend que l'existence de cette disposition a amené les autorités à s'ingérer dans une gamme variée d'expres-

demonstrating only too well the way in which overbreadth and vagueness can result in undue intrusion and the threat of persecution. In this regard, a number of incidents are cited where authorities appear to have been overzealous in their interpretation of the law, including the arrest of individuals distributing pamphlets admonishing Americans to leave the country and the temporary holdup at the border of a film entitled *Nelson Mandela* and Salman Rushdie's novel *Satanic Verses* (see, e.g., Borovoy, op. cit., at p. 141; note that the latter two examples involve not s. 319(2), but similar wording found in *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 49, s. 114, Schedule VII, Code 9956(b)).

That s. 319(2) may in the past have led authorities to restrict expression offering valuable contributions to the arts, education or politics in Canada is surely worrying. I hope, however, that my comments as to the scope of the provision make it obvious that only the most intentionally extreme forms of expression will find a place within s. 319(2). In this light, one can safely say that the incidents mentioned above illustrate not over-expansive breadth and vagueness in the law, but rather actions by the state which cannot be lawfully taken pursuant to s. 319(2). The possibility of illegal police harassment clearly has minimal bearing on the proportionality of hate propaganda legislation to legitimate Parliamentary objectives, and hence the argument based on such harassment can be rejected.

c. Alternative Modes of Furthering Parliament's Objective

One of the strongest arguments supporting the contention that s. 319(2) unacceptably impairs the s. 2(b) guarantee posits that a criminal sanction is not necessary to meet Parliament's objective. Thus, even though the terms of s. 319(2) and the nature of the available defences expose an individual to conviction only in narrow and clearly defined circumstances, it is said that non-criminal responses can more effectively combat the harm

sions politiques, éducatives et artistiques et que cela démontre bien trop clairement comment la portée excessive et l'imprécision peuvent entraîner un envahissement indu et la menace de persécution. À ce propos, on mentionne de nombreux incidents où les autorités paraissent avoir fait des excès de zèle dans leur interprétation de la loi, y compris l'arrestation de personnes qui distribuaient des tracts engageant les Américains à quitter leur pays et la retenue temporaire à la frontière d'un film intitulé *Nelson Mandela* ainsi que le roman *Les versets sataniques* de Salman Rushdie (voir, par exemple, Borovoy, loc. cit., à la p. 141; notez que dans les deux derniers exemples il ne s'agit pas du par. 319(2) mais de dispositions analogues du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 49, art. 114, annexe VII, Code 9956b)).

Il est certes inquiétant que le par. 319(2) ait pu, dans le passé, amener les autorités à restreindre une expression qui faisait un apport utile aux arts, à l'enseignement ou à la politique au Canada. J'espère toutefois qu'il ressort nettement de mes observations relatives à sa portée que le par. 319(2) ne s'applique qu'aux formes d'expressions les plus intentionnellement extrêmes. Dans cette optique, on peut affirmer sans crainte que les incidents mentionnés plus haut ne démontrent pas la portée excessive et l'imprécision de cette disposition, mais constituent plutôt des exemples de mesures que l'État ne peut légalement prendre en vertu du par. 319(2). À l'évidence, la possibilité d'un harcèlement policier illégal influe très peu sur la proportionnalité que peut avoir une loi en matière de propagande haineuse avec les objectifs légitimes du Parlement. Il faut donc rejeter l'argument fondé sur ce harcèlement.

c. Les autres moyens d'atteindre l'objectif du Parlement

L'un des arguments les plus puissants pour prétendre que le par. 319(2) viole de manière inacceptable la garantie énoncée à l'al. 2b) est qu'aucune sanction pénale n'est nécessaire pour atteindre l'objectif du législateur. Donc, même si le texte du par. 319(2) et la nature des moyens de défense pouvant être allégués n'exposent une personne à une déclaration de culpabilité que dans des circonstances bien précises et clairement définies, on

caused by hate propaganda. Most generally, it is said that discriminatory ideas can best be met with information and education programmes extolling the merits of tolerance and cooperation between racial and religious groups. As for the prohibition of hate propaganda, human rights statutes are pointed to as being a less severe and more effective response than the criminal law. Such statutes not only subject the disseminator of hate propaganda to reduced stigma and punishment, but also take a less confrontational approach to the suppression of such expression. This conciliatory tack is said to be preferable to penal sanction because an incentive is offered the disseminator to cooperate with human rights tribunals and thus to amend his or her conduct.

Given the stigma and punishment associated with a criminal conviction and the presence of other modes of government response in the fight against intolerance, it is proper to ask whether s. 319(2) can be said to impair minimally the freedom of expression. With respect to the efficacy of criminal legislation in advancing the goals of equality and multicultural tolerance in Canada, I agree that the role of s. 319(2) will be limited. It is important, in my opinion, not to hold any illusions about the ability of this one provision to rid our society of hate propaganda and its associated harms. Indeed, to become overly complacent, forgetting that there are a great many ways in which to address the problem of racial and religious intolerance, could be dangerous. Obviously, a variety of measures need be employed in the quest to achieve such lofty and important goals.

In assessing the proportionality of a legislative enactment to a valid governmental objective, however, s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance

prétend que le préjudice occasionné par la propagande haineuse peut être combattu plus efficacement par des moyens qui ne relèvent pas du droit criminel. De façon plus générale, on dit que l'information et l'éducation vantant les mérites de la tolérance et de la coopération entre les groupes raciaux et religieux sont la meilleure réponse aux idées discriminatoires. Quant à l'interdiction de la propagande haineuse, on souligne que des lois en matière de droits de la personne sont une réaction à la fois moins sévère et plus efficace que le droit criminel. Non seulement ces lois exposent celui qui diffuse la propagande haineuse à des stigmates et à une sanction moins graves, mais constituent une façon moins conflictuelle d'éliminer ce genre d'expression. Cette approche plus conciliatoire serait préférable à la sanction pénale car celui qui diffuse la propagande haineuse serait encouragé à prêter son concours aux tribunaux des droits de la personne et ainsi à améliorer son comportement.

Étant donné les stigmates et les sanctions qui se rattachent à la déclaration de culpabilité et compte tenu de l'existence d'autres moyens pour le gouvernement de lutter contre l'intolérance, on peut à juste titre se demander si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression. En ce qui concerne l'efficacité de la législation criminelle pour atteindre les buts d'égalité et de tolérance multiculturelles au Canada, je conviens que le par. 319(2) doit jouer un rôle limité. Il est important, selon moi, de ne pas s'illusionner quant à la capacité de cette seule disposition de débarrasser notre société de la propagande haineuse et des maux qui en découlent. De fait, il pourrait être dangereux de se laisser aller à une complaisance excessive et d'oublier qu'il existe une multitude de façons d'aborder le problème de l'intolérance raciale et religieuse. Évidemment, il faut avoir recours à diverses mesures dans la poursuite de buts aussi nobles et importants.

Dans l'appréciation de la proportionnalité d'une disposition législative avec un objectif gouvernemental valable, toutefois, l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se

of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not, and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim.

Though the fostering of tolerant attitudes among Canadians will be best achieved through a combination of diverse measures, the harm done through hate propaganda may require that especially stringent responses be taken to suppress and prohibit a modicum of expressive activity. At the moment, for example, the state has the option of responding to hate propaganda by acting under either the *Criminal Code* or human rights provisions. In my view, having both avenues of redress at the state's disposal is justified in a free and democratic society. I see no reason to assume that the state will always utilize the most severe tool at hand, namely, the criminal law, to prevent the dissemination of hate propaganda. Where use of the sanction provided by s. 319(2) is imprudent, employing human rights legislation may be the more attractive route to take, but there may equally be circumstances in which the more confrontational response of criminal prosecution is best suited to punish a recalcitrant hate-monger. To send out a strong message of condemnation, both reinforcing the values underlying s. 319(2) and deterring the few individuals who would harm target group members and the larger community by intentionally communicating hate propaganda, will occasionally require use of the criminal law.

d. *Conclusion as to Minimal Impairment*

To summarize the above discussion, in light of the great importance of Parliament's objective and the discounted value of the expression at issue I

peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

Quoique la meilleure façon de favoriser une attitude tolérante parmi les Canadiens soit la combinaison de diverses mesures, le préjudice causé par la propagande haineuse peut exiger des réactions particulièrement sévères pour éliminer et interdire une certaine catégorie très restreinte d'activité expressive. Actuellement, par exemple, l'État peut réagir à la propagande haineuse en appliquant soit le *Code criminel*, soit des dispositions en matière de droits de la personne. À mon avis, il est justifié dans une société libre et démocratique que l'État ait à sa disposition ces deux possibilités. Je ne vois aucune raison de supposer que l'État emploiera invariablement le moyen le plus draconien dont il dispose, savoir le droit criminel, pour empêcher la diffusion de la propagande haineuse. Lorsque l'application de la sanction prévue au par. 319(2) est imprudente, il peut être préférable d'avoir recours à la législation en matière de droits de la personne, mais il peut aussi y avoir des situations dans lesquelles la réaction plus conflictuelle des poursuites criminelles soit plus appropriée pour punir un fomentateur de haine récalcitrant. L'expression non équivoque de la réprobation, servant à la fois au renforcement des valeurs sous-jacentes au par. 319(2) et à la dissuasion de quelques individus qui feraient du tort aux membres d'un groupe cible et à l'ensemble de la collectivité par la communication volontaire de propagande haineuse, nécessitera parfois le recours au droit criminel.

d. *Conclusion relative à l'atteinte minimale*

Pour résumer l'analyse qui précède, vu la grande importance de l'objectif visé par le législateur et la valeur réduite de l'expression en cause, je conclus

find that the terms of s. 319(2) create a narrowly confined offence which suffers from neither overbreadth nor vagueness. This interpretation stems largely from my view that the provision possesses a stringent *mens rea* requirement, necessitating either an intent to promote hatred or knowledge of the substantial certainty of such, and is also strongly supported by the conclusion that the meaning of the word "hatred" is restricted to the most severe and deeply-felt form of opprobrium. Additionally, however, the conclusion that s. 319(2) represents a minimal impairment of the freedom of expression gains credence through the exclusion of private conversation from its scope, the need for the promotion of hatred to focus upon an identifiable group and the presence of the s. 319(3) defences. As for the argument that other modes of combatting hate propaganda eclipse the need for a criminal provision, it is eminently reasonable to utilize more than one type of legislative tool in working to prevent the spread of racist expression and its resultant harm. It will indeed be more difficult to justify a criminal statute under s. 1, but in my opinion the necessary justificatory arguments have been made out with respect to s. 319(2).

I thus conclude that s. 319(2) of the *Criminal Code* does not unduly impair the freedom of expression, and it remains only to examine whether its effects nonetheless present so grave a limitation upon the s. 2(b) guarantee so as to outweigh the benefits to be gained from a measure otherwise proportional to an important legislative objective.

(iv) Effects of the Limitation

The third branch of the proportionality test entails a weighing of the importance of the state objective against the effect of limits imposed upon a *Charter* right or guarantee. Even if the purpose of the limiting measure is substantial and the first two components of the proportionality test are satisfied, the deleterious effects of a limit may be too great to permit the infringement of the right or guarantee in issue.

que le texte du par. 319(2) crée une infraction aux limites étroites, qui ne pêche ni par une portée excessive ni par l'imprécision. Cette interprétation découle dans une large mesure de ce que, selon moi, cette disposition pose une exigence rigoureuse concernant la *mens rea*, savoir l'intention de fomenter la haine ou la connaissance de la forte probabilité d'une telle conséquence; cette interprétation est en outre fortement appuyée par la conclusion que le sens du mot «haine» se limite à l'opprobre le plus marqué et le plus profondément ressenti. De plus, la conclusion que le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression est étayée par le fait qu'il exclut la conversation privée de son champ d'application, qu'il exige que la fomentation de la haine vise un groupe identifiable et qu'il est prévu divers moyens de défense au par. 319(3). Quant à l'argument selon lequel l'existence d'autres moyens de lutte contre la propagande haineuse élimine la nécessité d'une disposition criminelle, il est éminemment raisonnable de recourir à plus d'un type d'instrument législatif pour chercher à empêcher la diffusion de l'expression raciste et le préjudice qui en résulte. S'il est vrai qu'une disposition criminelle est plus difficile à justifier en vertu de l'article premier, j'estime que la justification requise a été établie dans le cas du par. 319(2).

Je conclus en conséquence que le par. 319(2) du *Code criminel* ne porte pas indûment atteinte à la liberté d'expression et il ne reste qu'à déterminer si, par ses effets, il impose à la garantie énoncée à l'al. 2b) une restriction tellement grave qu'elle l'emporte sur les avantages à tirer d'une mesure par ailleurs proportionnelle à un objectif législatif important.

(iv) Les effets de la restriction

Le troisième volet du critère de proportionnalité consiste à soupeser l'importance de l'objectif visé par l'État et l'effet des limites imposées à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Même si la mesure restrictive vise un objet important et que les deux premiers éléments du critère de proportionnalité sont présents, les effets délétères d'une restriction peuvent être trop graves pour permettre la violation du droit ou de la garantie en cause.

I have examined closely the significance of the freedom of expression values threatened by s. 319(2) and the importance of the objective which lies behind the criminal prohibition. It will by now be quite clear that I do not view the infringement of s. 2(b) by s. 319(2) as a restriction of the most serious kind. The expressive activity at which this provision aims is of a special category, a category only tenuously connected with the values underlying the guarantee of freedom of speech. Moreover, the narrowly drawn terms of s. 319(2) and its defences prevent the prohibition of expression lying outside of this narrow category. Consequently, the suppression of hate propaganda affected by s. 319(2) represents an impairment of the individual's freedom of expression which is not of a most serious nature.

It is also apposite to stress yet again the enormous importance of the objective fueling s. 319(2), an objective of such magnitude as to support even the severe response of criminal prohibition. Few concerns can be as central to the concept of a free and democratic society as the dissipation of racism, and the especially strong value which Canadian society attaches to this goal must never be forgotten in assessing the effects of an impugned legislative measure. When the purpose of s. 319(2) is thus recognized, I have little trouble in finding that its effects, involving as they do the restriction of expression largely removed from the heart of free expression values, are not of such a deleterious nature as to outweigh any advantage gleaned from the limitation of s. 2(b).

E. Analysis of Section 319(2) Under Section 1 of the Charter: Conclusion

I find that the infringement of the respondent's freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) should be upheld as a reasonable limit prescribed by law in a free and democratic society. Furthering an immensely important objective and directed at expression distant from the core of free expression values, s. 319(2) satisfies each of the components of the proportionality inquiry. I thus disagree with the Alberta Court of Appeal's conclusion that this criminal prohibition of hate propaganda

J'ai examiné de près l'importance des valeurs inhérentes à la liberté d'expression qui sont menacées par le par. 319(2) et de l'objectif sous-jacent à l'interdiction criminelle. Il est maintenant bien évident que je ne considère pas la violation de l'al. 2b) par le par. 319(2) comme une restriction très grave. L'activité expressive visée par cette disposition tombe dans une catégorie spéciale, qui n'a qu'un faible lien avec les valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression. En outre, la portée restreinte du par. 319(2) ainsi que les moyens de défense prévus empêchent l'interdiction de l'expression qui ne relève pas de cette catégorie restreinte. Par conséquent, la suppression de la propagande haineuse par le par. 319(2) ne représente pas une atteinte des plus graves à la liberté d'expression de l'individu.

Il convient de souligner encore l'importance capitale de l'objectif qui est la raison d'être du par. 319(2), et dont l'importance fait qu'il justifie même la mesure sévère de l'interdiction criminelle. Peu de préoccupations sont aussi cruciales pour le concept d'une société libre et démocratique que celle de l'élimination du racisme et, lorsqu'on apprécie les effets d'une mesure législative contestée, il ne faut jamais perdre de vue la valeur particulièrement élevée que la société canadienne attache à cet objectif. Puisque tel est l'objet du par. 319(2), je n'ai pas beaucoup de difficulté à conclure que ses effets, savoir la restriction d'un genre d'expression qui est dans une large mesure étrangère aux valeurs essentielles de la libre expression, ne sont pas à ce point délétères qu'ils emporteraient sur tout avantage tiré de la restriction imposée à l'al. 2b).

E. Analyse du par. 319(2) en vertu de l'article premier de la Charte: Conclusion

Je conclus que l'atteinte portée à la liberté d'expression de l'intimé, garantie par l'al. 2b), doit être maintenue en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans le cadre d'une société libre et démocratique. Destiné à réaliser un objectif extrêmement important et visant une expression qui se situe loin des valeurs centrales de la libre expression, le par. 319(2) satisfait à chacune des exigences du critère de proportionnalité. Je ne souscris donc pas à la conclusion de la Cour d'ap-

violates the *Charter*, and would allow the appeal in this respect.

VIII. Section 319(3)(a) and the Presumption of Innocence

As already noted, s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* provides that no person shall be convicted of wilfully promoting hatred "if he establishes that the statements communicated were true". This provision is challenged as breaching the presumption of innocence guaranteed in s. 11(d) of the *Charter*. The Court must therefore decide whether permitting an accused to raise the defence of truth on the balance of probabilities creates a reverse onus, thereby infringing s. 11(d). If s. 11(d) is so infringed, the focus of the inquiry shifts to examine the justifiability of the reverse onus under s. 1 of the *Charter*.

A. *Section 319(3)(a) and Infringement of Section 11(d) of the Charter*

In a prosecution under s. 319(2), the Crown must prove beyond a reasonable doubt the various elements of the offence, namely, that the accused, by communicating statements other than in private conversation, wilfully promoted hatred against a group identifiable by colour, race, religion or ethnic origin. Determining whether an accused falls within the terms of s. 319(2) does not require that the trier of fact examine the truth or falsity of the statements. The defence of truth, to be established by the accused on the balance of probabilities, is thus only considered if the Crown proves the components of s. 319(2) beyond a reasonable doubt.

The judgments of the appeal courts in this case and in the accompanying appeal of *Andrews* reveal a divergence of opinion as to whether s. 11(d) of the *Charter* is infringed by the truth defence. In the Alberta Court of Appeal, Kerans J.A. viewed as crucial the possibility that an accused can be convicted of wilfully promoting hatred though

pel de l'Alberta que cette interdiction criminelle frappant la propagande haineuse est une violation de la *Charte* et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce point.

VIII. L'alinéa 319(3)a et la présomption d'innocence

Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'al. 319(3)a du *Code criminel* dispose que nul ne peut être déclaré coupable de fomentation volontaire de la haine s'il «établit que les déclarations communiquées étaient vraies». On reproche à cette disposition de violer la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*. La Cour doit donc décider si le fait de permettre à l'accusé d'établir une défense de vérité selon la prépondérance des probabilités revient à renverser le fardeau de la preuve et constitue donc une violation de l'al. 11d). S'il y a violation de l'al. 11d), il faut alors déterminer si le renversement du fardeau de la preuve est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

A. *L'alinéa 319(3)a et la violation apparente de l'al. 11d) de la Charte*

Dans des poursuites engagées en vertu du par. 319(2), il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable les divers éléments de l'infraction, savoir que l'accusé, par la communication de déclarations autrement que dans des conversations privées a volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique. Pour déterminer si un accusé relève du par. 319(2), le juge des faits n'a pas à examiner la vérité ou la fausseté des déclarations. Le moyen de défense de vérité, qui doit être établi par l'accusé selon la prépondérance des probabilités, n'est donc pris en considération que si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable les éléments prévus au par. 319(2).

Les arrêts des cours d'appel en l'espèce et dans l'affaire connexe *Andrews* manifestent une divergence d'opinions quant à savoir si le moyen de défense de véracité viole l'al. 11d) de la *Charte*. En Cour d'appel de l'Alberta, le juge Kerans a tenu pour décisive la possibilité qu'un accusé soit reconnu coupable de fomentation volontaire de la

there exists a reasonable doubt that the statements communicated are true. As the defence places an onus on the accused to prove truth on the balance of probabilities, he thus found it to infringe s. 11(d). In contrast to this conclusion, the Ontario Court of Appeal in *R. v. Andrews, supra*, found that s. 319(3)(a) does not place a true reverse onus upon the accused. Relying upon the majority judgment in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, Grange J.A. felt that s. 319(3)(a) provides a defence which becomes applicable only after all elements of the offence have been proven beyond a reasonable doubt, a circumstance which was said to avoid infringing the presumption of innocence (p. 193). Grange J.A. distinguished this Court's decision in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, on the grounds that the statutory presumption challenged in that case related to the proof of an essential element of the offence.

It is not overly difficult to settle the disagreement between the Alberta and Ontario Appeal Courts. Though some confusion may have existed after the decision of this Court in *Holmes*, since *Whyte* it is clear that the presumption of innocence is infringed whenever the accused is liable to be convicted despite the existence of a reasonable doubt as to guilt in the mind of the trier of fact. As was stated by a unanimous bench in *Whyte* (at p. 18):

... the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the s. 11(d) inquiry. The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of

haine malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la véracité des déclarations communiquées. Puisque ce moyen de défense oblige l'accusé à prouver la véracité selon la prépondérance des probabilités, il a conclu qu'il viole l'al. 11d). La Cour d'appel de l'Ontario, par contre, a décidé dans l'arrêt *R. c. Andrews*, précité, que l'al. 319(3)a n'impose pas à l'accusé un véritable renversement du fardeau de la preuve. S'appuyant sur les motifs de la majorité dans l'affaire *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, le juge Grange a estimé que l'al. 319(3)a prévoit un moyen de défense qui ne joue que lorsque tous les éléments de l'infraction ont été établis hors de tout doute raisonnable, et que cet état de choses écartait la violation de la présomption d'innocence (p. 193). Le juge Grange a fait une distinction avec l'arrêt de notre Cour *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, en ce que la présomption légale contestée dans cette affaire se rapportait à la preuve d'un élément essentiel de l'infraction.

Il n'est pas particulièrement difficile de régler le désaccord entre les cours d'appel de l'Alberta et de l'Ontario. Bien qu'une certaine confusion ait pu régner à la suite de l'arrêt *Holmes* de notre Cour, il est évident depuis l'arrêt *Whyte* que la présomption d'innocence est violée chaque fois que l'accusé risque d'être déclaré coupable en dépit de l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité dans l'esprit du juge des faits. Comme l'affirme notre Cour à l'unanimité dans l'arrêt *Whyte*, à la p. 18:

... la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente quand l'examen se fonde sur l'al. 11d). La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence

the accused. The trial of an accused in a criminal matter cannot be divided neatly into stages, with the onus of proof on the accused at an intermediate stage and the ultimate onus on the Crown.

As is evident from the above quotation, the categorization of a factual finding as forming an element "essential" to the offence is of no consequence when determining whether s. 11(d) has been breached.

Applying the approach taken in *Whyte* to this appeal, it is obvious that s. 319(3)(a) runs afoul of the presumption of innocence. Contrary to the arguments of those who would find s. 319(3)(a) compatible with s. 11(d), it matters not that the defence of truth may be intended to play a minor role in providing relief from conviction. What is of essence is not the "essential nature" of the crime, but that the trier of fact will have to convict even where there is a reasonable doubt as to the truth of an accused's statements. This result means that s. 11(d) is infringed, making necessary an inquiry as to whether s. 319(3)(a) can be justified under s. 1 of the *Charter*.

B. Justifiability of Section 319(3)(a) Under Section 1 of the Charter

In seeing whether the truth defence is justifiable as a reasonable limit in a free and democratic society, my general comments regarding the role of s. 1 and the *Oakes* test obviously apply. As well, much of what has been said in discussing s. 319(2) is pertinent, though it remains necessary to undertake a separate inquiry into the validity of s. 319(3)(a)'s reverse onus.

The impetus behind s. 319(3)(a) represents somewhat of a caveat to the broad objectives underlying the offence in s. 319(2). As explored earlier, domestic and international commitments to freedom of expression, equality, and respect for human dignity and multiculturalism lay the foun-

d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Un procès en matière criminelle ne peut être divisé en étapes bien définies de sorte que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé à une étape intermédiaire et le fardeau ultime au ministère public.

Comme l'indique clairement ce passage, il est sans conséquence qu'une conclusion de fait soit qualifiée d'élément «essentiel» de l'infraction quand il s'agit de déterminer s'il y a violation de l'al. 11d).

Quand on applique au présent pourvoi l'approche adoptée dans l'arrêt *Whyte*, il est évident que l'al. 319(3)a) va à l'encontre de la présomption d'innocence. Contrairement à ce que font valoir ceux qui concluraient à la compatibilité de l'al. 319(3)a) et de l'al. 11d), il est sans importance que le moyen de défense de véracité soit destiné à ne jouer qu'un rôle mineur dans la protection contre les déclarations de culpabilité. L'important n'est pas la «nature essentielle» du crime, mais que le juge des faits ait à rendre un verdict de culpabilité même lorsqu'il subsiste un doute raisonnable relativement à la véracité des déclarations de l'accusé. Cela signifie qu'il y a violation de l'al. 11d) et qu'il faut donc examiner si l'al. 319(3)a) peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

B. L'alinéa 319(3)a) peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la Charte?

Mes observations générales concernant le rôle de l'article premier et le critère de l'arrêt *Oakes* s'appliquent évidemment à la question de la justification du moyen de défense de véracité comme restriction raisonnable dans une société libre et démocratique. Est également pertinente une bonne partie de ce que j'ai dit dans mon analyse du par. 319(2), bien qu'il soit encore nécessaire d'entreprendre un examen distinct de la validité du renversement du fardeau de la preuve selon l'al. 319(3)a).

La raison d'être de l'al. 319(3)a) représente en quelque sorte une exception aux objectifs généraux sous-tendant le par. 319(2). Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'infraction de fomentation volontaire de la haine repose sur la volonté nationale et internationale d'assurer la liberté d'expression,

dation for the offence of the wilful promotion of hatred. Without rejecting this broad foundational base, the objective of s. 319(3)(a) is attributable to the importance given the expression of truth by Parliament (see the Cohen Committee, *op. cit.*, at p. 66, and the Law Reform Commission of Canada, *op. cit.*, at p. 36). Specifically, the truth defence allows an accused to escape liability based on the possibility that the statements made, while intended to promote hatred, nonetheless possess increased merit (in relation to free expression values) because of their truthful nature.

That a defence may be warranted by reason of the merit associated with truthful statements does not, however, make clear Parliament's objective in requiring that the accused prove truthfulness on a balance of probabilities. The objective behind the defence's reverse onus is closely connected with the purpose fueling the offence in s. 319(2). Harm is created whenever statements are made with the intention of promoting hatred, whether or not they contain an element of truth. If the defence is too easily used, the pressing and substantial objective of Parliament in preventing such harm will suffer unduly, and it is therefore in the furtherance of that same objective that truthfulness must be proved by the accused on the balance of probabilities. For the reasons given in discussing the purpose behind s. 319(2), I consequently find that Parliament's objective in employing a reverse onus in s. 319(3)(a) is pressing and substantial.

Moving on to examine the proportionality of the reverse onus measure to the legislative objective, the first question to ask is whether s. 319(3)(a) evinces a rational connection to the purpose of preventing the harm caused by hate-promoting expression. In my view, such a connection plainly exists. The reverse onus in the truth defence operates so as to make it more difficult to avoid conviction where the wilful promotion of hatred has been proven beyond a reasonable doubt. As the wilful promotion of hatred is hostile to Parlia-

l'égalité et le respect de la dignité humaine et du multiculturalisme. Sans écarter ce large fondement, l'al. 319(3)a vise un objectif qui tient à l'importance attachée par le législateur fédéral à l'expression de la vérité (voir le rapport du comité Cohen, *op. cit.*, à la p. 68, et la Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, à la p. 41). Plus précisément, le moyen de défense de véracité permet à un accusé d'échapper à la responsabilité puisqu'il est possible que ses déclarations, quoique destinées à fomenter la haine, acquièrent néanmoins un plus grand mérite (en regard des valeurs de la libre expression) parce qu'elles sont vraies.

Le fait qu'un moyen de défense puisse être justifié à cause du mérite qui se rattache aux déclarations vraies ne nous éclaire cependant pas sur l'objectif que visait le Parlement en exigeant que l'accusé établisse la véracité selon la prépondérance des probabilités. L'objectif du renversement du fardeau de la preuve établi par ce moyen de défense est étroitement lié au but inspirant le par. 319(2). Un préjudice est causé chaque fois que des déclarations sont faites avec l'intention de fomenter la haine, qu'elles renferment ou non une part de vérité. S'il est trop facile de se prévaloir du moyen de défense, cela compromettra indûment la réalisation de l'objectif urgent et réel que visait le législateur de prévenir ce mal, et c'est donc dans le but d'atteindre ce même objectif que la véracité doit être prouvée par l'accusé selon la prépondérance des probabilités. Pour les raisons exposées dans le cadre de mon examen de l'objet du par. 319(2), je conclus en conséquence que l'objectif visé par le législateur en prévoyant le renversement du fardeau de la preuve à l'al. 319(3)a) est urgent et réel.

Passant à l'examen de la proportionnalité de la mesure établissant le renversement du fardeau de la preuve par rapport à l'objectif législatif visé, la première question à se poser est de savoir si l'al. 319(3)a) a un lien rationnel avec l'objet de prévenir le mal causé par l'expression fomentant la haine. À mon avis, ce lien existe manifestement. Le renversement du fardeau de preuve qu'opère le moyen de défense de véracité joue de manière à ce qu'il soit plus difficile de se soustraire à une déclaration de culpabilité dans un cas où la fomentation

ment's aims, placing such a burden upon the accused is rationally connected to a valid s. 1 objective.

The second component of the proportionality inquiry asks whether the impugned measure impairs the right or freedom as little as possible. Instrumental in reaching a conclusion as to minimal impairment is the nature of the defence in issue, and most especially its relation to the offence set out in s. 319(2). As I have stated in discussing the proportionality of s. 319(2), the defence of truth is in some ways at odds with Parliament's purpose of preventing the damage to target group members and inter-group harmony caused by hate propaganda; it works to excuse the actions of an accused even though the harm sought to be prevented is present. To provide the accused with such an escape route may not be required under the *Charter*, but neither is it illogical. Out of caution Parliament has made a concession to the importance of truth in freedom of expression values, a concession designed to allow an accused person to benefit from the tangential possibility that his or her statements, though admittedly defamatory of targeted groups, may have some social utility as part of legitimate public dialogue.

In the overall context of the s. 319(2) offence, it is therefore evident that Parliament has used the reverse onus provision to strike a balance between two legitimate concerns. Requiring the accused to prove on the civil standard that his or her statements are true is an integral part of this balance, and any less onerous burden would severely skew the equilibrium. To include falsity as a component of s. 319(2) for example, or even to require only that the accused raise a reasonable doubt as to the truthfulness of the statements, would excessively compromise the effectiveness of the offence in achieving its purpose. The former option would especially hinder Parliament's objective, for many statements are not susceptible to a true/false cate-

volontaire de la haine a été établie hors de tout doute raisonnable. Comme la fomentation volontaire de la haine va à l'encontre des buts visés par le législateur, le fait d'imposer une telle charge à l'accusé est rationnellement lié à un objectif qui est valable aux fins de l'article premier.

Le deuxième volet de l'examen de la proportionnalité pose la question de savoir si la mesure attaquée porte le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause. Pour y répondre, il faut prendre en considération la nature du moyen de défense en cause et surtout son rapport avec l'infraction prévue au par. 319(2). Comme je l'ai dit en traitant de la proportionnalité du par. 319(2), le moyen de défense de véracité est à certains égards inconciliable avec l'objectif du Parlement de prévenir le préjudice causé par la propagande haineuse aux membres du groupe cible et à l'harmonie entre les différents groupes, en ce sens qu'il a pour effet d'excuser les actes de l'accusé en dépit de l'existence du préjudice que l'on cherche à prévenir. Qu'une telle porte de sortie soit fournie à l'accusé n'est peut-être pas exigée par la *Charte*, mais elle n'a rien non plus d'illogique. Par précaution, le Parlement a fait une concession dictée par l'importance que revêt la vérité parmi les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, concession destinée à permettre à un accusé de bénéficier de la possibilité, pour faible qu'elle soit, que ses déclarations, reconnues diffamatoires à l'endroit de groupes cibles, aient quelque utilité sociale dans le cadre d'un dialogue public légitime.

Dans le contexte global du par. 319(2), il est donc évident que c'est dans le but d'établir un équilibre entre deux préoccupations légitimes que le Parlement a eu recours à la disposition portant renversement du fardeau de la preuve. Exiger de l'accusé qu'il prouve la véracité de ses déclarations selon la norme applicable en matière civile, fait partie intégrante de cet équilibre et un fardeau moins lourd provoquerait un grave déséquilibre. Si la fausseté était incluse comme élément du par. 319(2), par exemple, ou même si l'accusé était simplement tenu de faire naître un doute raisonnable en ce qui concerne la véracité des déclarations, l'efficacité du par. 319(2) pour atteindre son objet serait fortement compromise. Dans le premier cas,

gorization. In either instance, however, where a reasonable doubt existed as to the falsity of an accused's statements an acquittal would be entered. To accept such a result it would have to be agreed that this relatively small possibility of truthfulness outweighs the harm caused through the wilful promotion of hatred. Yet to my mind the crucial objective of Parliament in this appeal justifies requiring a more convincing demonstration that a hate-monger's statements may be true, as a successful defence provides an excuse despite the presence of the harm sought to be eradicated (see Rauf, *op. cit.*, at pp. 368-69). Having the accused prove truthfulness on the balance of probabilities is an understandable and valid precaution against too easily justifying such harm, and I hence conclude that the reverse onus provision in s. 319(3)(a) represents a minimal impairment of the presumption of innocence.

As for the final segment of the *Oakes* proportionality inquiry, I have no difficulty in finding that the importance of preventing the harm caused by hate-promoting expression is not outweighed by Parliament's infringement of s. 11(d) of the *Charter*. In reaching this conclusion I would refer to the approach taken by this Court in *Whyte*. There, the accused challenged what is now s. 258(1)(a) of the *Criminal Code*, which creates the presumption that a person in the driver's seat of a vehicle has care or control of the vehicle for the purposes of the impaired driving provisions. This presumption can only be overcome if the accused proves that he or she occupied the driver's seat for some purpose other than setting the vehicle in motion. In upholding the statutory presumption under s. 1, this Court stated the following regarding the proportionality between the effects of the measure and the objective (at p. 27):

... [258(1)(a)] satisfies [the] final element in s. 1 analysis. The threat to public safety posed by drinking and driving has been established by evidence in this case

il serait fait directement obstacle à l'objectif du Parlement, car nombreuses sont les déclarations qui ne peuvent être qualifiées de vraies ou de fausses. Dans les deux cas, cependant, s'il existait un doute raisonnable quant à la fausseté des déclarations de l'accusé, il serait acquitté. Pour qu'un tel résultat puisse être accepté, il faudrait convenir que cette possibilité relativement mince de véracité l'emporte sur le mal causé par la fomentation volontaire de la haine. J'estime toutefois que l'objectif vital poursuivi par le législateur justifie l'exigence d'une preuve plus convaincante de la véracité possible des déclarations d'un fomentateur de haine, étant donné qu'un moyen de défense invoqué avec succès fournit une excuse en dépit de l'existence du mal que l'on cherche à supprimer (voir Rauf, *loc. cit.*, aux pp. 368 et 369). Que l'accusé soit tenu d'établir la véracité selon la prépondérance des probabilités représente une précaution compréhensible et légitime contre une justification trop facile d'un tel préjudice. Cela étant, je conclus que le renversement du fardeau de preuve à l'al. 319(3)a) porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence.

Pour ce qui est du dernier élément du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*, je conclus sans aucune difficulté que l'importance de la prévention du préjudice causé par l'expression fomentant la haine l'emporte sur la violation de l'al. 11d) de la *Charte* par le législateur fédéral. En tirant cette conclusion je renvoie à l'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Whyte*. Dans cette affaire, l'accusé contestait ce qui est maintenant l'al. 258(1)a) du *Code criminel*, qui crée la présomption qu'une personne occupant la place du conducteur d'un véhicule à moteur en a la garde ou le contrôle pour les fins des dispositions relatives à la conduite avec facultés affaiblies. Cette présomption ne peut être réfutée que si l'accusé prouve qu'il occupait la place du conducteur dans un but autre que celui de mettre le véhicule en marche. Notre Cour, qui a maintenu la présomption légale en vertu de l'article premier, a fait les observations suivantes concernant la proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif visé, à la p. 27:

... l'al. [258(1)a)] satisfait à [l']élément final de l'analyse aux termes de l'article premier. La preuve en l'espèce démontre que la sécurité publique est menacée par

and recognized by this Court in others. While [s. 258(1)(a)] does infringe the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, it does so in the context of a statutory setting which makes it impracticable to require the Crown to prove an intention to drive. The reverse onus provision, in effect, affords a defence to an accused which could not otherwise be made available.

In *Whyte*, the impugned statutory presumption was found to be justified despite its effect upon the presumption of innocence only after an examination of the history of drinking and driving legislation, and a recognition of both the serious societal danger of drinking and driving and the difficulties associated with requiring the Crown to prove an intention to drive. As already noted, similar factors operate to justify the reverse onus provision challenged in this appeal, in particular the significant importance attached to preventing the harm caused by hate-promoting expression and the fact that the truth defence operates despite the presence of such harm. The infringement of s. 11(d) thus occurs in the context of a statutory and practical setting that makes it unworkable to require the Crown to prove the falsity of the statements in issue, and using the words of *Whyte* I conclude that the reverse onus provision in s. 319(3)(a), in effect, affords a defence to an accused which could not otherwise be made available.

C. Conclusion Respecting Section 319(3)(a)

In sum, having followed this Court's decision in *Whyte* in deciding that s. 319(3)(a) infringes s. 11(d) of the *Charter*, I nonetheless find the impugned provision to be justified under s. 1. The reverse onus found in the truth defence represents the only way in which the defence can be offered while still enabling Parliament to prohibit effectively hate-promoting expression through criminal legislation; to require that the state prove beyond a reasonable doubt the falsity of a statement would excuse much of the harmful expressive activity caught by s. 319(2) despite minimal proof as to its worth. In my opinion, justification for this reverse

l'alcool au volant, situation que cette Cour a reconnue dans d'autres arrêts. Bien que [l'al. 258(1)a)] porte effectivement atteinte au droit que garantit l'al. 11d) de la *Charte*, il le fait dans un contexte législatif où il est irréaliste d'exiger que le ministère public démontre une intention de conduire. En fait, la disposition portant inversion de la charge de la preuve accorde à l'accusé un moyen de défense qu'autrement il ne pourrait invoquer.

Dans l'arrêt *Whyte*, ce n'est qu'après avoir fait l'historique de la législation en matière d'alcool au volant et reconnu à la fois le grave danger que représentait l'alcool au volant pour la société et les difficultés que susciterait l'obligation pour le ministère public de prouver l'intention de conduire, que notre Cour a jugé que la présomption légale attaquée était justifiée malgré son incidence sur la présomption d'innocence. Comme je l'ai déjà fait remarquer, des facteurs similaires jouent pour justifier la disposition portant renversement du fardeau de preuve, contestée dans le présent pourvoi, soit notamment l'importance particulière attachée à la prévention du mal causé par l'expression fomentant la haine et le fait que le moyen de défense de véracité peut être invoqué en dépit de l'existence d'un tel préjudice. La violation de l'al. 11d) se produit donc dans un contexte légal et pratique où il est irréaliste d'exiger que le ministère public prouve la fausseté des déclarations en cause et, pour reprendre la formule employée dans l'arrêt *Whyte*, je conclus que le renversement du fardeau de preuve par l'al. 319(3)a) accorde à l'accusé un moyen de défense qu'autrement il ne pourrait invoquer.

C. Conclusion relative à l'al. 319(3)a)

En résumé, m'étant fondé sur l'arrêt *Whyte* de notre Cour pour décider que l'al. 319(3)a) viole l'al. 11d) de la *Charte*, je conclus néanmoins que la disposition attaquée est justifiée aux termes de l'article premier. Le renversement du fardeau de la preuve que comporte le moyen de défense de véracité est la seule façon pour le Parlement d'offrir ce moyen de défense tout en proscrivant efficacement l'expression fomentant la haine par des dispositions pénales. Exiger que l'État prouve hors de tout doute raisonnable la fausseté d'une déclaration reviendrait à excuser une bonne partie de l'activité expressive nocive que vise le par. 319(2) même en

onus must therefore reside in the fact that it only applies where the Crown has proven beyond a reasonable doubt an intent to promote harm-causing hatred, and in the recognition that excessive deference to the possibility that a statement is true will undermine Parliament's objective.

IX. Conclusion

In so far as its purpose is to prohibit the expression of certain meanings, s. 319(2) of the *Criminal Code* infringes the guarantee of freedom of expression found in s. 2(b) of the *Charter*. Given the importance of Parliament's purpose in preventing the dissemination of hate propaganda and the tenuous connection such expression has with s. 2(b) values, however, I have found the narrowly drawn parameters of s. 319(2) to be justifiable under s. 1. Similarly, although the reverse onus provision contained in s. 319(3)(a) conflicts with the s. 11(d) presumption of innocence, it can be seen as a justifiable means of excusing truthful statements without undermining the objective of preventing harm caused by the intentional promotion of hatred.

Having come to these conclusions, I answer the constitutional questions in the following manner:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Yes.

présence d'une preuve minimale de sa valeur. À mon avis, la justification de ce renversement du fardeau de la preuve doit résider dans le fait qu'elle joue uniquement dans les cas où le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'intention de fomenter une haine préjudiciable, et dans la reconnaissance qu'en s'arrêtant trop à la possibilité qu'une déclaration soit vraie, on risquerait de faire obstacle à l'objectif du législateur.

IX. Conclusion

Pour autant qu'il vise à interdire l'expression de certaines idées, le par. 319(2) du *Code criminel* viole la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*. Vu l'importance du but du législateur d'empêcher la diffusion de la propagande haineuse et compte tenu de la faiblesse du lien entre cette expression et les valeurs sous-jacentes à l'al. 2b), je conclus toutefois que la disposition de portée restreinte qu'est le par. 319(2) est justifiable en vertu de l'article premier. De même, bien que le renversement du fardeau de la preuve par l'al. 319(3)a) entre en conflit avec la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d), elle peut être considérée comme un moyen justifiable d'excuser des déclarations vraies sans miner l'objectif de prévenir le mal causé par la fomentation intentionnelle de la haine.

Étant arrivé à ces conclusions, je donne aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Yes.

I would thus reverse the decision of the Alberta Court of Appeal and allow the appeal. This case should return to the Court of Appeal in order to resolve those issues left unexamined by reason of its decision to strike down the impugned provisions.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—I agree with Justice McLachlin on the issues respecting freedom of expression and I would accordingly dispose of the appeal and answer the first two constitutional questions as she does. I find it unnecessary to consider the issues respecting the right to be presumed innocent and, in consequence, to answer the other constitutional questions.

The reasons of Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—

Introduction

The issue on this appeal is whether ss. 319(2) and 319(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, creating the offence of unlawfully promoting hatred, should be struck down on the ground that they infringe the guarantees of free expression and the presumption of innocence embodied in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Je suis en conséquence d'avis d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et d'accueillir le pourvoi. L'affaire devrait être renvoyée à la Cour d'appel pour le règlement des questions qui n'ont pas été examinées en raison de sa décision d'invalider les dispositions attaquées.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Je souscris aux motifs du juge McLachlin sur les questions relatives à la liberté d'expression. Je trancherais donc le présent pourvoi et je répondrais aux deux premières questions constitutionnelles de la façon qu'elle propose. J'estime inutile d'examiner les questions relatives au droit d'être présumé innocent et donc de répondre aux deux autres questions constitutionnelles.

Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—

Introduction

La question dans le présent pourvoi est de savoir si les par. 319(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui créent l'infraction de fomentation de la haine, devraient être invalidés pour le motif qu'ils violent la garantie de la liberté d'expression et la présomption d'innocence consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Mr. Keegstra, a secondary school teacher in Eckville, a small town in Alberta, was convicted of unlawfully promoting hatred under s. 319(2). The evidence established that he had systematically denigrated Jews and Judaism in his classes. He described Jews by such epithets as "revolutionists", "treacherous", "imposters", "communists", "secret", "sneaky", "manipulative", and "deceptive". He taught that the Jewish people are "barbaric", "subversive", "sadistic", "materialistic", "money-loving" and "power hungry". He maintained that anyone Jewish must be evil and that anyone evil must be Jewish. Not only did he maintain these things; he advised the students that they must accept his views as true unless they were able to contradict them. Moreover, he expected his students to regurgitate these notions in essays and examinations. If they did so, they received good marks. If they did not, their marks were poor.

Prior to his trial, Mr. Keegstra had applied to a judge of the Alberta Court of Queen's Bench for an order quashing the charge on the ground that s. 319(2) of the *Criminal Code* violates the right of freedom of expression guaranteed by the *Charter*. Quigley J. rejected this contention: (1984), 19 C.C.C. (3d) 254. He regarded the section, not as a limit on freedom of expression, but rather as a safeguard promoting freedom of expression. In his view, "freedom of expression" in s. 2(b) of the *Charter* does not mean an absolute freedom conferring an unabridged right of speech or expression. He added that if he were wrong in concluding that s. 319(2) did not infringe s. 2(b), he would find that the limit was a reasonable one, demonstrably justified in a free and democratic society within s. 1 of the *Charter*.

The Court of Appeal, however, reversed this decision, and quashed the conviction entered at trial: (1988), 43 C.C.C. (3d) 150. In its view, s. 319(2) of the *Criminal Code* violated the *Charter* in two ways. First, it infringed the presumption of innocence by making the truth of statements promoting hatred a defence, but placing the burden of

Monsieur Keegstra, un professeur d'école secondaire à Eckville, une petite ville de l'Alberta, a été reconnu coupable d'avoir fomenté la haine en contravention du par. 319(2). D'après la preuve, il avait systématiquement dénigré les juifs et le judaïsme dans ses classes. Il désignait les juifs par des épithètes telles que «révolutionnaristes», «perfidés», «imposteurs», «communistes», «dissimulés», «sournois», «manipulateurs» et «fourbes». Il enseignait que les juifs sont «barbares», «subversifs», «sadiques», «matérialistes», «cupides» et «avidés de pouvoir». Il soutenait que tout juif devait être mauvais et que les gens mauvais devaient être juifs. Non seulement faisait-il ces affirmations, mais il disait aussi à ses élèves qu'ils devaient accepter ses opinions comme exactes, à moins de pouvoir les contredire. Il s'attendait en outre à ce que ses élèves reprennent ces idées dans leurs compositions et examens. S'ils le faisaient, ils avaient de bonnes notes. S'ils ne le faisaient pas, ils avaient de mauvaises notes.

Avant son procès, M. Keegstra avait demandé à un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta d'ordonner l'annulation de l'accusation pour le motif que le par. 319(2) du *Code criminel* porte atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*. Cet argument a été rejeté par le juge Quigley: (1984), 19 C.C.C. (3d) 254. Il considérait ce paragraphe non pas comme une restriction de la liberté d'expression mais comme une disposition protectrice favorisant la liberté d'expression. Selon lui, «liberté d'expression» à l'al. 2b) de la *Charte* ne signifiait aucunement la liberté absolue conférant un droit illimité de s'exprimer. Il a ajouté que, si sa conclusion que le par. 319(2) ne portait pas atteinte à l'al. 2b) était erronée, il conclurait qu'il s'agissait d'une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

La Cour d'appel a cependant infirmé cette décision et annulé la déclaration de culpabilité inscrite au procès: (1988), 43 C.C.C. (3d) 150. À son avis, le par. 319(2) du *Code criminel* violait la *Charte* à deux titres. Premièrement, en faisant de la véracité des déclarations tendant à fomenté la haine un moyen de défense tout en imposant à l'accusé le

proving them on the accused. Second, it violated the guarantee of free speech in s. 2(b) of the *Charter*. The court, *per Kerans J.A.*, held that “imprudent promotion of hatred falls within the definition of freedom of expression” (p. 162) in that section, and that mistakes of fact by speakers—even by speakers who have no reasonable grounds for the mistake—are protected under the *Charter*.

Nor was the violation saved by s. 1 of the *Charter*, in the opinion of the Court of Appeal. “[T]his rule is overly broad”, Kerans J.A. observed, pointing out that the section does not require that anyone actually come to hate a member of the protected group as a result of the promotion of hatred by the offender. He accepted that the spread of hatred against target groups might be justifiably regulated, but found the fact that the law criminalizes mere attempts to do so and leaves no room for the defence of honest mistake precluded its justification as a reasonable measure justified in a democratic society. Nor, in the view of Kerans J.A., did the values of multiculturalism and equality enshrined in the *Charter* make the limit imposed on free expression by s. 319(2) of the *Criminal Code* reasonable under s. 1. Section 15 is restricted to government action, while the concern of s. 319(2) is individual expression—expression protected by s. 2(b) of the *Charter*. In Kerans J.A.’s view, nothing in the *Charter* suggests a legally enforceable orthodoxy in matters of expression. On the contrary, our commitment to the marketplace of ideas precludes us from presuming that those who promote hatred will be successful in fomenting it among the majority of Canadians. Moreover, freedom of expression is an individual liberty of such importance that it can be overridden only by an extraordinarily weighty public goal. In the end the Court of Appeal held that the *Charter* protected even imprudent promotion of hatred, up to the point where it actually caused listeners to hate target groups.

fardeau de la prouver, il portait atteinte à la présomption d’innocence. Deuxièmement, il constituait une violation de la garantie de liberté d’expression énoncée à l’al. 2b) de la *Charte*. Le juge Kerans, au nom de la cour, dit que [TRADUCTION] «la fomentation imprudente de la haine relève de la définition de la liberté d’expression» (p. 162) aux fins de cet alinéa, et que les erreurs de fait commises par ceux qui s’expriment—même par ceux dont l’erreur n’a aucun fondement raisonnable—bénéficient de la protection de la *Charte*.

De plus, selon la Cour d’appel, la violation en question ne peut se justifier en vertu de l’article premier de la *Charte*. [TRADUCTION] «[C]ette règle a une portée trop large» fait remarquer le juge Kerans en soulignant que le paragraphe en cause n’exige pas que la fomentation de la haine par l’auteur de l’infraction amène effectivement quelqu’un à haïr un membre du groupe protégé. Il convient que la réglementation de la propagation de la haine contre des groupes cibles peut être justifiable, mais conclut que le fait que la loi criminalise de simples tentatives sans admettre le moyen de défense de l’erreur involontaire exclut sa justification comme mesure raisonnable justifiée dans une société démocratique. Le juge Kerans estime en outre que les valeurs du multiculturalisme et de l’égalité consacrées dans la *Charte* ne rendent pas raisonnable au sens de l’article premier la limite imposée à la liberté d’expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. L’article 15 ne vise que l’action gouvernementale, tandis que le par. 319(2) vise l’expression individuelle—celle que protège l’al. 2b) de la *Charte*. Selon le juge Kerans, rien dans la *Charte* ne laisse supposer l’existence en matière d’expression d’une orthodoxy à laquelle on peut être légalement astreint. Au contraire, notre adhésion à la notion du marché des idées nous interdit de présumer que les fomentateurs de haine parviendront à provoquer cette haine chez la majorité des Canadiens. De plus, la liberté d’expression est une liberté individuelle à ce point capitale que seul peut l’emporter sur elle un objectif public d’une importance exceptionnelle. La Cour d’appel a décidé en dernière analyse que la *Charte* protège même la fomentation imprudente de la haine jusqu’au point où elle provoque réellement chez certains auditeurs de la haine pour les groupes visés.

The Crown appeals to this Court.

Statutory Provisions

The respondent was charged under s. 319(2) of the *Criminal Code*, which provides:

319. ...

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(a) if he establishes that the statements communicated were true;

(b) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

(6) No proceeding for an offence under subsection (2) shall be instituted without the consent of the Attorney General.

(7) In this section,

“communicating” includes communicating by telephone, broadcasting or other audible or visible means;

“identifiable group” has the same meaning as in section 318;

“public place” includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied;

“statements” includes words spoken or written or recorded electronically or electro-magnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations.

Le ministère public se pourvoit devant notre Cour.

Les dispositions législatives

L'intimé a été inculpé en vertu du par. 319(2) du *Code criminel*, dont voici le texte:

319. ...

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, foment volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

(6) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au paragraphe (2) sans le consentement du procureur général.

(7) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«communiquer» S'entend notamment de la communication par téléphone, radiodiffusion ou autres moyens de communication visuelle ou sonore.

«déclarations» S'entend notamment des mots parlés, écrits ou enregistrés par des moyens électroniques ou électromagnétiques ou autrement, et des gestes, signes ou autres représentations visibles.

«endroit public» Tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou tacite.

«groupe identifiable» A le sens que lui donne l'article 318.

“Identifiable group” is defined as follows:

318. ...

(4) In this section, “identifiable group” means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin.

It will be observed that what is prohibited is the wilful promotion of hatred of identifiable groups. Casual slips of the tongue are not actionable. On the other hand, it is not necessary that the statements actually have the effect of promoting hatred. Truth is a defence, but the burden of establishing it lies on the accused.

This provision must be tested against the principles established in the *Charter*, and in particular, the following sections:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

Issues

The issues are the following:

L'expression «groupe identifiable» est ainsi défini:

318. ...

(4) Au présent article, «groupe identifiable» désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique.

On peut constater que ce qui est interdit c'est la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. De simples lapsus ne donnent pas lieu à des poursuites. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que les déclarations aient réellement pour effet de fomenter la haine. La véracité est un moyen de défense, mais c'est à l'accusé qu'il incombe de l'établir.

La disposition en cause doit être examinée à la lumière des principes énoncés dans la *Charte*, notamment aux articles suivants:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

j Les questions en litige

Le litige porte sur les questions suivantes:

1. Does s. 319(2) of the *Criminal Code* breach s. 2(b) of the *Charter*?
2. Do ss. 319(2) and 319(3) of the *Criminal Code* breach s. 11(d) of the *Charter*?
3. If the answer to either questions 1 or 2 is affirmative, can the infringements be justified under s. 1 of the *Charter*?

The following constitutional questions stated by Dickson C.J. reflect these issues:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? c
2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society? d
3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? e
4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society? f

Analysis

I. *Background*

This case poses questions of great importance and difficulty. In order to situate them in their

1. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* viole-t-il l'al. 2b) de la *Charte*?
2. Les paragraphes 319(2) et (3) du *Code criminel* violent-ils l'al. 11d) de la *Charte*? a
3. Si la réponse à l'une ou l'autre des deux premières questions est affirmative, les violations peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*? b

Ces questions sont reflétées dans les questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? c
2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? d
3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? e
4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? f

Analyse

I. *Contexte*

Cette instance soulève des questions très importantes et très difficiles. Afin de les situer dans un

proper context, I preface my analysis of the issues with a brief philosophical and historical perspective of the role of free expression in our society, both in general terms and in relation to hate propaganda.

A. A Philosophical View of Freedom of Expression and the Charter

Various philosophical justifications exist for freedom of expression. Some of these posit free expression as a means to other ends. Others see freedom of expression as an end in itself.

Salient among the justifications for free expression in the first category is the postulate that the freedom is instrumental in promoting the free flow of ideas essential to political democracy and the functioning of democratic institutions. This is sometimes referred to as the political process rationale: see A. W. MacKay, "Freedom of Expression: Is It All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713. The *locus classicus* of this rationale is A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948).

A corollary of the view that expression must be free because of its role in the political process is that only expression relating to the political process is worthy of constitutional protection. However, within these limits protection for expression is said to be absolute. The political process rationale has played a significant role in the development of First Amendment doctrine in the United States, and various justices of the U.S. Supreme Court (though never a majority) have embraced its theory that protection of speech is absolute within these restricted bounds. Its importance has also been affirmed by Canadian courts, both before and since the advent of the *Charter*.

A variant on the political process theory ascribes to freedom of expression a central role as the pivotal freedom on which all others depend. Without the freedom to comment and criticize, other fundamental rights and freedoms may be subvert-

contexte approprié, je présente en guise de préface à mon analyse des questions en litige un bref aperçu philosophique et historique du rôle de la liberté d'expression dans notre société, tant d'un point de vue général que par rapport à la propagande haineuse.

A. Une vue philosophique de la liberté d'expression et la Charte

Il existe diverses justifications philosophiques de la liberté d'expression. Certaines placent la liberté d'expression parmi les moyens d'atteindre d'autres fins. D'autres la voient comme une fin en soi.

Parmi les justifications de la liberté d'expression qui tombent dans la première catégorie, la plus remarquable soutient que cette liberté contribue à favoriser le libre échange d'idées qui est indispensable à la démocratie et au fonctionnement des institutions démocratiques. C'est ce qu'on appelle parfois la justification fondée sur le processus politique: voir A. W. MacKay, «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713. L'énoncé classique de cette justification se trouve dans A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948).

Le point de vue selon lequel la liberté d'expression s'impose en raison de son rôle dans le processus politique a pour corollaire que seule mérite la protection constitutionnelle l'expression se rapportant au processus politique. Toutefois l'expression, dit-on, bénéficie d'une protection absolue à l'intérieur de ces limites. La justification fondée sur le processus politique a joué un rôle important dans l'évolution de l'interprétation du Premier amendement aux États-Unis, et plusieurs juges de la Cour suprême des États-Unis (qui n'ont cependant jamais été majoritaires) ont adopté la théorie du caractère absolu de la protection de l'expression dans ces limites précises. L'importance de cette justification a également été affirmée par des tribunaux canadiens, avant comme après l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Une variante de la théorie relative au processus politique attribue à la liberté d'expression un rôle crucial en ce qu'elle serait la liberté clé dont dépendent toutes les autres. En effet, sans la liberté de commenter et de critiquer, d'autres

ed by the state. This argument gives freedom of expression an enhanced status in relation to other rights.

The validity of the political process rationale for freedom of expression is undeniable. It is, however, limited. It justifies only a relatively narrow sector of free expression—one much narrower than either the wording of the First Amendment or s. 2(b) of the *Charter* would suggest.

Another venerable rationale for freedom of expression (dating at least to Milton's *Areopagitica* in 1644) is that it is an essential precondition of the search for truth. Like the political process model, this model is instrumental in outlook. Freedom of expression is seen as a means of promoting a "marketplace of ideas", in which competing ideas vie for supremacy to the end of attaining the truth. The "marketplace of ideas" metaphor was coined by Justice Oliver Wendell Holmes, in his famous dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). This approach, however, has been criticized on the ground that there is no guarantee that the free expression of ideas will in fact lead to the truth. Indeed, as history attests, it is quite possible that dangerous, destructive and inherently untrue ideas may prevail, at least in the short run.

Notwithstanding the cogency of this critique, it does not negate the essential validity of the notion of the value of the marketplace of ideas. While freedom of expression provides no guarantee that the truth will always prevail, it still can be argued that it assists in promoting the truth in ways which would be impossible without the freedom. One need only look to societies where free expression has been curtailed to see the adverse effects both on truth and on human creativity. It is no coincidence that in societies where freedom of expression is severely restricted truth is often replaced by the coerced propagation of ideas that may have little relevance to the problems which the society actually faces. Nor is it a coincidence that industry,

droits et libertés fondamentaux pourraient être anéantis par l'État. Cet argument privilégie donc la liberté d'expression par rapport aux autres droits.

La légitimité de la justification de la liberté d'expression fondée sur le processus politique est incontestable. Elle a toutefois ses limites. Elle ne justifie en fait qu'un aspect relativement restreint de la liberté d'expression—bien plus restreint que ce qui semble se dégager du texte du Premier amendement ou de l'al. 2b) de la *Charte*.

Une autre vénérable justification de la liberté d'expression (qui remonte au moins à de l'*Areopagitica* de Milton en 1644) dit qu'elle est un préalable essentiel de la recherche de la vérité. Ce modèle, comme celui basé sur le processus politique, part d'un point de vue instrumentaliste. La liberté d'expression est perçue comme un moyen de favoriser un «marché des idées» où des idées rivales se disputent la suprématie afin de faire surgir la vérité. La métaphore du «marché des idées» a été forgée par le juge Oliver Wendell Holmes dans sa célèbre dissidence de l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). On a toutefois reproché à cette justification qu'elle n'offre aucune garantie que la libre expression d'idées conduira vraiment à la vérité. En fait, comme l'Histoire le démontre, il est très possible que des idées dangereuses, destructrices et fondamentalement fausses prévalent, du moins à court terme.

Malgré sa force, cette critique ne détruit pas la justesse essentielle de la notion de la valeur du marché des idées. Si la liberté d'expression ne donne aucune garantie que la vérité l'emportera toujours, on peut tout de même soutenir qu'elle contribue, de façons qui seraient impossibles en son absence, à favoriser la recherche de la vérité. Il suffit de prendre le cas de sociétés qui ont restreint la liberté d'expression pour constater combien en souffrent à la fois la vérité et la créativité humaine. Ce n'est pas par coïncidence que, dans des sociétés où la liberté d'expression est sévèrement limitée, la vérité fait souvent place à la propagation forcée d'idées qui peuvent n'avoir que peu de rapport avec les problèmes réels de ces

economic development and scientific and artistic creativity may stagnate in such societies.

Moreover, to confine the justification for guaranteeing freedom of expression to the promotion of truth is arguably wrong, because however important truth may be, certain opinions are incapable of being proven either true or false. Many ideas and expressions which cannot be verified are valuable. Such considerations convince me that freedom of expression can be justified at least in part on the basis that it promotes the "market-place of ideas" and hence a more relevant, vibrant and progressive society.

But freedom of expression may be viewed as more than a means to other ends. Many assert that free expression is an end in itself, a value essential to the sort of society we wish to preserve. This view holds that freedom of expression "derives from the widely accepted premise of Western thought that the proper end of man is the realization of his character and potentialities as a human being". It follows from this premise that all persons have the right to form their own beliefs and opinions, and to express them. "For expression is an integral part of the development of ideas, of mental exploration and of the affirmation of self": T. I. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, at p. 879. It is demeaning of freedom of expression and wrong, the proponents of this view argue, to conceive the right only in terms of the ends it may assist in achieving. "[I]t is not a general measure of the individual's right to freedom of expression that any particular exercise of the right may be thought to promote or retard other goals of the society" (p. 880). Freedom of expression is seen as worth preserving for its own intrinsic value.

Those who assert that freedom of expression is worth protecting for its intrinsic value to the self-realization of both speaker and listener tend to

sociétés. Ce n'est pas une coïncidence non plus que le développement industriel et économique ainsi que la créativité scientifique et artistique soient freinés dans ces sociétés.

^a On peut soutenir par ailleurs que c'est une erreur de limiter la justification de la liberté d'expression à la promotion de la vérité, car pour importante que la vérité puisse être, il est impossible de prouver que certaines opinions sont vraies ou fausses. Maintes idées et expressions qui ne peuvent être vérifiées ont néanmoins de la valeur. Ces considérations me convainquent que la liberté d'expression peut se justifier, en partie du moins, par le fait qu'elle favorise le «marché des idées» et permet ainsi la création d'une société plus actuelle, plus dynamique et plus progressive.

^d La liberté d'expression peut toutefois être perçue comme davantage qu'un moyen d'atteindre d'autres fins. Nombreux sont ceux qui affirment en effet que la liberté d'expression est une fin en soi, une valeur essentielle au type de société que nous souhaitons préserver. Suivant ce point de vue, la liberté d'expression [TRADUCTION] «est dérivée de la prémisse généralement acceptée en Occident que la véritable finalité de l'homme est l'épanouissement de son caractère et la réalisation de toutes ses possibilités d'être humain». Il découle de cette prémisse que chacun a le droit de former ses propres croyances et opinions et de les exprimer. [TRADUCTION] «Car l'expression est partie intégrante du développement des idées, de l'exploration intellectuelle et de l'affirmation de soi»: T. I. Emerson, «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, à la p. 879. C'est dévaloriser la liberté d'expression et c'est une erreur selon les tenants de ce point de vue, de concevoir ce droit en fonction uniquement des fins qu'il peut nous aider à atteindre. [TRADUCTION] «[L]e fait qu'un exercice particulier du droit peut être considéré favoriser ou retarder la réalisation d'autres buts collectifs n'est pas la mesure générale de la liberté d'expression d'une personne» (p. 880). La liberté d'expression vaut la peine d'être sauvegardée en raison de sa valeur intrinsèque.

^j Ceux qui affirment que la liberté d'expression vaut la peine d'être protégée pour sa valeur intrinsèque comme moyen de réaliser l'épanouissement

combine this rationale with others. (See for example Emerson, *op. cit.*, at pp. 879-80 and L. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at pp. 785-89.) On its own, this justification for free expression is arguably too broad and amorphous to found constitutional principle. Furthermore, it does not answer the question of why expression should be deserving of special constitutional status, while other self-fulfilling activities are not. Nevertheless, an emphasis on the intrinsic value of freedom of expression provides a useful supplement to the more utilitarian rationales, justifying, for example, forms of artistic expression which some might otherwise be tempted to exclude.

Arguments based on intrinsic value and practical consequences are married in the thought of F. Schauer (*Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982)). Rather than evaluating expression to see why it might be worthy of protection, Schauer evaluates the reasons why a government might attempt to limit expression. Schauer points out that throughout history, attempts to restrict expression have accounted for a disproportionate share of governmental blunders—from the condemnation of Galileo for suggesting the earth is round to the suppression as “obscene” of many great works of art. Professor Schauer explains this peculiar inability of censoring governments to avoid mistakes by the fact that, in limiting expression, governments often act as judge in their own cause. They have an interest in stilling criticism of themselves, or even in enhancing their own popularity by silencing unpopular expression. These motives may render them unable to carefully weigh the advantages and disadvantages of suppression in many instances. That is not to say that it is always illegitimate for governments to curtail expression, but government attempts to do so must *prima facie* be viewed with suspicion.

Schauer’s approach reminds us that no one rationale provides the last word on freedom of

tant de celui qui s’exprime que de l’auditeur, ont tendance à lier cette justification à d’autres. (Voir, par exemple, Emerson, *loc. cit.*, aux pp. 879 et 880, et L. Tribe, *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), aux pp. 785 à 789.) Prise isolément, cette justification de la libre expression est peut-être trop large et trop imprécise pour fonder un principe constitutionnel. En outre, elle n’explique pas pourquoi l’expression mérite un statut constitutionnel particulier et non certaines autres activités d’épanouissement personnel. Néanmoins, l’importance donnée à la valeur intrinsèque de la liberté d’expression est un complément utile aux justifications de caractère plus utilitaires qui admettent, par exemple, certaines formes d’expression artistique que certains pourraient autrement être tentés d’exclure.

Dans la pensée de F. Schauer (*Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982)), les arguments fondés sur la valeur intrinsèque se marient à ceux fondés sur les conséquences pratiques. Plutôt que d’évaluer l’expression pour voir pourquoi elle pourrait mériter la protection, Schauer considère les raisons susceptibles d’amener un gouvernement à essayer de limiter l’expression. L’histoire démontre, souligne Schauer, que les tentatives de restriction de l’expression figurent en nombre disproportionné parmi les bêtises gouvernementales—de la condamnation de Galilée pour avoir affirmé que la Terre est ronde jusqu’à la suppression de grandes œuvres d’art jugées «obscènes». Le professeur Schauer explique cette curieuse incapacité des gouvernements qui pratiquent la censure d’éviter les erreurs par le fait qu’en limitant l’expression les gouvernements se constituent souvent juge et partie. Ils ont intérêt à faire taire les critiques à leur endroit, ou même à augmenter leur propre popularité en étouffant l’expression impopulaire. Ces mobiles les mettent souvent dans l’impossibilité de bien peser le pour et le contre de la suppression. Cela ne veut pas dire qu’il est toujours illégitime de la part des gouvernements d’imposer des restrictions à l’expression, mais toute tentative de ce genre de la part d’un gouvernement doit à première vue éveiller la suspicion.

Le raisonnement de Schauer nous rappelle qu’aucune justification n’est définitive en matière

expression. Indeed, it seems likely that theories about freedom of expression will continue to develop.

How do these diverse justifications of freedom of expression relate to s. 2(b) of the *Charter*? First, it may be noted that the broad wording of s. 2(b) of the *Charter* is arguably inconsistent with a justification based on a single facet of free expression. This suggests that there is no need to adopt any one definitive justification for freedom of expression. Different justifications for freedom of expression may assume varying degrees of importance in different fact situations. However, each of the above rationales is capable of providing guidance as to the scope and content of s. 2(b).

The interpretation which has been placed on s. 2(b) of the *Charter* confirms the relevance of both instrumental and intrinsic justifications for free expression. This Court has adopted a purposive approach in construing the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. When placed in the context of the judicial history of freedom of expression in Canada, it suggests that it is appropriate to consider the ends which freedom of speech may serve in determining its scope and the justifiability of infringements upon it. These ends include the maintenance of our democratic rights and the benefits to be gained from the pursuit of truth and creativity in science, art, industry and other endeavours. At the same time, the emphasis which this Court has placed upon the inherent dignity of the individual in interpreting *Charter* guarantees suggests that the rationale of self-actualization should also play an important part in decisions under s. 2(b) of the *Charter*.

In accordance with this eclectic approach, the Court in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, identified three values as underlying the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*: the value of seeking and attaining truth; the value of participation in social and political decision-making; and individual self-fulfillment and human flourishing.

de liberté d'expression. En fait, il est probable que des théories relatives à la liberté d'expression continueront à se développer.

^a En quoi ces diverses justifications de la liberté d'expression se rapportent-elles à l'al. 2b) de la *Charte*? On peut souligner d'abord que la portée large du texte de l'al. 2b) de la *Charte* est peut-être incompatible avec une justification fondée sur une seule facette de la liberté d'expression. Cela laisse supposer qu'il n'est pas besoin d'adopter une justification définitive de la liberté d'expression. Différentes justifications de la liberté d'expression peuvent prendre divers degrés d'importance dans différentes situations. Toutefois, chacune des justifications susmentionnées peut nous éclairer sur la portée et le contenu de l'al. 2b).

^d L'interprétation qui a été donnée à l'al. 2b) de la *Charte* confirme la pertinence des justifications de la liberté d'expression selon sa valeur tant instrumentale qu'intrinsèque. Notre Cour interprète les droits et libertés garantis par la *Charte* en fonction de l'objet visé. Dans le contexte de l'histoire judiciaire de la liberté d'expression au Canada, cela permet de penser qu'il y a lieu, dans la détermination de sa portée et du caractère justifiable de sa restriction, de tenir compte des fins pouvant être servies par la liberté de parole. Ces fins comprennent le maintien de nos droits démocratiques et les avantages de la créativité et de la recherche de la vérité dans les sciences, dans l'art, dans l'industrie et dans d'autres domaines. En même temps, l'importance que notre Cour a attachée à la dignité intrinsèque de l'individu en interprétant les droits et libertés garantis par la *Charte* indique que la justification qu'est l'épanouissement personnel doit jouer un rôle de premier plan dans les décisions fondées sur l'al. 2b) de la *Charte*.

En conformité avec cette approche éclectique, notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, a énuméré trois valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*: la recherche de la vérité; la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique; et l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

Free expression is a fundamental value in our society for any and all of these reasons. Nevertheless, it is not an absolute value. Like other liberties which we prize so highly, freedom of expression must in certain circumstances give way to countervailing considerations. The question is always one of balance. Freedom of expression protects certain values which we consider fundamental—democracy, a vital, vibrant and creative culture, the dignity of the individual. At the same time, free expression may put other values at risk. It may harm reputations, incite acts of violence. It may be abused to undermine our fundamental governmental institutions and undercut racial and social harmony. The law may legitimately trench on freedom of expression where the value of free expression is outweighed by the risks engendered by allowing freedom of expression.

The framers of the *Charter* recognized both the fundamental nature of freedom of expression and the necessity of sometimes limiting it where the risks it poses are too great for society to tolerate. Its importance is reflected in the broad and untrammelled definition of expression embodied in s. 2(b). The guarantee of free expression is not internally limited as are certain other *Charter* rights (e.g., s. 8 of the *Charter*) or as are the equivalent guarantees in the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (1950), and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (1966). The guarantees of free expression in those documents explicitly permit a wide variety of limitations on free expression—limitations which the person asserting the right of free expression must observe. By contrast, the Canadian guarantee of free expression is more comprehensive. The provision is a very broad guarantee, and all expression is *prima facie* protected. Any infringement must be justified by the state under s. 1. Moreover, as will be observed *infra*, freedom of expression had achieved a near-constitutional status in Canada long before its specific entrenchment by the *Charter*. All this suggests that the framers of the *Charter* envisaged freedom

Pour toutes ces raisons et chacune d'elles, la liberté d'expression est une valeur fondamentale dans notre société. Cette valeur n'est pourtant pas absolue. Comme d'autres libertés auxquelles nous attachons tant de prix, la liberté d'expression doit dans certaines circonstances céder le pas à des considérations opposées. Il s'agit toujours d'une question d'équilibre. La liberté d'expression protège certaines valeurs que nous tenons pour fondamentales—la démocratie, une culture vivante, dynamique et créative, et la dignité de l'individu. Il se peut néanmoins que la liberté d'expression compromette d'autres valeurs. Elle peut en effet nuire à des réputations et inciter à la violence. On peut en abuser dans le but de saper nos institutions politiques fondamentales et de miner l'harmonie raciale et sociale. Le législateur peut légitimement porter atteinte à la liberté d'expression dans un cas où les risques inhérents à cette liberté l'emportent sur sa valeur.

Les rédacteurs de la *Charte* ont reconnu à la fois le caractère fondamental de la liberté d'expression et la nécessité d'y imposer parfois des limites lorsque les risques qu'elle pose sont trop grands pour être tolérés par la société. Son importance est reflétée dans la définition large et sans restriction du mot «expression» à l'al. 2b). La garantie de liberté d'expression, à la différence de certains autres droits conférés par la *Charte* (par exemple, l'art. 8 de la *Charte*) ou contrairement aux garanties analogues énoncées dans la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (1950), et dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966), n'est assujettie à aucune limitation découlant de son texte même. La garantie de liberté d'expression dans ces documents autorise explicitement une grande variété de restrictions à cette liberté—restrictions que la personne invoquant le droit à la libre expression doit respecter. La garantie canadienne de la liberté d'expression, au contraire, est plus globale. La disposition prévoit une garantie très large et toute expression bénéficie à première vue d'une protection. Toute dérogation doit être justifiée par l'État en vertu de l'article premier. De plus, comme je le fais observer ci-

of expression as a comprehensive, fundamental right of great importance.

At the same time, the *Charter* permits freedom of speech to be restricted by law where this is justified by the need to protect more important countervailing values. Thus the broad guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter* is made subject to s. 1 which permits such reasonable limitations on the right as may be justified in a free and democratic society.

B. The Historical Perspective

Freedom of speech and the press had acquired quasi-constitutional status well before the adoption of the *Charter* in 1982. In a series of cases dealing with legislation passed by repressive provincial regimes, the Supreme Court endorsed the proposition that the right to express political ideas could not be trammelled by the legislatures: see *MacKay*, op. cit., at pp. 715-16.

The focus of these decisions was the division of powers between the provinces and the federal government. The Alberta Press reference (*Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100) provides a good example. At issue was a bill introduced by the Alberta Legislature to compel newspapers to disclose their sources of news information and to print government statements correcting previous articles. The bill was struck down on the basis that the province had no jurisdiction over the free working of the political institutions of the state. Political expression, vital to the country as a whole, could not be limited by provincial legislation.

This approach to free expression was accepted and amplified by some judges of this Court in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285. Rand J. and Abbott J. spoke of an implied bill of

après, la liberté d'expression avait acquis un statut quasi constitutionnel au Canada, bien avant d'être consacrée expressément par la *Charte*. Tout cela permet de penser que les rédacteurs de la *Charte* ont envisagé la liberté d'expression comme un droit fondamental de vaste portée et de grande importance.

La *Charte* permet néanmoins la restriction de la liberté d'expression par une règle de droit lorsque cela se justifie par la nécessité de protéger des valeurs opposées plus importantes. Ainsi, la garantie large de la liberté d'expression à l'al. 2b) de la *Charte* est assujettie à l'article premier qui permet que ce droit soit restreint dans des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

B. La perspective historique

La liberté d'expression et la liberté de la presse avaient acquis un statut quasi constitutionnel bien avant l'adoption de la *Charte* en 1982. Dans une série d'arrêts concernant des mesures législatives prises par des régimes provinciaux répressifs, la Cour suprême a donné son aval à la thèse selon laquelle le droit d'exprimer des idées politiques ne pouvait être limité par les législateurs provinciaux: voir *MacKay*, loc. cit., aux pp. 715 et 716.

Ces arrêts visaient principalement le partage des compétences entre les provinces et le gouvernement fédéral. Le renvoi relatif à la presse albertaine (*Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100) en est un bon exemple. Le litige portait sur un projet de loi déposé devant la législature de l'Alberta, qui visait à contraindre les journaux à divulguer les sources de leurs nouvelles et à publier les déclarations du gouvernement corrigeant des articles antérieurs. Ce projet de loi a été déclaré invalide au motif que la province n'avait pas compétence sur le libre fonctionnement des institutions politiques de l'État. L'expression politique, vitale pour l'ensemble du pays, ne pouvait être limitée par un texte législatif provincial.

Cette position à l'égard de la liberté d'expression a été acceptée et développée par certains juges de notre Cour dans les arrêts *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, et *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285. Les juges Rand et

rights arising out of the provision in the *Constitution Act, 1867*, for "a constitution similar in principle to that of the United Kingdom."

These decisions confirmed the fundamental importance of freedom of speech and the press in Canada. The conception of freedom of speech embodied in these cases, however, was largely limited to the political process model. Subsequent cases, such as *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, suggested an unwillingness to promote a broad concept of freedom of expression. Furthermore, in the pre-*Charter* context fundamental notions of free speech were ultimately recognized as subservient to legislative limits. The concept of an implied bill of rights put forward in *Saumur* and *Switzman* was rejected by the Court in *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, and the overriding power of legislatures to define the limits of free speech was confirmed in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307.

Nevertheless, one thing has remained constant through all the decisions. That is the recognition that freedom of speech is a fundamental Canadian value.

Other pre-*Charter* cases reflected a broader approach to the scope of free speech concerns. In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, this Court affirmed the fundamental value of freedom of speech not only in our political system, but also in society generally. Rand J. wrote at p. 288:

Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life. The clash of critical discussion on political, social and religious subjects has too deeply become the stuff of daily experience to suggest that mere ill-will as a product of controversy can strike down the latter with illegality. . . . Controversial fury is aroused constantly by differences in abstract conceptions; heresy in some fields is again a mortal sin; there

Abbott ont parlé d'une déclaration des droits implicite tirée de la disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyant «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

^a Ces arrêts viennent confirmer l'importance fondamentale de la liberté d'expression et de la liberté de la presse au Canada. Toutefois, la conception de la liberté d'expression que renferment ces arrêts ^b se limitait pour l'essentiel à un modèle de processus politique. Des arrêts postérieurs, tels *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, laissent transparaître une certaine réticence à favoriser une conception large de la liberté d'expression. De plus, avant la *Charte*, il avait été ^c reconnu en dernière analyse que les notions fondamentales de la liberté de parole étaient assujetties à des restrictions législatives. L'idée d'une déclaration implicite des droits, avancée dans les arrêts ^d *Saumur* et *Switzman*, a été rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, et le pouvoir prépondérant des législatures de ^e définir les limites de la liberté d'expression a été confirmé dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307.

^f Il y a néanmoins dans toute cette jurisprudence une constante: la reconnaissance que la liberté d'expression est une valeur fondamentale au Canada.

^g D'autres arrêts antérieurs à la *Charte* traduisent une approche plus globale de la portée de la liberté de parole. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, notre Cour a confirmé l'importance fondamentale de la liberté de parole non ^h seulement dans notre système politique, mais aussi dans l'ensemble de la société. Le juge Rand écrit, à la p. 288:

[TRADUCTION] La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés. [...] Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives

can be fanatical puritanism in ideas as well as in morals; but our compact of free society accepts and absorbs these differences and they are exercised at large within the framework of freedom and order on broader and deeper uniformities as bases of social stability.

The enactment of s. 2(b) of the *Charter* represented both the continuity of these traditions, and a new flourishing of the importance of freedom of expression in Canadian society. As Professor MacKay has stated, *op. cit.*, at p. 714:

Freedom of expression was not invented by the Charter of Rights and Freedoms but it has acquired new dimensions as a consequence of its entrenchment.

Continuity has been stressed in cases such as *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. McIntyre J., at p. 583, recognized both the deep roots of freedom of expression in Canadian society, and the key role it has played in our democratic development:

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

At the same time, bearing in mind the breadth of the wording of the guarantee in s. 2(b), and the need for a broad and liberal interpretation to realize the purposes of the guarantee, this Court has shown its preference for the broad approach set forth by Rand J. in *Boucher*. Rejecting the proposition that the *Charter's* guarantee of freedom of expression is confined to political matters, this Court held in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, and *Irwin Toy, supra*, that the *Charter* applies to commercial expression. All activities which convey or attempt to convey meaning *prima facie* fall within the scope of the guarantee: *Irwin Toy, per* Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ. Within the framework of this

controverses; dans certains domaines l'hérésie tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un puritanisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre.

L'adoption de l'al. 2b) de la *Charte* représentait à la fois la continuité dans ces traditions et un nouvel essor de l'importance de la liberté d'expression au sein de la société canadienne. Comme le dit le professeur MacKay, *loc. cit.*, à la p. 714:

[TRADUCTION] La liberté d'expression n'a pas été inventée par la Charte des droits et libertés, mais elle a pris de nouvelles dimensions par suite de sa constitutionnalisation.

L'idée de continuité a été soulignée dans des arrêts comme *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre, à la p. 583, reconnaît que la liberté d'expression est profondément enracinée dans la société canadienne et qu'elle a joué un rôle-clé dans notre évolution démocratique:

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

En même temps, gardant à l'esprit la large portée du libellé de la garantie à l'al. 2b), ainsi que la nécessité d'une interprétation large et libérale susceptible d'assurer la réalisation des objets de cette garantie, notre Cour a manifesté sa préférence pour l'interprétation large exposée par le juge Rand dans l'arrêt *Boucher*. Écartant l'idée que la garantie de liberté d'expression contenue dans la *Charte* se borne au domaine de la politique, notre Cour a jugé dans les arrêts *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, et *Irwin Toy, précité*, que la *Charte* s'applique à l'expression commerciale. Toute activité qui transmet ou tente de transmettre une signification relève à première vue de la garantie: *Irwin Toy, le*

general principle, however, some of the classic rationales for protecting freedom of expression have been given a limited role in interpreting s. 2(b). Where a government measure limits expressive activity not by design but in its effects, to make out a violation of s. 2(b) the claimant must show that the expressive activity relates to those values identified in *Irwin Toy* as underlying the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*: the value of seeking and attaining truth; the value of participation in social and political decision-making; and individual self-fulfillment and human flourishing.

C. Hate Propaganda and Freedom of Speech— An Overview

Before entering upon the analysis of whether s. 319(2) of the *Criminal Code* is inconsistent with the *Charter* and must be struck down, it may be useful to consider the conflicting values underlying the question of the prohibition of hate literature and how the issue has been treated in other jurisdictions.

Hate literature presents a great challenge to our conceptions about the value of free expression. Its offensive content often constitutes a direct attack on many of the other principles which are cherished by our society. Tolerance, the dignity and equality of all individuals; these and other values are all adversely affected by the propagation of hateful sentiment. The problem is not peculiarly Canadian; it is universal. Wherever racially or culturally distinct groups of people live together, one finds people, usually a small minority of the population, who take it upon themselves to denigrate members of a group other than theirs. Canada is no stranger to this conduct. Our history is replete with examples of discriminatory communications. In their time, Canadians of Asian and East Indian descent, black, and native people have been the objects of communications tending to foster hate. In the case at bar it is the Jewish people who have been singled out as objects of calumny.

juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Dans le cadre de ce principe général, toutefois, certaines justifications classiques de la protection de la liberté d'expression se sont vu attribuer un rôle limité dans l'interprétation de l'al. 2b). Lorsqu'une mesure gouvernementale limite une activité expressive, non par dessein, mais par ses effets, le plaignant doit, pour établir une violation de l'al. 2b), démontrer que l'activité expressive est reliée aux valeurs qui, d'après l'arrêt *Irwin Toy*, sous-tendent la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*: la recherche de la vérité; la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique; et l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

C. La propagande haineuse et la liberté d'ex- pression—un aperçu

Avant de s'engager dans l'étude de la question de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est incompatible avec la *Charte* et, partant, invalide, il pourrait être utile d'examiner les valeurs opposées sous-jacentes à la question de l'interdiction des écrits haineux et la façon dont cette question a été abordée dans d'autres ressorts.

Les écrits haineux sont en conflit avec notre conception de la valeur de la liberté d'expression. Leur contenu offensant attaque souvent directement un grand nombre d'autres principes chers à notre société. La tolérance, la dignité et l'égalité de tous; ces valeurs et d'autres valeurs sont toutes affaiblies par la diffusion des sentiments de haine. Ce problème n'est pas proprement canadien; il est universel. Partout où vivent ensemble des groupes qui diffèrent par leur race ou leur culture, on trouve des gens, normalement une faible minorité de la population, qui se permettent de dénigrer les membres d'un groupe autre que les leurs. Le Canada n'est pas exempt de ce phénomène. Notre histoire abonde en exemples de communications discriminatoires. Les Canadiens d'origine asiatique, les Noirs, les autochtones ont à une époque fait l'objet de communications tendant à provoquer la haine. En l'espèce, ce sont les juifs qu'on a décidé de calomnier.

The evil of hate propaganda is beyond doubt. It inflicts pain and indignity upon individuals who are members of the group in question. In so far as it may persuade others to the same point of view, it may threaten social stability. And it is intrinsically offensive to people—the majority in most democratic countries—who believe in the equality of all people regardless of race or creed.

For these reasons, governments have legislated against the dissemination of propaganda directed against racial groups, and in some cases this legislation has been tested in the courts. Perhaps the experience most relevant to Canada is that of the United States, since its Constitution, like ours, places a high value on free expression, raising starkly the conflict between freedom of speech and the countervailing values of individual dignity and social harmony. Like s. 2(b), the First Amendment guarantee is conveyed in broad, unrestricted language, stating that “Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech, or of the press”. The relevance of aspects of the American experience to this case is underlined by the facts and submissions, which borrowed heavily from ideas which may be traced to the United States.

The protections of the First Amendment to the U.S. Constitution, and in particular free speech, have always assumed a particular importance within the U.S. constitutional scheme, being regarded as the cornerstone of all other democratic freedoms. As expressed by Jackson J., in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), “[i]f there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein” (p. 642). The U.S. Supreme Court, particularly in recent years, has pronounced itself strongly on the need to protect

Que la propagande haineuse soit répréhensible ne fait aucun doute. Elle fait souffrir les membres du groupe visé et les humilie. Pour autant qu'elle puisse amener d'autres personnes au même point de vue, elle risque de menacer la stabilité sociale. Elle est de plus choquante en soi aux yeux des personnes—majoritaires dans la plupart des pays démocratiques—qui croient en l'égalité de tous indépendamment de la race ou des croyances.

Pour ces raisons, les gouvernements ont légiféré contre la diffusion de propagande visant des groupes raciaux et ces mesures législatives ont parfois été contestées devant les tribunaux. Pour le Canada, c'est peut-être l'expérience des États-Unis qui est la plus pertinente puisque la constitution américaine, comme la nôtre, attache une valeur élevée à la liberté d'expression, mettant en relief le conflit entre la liberté d'expression et les valeurs de la dignité individuelle et de l'harmonie sociale qui lui font contrepois. Comme l'al. 2b), le Premier amendement exprime la garantie en termes larges, non restrictifs, quand il prévoit que [TRADUCTION] «le Congrès n'adoptera pas de lois [. . .] qui limitent la liberté de parole ou la liberté de la presse». La pertinence de certains aspects de l'expérience américaine en l'espèce est soulignée par les mémoires et les arguments des parties, qui s'inspirent largement d'idées provenant des États-Unis.

Les protections accordées par le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, et notamment la liberté de parole, ont toujours revêtu une importance particulière dans le système constitutionnel américain, étant considérées comme la pierre angulaire de toutes les autres libertés démocratiques. Comme le dit le juge Jackson dans la décision *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), [TRADUCTION] «s'il existe chez nous un principe constitutionnel intangible c'est celui que nul fonctionnaire, indépendamment de son rang, ne peut prescrire l'orthodoxie en matière de politique, de nationalisme, de religion ou dans d'autres questions d'opinion ni forcer les citoyens à confesser par des paroles ou par des gestes leur croyance à cette orthodoxie» (p. 642). La Cour suprême des États-Unis, surtout au cours des dernières années, a affirmé énergique-

speech even at the expense of other worthy competing values.

Nevertheless, tolerance for unpopular speech, especially speech which was perceived as a threat to vital security interests, was not initially a hallmark of the U.S. Supreme Court. When the socialist labour leader Eugene Debs made a speech critical of United States involvement in the First World War, the court was content to uphold his conviction for "wilfully caus[ing] or attempt[ing] to cause . . . insubordination, disloyalty, mutiny, or refusal of duty, in the military or naval forces . . . or . . . wilfully obstruct[ing] . . . the recruiting or enlistment service": *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919). A companion case set out the classic test for the justifiability of an abridgement of free speech:

The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.

(*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), at p. 52.)

The test was stiffened in the famous dissents of Holmes J. in *Abrams v. United States*, *supra*, at p. 628 ("present danger of immediate evil or an intent to bring it about"), and Brandeis J. (Holmes J. concurring) in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), at pp. 377-78:

To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence . . .

ment la nécessité de protéger l'expression même aux dépens d'autres valeurs importantes qui lui font concurrence.

Toutefois la tolérance à l'égard de l'expression impopulaire et surtout à l'égard de celle qui était perçue comme menaçant des intérêts vitaux en matière de sécurité, n'était pas initialement l'image de marque de la Cour suprême des États-Unis. En effet, quand le dirigeant syndical socialiste Eugene Debs a prononcé un discours critiquant la participation des États-Unis à la Première Guerre mondiale, la cour s'est contentée de maintenir le verdict de culpabilité d'avoir [TRADUCTION] «volontairement provoqué ou tenté de provoquer [...] l'insubordination, la déloyauté, la mutinerie ou le refus de servir dans l'armée ou dans la marine [...] ou [d'avoir] volontairement entravé [...] le recrutement ou l'enrôlement»: *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919). Un arrêt connexe énonce le critère classique pour déterminer si la restriction de la liberté de parole est justifiable:

[TRADUCTION] La question dans chaque cas est de savoir si de par les circonstances dans lesquelles ils ont été tenus et de par leur nature les propos créent un danger clair et présent d'occasionner les maux concrets que le Congrès est en droit de prévenir.

(*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), à la p. 52.)

Ce critère a été renforcé dans les célèbres dissidences du juge Holmes dans l'affaire *Abrams v. United States*, précitée, à la p. 628 ([TRADUCTION] «le danger présent d'un mal immédiat ou l'intention de l'occasionner»), et du juge Brandeis (avec l'appui du juge Holmes) dans l'affaire *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), aux pp. 377 et 378:

[TRADUCTION] Nul homme courageux et indépendant ayant confiance dans le pouvoir du raisonnement libre et sans crainte exercé dans le cadre du gouvernement populaire, ne peut estimer clair et présent un danger suscité par le discours à moins que le tort appréhendé ne soit tellement imminent qu'il risque de se produire sans laisser d'occasion pour une discussion complète. S'il est possible d'exposer au grand jour, au moyen de la discussion, ce qui est faux et erroné et de dénoncer le tort en recourant au processus de l'éducation, le remède à appliquer est de permettre la parole et non d'imposer le silence . . .

Moreover, even imminent danger cannot justify resort to prohibition of these functions essential to effective democracy, unless the evil apprehended is relatively serious. . . . There must be the probability of serious injury to the State.

This stricter formulation of the "clear and present danger" test came to be accepted as the standard for a justified infringement of the free speech guarantee, but it too was subject to varying interpretation. In the crisis atmosphere of the cold war, the court upheld convictions of communists for conspiring to advocate the overthrow of the United States government in *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). Purporting to apply the above test, the court endorsed the following formulation (at p. 510):

In each case [courts] must ask whether the gravity of the "evil", discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger.

This is how matters stood when hate propaganda first came to the attention of the court.

In *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), a closely divided court upheld the constitutionality of a statute bearing some resemblance to s. 319(2) of the Canadian *Criminal Code*, prohibiting exhibition in any public place of any publication portraying "depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens, of any race, color, creed or religion [which exposes such citizens] to contempt, derision or obloquy or which is productive of breach of the peace or riots". Frankfurter J., writing the court's opinion, held that the statute prohibited libelous utterances directed against groups, and that these utterances were outside of the ambit of the First Amendment. Quoting from the court's decision in *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), he stated (at pp. 255-57):

Today, every American jurisdiction . . . punish[es] libels directed at individuals. "There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention

D'autre part, pas même le danger imminent ne peut justifier l'interdiction de ces fonctions essentielles à une démocratie efficace, à moins que le tort appréhendé ne soit relativement grave [. . .] Il doit exister la probabilité que l'État subira un préjudice grave.

C'est cette formulation plus stricte du critère du «danger clair et présent» qui a été finalement acceptée comme la norme de l'atteinte justifiée à la liberté de parole, mais elle souffrait elle aussi des interprétations variées. Dans l'atmosphère de crise de la guerre froide, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), a maintenu des verdicts de culpabilité d'avoir comploté en vue de préconiser le renversement du gouvernement des États-Unis, rendus contre des communistes. Sous couleur d'appliquer le critère précité, la cour a donné son approbation à la formulation suivante (à la p. 510):

[TRADUCTION] Dans chaque cas, les tribunaux doivent se demander si la gravité du «mal», compte tenu de son improbabilité, justifie les atteintes à la liberté de parole qui sont nécessaires pour éviter le danger.

Voilà où en étaient les choses lorsque la cour a été saisie pour la première fois de la question de la propagande haineuse.

Dans l'affaire *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), la cour, à très faible majorité, a déclaré constitutionnelle une loi qui présentait une certaine ressemblance avec le par. 319(2) du *Code criminel* canadien et interdisait de montrer dans un lieu public une publication représentant [TRADUCTION] «comme dépravé, criminel, intempérant ou débauché un groupe de citoyens se différenciant par leur race, couleur, croyance ou religion, [qui expose ces citoyens] au mépris, à la dérision ou à l'opprobre ou qui incite à la violation de la paix publique ou à des émeutes». Le juge Frankfurter, qui a rédigé les motifs de la cour, a dit que la loi en cause interdisait les déclarations diffamatoires visant des groupes et que le Premier amendement ne s'appliquait pas à ces déclarations. Citant l'arrêt *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), il dit (aux pp. 255 à 257):

[TRADUCTION] Aujourd'hui tous les états américains [sanctionnent] la diffamation de particuliers. «Il est certains types d'expression bien définis et étroitement

and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or "fighting" words—those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality . . ."

But the full flowering of First Amendment doctrine came after the *Beauharnais* case. Later cases have weakened its authority to the extent that many regard it as overruled. In the first place, the U.S. Supreme Court has recognized that libel laws do indeed "raise constitutional problems". *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), held that a public official, in order to bring an action for libel, had to show that the defamatory statement was directed at the official personally, and that the maker of the statement had actual knowledge that it was false. Secondly, the "clear and present danger" test went through yet another metamorphosis. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), struck down a statute forbidding a person to "advocat[e] . . . the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform", in a prosecution of a Klansman who showed a film that was derogatory of Negroes and Jews and implied that "revengeance" should be taken against them. The test that emerges from *Brandenburg* is much stricter than the earlier formulations—advocacy of the use of force or violation of the law cannot be proscribed "except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action" (p. 447).

The U.S. Supreme Court subsequently refused to grant *certiorari* in two more recent cases which call *Beauharnais* into question. In *Collin v. Smith*,

circoscrits dont l'interdiction et la sanction n'ont jamais été considérées comme posant un problème constitutionnel. Il s'agit notamment de paroles lubriques, obscènes, blasphématoires et diffamatoires, de paroles injurieuses ou hostiles, bref, les paroles dont la seule articulation porte préjudice ou tend à inciter à troubler immédiatement la paix publique. On a dit avec raison que de telles paroles ne sont nullement essentielles à l'exposition d'idées et que leur valeur sociale dans la recherche de la vérité est tellement minime que tout avantage pouvant en être tiré cède manifestement le pas à l'intérêt qu'a la société dans l'ordre et la moralité. . . »

Ce n'est toutefois qu'après l'arrêt *Beauharnais* que la doctrine du Premier amendement a pris tout son essor. La jurisprudence subséquente est venue affaiblir cet arrêt à un point tel que beaucoup le tiennent pour renversé. Premièrement, la Cour suprême des États-Unis a reconnu que les lois en matière de diffamation posent effectivement [TRADUCTION] «des problèmes constitutionnels». L'arrêt *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), a statué qu'un fonctionnaire public ne pouvait intenter une action en diffamation que s'il établissait qu'il était personnellement visé par la déclaration diffamatoire et que l'auteur de la déclaration savait qu'elle était fausse. Deuxièmement, le critère du «danger clair et présent» a subi encore une autre métamorphose. L'arrêt *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), a invalidé une loi interdisant de [TRADUCTION] «prôner [. . .] le devoir, la nécessité ou la légitimité du crime, du sabotage, de la violence ou des méthodes de terrorisme illégales comme moyens de réaliser la réforme industrielle ou politique», dans le cadre de poursuites engagées contre un membre du Ku Klux Klan qui avait présenté un film dénigrant les Noirs et les juifs et laissant entendre qu'il fallait prendre revanche sur eux. Le critère qui se dégage de l'arrêt *Brandenburg* est beaucoup plus strict que les formulations antérieures: le fait de préconiser le recours à la force ou la violation des lois ne peut être proscrié [TRADUCTION] «que lorsque les paroles en cause visent à inciter ou à susciter de façon imminente des actes illégaux et risquent d'inciter ou de susciter de tels actes» (p. 447).

La Cour suprême des États-Unis a par la suite refusé d'accorder un *certiorari* dans deux autres causes récentes qui mettaient en doute l'arrêt

578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), a federal court struck down an ordinance forbidding the dissemination of any material (including public displays of symbolic significance) promoting and inciting racial or religious hatred, in a case where neo-Nazis proposed a march, complete with swastikas, through the predominantly Jewish village of Skokie, Illinois. And in *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), an ordinance forbidding the display of "graphic sexually explicit subordination of women" was held to be unconstitutional. The effect of these cases has been to undermine the authority of *Beauharnais*, *supra*. As Tribe, *op. cit.*, at p. 861, n. 2, puts it:

The continuing validity of the *Beauharnais* holding is very much an open question. See, e.g., *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916, 919 (1978) (Blackmun, J., dissenting from denial of certiorari) (noting that *Beauharnais* "has not been overruled or formally limited"). In recent years, courts have given *Beauharnais* a very limited reading. In *Collin v. Smith* ... the Seventh Circuit stated that "(i)t may be questioned after such cases as *Cohen v. California*, (403 U.S. 15 (1971)), *Gooding v. Wilson*, (405 U.S. 518 (1972)), and *Brandenburg v. Ohio*, (395 U.S. 444 (1969) (per curiam)), whether the tendency to induce violence approach sanctioned implicitly in *Beauharnais* would pass constitutional muster today." ... In *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut* ... the Seventh Circuit stated that subsequent cases "had so washed away the foundations of *Beauharnais* that it could not be considered authoritative."

It is worth describing a few doctrines associated with free speech that form part of the reasoning in the U.S. cases, and which are cited in the factums. One is a hierarchy of possible abridgements on free speech. Legislation against the content of speech has been distinguished from legislation restricting speech in other ways, with the former attracting stricter judicial scrutiny. For example, while "time, place and manner" regulation of speech has traditionally been given some latitude, an ordinance preventing picketing other than

Beauharnais. Dans *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), une cour fédérale a invalidé une ordonnance qui interdisait la diffusion de toute matière (y compris les expositions publiques ayant une signification symbolique) favorisant la haine raciale ou religieuse et y incitant, dans un cas où des néo-nazis voulaient défiler pacifiquement en arborant la croix gammée dans le village de Skokie (Illinois) dont la population était majoritairement juive. Dans *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), une ordonnance qui interdisait l'étalage de représentations [TRADUCTION] «claires et sexuellement explicites de l'asservissement de femmes» a été déclarée inconstitutionnelle. Ces arrêts ont eu pour effet de miner l'autorité de l'arrêt *Beauharnais*, précité. Comme le dit Tribe, *op. cit.*, à la p. 861, note 2:

[TRADUCTION] La question de savoir si l'arrêt *Beauharnais* s'applique toujours, est loin d'être réglée. Voir, p. ex., *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916, 919 (1978) (le juge Blackmun, dissident relativement au refus d'accorder le certiorari, faisant remarquer que l'arrêt *Beauharnais* «n'a pas été renversé ni sa portée formellement limitée»). Au cours des dernières années, les tribunaux ont donné à l'arrêt *Beauharnais* une interprétation très restrictive. Dans l'arrêt *Collin v. Smith*, [...] le Septième circuit a dit: «On peut se demander à la suite d'arrêts tels que *Cohen v. California*, (403 U.S. 15 (1971)), *Gooding v. Wilson*, (405 U.S. 518 (1972)), et *Brandenburg v. Ohio*, (395 U.S. 444 (1969) (la cour)), si, du point de vue constitutionnel, le critère de la tendance à inciter à la violence, implicitement approuvé dans l'arrêt *Beauharnais*, serait acceptable aujourd'hui.» [...] Dans l'arrêt *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut* [...] le Septième circuit a dit que la jurisprudence subséquente «avait tellement rongé les fondations de l'arrêt *Beauharnais* qu'il ne pouvait plus être considéré comme faisant autorité».

Il est utile d'exposer quelques théories sur la liberté d'expression qui font partie du raisonnement adopté dans les arrêts américains et qui sont invoqués dans les mémoires. L'une d'elles est la hiérarchie de limitations pouvant être imposées à la liberté de parole. On a distingué en effet entre les textes législatifs interdisant le contenu de l'expression et ceux qui viennent limiter l'expression d'autres manières, les premiers étant soumis à un examen judiciaire plus attentif. Par exemple, s'il y a traditionnellement eu une certaine latitude dans

labour picketing near schools has been struck down because it draws a distinction based on content of the speech: *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972). Viewpoint-based abridgments of speech, in which the Government selects between viewpoints, will very rarely be justifiable. Section 319(2) of the *Criminal Code* is probably best described as content-based rather than viewpoint-based, because the Government itself does not choose between viewpoints directly. For example, a statement declaring the superiority of a particular race is not preferred over a declaration suggesting the reverse hierarchy. Rather, all discussion of the superiority of a particular race over another is potentially suspect. This content-based provision is similar in this regard to the statute forbidding demonstrations critical of foreign governments within 500 feet of embassies that was struck down as an impermissible content-based restriction on speech in *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988). Although not as offensive as viewpoint-based restrictions, content-based restrictions on speech have attracted "most exacting scrutiny" from the U.S. Supreme Court, being upheld only if "necessary to serve a compelling state interest and . . . narrowly drawn to achieve that end": *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983), at p. 45.

The distinction between content-based and form-based restrictions on freedom of speech has been incorporated, although in a different form, into the analysis under s. 2(b) of the *Charter*: *Irwin Toy, supra*.

Two other concepts employed in the United States in cases dealing with the prohibition of dissemination of racist literature figured in argument before us. These are the concepts of overbreadth and vagueness. Overbreadth is defined by *Tribe, op. cit.*, at p. 1056, as follows:

la réglementation [TRADUCTION] «du moment, du lieu et du moyen» de l'expression, une ordonnance interdisant aux alentours des écoles tout piquetage autre que celui d'ouvriers a été invalidée parce qu'elle faisait une distinction fondée sur le contenu de l'expression: *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972). Les restrictions de l'expression fondées sur le point de vue, c'est-à-dire celles par lesquelles le gouvernement fait un choix entre différents points de vue, sont rarement justifiables. Il est probablement plus exact de dire que le par. 319(2) du *Code criminel* vise le contenu plutôt que le point de vue, car le gouvernement lui-même ne choisit pas directement entre des points de vue. Par exemple, l'assertion qu'une race est supérieure n'est pas préférée à l'affirmation de la hiérarchie inverse. Au contraire toute discussion de la supériorité d'une race déterminée sur une autre peut être suspecte. Cette disposition visant le contenu est similaire à cet égard à une loi interdisant des manifestations contre des gouvernements étrangers dans un rayon de 500 pieds des ambassades, qui a été invalidée dans l'arrêt *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988). Quoique moins choquantes que celles fondées sur le point de vue, les restrictions de l'expression fondées sur le contenu ont été soumises à [TRADUCTION] «un examen extrêmement minutieux» par la Cour suprême des États-Unis, qui ne les a jugées valides que si elles étaient [TRADUCTION] «nécessaires pour servir un intérêt impérieux de l'État et [...] formulées soigneusement, pour atteindre cette fin»: *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983), à la p. 45.

La distinction entre les restrictions de la liberté d'expression fondées sur le contenu et celles fondées sur la forme a été incluse, quoique sous une forme différente, dans l'analyse fondée sur l'al. 2b) de la *Charte*: *Irwin Toy*, précité.

Deux autres concepts utilisés aux États-Unis dans des affaires relatives à l'interdiction de diffuser des écrits racistes ont été invoqués au cours des débats devant nous. Il s'agit des notions de portée excessive et d'imprécision. *Tribe, op. cit.*, à la p. 1056, définit ainsi la portée excessive:

Statutes which open-endedly delegate to administering officials the power to decide how and when sanctions are applied or licenses issued are overbroad because they grant such officials the power to discriminate—to achieve indirectly through selective enforcement a censorship of communicative content that is clearly unconstitutional when achieved directly.

If legitimate activity protected by the First Amendment would come within the terms of the statute, the statute may be void on its face. Even where the actions of the litigant are not themselves worthy of protection, the litigant may rely on the constitutional defect of overbreadth. Alternatively, an argument of overbreadth may sometimes be met by a construction of the statute that clearly confines it within constitutional bounds, if one is available (i.e., reading down). If one is not, however, the statute is void on its face.

Vagueness is distinct from overbreadth, and carries different consequences in American constitutional law. To quote Tribe again at pp. 1033-34:

Vagueness is a constitutional vice conceptually distinct from overbreadth in that an overbroad law need lack neither clarity nor precision, and a vague law need not reach activity protected by the first amendment. As a matter of due process, a law is void on its face if it is so vague that persons “of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application.” Such vagueness occurs when a legislature states its proscriptions in terms so indefinite that the line between innocent and condemned conduct becomes a matter of guesswork . . .

But vagueness is not calculable with precision . . . [T]he Supreme Court will not ordinarily invalidate a statute because some marginal offenses may remain within the scope of a statute’s language. The conclusion that a statute is too vague and therefore void as a matter of due process is thus unlikely to be triggered without two findings: that the individual challenging the statute is indeed one of the entrapped innocent, and that it

[TRADUCTION] Les lois qui délèguent inconditionnellement aux fonctionnaires chargés de leur administration le pouvoir de décider comment et quand des sanctions sont infligées ou des permis délivrés ont une portée excessive en ce qu’elles accordent à ces fonctionnaires le pouvoir d’agir d’une manière discriminatoire—de réaliser indirectement par une application sélective une censure du contenu des communications qui serait manifestement inconstitutionnelle si elle était réalisée par des moyens directs.

Si les actes légitimes protégés par le Premier amendement étaient visés par la loi, celle-ci pourrait être frappée d’invalidité. Même lorsque les actes de la partie au litige ne méritent pas en soi la protection, cette partie peut néanmoins invoquer le vice constitutionnel qu’est la portée excessive. Subsidiairement, l’argument de la portée excessive peut parfois être réfuté par une interprétation de la loi qui la circonscrit clairement dans les limites de la constitutionnalité, à supposer qu’il existe une telle interprétation (c.-à-d. une interprétation atténuée). Dans l’hypothèse contraire, cependant, la loi est manifestement invalide.

L’imprécision diffère de la portée excessive et ses conséquences sont différentes en droit constitutionnel américain. Citons de nouveau Tribe, *op. cit.*, aux pp. 1033 et 1034:

[TRADUCTION] L’imprécision est un vice constitutionnel conceptuellement distinct de la portée excessive d’une loi en ce qu’une loi trop large n’est pas forcément dépourvue de clarté ou de précision et qu’une loi imprécise ne s’applique pas forcément à des actes protégés par le Premier amendement. Du point de vue de l’équité de la procédure, une loi est manifestement nulle si elle est à ce point imprécise que des personnes «d’intelligence ordinaire se voient dans la nécessité de conjecturer quant à son sens et ont des opinions divergentes quant à son application». Une telle imprécision se produit lorsqu’une législature formule ses proscriptions dans des termes si vagues que la ligne de démarcation entre la conduite innocente et la conduite défendue devient affaire de conjecture . . .

Mais l’imprécision ne peut être établie avec exactitude . . . [L]a Cour suprême n’invalide pas normalement une loi du fait que certains défauts marginaux peuvent encore être compris dans son libellé. La conclusion qu’une loi est trop imprécise et, partant, nulle pour des raisons d’équité de la procédure ne sera donc probablement pas tirée en l’absence de deux constatations: que la personne contestant la loi compte vraiment parmi les

would have been practical for the legislature to draft more precisely. [Citations omitted.]

Thus, vagueness of a statute is a defence only in more restrictive circumstances: where the statute is vague as applied to the conduct of the litigant, or where it is vague in all possible applications. An example of the latter was an ordinance making it illegal for “three or more persons to assemble . . . on any of the sidewalks . . . and there conduct themselves in a manner annoying to persons passing by”, struck down in *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971).

The rationale for invalidating statutes that are overbroad (even in a case where the litigant’s conduct is clearly not protected by the First Amendment) or vague is that they have a chilling effect on legitimate speech. Protection of free speech is regarded as such a strong value that legislation aimed at legitimate ends and in practice used only to achieve those legitimate ends may be struck down, if it also tends to inhibit protected speech.

In the United States, a provision similar to s. 319(2) of the *Criminal Code* was struck down in *Collin v. Smith*, *supra*, on the ground that it was fatally overbroad. In addition, the Seventh Circuit Court of Appeals hinted that the provision might also be void for vagueness. The ordinance in *Collin* prohibited:

... the dissemination of any materials within the Village of Skokie which promotes and incites hatred against persons by reason of their race, national origin, or religion, and is intended to do so.

The court found that the activity in question in the case—a proposed neo-Nazi demonstration in Skokie, Illinois—was a form of expression entitled to protection under the First Amendment. The ordinance, it found, was overbroad in that it “could conceivably be applied to criminalize dissemination of *The Merchant of Venice* or a vigorous discussion of the merits of reverse racial discrimination in Skokie” (p. 1207).

innocents frappés de la sanction et que, dans la pratique, il aurait été possible au législateur de rédiger avec une plus grande précision. [Citations omises.]

Donc l'imprécision d'une loi n'est une défense que dans des circonstances plus restrictives: lorsque la loi est imprécise dans son application à la conduite de la partie au litige ou qu'elle l'est dans toutes ses applications possibles. Un exemple de ce dernier cas est celui d'une ordonnance rendant illégal le fait pour [TRADUCTION] «trois personnes ou davantage de s'assembler sur un trottoir et de s'y conduire de manière à gêner les passants», invalidée dans la décision *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971).

L'invalidation de lois imprécises ou de portée excessive (même dans le cas où la conduite de la partie n'est manifestement pas protégée par le Premier amendement) a été expliquée par l'effet paralysant qu'elles ont sur l'expression légitime. En effet, la protection de la liberté de parole est considérée comme une valeur tellement solide qu'une loi visant des fins légitimes et ne servant dans la pratique qu'à la réalisation de ces fins légitimes peut être déclarée invalide si elle tend aussi à entraver l'expression protégée.

Aux États-Unis, une disposition analogue au par. 319(2) du *Code criminel* a été invalidée dans l'affaire *Collin v. Smith*, précitée, au motif que sa portée était fatalement excessive. De plus, la Cour d'appel du Septième circuit a laissé entendre que la disposition en question pouvait également être invalide pour cause d'imprécision. L'ordonnance en cause dans l'affaire *Collin* interdisait:

[TRADUCTION] ... la diffusion dans le village de Skokie de toute matière qui favorise la haine à l'endroit de certaines personnes en raison de leur race, de leur origine nationale ou de leur religion, qui y incite, et qui est conçue à ces fins.

La cour a décidé que l'activité projetée dans cette affaire—une manifestation néo-nazie à Skokie (Illinois)—était une forme d'expression protégée par le Premier amendement. L'ordonnance, a conclu la cour, avait une portée excessive, car [TRADUCTION] «elle pourrait théoriquement être appliquée pour rendre criminelles, à Skokie, la diffusion du *Marchand de Venise* ou la tenue d'une vive discussion sur la valeur de la discrimination raciale inversée» (p. 1207).

Legislation against the dissemination of racial propaganda has also been tested under various international instruments, providing a counter-example to the U.S. experience. The *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* contains the following articles:

Article 10

(1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers . . .

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

The European Commission on Human Rights has had little difficulty in holding that prosecutions for dissemination of racist ideas and literature are permitted under the article: see, e.g., Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187. In view of the breadth of the limitations clause, which specifically mentions the protection of "health or morals" and "the reputation or rights of others", this is unsurprising. In other contexts, protection for free expression under this article has at times been decidedly lukewarm, as befits an international instrument which is designed to limit as little as possible the sovereignty of the nations that signed it. For example, the European Court of Human Rights also upheld prosecution of a bookseller in Northern Ireland for distributing *The Little Red Schoolbook*, an educational book on sexuality aimed at 12- to 18-year-olds, on the grounds that the prosecution was "for the protection of health or morals": Eur. Court H. R., *Handyside* case, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24.

Des textes législatifs interdisant la diffusion de la propagande raciale ont été contestés aussi en vertu de divers instruments internationaux, avec des résultats opposés à ceux constatés aux États-Unis. La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* contient les dispositions suivantes:

Article 10

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière . . .

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

La Commission européenne des droits de l'homme a conclu sans beaucoup de difficulté que cet article autorise des poursuites pour la diffusion d'idées et d'écrits racistes: voir, par exemple, Comm. Eur. D. H., Requêtes n^{os} 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187. Vu la portée de la clause restrictive, qui mentionne expressément la protection «de la santé ou de la morale» et «de la réputation ou des droits d'autrui», cela n'est pas étonnant. Dans d'autres contextes, on s'est parfois montré décidément tiède à l'égard de la protection de la liberté d'expression en vertu de cet article; ce qui convient d'ailleurs dans le cas d'un instrument international destiné à limiter le moins possible la souveraineté des nations signataires. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a aussi maintenu des poursuites engagées contre un libraire en Irlande du Nord pour avoir diffusé *The Little Red Schoolbook*, un livre éducatif sur la sexualité, à l'intention d'adolescents âgés de 12 à 18 ans, au motif que ces poursuites visaient «la protection de la santé ou de la morale»: Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n^o 24.

Other international instruments go further, and require state parties to prohibit some forms of hate propaganda. The *International Covenant on Civil and Political Rights*, to which Canada is a party, provides as follows:

Article 19

2. Everyone shall have the right to freedom of expression . . .

3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

- (a) For respect of the rights or reputations of others;
- (b) For the protection of national security or of public order . . . , or of public health or morals.

Article 20. . . .

2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

The U.N. Human Rights Committee has dismissed a complaint against Canada brought by Mr. Taylor (also appealing to this Court) on the grounds that Canada was merely carrying out its international obligations in proceeding against Mr. Taylor for the dissemination of hatred against ethnic groups: see *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983) (decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097).

Similar obligations are set forth in another convention to which Canada is a party, the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Can. T.S. 1970 No. 28. Article 4 provides that States Parties:

ARTICLE 4

- (a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well

D'autres instruments internationaux vont plus loin et exigent que les États parties interdisent certaines formes de propagande haineuse. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont le Canada est signataire, porte notamment:

Article 19. . . .

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression . . .

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

- a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
- b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 20. . . .

2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

Le Comité des droits de l'homme de l'ONU a rejeté une plainte portée contre le Canada par M. Taylor (qui a aussi formé un pourvoi devant notre Cour), le motif du rejet étant que le Canada ne faisait que s'acquitter de ses obligations internationales en poursuivant M. Taylor pour la propagation de la haine contre des groupes ethniques: voir *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.

Des obligations semblables sont énoncées dans une autre convention à laquelle le Canada est partie. Il s'agit de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, R.T. Can. 1970 n° 28, dont l'article 4 prévoit que chaque État partie s'engage:

ARTICLE 4

- a) À déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale,

as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

- (b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;
- (c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or incite racial discrimination.

These international instruments embody quite a different conception of freedom of expression than the case law under the U.S. First Amendment. The international decisions reflect the much more explicit priorities of the relevant documents regarding the relationship between freedom of expression and the objective of eradicating speech which advocates racial and cultural hatred. The approach seems to be to read down freedom of expression to the extent necessary to accommodate the legislation prohibiting the speech in question.

Both the American and international approach recognize that freedom of expression is not absolute, and must yield in some circumstances to other values. The divergence lies in the way the limits are determined. On the international approach, the objective of suppressing hatred appears to be sufficient to override freedom of expression. In the United States, it is necessary to go much further and show clear and present danger before free speech can be overridden.

The *Charter* follows the American approach in method, affirming freedom of expression as a broadly defined and fundamental right, and contemplating balancing the values protected by and inherent in freedom of expression against the benefit conferred by the legislation limiting that freedom under s. 1 of the *Charter*. This is in keeping with the strong liberal tradition favouring free speech in this country—a tradition which had led

ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement;

- b) À déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités;
- c) À ne pas permettre aux autorités publiques ni aux institutions publiques, nationales ou locales, d'inciter à la discrimination raciale ou de l'encourager.

Ces instruments internationaux traduisent une conception de la liberté d'expression qui est bien différente de celle qui se dégage de la jurisprudence portant sur le Premier amendement américain. Les décisions internationales traduisent les priorités très explicitement exprimées dans ces documents en ce qui concerne les rapports entre la liberté d'expression et l'objectif d'éliminer le discours faisant appel à la haine raciale et culturelle. On semble donner à la liberté d'expression une interprétation suffisamment atténuée pour assurer la validité du texte législatif interdisant l'expression en question.

Les méthodes américaine et internationale reconnaissent l'une et l'autre que la liberté d'expression n'est pas absolue et doit dans certaines circonstances céder le pas à d'autres valeurs. La divergence tient au mode de détermination des limites. Suivant la méthode internationale, l'objectif de la suppression de la haine paraît suffisant pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression. Aux États-Unis, il faut aller plus loin et démontrer l'existence d'un danger clair et présent avant de pouvoir porter atteinte à la liberté d'expression.

La *Charte* adopte la méthode américaine, faisant de la liberté d'expression un droit fondamental de large portée et envisageant de soupeser d'une part, des valeurs protégées par la liberté d'expression et inhérentes à celle-ci et, d'autre part, l'avantage conféré par le texte législatif qui limite cette liberté en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cela est conforme à la solide tradition libérale en faveur de la liberté de parole dans notre

to conferring quasi-constitutional status on free expression in this country prior to any bill of rights or *Charter*. At the same time, the tests are not necessarily the same as in the United States.

Having reviewed the American and international experience on the subject of hate propaganda, I conclude with a brief history of the attempts to curb such expression in Canada.

Two crimes with ancient roots have been treated as being relevant to hate propaganda in Canada. In *Boucher v. The King*, *supra*, the Crown attempted to charge a Jehovah's Witness, who had accused Quebeckers and Catholics of persecuting the Witnesses, with the crime of seditious libel (currently s. 59 of the *Criminal Code*). This Court, however, held that intention to produce feelings of hatred and ill will between different classes of His Majesty's subjects fell short of seditious intent. Something more, such as intention to disturb order or to resist authority, was needed.

The other offence of general application that has been considered relevant to hate propaganda is that of spreading false news (currently s. 181 of the *Criminal Code*). This crime, which may be traced back to the offence *De Scandalis Magnatum* (1275), was originally intended to prohibit the spreading of false rumours that would sow discord between the King and great men of the realm. The same pamphlet that was adjudged not to be a seditious libel in *Boucher* was the subject of a prosecution for spreading false news in *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (Que. K.B.). The Court acquitted, holding that s. 181 was similarly circumscribed, and could not be applied to a pamphlet that was not intended to arouse disorder. More recently, however, s. 181 was applied to attacks on Jews that the accused was found to have known to be false in *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.). Its application to hate

pays—tradition qui a mené à attribuer un statut quasi constitutionnel à la libre expression avant toute déclaration des droits ou avant la *Charte*. Cependant, les critères appliqués ne sont pas nécessairement les mêmes qu'aux États-Unis.

Ayant présenté un aperçu de l'expérience américaine et internationale en matière de propagande haineuse, je termine par un bref historique des tentatives de restriction de ce genre d'expression au Canada.

Au Canada, deux crimes d'origine ancienne ont été jugés pertinents en matière de propagande haineuse. Dans l'affaire *Boucher v. The King*, précitée, le ministère public avait tenté d'inculper du crime de libelle séditionnel (prévu actuellement à l'art. 59 du *Code criminel*) un témoin de Jéhovah, qui reprochait aux Québécois et aux catholiques de persécuter les témoins de Jéhovah. Notre Cour a toutefois conclu que l'intention d'engendrer entre différentes classes des sujets de Sa Majesté des sentiments de haine et d'inimitié ne constituait pas une intention séditionnelle. Il en fallait davantage, par exemple, l'intention de troubler la paix publique ou de désobéir aux autorités publiques.

L'autre infraction d'application générale qui a été jugée pertinente en matière de propagande haineuse est celle de la diffusion de fausses nouvelles (prévue actuellement à l'art. 181 du *Code criminel*). La raison d'être initiale de ce crime, qui tire son origine de l'infraction *De Scandalis Magnatum* (1275), était de réprimer la diffusion de fausses rumeurs tendant à semer la discorde entre le roi et les grands du royaume. Le tract qui, dans l'affaire *Boucher*, avait été jugé ne pas constituer un libelle séditionnel, faisait l'objet de poursuites pour la diffusion de fausses nouvelles dans l'affaire *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (B.R. Qué.). La cour, concluant que la portée de l'art. 181 était circonscrite d'une façon analogue et ne pouvait s'appliquer à un tract qui n'était pas destiné à occasionner des désordres, a rendu un verdict d'acquiescement. Plus récemment, toutefois, dans l'affaire *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.), l'art. 181 a été appliqué dans le cas d'attaques contre les juifs que, a-t-on décidé, l'accusé savait fausses. Son application à la propagande haineuse, comme les infractions relatives à

propaganda, like the hate propaganda offences themselves, has been controversial.

These provisions, especially in light of the limiting court decisions, were regarded by many as being inadequate to deal with the perceived problem of hate propaganda. In response to the representations of various groups, and after a reported upsurge in neo-Nazi activity in the early 1960's in Canada, the U.S. and Britain, the Minister of Justice in 1965 set up a Special Committee to study hate propaganda (the Cohen Committee). The Committee reported in 1966, and recommended the addition of new offences to the *Criminal Code*. In 1970, after former Committee member Pierre-Elliott Trudeau had become Prime Minister, these recommendations were acted upon. The *Criminal Code* was amended by the addition of new offences of advocating genocide (s. 318), public incitement of hatred likely to lead to a breach of the peace (s. 319(1)), and wilful promotion of hatred (s. 319(2)).

Strategies for the curtailment of hate propaganda have not been confined to the *Criminal Code*. As far back as 1934, s. 19(1) of the *Manitoba Defamation Act*, R.S.M. 1987, c. D20 (then s. 13A of the *Manitoba Libel Act*), provided injunctive relief for members of a libelled racial or religious group, where such libel was "likely to expose persons belonging to the race, or professing the religious creed, to hatred, contempt or ridicule, and tend[ed] to raise unrest or disorder among the people". Subsequently, provisions with potential application to hate propaganda were included in various human rights statutes. The first of these was Ontario's *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, c. 51, s. 1, which prevented the publication or display of "any notice, sign, symbol, emblem or other representation indicating discrimination or an intention to discriminate against any person or any class of persons for any purpose because of the race or creed of such person or class of persons". Gradually, all Canadian jurisdictions enacted comparable provisions, the most recent and far-reaching of these being s. 13 of the

la propagande haineuse elles-mêmes, est controversée.

Ces dispositions, compte tenu surtout de la jurisprudence qui vient en limiter la portée, ont été jugées insuffisantes par beaucoup pour faire face au problème que semblait poser la propagande haineuse. En réaction aux arguments avancés par différents groupes et à la suite de ce qu'on disait être un accroissement d'activités néo-nazies au début des années 60 au Canada, aux États-Unis et en Grande-Bretagne, le ministre de la Justice a établi en 1965 un comité spécial chargé d'étudier la propagande haineuse (le comité Cohen). Dans son rapport, produit en 1966, le comité a recommandé que de nouvelles infractions soient ajoutées au *Code criminel*. En 1970, après que Pierre-Elliott Trudeau, ancien membre du comité, fut devenu Premier ministre, on a donné suite à ces recommandations. On a donc ajouté au *Code criminel* les nouvelles infractions d'encouragement au génocide (art. 318), d'incitation publique à la haine susceptible d'entraîner une violation de la paix (par. 319(1)) et de fomentation volontaire de la haine (par. 319(2)).

Les stratégies visant à enrayer la propagande haineuse ne se limitent pas au *Code criminel*. En 1934 déjà, le par. 19(1) de la *Loi sur la diffamation* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. D20 (alors l'art. 13A de la *Libel Act* du Manitoba), prévoyait une réparation sous forme d'injonction pour les membres d'un groupe racial ou religieux visé, lorsque la diffamation était «de nature à exposer à la haine, à l'outrage ou au ridicule les personnes appartenant à cette race ou professant cette croyance, et susceptible de provoquer l'inquiétude ou le désordre parmi la population». Par la suite, des dispositions pouvant théoriquement s'appliquer à la propagande haineuse ont été incluses dans diverses lois relatives aux droits de la personne. La première de ces lois a été la *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, ch. 51, art. 1, de l'Ontario, qui interdisait de publier ou d'exposer [TRADUCTION] «des affiches, des écriteaux, des insignes, des emblèmes, des symboles ou autres représentations indiquant une discrimination ou une intention de discrimination à quelque fin que ce soit à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes en

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33 (now R.S.C., 1985, c. H-6) which is under attack in the companion appeal of *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

The provisions in the provincial Acts prohibiting the publication of a "notice, sign, symbol, emblem or other representation" apply paradigmatically to signs with messages such as "No Blacks Allowed". Some attempt has been made to apply them to hate propaganda, but the courts have foreclosed such a broad interpretation. Application of the Manitoba provision to a series of allegedly discriminatory newspaper articles was rejected in *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474 (Man. Q.B.), and an editorial in a student newspaper (including cartoons) that was offensive to women was held not to be a "representation" within the meaning of s. 14(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604 (Sask. C.A.), leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. xiv. Besides being limited in scope, many of these provisions contain an exemption for "free speech" or "free expression of opinion": see, e.g., *The Saskatchewan Human Rights Code*, s. 14(2).

Section 13 of the federal Act is unique among human rights provisions. It declares to be a discriminatory practice the repeated communication by telephone of "any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination". It contains no explicit exemption for free speech or expression. Enforcement is by "cease and desist" order registrable with the

raison de la race ou des croyances de cette personne ou catégorie de personnes». Graduellement, tous les ressorts canadiens ont adopté des dispositions analogues, dont la plus récente et celle qui a la portée la plus large est l'art. 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 (maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6), contesté dans le pourvoi connexe *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Les dispositions de lois provinciales interdisant de publier «des affiches, des écriteaux, des insi- gnes, des emblèmes, des symboles ou autres repré- sentations» s'appliquent par définition à des écrit- eux portant des inscriptions telles que «Interdit aux Noirs». On a essayé de les appliquer à la propagande haineuse, mais les tribunaux ont rejeté une interprétation aussi large. Dans l'affaire *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474 (B.R. Man.), la disposition manitobaine a été jugée inapplicable à une série d'articles de jour- naux allégués discriminatoires et un éditorial (avec caricatures) injurieux envers les femmes publié dans un journal étudiant a été jugé ne pas constituer une [TRADUCTION] «représentation» au sens du par. 14(1) du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, dans la déci- sion *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. xiv. Outre qu'el- les sont d'une portée limitée, nombre de ces dispo- sitions prévoient une exception pour la «liberté de parole» ou pour la «libre expression d'opinions»: voir, par exemple, le *Saskatchewan Human Rights Code*, par. 14(2).

L'article 13 de la loi fédérale est unique parmi les dispositions relatives aux droits de la personne. Il porte que constitue un acte discriminatoire le fait d'utiliser un téléphone de façon répétée pour aborder «des questions susceptibles d'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe identifiable pour un motif de distinction illicite». Il ne contient aucune excep- tion explicite pour la liberté de parole ou d'expres- sion. Son application est assurée au moyen d'une

Federal Court, which, if violated, can give rise to contempt proceedings.

II. *The Scope of Section 2(b) of the Charter*

Section 2(b) of the *Charter* guarantees freedom of thought, belief, opinion and expression in this country. It does so in broad terms. The question addressed under this heading is whether s. 319(2) of the *Criminal Code* introduces a limit on this broadly defined freedom.

I turn first to the legal principles governing the construction of s. 2(b) of the *Charter*. The theme established in *Dolphin Delivery* and the cases that followed was two-fold. The guarantee of freedom of expression in the *Charter* would be viewed in the light of the "large and liberal" interpretation which its history justifies and which is properly accorded to *Charter* rights. At the same time, freedom of expression was not absolute. It may be required to give way to other rights and interests in certain situations.

A series of decisions in this Court have addressed the implications of these propositions. What is the scope of the *Charter* guarantee of freedom of expression? What sorts of expression does it apply to? When can it be defeated by other rights or interests?

The Court has accorded a broad scope to s. 2(b). To begin with, it has defined "expression" broadly. All activities which convey or attempt to convey meaning *prima facie* fall within the scope of the guarantee: *Irwin Toy*, per Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ. Secondly, it has held that the guarantee applies regardless of the nature of the content of the expression. The nature of the content of expression can never function to exclude it from the protection of the *Charter*. As stated in *Irwin Toy* (at pp. 968-69):

Freedom of expression was entrenched in our Constitution . . . so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream.

ordonnance «d'interdit» qui peut être enregistrée auprès de la Cour fédérale et dont la violation peut donner lieu à des procédures pour outrage au tribunal.

^a II. *La portée de l'al. 2b) de la Charte*

L'alinéa 2b) de la *Charte* garantit dans notre pays la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. Il le fait dans des termes larges. La question que nous abordons sous cette rubrique est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* impose une limite à cette liberté de large portée.

Je commence par les principes juridiques régissant l'interprétation de l'al. 2b) de la *Charte*. Le principe posé dans l'arrêt *Dolphin Delivery* et dans les arrêts subséquents comporte deux volets. La garantie de liberté d'expression énoncée dans la *Charte* est considérée selon l'interprétation «large et libérale» qui est justifiée par son histoire et qu'il convient de donner aux droits conférés par la *Charte*. La liberté d'expression n'est toutefois pas absolue. Elle peut devoir céder le pas à d'autres droits et intérêts dans certaines situations.

Une suite d'arrêts de notre Cour traite des implications de ces propositions: Quelle est la portée de la liberté d'expression garantie par la *Charte*? À quelles sortes d'expressions s'applique-t-elle? Dans quelles circonstances d'autres droits ou intérêts l'emportent-ils?

Notre Cour a donné à l'al. 2b) une large portée. Tout d'abord, elle a donné une définition large au terme «expression». Toutes les activités qui transmettent ou tentent de transmettre une signification relèvent à première vue de la garantie: *Irwin Toy*, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Deuxièmement, elle a dit que la garantie s'applique indépendamment de la nature du contenu de l'expression. La nature de son contenu ne peut jamais entraîner l'exclusion de l'expression de la protection de la *Charte*. Comme on le dit dans l'arrêt *Irwin Toy*, aux pp. 968 et 969:

La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [. . .] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles.

We cannot . . . exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. [Emphasis added.]

Similarly, Lamer J. states in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1180:

Activities cannot be excluded from the scope of guaranteed freedom of expression on the basis of the content or meaning conveyed.

At the same time, the Court has affirmed that freedom of speech is not absolute. It may properly be limited. There are several ways in which it can be limited. First, there are forms of expression which can be distinguished from content and which may be excluded from the scope of s. 2(b) of the *Charter*. In *Dolphin Delivery* it was suggested, in *obiter dicta*, that violence and threats of violence would be excluded from the protection offered by s. 2(b). And in *Irwin Toy*, at p. 970, this Court stated that "a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen".

Second, s. 2(b) is violated only if it can be shown that the purpose or effect of the government action in question (in this case s. 319(2) of the *Criminal Code*) was to restrict freedom of expression. Where the government's aim was not to limit freedom of expression, and this is but an incident of its attempt to accomplish another goal, then the person complaining of the infringement must show that its effect was to infringe his constitutional freedom. Here the composite rationale for freedom of expression suggested by Emerson and others has been given a limited role. To make out a violation of s. 2(b) where the government infringement of expression is incidental to its pursuit of another goal, a complainant must show that one of the suggested values underlying the guarantee is infringed; these being three. First "seeking and attaining the truth is an inherently good activity." Second, "participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged."

Nous ne pouvons [. . .] écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. [Je souligne.]

De même, le juge Lamer affirme dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1180:

Des activités ne peuvent être exclues du champ de la liberté d'expression garantie en raison du message ou du contenu transmis.

Notre Cour a affirmé aussi que la liberté d'expression n'est pas absolue. On peut légitimement y imposer des restrictions, ce qui peut se faire de plusieurs manières. En premier lieu, certaines formes d'expression peuvent être distinguées de leur contenu et exclues du champ de l'al. 2b) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, on a indiqué dans des opinions incidentes que la violence et les menaces de violence seraient exclues de la protection de l'al. 2b). En outre, dans l'arrêt *Irwin Toy*, à la p. 970, notre Cour affirme que «l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi».

En deuxième lieu, il n'y a violation de l'al. 2b) que si l'on peut démontrer que l'acte gouvernemental en cause (en l'occurrence le par. 319(2) du *Code criminel*) a pour objet ou pour effet de limiter la liberté d'expression. Dans un cas où le gouvernement ne vise pas à imposer des restrictions à la liberté d'expression et ne le fait qu'accessoirement à sa tentative d'atteindre un autre but, alors la personne qui se plaint de la violation est tenue de prouver que cela a eu pour effet de porter atteinte à la liberté que lui garantit la Constitution. En l'espèce, la justification composite de la liberté d'expression, proposée notamment par Emerson, s'est vu attribuer un rôle limité. Pour établir la violation de l'al. 2b) lorsque l'atteinte par le gouvernement à la liberté d'expression est accessoire à sa recherche d'un autre but, il incombe au plaignant de prouver l'atteinte à une des valeurs données pour sous-jacentes à la garantie. Ces valeurs sont au nombre de trois. D'abord, «la recherche de

Third, "the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed": *Irwin Toy*, at p. 976. Thus a government action not aimed at suppressing free expression will constitute a violation only if the complainant can show that one of these values is implicated in protecting his or her expression.

Applying these principles, the first step in an analysis under s. 2(b) of the *Charter* is to determine whether the impugned activity or legislation, given its form and content, lies within the sphere of conduct protected by the guarantee of freedom of expression. If it does, the next step is to determine whether the purpose or effect of the government action is to restrict freedom of expression. If the answers to both these questions are affirmative, a breach of the section is established and it is necessary to consider whether the government action or legislation is saved under s. 1 of the *Charter*.

I turn then to the question of whether the expression here at issue falls within the sphere of conduct protected by the guarantee of freedom of expression in the *Charter*. As this Court has repeatedly affirmed, the content of a statement cannot deprive it of the protection accorded by s. 2(b), no matter how offensive it may be. The content of Mr. Keegstra's statements was offensive and demeaning in the extreme; nevertheless, on the principles affirmed by this Court, that alone would appear not to deprive them of the protection guaranteed by the *Charter*.

Three arguments are advanced in support of the proposition that statements violating s. 319(2) do not fall within the sphere of protection accorded to freedom of speech by s. 2(b) of the *Charter*. The first is the argument that the form of the statements is not protected because they are akin to violence or threats of violence and are thus excluded from s. 2(b). The second is the submission that,

la vérité est une activité qui est bonne en soi». Deuxièmement, «la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée». Troisièmement, «la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné»: *Irwin Toy*, à la p. 976. Un acte gouvernemental qui ne vise pas à supprimer la liberté d'expression ne constitue donc une violation que si le plaignant peut démontrer qu'une de ces valeurs entre en jeu pour protéger son expression.

Dans l'application de ces principes, l'étape initiale d'une analyse fondée sur l'al. 2b) de la *Charte* consiste à déterminer si l'acte ou le texte législatif attaqué, compte tenu de sa forme et de son contenu, relève du champ de la conduite protégée par la garantie de liberté d'expression. Dans l'affirmative, il faut se demander ensuite si l'acte gouvernemental a pour objet ou effet de restreindre la liberté d'expression. Si la réponse à ces deux questions est affirmative, la violation de l'alinéa est établie et il faut examiner si l'acte gouvernemental ou le texte législatif est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Ceci m'amène d'abord à la question de savoir si l'expression en cause dans ce pourvoi relève du champ de la conduite protégée par la garantie de liberté d'expression énoncée dans la *Charte*. Comme l'a affirmé notre Cour à maintes reprises, le contenu d'une déclaration ne peut la priver de la protection de l'al. 2b), si offensant qu'il puisse être. Le contenu des assertions de M. Keegstra est extrêmement offensant et avilissant; néanmoins, suivant les principes posés par notre Cour, cela ne semble pas suffisant pour leur faire perdre la protection garantie par la *Charte*.

Trois arguments sont avancés pour soutenir que des déclarations qui enfreignent le par. 319(2) ne relèvent pas de la sphère de protection donnée à la liberté d'expression par l'al. 2b) de la *Charte*. Le premier argument est que la forme des déclarations n'est pas protégée parce qu'elles s'apparentent à de la violence ou à des menaces de violence et sont en conséquence exclues de l'application de

for a variety of reasons including other provisions of the *Charter* and Canada's international obligations, s. 2(b) should be construed as not extending to this type of speech. The third is the argument that the promotion of hatred is evil and of no redeeming value and hence not worthy of protection. I shall consider each of these arguments in turn.

A. The Argument Based on Violence

The first argument is that promoting hatred is equivalent to threats of violence and hence assumes a form which falls outside the protected sphere of s. 2(b). As already noted, this Court held in *Dolphin Delivery*, *supra*, that freedom of expression does not extend to protect threats or acts of violence. Relying on this jurisprudence, it was argued before us that in so far as Mr. Keegstra's statements promote hatred, they are analogous to threats of violence and are therefore not protected.

This argument depends on an extension of the category of exceptions to s. 2(b), since it is plain that Mr. Keegstra's statements constituted neither a "threat" nor an "act of violence." "Threat" is defined in *Mozley & Whiteley's Law Dictionary* (10th ed. 1988), as follows:

Any menace of such a nature and extent as to unsettle the mind of the person on whom it operates, and to take away from his acts that free voluntary action which alone constitutes consent.

While many may find Mr. Keegstra's ideas unsettling, it is not suggested that they are made with the intention or have the effect of compelling Jewish people or anyone else to do one thing or another. Nor do they urge violence against the Jewish people. This was the context in which "threat" was used in *Dolphin Delivery*. Mr. Keegstra's communications were offensive and propagandistic, but they did not constitute threats in the usual sense of that word.

l'al. 2b). Le deuxième argument consiste à dire que, pour diverses raisons et notamment à cause d'autres dispositions de la *Charte* et des obligations internationales du Canada, l'al. 2b) ne devrait pas s'interpréter comme couvrant ce type d'expression. Selon le troisième argument, la fomentation de la haine est un acte répréhensible qui est dépourvu de toute valeur pouvant le racheter et qui ne mérite donc aucune protection. J'examine à tour de rôle chacun de ces arguments.

A. L'argument relatif à la violence

Selon le premier argument, la fomentation de la haine équivaut à des menaces de violence et revêt ainsi une forme qui est exclue du champ de protection de l'al. 2b). Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, notre Cour a jugé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, que la liberté d'expression ne va pas jusqu'à protéger les menaces ou les actes de violence. On a fait valoir, sur le fondement de cette jurisprudence, que, dans la mesure où elles fomentent la haine, les déclarations de M. Keegstra s'apparentent à des menaces de violence et, par conséquent, ne sont pas protégées.

Cet argument exige l'élargissement de la catégorie des exceptions à l'al. 2b), car il est évident que les déclarations de M. Keegstra ne sont ni une «menace» ni un «acte de violence». La «menace» est ainsi définie dans *Mozley & Whiteley's Law Dictionary* (10^e éd. 1988):

[TRADUCTION] Toute menace qui, par sa nature et sa portée, trouble l'esprit de la personne visée et enlève à ses actes le caractère libre et volontaire qui seul constitue le consentement.

Quoique beaucoup puissent trouver inquiétantes les idées de M. Keegstra, on ne prétend pas qu'elles sont avancées avec l'intention, ou qu'elles ont pour effet, d'astreindre les juifs ou qui que ce soit d'autre à une certaine conduite. Elles n'incitent pas non plus à la violence contre les juifs. Or, c'était le contexte dans lequel le terme «menace» avait été employé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*. Les communications de M. Keegstra sont offensantes et tiennent de la propagande, mais elles ne constituent pas des menaces au sens courant du terme.

Nor do Mr. Keegstra's words fulfill the requirement of violence. The primary meaning of the word "violence" according to the *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1987) is "[t]he exercise of physical force so as to inflict injury on or damage to persons or property." This is the sense in which the term was used in *Dolphin Delivery*, as is evident from the following passage at p. 588:

That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence. It would not protect the destruction of property, or assaults, or other clearly unlawful conduct.

Violence as discussed in *Dolphin Delivery* and *Irwin Toy* connotes actual or threatened physical interference with the activities of others.

I conclude that Keegstra's statements do not constitute either violence or threats of violence. This leaves for consideration the alternative argument that statements calculated to promote hatred are akin to threats of violence and should be excluded from s. 2(b) on this ground.

In general, I would be reluctant to widen an exception to a *Charter* right or freedom, absent a clear showing of social or logical necessity. Such a necessity is present in the case of violence or threats of violence. Is this equally present in the case of hate propaganda?

I think not. The justification for excluding violence as a protected form of expression is not just that violence is harmful to the victim, it is rather that violence is inimical to the rule of law on which all rights and freedoms depend. Threats of violence are similarly inimical. They are coercive, taking away free choice and undermining freedom of action. Most fundamentally, they undercut one of the essential justifications of free expression—the role of free expression in enhancing the freedom to choose between ideas (the argument based on truth) or between courses of conduct (the argument based on democracy). Being antithetical to

Les propos de M. Keegstra ne revêtent pas davantage le caractère de la violence. En effet, d'après le *Shorter Oxford English Dictionary* (3^e éd. 1987), le mot violence a pour sens principal ^a [TRADUCTION] «l'usage de la force physique de manière à infliger des lésions à des personnes ou des dommages à des biens». C'est dans cette acception que le mot est employé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, comme l'indique clairement le passage ^b suivant, à la p. 588:

Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale. ^c

La violence dont parlent les arrêts *Dolphin Delivery* et *Irwin Toy* connote une ingérence ou une menace d'ingérence matérielle réelle dans les activités d'autrui. ^d

J'en conclus que les déclarations de M. Keegstra ne constituent ni de la violence ni des menaces de violence. Reste donc à examiner l'argument subsidiaire que des déclarations destinées à fomenter la haine s'apparentent à des menaces de violence et devraient pour ce motif être exclues du champ d'application de l'al. 2b). ^e

D'une manière générale, en l'absence de démonstration claire d'une nécessité sociale ou logique, j'hésiterais à élargir la portée d'une exception à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Cette nécessité existe quand il y a de la violence ou des menaces de violence. Mais existe-t-elle également dans le cas de la propagande haineuse? ^f

Je ne le crois pas. Que la violence soit exclue des formes d'expression protégées se justifie non pas simplement par le fait que la violence est préjudiciable à la victime, mais plutôt par le fait qu'elle est contraire à la notion de primauté du droit dont dépendent tous les droits et libertés. Il en va de même des menaces de violence. Coercitives, ces menaces détruisent le libre choix et sapent la liberté d'action. Mais plus fondamentalement, elles sapent l'une des justifications essentielles de la libre expression, c'est-à-dire le rôle de la libre expression dans la promotion de la liberté de choisir entre différentes idées (l'argument relatif à la

the values underlying the guarantee of free expression, it is logical and appropriate that violence and threats of violence be excluded from its scope.

How does promotion of hatred compare? In some contexts, it is not inimical to the workings of democracy. For example, in the heat of political debate protagonists frequently make overstated attacks that could easily be described as “promoting hatred”. Opponents are called incompetent, or corrupt, or unintelligent—or worse. Groups of opponents—for example, cabinet ministers or members of the opposing party—may be categorically vilified. Yet, even assuming an intention to promote hatred of members of those groups or the foresight that hatred may result, there is nothing in the form of such statements which subverts democracy or our basic freedoms in the way in which violence or threats of violence may. There may of course be a world of difference between such statements and expression covered by s. 319(2), but that is a difference of content, not form.

It has been suggested that hate propaganda undermines the guarantee of free expression by attacking the credibility of speakers belonging to vilified groups, thereby reducing their ability to effectively communicate: see A. Fish, “Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences” (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111. There are several difficulties with this argument. The first is that it rests on the assumption that freedom of expression includes the right to be believed. I know of no historical or philosophical basis for such a proposition. The underlying assumption of the “marketplace of ideas” justification for free speech as well as the justification on political grounds is that many ideas will be rejected. Even the rationale of self-actualization does not support a right to be considered or believed. Freedom of expression guarantees the right to

vérité) ou entre différentes lignes de conduite (l’argument relatif à la démocratie). Comme elles sont diamétralement opposées aux valeurs sous-tendant la garantie de la liberté d’expression, il est logique et convenable que la violence et les menaces de violence ne soient pas comprises dans le champ de la garantie.

Qu’en est-il de la fomentation de la haine? Dans certains contextes, elle ne nuit aucunement au bon fonctionnement de la démocratie. Par exemple, dans le feu d’un débat politique, les protagonistes livrent souvent des attaques outrées qu’on pourrait facilement décrire comme «fomentant la haine». On traite ses adversaires d’incompétents, de corrompus ou d’imbéciles—ou pis encore. Des groupes d’adversaires—par exemple les membres du cabinet ou du parti opposé—peuvent être vilipendés sans ménagement. Pourtant, même à supposer l’existence d’une intention de fomenter la haine contre les membres de ces groupes ou même la prévision que la haine peut en résulter, rien dans la forme de ces déclarations ne subvertit la démocratie ou nos libertés fondamentales de la manière que peuvent le faire la violence ou les menaces de violence. Il peut évidemment y avoir une différence énorme entre de telles déclarations et l’expression visée au par. 319(2), mais il s’agit d’une différence de contenu plutôt que de forme.

On a prétendu que la propagande haineuse mine la garantie de liberté d’expression en attaquant le crédit de membres de groupes vilipendés qui s’expriment, nuisant ainsi à leur capacité de communiquer efficacement: voir A. Fish, «Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences» (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111. Cet argument présente plusieurs difficultés. En premier lieu, il repose sur la supposition que la liberté d’expression comporte le droit d’être cru. Or, je ne connais aucun fondement historique ou philosophique à cette proposition. Le postulat de la justification de la liberté d’expression fondée sur le «marché des idées», et de la justification fondée sur des considérations d’ordre politique, est qu’un grand nombre d’idées seront rejetées. Même la justification qu’est l’épanouissement personnel ne fonde pas un droit à être entendu et cru. La liberté

loose one's ideas on the world; it does not guarantee the right to be listened to or to be believed.

A second difficulty with this argument is that it would justify the suppression of much valuable expression. It is impossible to imagine a vigorous political debate on a contentious issue in which the speakers did not seek to undermine the credibility of the ideas, conclusions and judgment of their opponents. Yet such debate is essential to the maintenance and functioning of our democratic institutions. In support of this argument, it might be asserted that justifiable speech should be confined to rational argument on the issues and should not extend to non-rational attacks on credibility. But who is to decide what is rational argument and what is not? Furthermore, it should be permissible in vigorous debate to go beyond rational arguments on the merits and attack the credibility of one's opponent. Lack of credibility in the proponent of an idea is an important and justifiable reason for rejecting a position. In short, to suggest that speech which undermines the credibility of speakers belonging to particular groups does not fall within s. 2(b) of the *Charter*, is to remove from the protection of the *Charter* an enormous amount of speech which has long been accepted as important and valuable. I cannot accept that s. 2(b) should be so limited.

I conclude that statements promoting hatred are not akin to violence or threats or violence, and that the argument that they should for this reason be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Charter* should be rejected.

B. The Construction Arguments

These submissions urge that s. 2(b) of the *Charter* should not be construed as extending to statements which offend s. 319(2) of the *Criminal Code*. The arguments are founded on three distinct considerations: s. 15 of the *Charter*; s. 27 of the *Charter*; and Canada's international obligations.

d'expression garantit le droit de diffuser ses idées; elle ne garantit pas le droit d'être écouté ou cru.

Une deuxième difficulté présentée par cet argument est qu'elle justifierait la suppression d'une expression très utile. Il est impossible de concevoir un vif débat politique sur une question controversée dans lequel les participants ne tentent pas de faire douter de la crédibilité des idées, des conclusions et du jugement de leurs adversaires. Ce genre de débat est pourtant indispensable au maintien et au bon fonctionnement de nos institutions démocratiques. On pourrait affirmer à l'appui de cet argument que l'expression justifiable devrait se limiter à la discussion rationnelle des questions faisant l'objet du débat et ne devrait pas s'étendre à des attaques irrationnelles contre la crédibilité de l'adversaire. Mais à qui de décider ce qui est ou ce qui n'est pas une discussion rationnelle? De plus, il devrait être permis dans le cadre d'un débat vif de ne pas se borner à des arguments rationnels sur le fond et d'attaquer le crédit de son adversaire. Le manque de crédibilité du tenant d'une idée est un motif important et justifiable de rejeter son point de vue. Bref, prétendre que l'al. 2b) de la *Charte* ne s'applique pas à l'expression qui mine le crédit de personnes qui s'expriment appartenant à des groupes déterminés revient à priver de la protection de la *Charte* une quantité énorme d'expressions dont l'importance et la valeur sont reconnues depuis longtemps. Je ne puis admettre que la portée de l'al. 2b) soit ainsi limitée.

Je conclus que les déclarations fomentant la haine ne s'apparentent pas à la violence ni à des menaces de violence et qu'il y a lieu de rejeter l'argument tendant à les exclure pour cette raison de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*.

B. Les arguments tenant à l'interprétation

Suivant ces arguments, l'al. 2b) de la *Charte* ne doit pas s'interpréter comme s'appliquant aux déclarations qui contreviennent au par. 319(2) du *Code criminel*. Ces arguments sont fondés sur trois considérations distinctes: l'art. 15 de la *Charte*; l'art. 27 de la *Charte*; et les obligations internationales du Canada.

(1) *The Argument Based on Section 15 of the Charter*

The first argument is that the scope of s. 2(b) is diminished by s. 15 of the *Charter*. This argument is based on the principle of construction that where possible, the provisions of a statute should be read together so as to avoid conflict. The guarantee of equality in s. 15, it is submitted, is offended by speech which denigrates a particular ethnic or religious group. The competing values reflected by the two sections might therefore be reconciled by informing the content of s. 2(b) with the values of s. 15. Accordingly, the freedom of expression guarantee should be read down to exclude from protected expression statements whose content promotes such inequality.

It is important initially to define the nature of the potential conflict between s. 2(b) and s. 15 of the *Charter*. This is not a case of the collision of two rights which are put into conflict by the facts of the case. There is no violation of s. 15 in the case at bar, since there is no law or state action which puts the guarantee of equality into issue. The right granted by s. 15 is the right to be free from inequality and discrimination effected by the state. That right is not violated in the case at bar. The conflict, then, is not between rights, but rather between philosophies.

There are two significant considerations which militate against an acceptance of the argument based on s. 15. First, it is important to consider the nature of the two guarantees in question. On the one hand, s. 2(b) confers on each individual freedom of expression, unconstrained by state regulation or action, and subject only to a possible limitation under s. 1. On the other hand s. 15 grants the right to be free from inequality and discrimination effected by the state. Given that the protection under s. 2(b) is aimed at protecting individuals from having their expression infringed by the government, it seems a misapplication of *Charter* values to thereby limit the scope of that individual guarantee with an argument based on s. 15, which is also aimed at circumscribing the power of the state.

(1) *L'argument fondé sur l'art. 15 de la Charte*

Le premier argument allègue que l'art. 15 de la *Charte* vient limiter la portée de l'al. 2b). Cet argument est fondé sur le principe d'interprétation selon lequel les dispositions d'une loi doivent, autant que faire se peut, être interprétées ensemble afin d'éviter les conflits. L'expression qui dénigre un groupe ethnique ou religieux particulier, prétend-on, viole la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15. Les valeurs concurrentes des deux articles peuvent donc être conciliées en insufflant au contenu de l'al. 2b) les valeurs de l'art. 15. Cela étant, la garantie de liberté d'expression doit recevoir une interprétation restreinte de manière à exclure de la catégorie de l'expression protégée les déclarations dont le contenu favorise ce genre d'inégalité.

Il importe de préciser au départ la nature du conflit potentiel entre l'al. 2b) et l'art. 15 de la *Charte*. Ce n'est pas un cas de collision entre deux droits qu'un cas précis fait entrer en conflit. Il n'y a pas de violation de l'art. 15 en l'espèce puisque aucune loi ni aucun acte de l'État ne met en cause la garantie d'égalité. Le droit conféré par l'art. 15 c'est celui d'être à l'abri de toute inégalité ou discrimination infligée par l'État. Ce droit n'a pas été violé en l'espèce. Ce dont il s'agit n'est donc pas un conflit entre des droits, mais bien entre des philosophies.

Deux considérations importantes militent contre l'argument fondé sur l'art. 15. D'abord, il est important de tenir compte de la nature des deux garanties en cause. D'une part, l'al. 2b) confère à chacun la liberté d'expression, non restreinte par la réglementation ou l'action gouvernementale, et il n'est assujéti qu'à une restriction éventuelle en vertu de l'article premier. D'autre part, l'art. 15 confère le droit de ne pas être assujéti à l'inégalité et à la discrimination qui serait le fait de l'État. Vu que la protection en vertu de l'al. 2b) vise à protéger les individus contre l'atteinte à leur liberté d'expression par le gouvernement, ce serait une application erronée des valeurs de la *Charte* de limiter la portée de la garantie donnée à l'individu avec une argumentation fondée sur l'art. 15 qui vise également à circonscrire les pouvoirs de l'État.

I do not mean to suggest that different sections of the *Charter* are irrelevant to the task of defining the content of individual guarantees. Indeed, the principles underlying its various provisions reflect many of the fundamental values of Canadian society. In some instances, interpretation of a particular section may be aided by relying on the values expressed in other provisions to place the guarantee in question in its proper historical and philosophical light. In the present case, however, I do not agree that the protection s. 15 provides against government action should be used to erode the scope of protection provided for an individual's expression.

This conclusion is supported by a second factor which weighs against limiting the scope of freedom of expression on the basis of the guarantee of s. 15. The cases where this Court has considered the meaning of s. 2(b) have expressly rejected the suggestion that certain statements should be denied the protection of the guarantee on the basis of their content. This Court has repeatedly affirmed that no matter how offensive or disagreeable the content of the expression, it cannot on that account be denied protection under s. 2(b) of the *Charter*: *Irwin Toy* and *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*. The argument based on s. 15 is clearly opposed to this principle, as it suggests that protection be denied expression whose content conflicts with the values underlying the s. 15 guarantee.

Even if these difficulties could be surmounted, one would be faced with the prospect of cutting back a freedom guaranteed by the *Charter* on the basis that the exercise of the freedom may run counter to the philosophy behind another section of the *Charter*. Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, discusses the impossibility of deciding between competing values under the *Charter* in the abstract, and emphasizes the need to weigh conflicting values in the factual context of the case. The exercise of weighing s. 2(b) of the *Charter* against s. 15 would pose just such difficulties. The alleged breach of s. 2(b) can be placed in a factual context. But since there is no breach of s. 15, the

Je ne veux pas dire par là que divers articles de la *Charte* sont sans pertinence dans la tâche de définition du contenu des garanties individuelles. En fait, les principes sous-tendant ses diverses dispositions reflètent de nombreuses valeurs fondamentales de la société canadienne. Dans certains cas, l'interprétation d'un article donné peut être facilitée par le recours aux valeurs exprimées dans d'autres dispositions afin de placer la garantie en cause dans une perspective historique et philosophique appropriée. En l'espèce, je ne suis pas d'accord pour dire que la protection fournie par l'art. 15 contre l'action gouvernementale devrait être utilisée pour éroder la protection donnée à l'expression individuelle.

Cette conclusion est étayée par un second facteur qui milite contre une restriction de la portée de la liberté d'expression qui serait fondée sur la garantie de l'art. 15. Les arrêts dans lesquels la Cour a étudié le sens de l'al. 2b) ont expressément rejeté l'idée que certaines déclarations devraient être privées de la protection en raison de leur contenu. Notre Cour a affirmé plusieurs fois que, si offensant ou déplaisant que soit le contenu de l'expression, ce n'est pas une raison de lui retirer la protection de l'al. 2b) de la *Charte*: *Irwin Toy* et *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précités. L'argument fondé sur l'art. 15 s'oppose clairement à ce principe car il propose de priver de protection l'expression dont le contenu est en conflit avec les valeurs sous-tendant la garantie de l'art. 15.

S'il était possible de surmonter ces difficultés, on se trouverait devant la perspective de la réduction d'une liberté garantie par la *Charte*, pour la raison que l'exercice de cette liberté peut aller à l'encontre de la philosophie qui sous-tend un autre article de la *Charte*. Le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, traite de l'impossibilité de faire un choix dans l'abstrait entre des valeurs concurrentes consacrées dans la *Charte* et elle souligne la nécessité d'apprécier les valeurs opposées dans le contexte de l'affaire. C'est précisément ce genre de difficultés qui surgiraient si on soupe-sait l'al. 2b) de la *Charte* et l'art. 15. La violation alléguée de l'al. 2b) peut être placée dans un

value to be weighed on that side of the balance cannot be placed in a factual context. This would render the exercise of balancing the conflicting values extremely difficult.

Assuming such balancing were to be done, the further question would arise of whether it would more appropriately take place under s. 1 than under s. 2(b). The rejection by the Court of narrowing the scope of s. 2(b) on the basis of content in cases such as *Irwin Toy*, the contextual considerations raised by Wilson J. in *Edmonton Journal*, and consideration of where the burden of proof should lie in restricting rights and freedoms—all these suggest that restrictions on the broad definition of free expression found in s. 2(b) may well be more appropriately made under s. 1.

I conclude that this Court should not reduce the scope of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* because of s. 15 of the *Charter*.

(2) *The Argument Based on Section 27 of the Charter*

Section 27 states that the *Charter* shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians. Similar considerations apply here as applied to the argument based on s. 15 of the *Charter*. As in the case of the s. 15 argument, there is no conflict of rights, s. 27 embodying not a right or freedom but a principle of construction. As in the case of the s. 15 argument, the submission under s. 27 amounts to advocating that certain statements be denied protection under s. 2(b) because of their content, an approach which this court has rejected. Using s. 27 to limit the protection guaranteed by s. 2(b) is likewise subject to the objection that it would leave unprotected a large area of arguably legitimate social and political debate. All this is not to mention the difficulty of

contexte factuel. Mais comme il n'y a aucune violation de l'art. 15, l'autre valeur à soupeser ne peut être placée dans un contexte factuel. Cela rendrait extrêmement difficile l'évaluation relative des valeurs opposées.

À supposer que cette évaluation se fasse, se poserait alors la question de savoir s'il conviendrait mieux de la faire en vertu de l'article premier qu'en vertu de l'al. 2b). Le refus de notre Cour de réduire la portée de l'al. 2b) en raison du contenu, dans des arrêts comme *Irwin Toy*, les considérations d'ordre contextuel invoquées par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal* et la question de savoir à qui devrait incomber le fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit de restreindre des droits et libertés, sont autant de facteurs qui indiquent qu'il convient peut-être mieux en effet que ce soit en vertu de l'article premier qu'on impose des restrictions à la définition large de liberté d'expression qu'on trouve à l'al. 2b).

Je conclus que notre Cour ne devrait pas se fonder sur l'art. 15 de la *Charte* pour réduire la portée de l'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte*.

(2) *L'argument fondé sur l'art. 27 de la Charte*

Aux termes de l'art. 27, toute interprétation de la *Charte* doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Les considérations applicables à cet argument sont semblables à celles appliquées à celui fondé sur l'art. 15 de la *Charte*. Pas plus que dans le cas de l'argument fondé sur l'art. 15, il ne s'agit ici d'un conflit de droits, car l'art. 27 ne confère pas un droit ou une liberté mais énonce un principe d'interprétation. Et comme dans le cas de l'argument fondé sur l'art. 15, le moyen fondé sur l'art. 27 revient à proposer que la protection de l'al. 2b) soit refusée à certaines déclarations à cause de leur contenu, idée qui a été rejetée par notre Cour. Le recours à l'art. 27 pour limiter la protection garantie par l'al. 2b) donne également prise à l'objection que cela laisserait sans protection un large champ de débat social et politique pouvant être considéré comme légitime. À tout cela vient s'ajouter la difficulté qu'il y

weighing abstract values such as multiculturalism in the balance against freedom of speech.

Further difficulties are not hard to conjure up. Different people may have different ideas about what undermines multiculturalism. The issue is inherently vague and to some extent a matter of personal opinion. For example, it might be suggested that a statement that Canada should not permit immigration from a certain part of the world is inconsistent with the preservation and enhancement of multiculturalism. Is s. 2(b) to be cut back to eliminate protection for such a statement, given the differing opinions one might expect on such a matter? It may be argued, moreover, that a certain latitude for expression of derogatory opinion about other groups is a necessary correlative of a multicultural society, where different groups compete for limited resources.

For example, in *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), a case prosecuted under s. 319(2), the alleged hateful statements arose over the question of whether a French school should be built in a predominantly anglophone area. Such statements are regrettable. But before concluding that they should be denied all constitutional protection in all circumstances—which is the effect of removing them from s. 2(b)—we must ask ourselves hard questions. Will repression of such opinions deepen rather than alleviate irrational prejudices? Is not the ideal of toleration, fundamental to our traditional concept of free expression, also the essence of multiculturalism, and can multiculturalism truly be promoted by denying that ideal? Given the fact that removal of speech from s. 2(b) is to deny it any protection regardless of the circumstances, is it appropriate where such debates exist to remove statements argued to undermine multiculturalism from s. 2(b)? Questions such as these point out the difficulty inherent in determining with any precision what statements would be excluded from s. 2(b) on

a à soupeser, d'une part, des valeurs abstraites telles que le multiculturalisme et, d'autre part, la liberté d'expression.

a On peut facilement concevoir d'autres difficultés. Différentes personnes peuvent avoir des idées différentes de ce qui mine le multiculturalisme. La question est vague en soi et elle est, dans une certaine mesure, une affaire d'opinion personnelle. b Par exemple, on pourrait prétendre que la déclaration que le Canada ne devrait pas admettre d'immigrants venant d'une certaine partie du monde est incompatible avec le maintien et la valorisation du multiculturalisme. La portée de l'al. 2b) doit-elle alors être restreinte afin qu'une telle déclaration ne soit pas protégée, compte tenu de la divergence d'opinions à laquelle on peut s'attendre sur ce genre de questions? On pourrait soutenir d'ailleurs qu'une société multiculturelle, où différents groupes se disputent des ressources limitées, comporte nécessairement une certaine latitude dans l'expression d'opinions désobligeantes à l'égard d'autres groupes.

e Par exemple, dans *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), un cas de poursuites engagées en vertu du par. 319(2), les déclarations haineuses alléguées se rapportaient à la question de l'opportunité de construire une école française dans un quartier principalement anglophone. Des déclarations de ce genre sont déplorables. Mais avant de conclure qu'il faut leur refuser toute protection constitutionnelle dans toutes les circonstances—la conséquence de leur exclusion de l'al. 2b)—il faut se poser des questions sérieuses. La répression de telles opinions renforcerait-elle les préjugés irrationnels au lieu de les atténuer? f L'idéal de tolérance, fondamental à notre conception traditionnelle de la liberté d'expression, n'est-il pas également l'essence du multiculturalisme, et peut-on promouvoir le multiculturalisme par la négation de cet idéal? g Étant donné qu'une expression soustraite de la portée de l'al. 2b) est privée de toute protection peu importe les circonstances, convient-il dans le cas de tels débats d'exclure de la portée de l'al. 2b) les déclarations qui, à ce qu'on prétend, minent le multiculturalisme? Ce genre de questions font ressortir jusqu'à quel point il est difficile de déterminer avec quelque exacti-

the ground that they undermine our multicultural heritage.

Before leaving this point I would add that there is no evidence that the impugned legislation in fact contributes to the enhancement and preservation of multiculturalism in Canada. Reliance, therefore, on s. 27 to tailor or otherwise cut back the protection afforded by s. 2(b) risks undercutting the fundamental freedom with no guarantee of a tangible benefit in return. In my opinion, the weighing of interests and values implicit in questions such as these is better accomplished under s. 1 of the *Charter*.

(3) *The Argument Based on International Law*

The third argument based on construction is the international law argument. It is argued that exclusion of hate propaganda from the guarantee of freedom of speech is consistent with various international covenants, to some of which Canada is party. While this Court is not bound to follow international law in its interpretation of *Charter* rights and freedoms (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313) it is urged that as a matter of construction this Court should interpret s. 2(b) in a manner consistent with the international viewpoint.

I have earlier alluded to the different philosophies toward freedom of speech which inform the international tradition on the one hand and the American tradition on the other. The international tradition tends to define freedom of expression in a way which accommodates state legislation curtailing hate propaganda, thus precluding any debate about whether such measures infringe freedom of expression, and if so, whether they are justified. I have suggested that this is not the model of the Canadian *Charter*, which consistent with the pre-*Charter* quasi-constitutional status accorded to freedom of expression in this country posits a broad and unlimited right of expression under s. 2(b), a right which can be cut back only under s. 1 upon the state demonstrating that the limit or

tude quelles déclarations seraient exclues de l'application de l'al. 2b) parce qu'elles nuisent à notre patrimoine multiculturel.

^a Avant de conclure sur ce point j'ajouterais qu'il n'a aucunement été démontré qu'en fait la législation contestée contribue à la promotion et à la préservation du multiculturalisme au Canada. Le recours à l'art. 27 pour modeler ou restreindre autrement la protection garantie par l'al. 2b) risque donc de porter atteinte à une liberté fondamentale sans garantie de gains tangibles en retour. À mon avis, il est plus approprié de soupeser les intérêts et valeurs implicites dans des questions comme celles-ci dans le cadre de l'article premier de la *Charte*.

(3) *L'argument fondé sur le droit international*

^d Le troisième argument tenant à l'interprétation est fondé sur le droit international. On soutient que l'exclusion de la propagande haineuse de la garantie de liberté d'expression est compatible avec diverses conventions internationales, dont certaines ont été signées par le Canada. Bien que notre Cour ne soit pas liée par le droit international dans son interprétation des droits et libertés garantis par la *Charte* (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313), on a fait valoir que nous devrions interpréter l'al. 2b) d'une manière qui concorde avec la position internationale.

^g J'ai déjà fait mention des différentes philosophies relatives à la liberté d'expression qui informent la tradition internationale d'une part et la tradition américaine d'autre part. La tradition internationale tend à définir la liberté d'expression d'une manière qui permet à l'État d'adopter des textes législatifs imposant des limites à la propagande haineuse, ce qui exclut d'avance tout débat sur la question de savoir si de telles mesures portent atteinte à la liberté d'expression et, dans l'affirmative, si elles sont justifiées. Or, j'ai déjà indiqué que ce modèle ne s'applique pas à la *Charte* canadienne, qui, conformément au statut quasi constitutionnel donné à la liberté d'expression dans ce pays avant la *Charte*, prévoit à l'al. 2b) un droit large et illimité à l'expression ne

infringement of the freedom is reasonably justified in a free and democratic society.

Quite apart from this difference in approach, another consideration persuades me that it would be wrong to cut back the scope of s. 2(b) on the ground that Canada has signed treaties which are inconsistent with affording protection to racial propaganda.

This argument, like the arguments under ss. 15 and 27 of the *Charter*, would require cutting down the protection offered by s. 2(b) of the *Charter* on the basis of the content of the statements sought to be protected. It would deny certain statements constitutional protection because their content is intended to promote discrimination and hatred of certain groups in society. This Court has expressly rejected such a course.

Canada's international obligations, and the accords negotiated between international governments may well be helpful in placing *Charter* interpretation in a larger context. Principles agreed upon by free and democratic societies may inform the reading given to certain of its guarantees. It would be wrong, however, to consider these obligations as determinative of or limiting the scope of those guarantees. The provisions of the *Charter*, though drawing on a political and social philosophy shared with other democratic societies, are uniquely Canadian. As a result, considerations may point, as they do in this case, to a conclusion regarding a rights violation which is not necessarily in accord with those international covenants.

I should add that I am not of the view that any measures taken to implement Canada's international obligations to combat racial discrimination and hate propaganda must necessarily be unconstitutional. The obligations expressed in the *International Covenant on Civil and Political Rights* (to prohibit by law "[a]ny advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to

pouvant être réduit qu'en vertu de l'article premier si l'État démontre que la restriction imposée ou l'atteinte portée au droit en question peut raisonnablement se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Tout à fait indépendamment de cette différence de points de vue, il y a une autre raison de penser, à mon avis, qu'on aurait tort de limiter la portée de l'al. 2b) parce que le Canada a signé des traités inconciliables avec la protection de la propagande raciale.

Cette raison est que cet argument, comme ceux fondés sur les art. 15 et 27 de la *Charte*, exigerait la réduction de la protection offerte par l'al. 2b) de la *Charte* en fonction du contenu des déclarations qu'on veut faire protéger. Il refuserait à certaines déclarations la protection constitutionnelle du fait que leur contenu est destiné à promouvoir la discrimination et la haine à l'endroit de certains groupes de la collectivité. C'est un parti que notre Cour a expressément rejeté.

Les obligations internationales du Canada et les accords négociés entre gouvernements nationaux peuvent être utiles pour élargir le contexte de l'évaluation de la *Charte*. Des principes reconnus par des sociétés libres et démocratiques peuvent informer la compréhension de certaines de ses garanties. Ce serait toutefois une erreur de considérer que ces obligations permettent de définir ou de limiter la portée de ces garanties. Les dispositions de la *Charte*, quoiqu'inspirées par une philosophie politique et sociale partagée avec d'autres sociétés démocratiques, sont particulières au Canada. En conséquence, ces considérations peuvent mener, comme en l'espèce, à une conclusion concernant une violation de droits qui n'est pas nécessairement en accord avec ces conventions internationales.

J'ajoute que je ne suis pas d'avis que des mesures prises pour mettre en œuvre des obligations internationales en vue de lutter contre la discrimination raciale et la propagande haineuse, sont nécessairement inconstitutionnelles. Les obligations énoncées dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (d'interdire par la loi «[l]out appel à la haine nationale, raciale ou reli-

discrimination, hostility or violence”) and the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (to “declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred”) are general in nature. Details of methods to be used are not specified. Nothing in those instruments compels enactment of s. 319(2), as opposed to other provisions combatting racism.

I conclude that none of the arguments which are advanced for construing s. 2(b) of the *Charter* narrowly to exclude from its protection statements offending s. 319(2) of the *Criminal Code* can prevail.

C. Absence of Redeeming Value

The fundamental premise of the arguments advanced under this head is that only justified or meritorious expression is protected under s. 2(b). These arguments take several forms.

The first is the contention that the protection of the wilful promotion of hatred was never within the contemplation of the framers of the *Charter* and therefore can be criminalized without the necessity of meeting the standard of justification of s. 1. This argument draws on the language of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, to the effect that *Charter* rights must be interpreted purposively, in light of the interests they were meant to protect, and in their proper linguistic, philosophic and historical contexts. Freedom of expression, although historically recognized as an important value in Canadian society, has never been absolute, it is pointed out. Libel and slander laws, as well as the hate-mongering sections of the *Criminal Code*, were accepted as limits on freedom of expression before the adoption of the *Charter* and should continue to be accepted, the argument goes.

gieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence») et dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (de «déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale») sont de nature générale. Il n'y a aucune précision quant aux méthodes à employer. Rien dans ces instruments n'oblige l'adoption du par. 319(2) plutôt que d'autres dispositions de lutte contre le racisme.

Je conclus qu'aucun des arguments avancés en faveur d'une interprétation restrictive de l'al. 2b) de la *Charte*, qui exclurait de la protection de cet alinéa les déclarations qui enfreignent le par. 319(2) du *Code criminel*, ne peut être retenu.

C. L'absence de valeur intrinsèque

Les arguments invoqués sous cette rubrique partent de cette prémisse fondamentale que seule l'expression justifiée ou méritoire bénéficie de la protection de l'al. 2b). Ces arguments revêtent plusieurs formes.

On soutient tout d'abord que la protection de la fomentation volontaire de la haine n'a jamais été envisagée par les rédacteurs de la *Charte* et peut en conséquence être criminalisée sans qu'il soit besoin de satisfaire à la norme de justification établie par l'article premier. C'est là un argument qui s'appuie sur les propos tenus dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, et dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, d'où il ressort que les droits garantis par la *Charte* doivent s'interpréter en fonction de l'objet qu'ils visent, à la lumière des intérêts qu'ils sont destinés à protéger, et dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. On souligne que la liberté d'expression, quoique reconnue historiquement comme une valeur importante dans la société canadienne, n'a jamais été absolue. Toujours selon cette argumentation, les lois en matière de diffamation ainsi que les articles du *Code criminel* relatifs à la fomentation de la haine ont été acceptés comme restrictions de la liberté d'expression avant l'adoption de la *Charte* et devraient continuer de l'être.

This argument amounts to saying that the right to free expression enshrined in the *Charter* must be confined to the ambit of the rules affecting free speech which preceded the *Charter*. Generally this Court has not taken such a restrictive approach to *Charter* rights and freedoms, but has preferred a large and generous interpretation. This is in keeping with the fact that the principles enshrined in the *Charter* are general and fundamental. The spirit of the jurisprudence that preceded the *Charter* may infuse the interpretation of these rights, but it should not unduly constrain the development of principles which may better reflect the broad and progressive spirit of the *Charter*.

The argument, furthermore, is rebutted by the pre-*Charter* cases themselves. For example, the British common law made the promotion of ill-will and hostility between subjects the offence of criminal sedition. This Court in *Boucher, supra*, however, held that the principle of free speech required that the traditional definition of criminal sedition be narrowed to encompass only the intention to incite people to actual violence, disorder or unlawful conduct. Thus even before the *Charter*, this Court was not prepared to accept historical legal limitations on expression where they conflicted with the larger Canadian conception of free speech.

Another version of this argument looks to the generally accepted justifications for protecting freedom of speech, such as truth, democracy and self-fulfillment, and asks whether "hate-mongering" does anything to further those values.

The first difficulty with this argument is that none of the previous decisions of this Court involving free speech have followed such an approach. In *Ford*, as already mentioned, the Court declined to apply such an analysis to s. 2(b), on the ground that it related more to the consideration of competing claims under s. 1. The arguments from truth, democracy and self-fulfillment were given a limited role in the interpretation of s. 2(b) in *Irwin*

Cette argumentation revient à dire que le droit à la liberté d'expression consacré dans la *Charte* ne doit pas dépasser la portée des règles qui s'appliquaient à la liberté de parole avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. En général, notre Cour n'a pas interprété aussi restrictivement les droits et libertés garantis par la *Charte*, mais a préféré une interprétation large et libérale, en harmonie avec le caractère général et fondamental des principes consacrés dans la *Charte*. L'interprétation de ces droits peut s'inspirer de l'esprit de la jurisprudence antérieure à la *Charte*, mais sans limiter indûment le développement de principes qui pourraient mieux traduire l'esprit large et progressif de la *Charte*.

De plus, la jurisprudence antérieure à la *Charte* réfute elle-même ces arguments. Par exemple, en common law britannique la fomentation de l'inimitié et de l'hostilité entre sujets constituait l'infraction de sédition criminelle. Dans l'arrêt *Boucher*, précité, cependant, notre Cour a dit que le principe de la liberté de parole exigeait que la portée de la définition traditionnelle de la sédition criminelle soit réduite de manière à ne comprendre que l'intention d'inciter les gens à commettre réellement des actes de violence, des atteintes à la paix publique ou des actes illégaux. Donc, même avant la *Charte*, notre Cour n'était pas disposée à accepter que l'expression soit soumise à des restrictions juridiques historiques lorsque celles-ci entraient en conflit avec la conception canadienne plus large de la liberté de parole.

Une variante de cet argument invoque les justifications généralement admises pour la protection de la liberté de parole—telles que la vérité, la démocratie et l'épanouissement personnel—et demande en quoi la «fomentation de la haine» sert à promouvoir ces valeurs.

La première difficulté que présente cet argument est qu'aucun arrêt antérieur de notre Cour portant sur la liberté d'expression n'a suivi cette démarche. Dans l'arrêt *Ford*, comme je l'ai déjà fait remarquer, la Cour a refusé d'appliquer ce genre d'analyse à l'al. 2b) pour le motif qu'elle convenait davantage à l'appréciation de réclamations concurrentes en vertu de l'article premier. Les arguments tirés de la vérité, de la démocratie

Toy, but only in cases where there is no clear government purpose of restricting free expression. The expression in issue in *Irwin Toy* had little redeeming value. That was why the government had banned it, a legislative act which the Court upheld as justified under s. 1. Nevertheless, the Court had little difficulty finding that the limitation of such speech infringed the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*.

The argument, moreover, is essentially circular. If one starts from the premise that the speech covered by s. 319(2) is dangerous and without value, then it is simple to conclude that none of the commonly-offered justifications for protecting freedom of expression are served by it.

Another problem with this approach is the difficulty of determining when speech has redeeming value. In cases such as the present, it may be easy to achieve near-unanimous consensus that the statements contribute nothing positive to our society. But the proposition underlying this argument is not confined to such cases. In order to make their case, those advancing the argument must establish *inter alia* that all expression potentially affected by s. 319(2) of the *Criminal Code* is irrelevant to the workings of representative democracy. To come within the ambit of potential prosecution under s. 319(2) speech need only wilfully demean an identifiable group. (To be "wilful", the speaker must have as his conscious purpose the promotion of hatred, or foresee that it is certain or morally certain to occur: *Buzzanga, supra*. However, such purpose or foresight may be readily inferred in cases of highly controversial speech.) Is it unimaginable that questions of public policy should involve speech of this kind? The Canadian Civil Liberties Association raises the example of a native leader making bitter comments about whites in frustration with governmental failure to recognize land claims. Bitter debate arising from the language of schooling has given rise to pros-

et de l'épanouissement personnel ont eu un rôle limité dans l'interprétation de l'al. 2b) dans l'arrêt *Irwin Toy*, mais seulement dans les situations où le gouvernement ne vise pas manifestement à restreindre la liberté d'expression. L'expression en cause dans l'affaire *Irwin Toy* n'avait que peu de valeur intrinsèque susceptible de la racheter. C'est pourquoi le gouvernement l'avait proscrite, acte législatif que notre Cour a déclaré justifié au sens de l'article premier. La Cour est néanmoins arrivée sans beaucoup de difficulté à la conclusion que la restriction de ce genre d'expression violait la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*.

L'argument est par ailleurs essentiellement tautologique. En effet, si l'on part de la prémisse que l'expression visée au par. 319(2) est dangereuse et sans valeur, il est facile alors de conclure qu'aucune des justifications couramment avancées pour la protection de la liberté d'expression ne s'y applique.

Autre problème inhérent à ce raisonnement tient à la difficulté qu'il y a à déterminer quand l'expression a une valeur intrinsèque susceptible de la racheter. Dans des cas comme l'espèce, il peut être facile d'arriver à un consensus presque unanime que les déclarations en cause n'apportent rien de positif à notre société. Cependant la proposition qui sous-tend cet argument ne se limite pas à de tels cas. Pour que leur argument soit retenu, ceux qui l'avancent doivent établir notamment que toute expression pouvant théoriquement relever du par. 319(2) du *Code criminel* est dénuée de toute pertinence à l'égard du fonctionnement de la démocratie représentative. Pour donner lieu à d'éventuelles poursuites en vertu du par. 319(2), il suffit que l'expression dénigre volontairement un groupe identifiable. (Or, celui qui s'exprime agit «volontairement» s'il se fixe sciemment le but de fomenter la haine ou s'il prévoit que telle en sera la conséquence certaine ou très probable: *Buzzanga, précité*. Ce but ou cette prévision peut toutefois s'inférer facilement dans les cas où il s'agit d'une expression hautement controversée.) Est-il inconcevable que des questions intéressant l'ordre public engendrent ce type d'expression? L'Association canadienne des libertés civiles donne l'exemple

ecution under s. 319(2): *Buzzanga*. Experience shows that in actual cases it may be difficult to draw the line between speech which has value to democracy or social issues and speech which does not.

Attempts to confine the guarantee of free expression only to content which is judged to possess redeeming value or to accord with the accepted values strike at the very essence of the value of the freedom, reducing the realm of protected discussion to that which is comfortable and compatible with current conceptions. If the guarantee of free expression is to be meaningful, it must protect expression which challenges even the very basic conceptions about our society. A true commitment to freedom of expression demands nothing less.

D. The Scope of Section 2(b)—Summary

I cannot accept the arguments which have been advanced for the proposition that s. 2(b) does not afford protection to statements wilfully promoting hatred under s. 319(2) of the *Criminal Code*. Instead, I return to the affirmation in *Irwin Toy* that if the activity being regulated has expressive content, and does not convey a meaning through a violent form, then it is *prima facie* protected by s. 2(b) of the *Charter*. Provided that the further condition is established that the purpose or effect of the government action in issue is to restrict freedom of expression, the case for infringement of s. 2(b) has been made out. Both conditions are met in this case. Section 319(2) is directed at the content of certain statements. It applies where the meaning is conveyed in a non-violent form. And finally, its purpose is to curtail what people may say.

The infringement of s. 2(b) is established, and the analysis must proceed to the test of justification under s. 1 of the *Charter*.

d'un dirigeant autochtone qui, frustré par le refus du gouvernement de reconnaître les revendications territoriales, tient des propos amers contre les Blancs. Un débat acrimonieux sur la langue de l'enseignement a donné lieu à des poursuites en vertu du par. 319(2): *Buzzanga*. L'expérience montre que, dans la pratique, il peut être difficile de tracer une ligne de démarcation entre l'expression qui a une valeur pour la démocratie ou la discussion de questions sociales, et celle qui n'en a pas.

Les tentatives de restriction de la garantie de liberté d'expression seulement au contenu qui est considéré avoir une valeur positive ou être conforme avec des valeurs acceptées, frappent l'essence même de la valeur de la liberté, en réduisant le champ de protection des débats à ce qui ne dérange pas ou à ce qui est compatible avec les idées actuelles. Si la garantie de libre expression doit avoir un sens, elle doit protéger l'expression qui conteste même les conceptions fondamentales de notre société. Un engagement réel à l'égard de la liberté d'expression n'exige pas moins.

D. La portée de l'al. 2b)—résumé

Je ne puis retenir les arguments avancés au soutien de la proposition selon laquelle l'al. 2b) ne protège pas les déclarations fomentant volontairement la haine visées au par. 319(2) du *Code criminel*. Je reviens plutôt à l'affirmation dans l'arrêt *Irwin Toy* que si l'activité faisant l'objet de réglementation a un contenu expressif et qu'elle ne transmet pas une signification par des moyens violents, elle bénéficie à première vue de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. Pourvu qu'on établisse en outre que l'action gouvernementale en question a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression, la violation de l'al. 2b) est prouvée. En l'espèce, l'une et l'autre condition a été remplie. Le paragraphe 319(2) vise le contenu de certaines déclarations. Il s'applique dans des cas où la signification est transmise par des moyens non violents. En dernier lieu, son objet est d'imposer des restrictions à ce qu'on peut dire.

La violation de l'al. 2b) est donc établie et nous devons passer à l'analyse de sa justification en vertu de l'article premier de la *Charte*.

III. Section 11(d)—The Presumption of Innocence

Section 319(3) of the *Criminal Code* provides several defences. One of them, s. 319(3)(a), is the defence of truth. The origins of this defence may be found in the report of the Cohen Committee, which led to the adoption of s. 319(2). That report affirmed that the truth should be a defence to the criminal charge of promoting hatred.

Under s. 319(3)(a), where the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused wilfully promoted hatred against an identifiable group, the accused will escape liability "if he establishes that the statements communicated were true". With regard to this, the first and most important of the defences established by s. 319(3), it is clear that the burden of proof lies on the accused. The question is whether this violates the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*.

In my view, the answer to this question is governed by this Court's decision *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. There Dickson C.J., writing for the Court, found that the crime of driving or having care or control of a motor vehicle while impaired, combined with a provision that occupancy of the driver's seat shall be deemed to be having care and control of the vehicle, offended s. 11(d) of the *Charter*. The Chief Justice reiterated the view that he had taken earlier in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, at p. 935, that: "The basic principle of the common law has been that the accused need not prove a defence." He stated at p. 18:

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

The fundamental principle that the accused cannot be required to prove a defence without an

III. L'alinéa 11d)—la présomption d'innocence

Le paragraphe 319(3) du *Code criminel* prévoit plusieurs moyens de défense, dont la véracité à l'al. 319(3)a). Cette défense tire ses origines du rapport du comité Cohen, qui a mené à l'adoption du par. 319(2). On disait dans ce rapport que la véracité devait constituer un moyen de défense opposable à l'accusation d'avoir fomenté la haine.

Aux termes de l'al. 319(3)a), lorsque le ministre public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable, il est exonéré s'«il établit que les déclarations communiquées étaient vraies». En ce qui concerne cette défense, qui est la première et la plus importante des défenses prévues au par. 319(3), il est évident que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé. Il faut se demander s'il y a ainsi violation de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*.

À mon sens, la réponse à cette question se trouve dans notre arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, où le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, a décidé que le crime de conduire un véhicule à moteur ou d'en avoir la garde ou le contrôle avec facultés affaiblies, assorti d'une disposition prévoyant qu'une personne qui occupe la place du conducteur est réputée avoir la garde et le contrôle du véhicule, violait l'al. 11d) de la *Charte*. Le Juge en chef a répété l'opinion qu'il avait exprimée précédemment dans l'arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, à la p. 935, savoir: «Selon le principe fondamental de la *common law*, l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense.» Il dit à la p. 18:

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

Le principe fondamental suivant lequel un accusé ne peut être obligé de prouver un moyen de

infringement of s. 11(d) resulting was not altered, in my view, by the decision of this Court in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443. The majority in *Schwartz* accepted the principle enunciated in *Whyte*, but took the view that the production of a firearms certificate by the accused did not constitute a defence, concluding that “[t]here is no reverse onus imposed upon the accused” in that “[h]e is not required to prove or disprove any element of the offence” (p. 485).

It suffices for the purposes of this case to say that that is not so here. Parliament has expressly made falsity an element of the offence by providing that truth constitutes a defence. To say that falsity is not an element of the offence is to say that the offence is established regardless of the truth or falsity of the statement. Clearly this was not Parliament’s intention. It made truth a defence. By placing the burden of establishing that truth on the accused it has contravened the basic principle that the accused need not prove a defence.

The argument that it is unworkable to require the Crown to prove the falsity of the statements alleged to contravene s. 319(2) of the *Criminal Code* is more appropriately considered under s. 1 than under s. 11(d).

I conclude that s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* violates s. 11(d) of the *Charter*.

IV. *The Analysis Under Section 1*

A. Section 1 and the Infringement of Freedom of Expression

The Court’s function under s. 1 of the *Charter* is that of weighing and balancing. Before reaching s. 1, the Court must already have determined that the law in question infringes a right or freedom guaranteed by the *Charter*. The infringement alone, however, does not mandate that the law must fall. If the limit the law imposes on the right infringed is “reasonable” and “can be demonstrably justified in a free and democratic society”, the law is valid. The demonstration of this justifi-

défense sans que cela entraîne une violation de l’al. 11d) n’a pas été changé, selon moi, par notre arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443. La majorité dans l’affaire *Schwartz* a accepté le principe énoncé dans l’arrêt *Whyte*, mais a estimé que la production d’un certificat d’enregistrement d’arme à feu par l’accusé ne constituait pas un moyen de défense, et a conclu qu’on «n’impose pas la charge de la preuve à l’accusé», car «[i]l n’a pas à prouver l’existence ou l’inexistence d’un élément de l’infraction» (p. 485).

Il suffit de signaler, aux fins de l’espèce qu’il n’en va pas de même ici. Le Parlement a expressément fait de la fausseté un élément de l’infraction en prévoyant que la véracité est un moyen de défense. Dire que la fausseté n’est pas un élément de l’infraction c’est affirmer que l’infraction est établie indépendamment de la véracité ou de la fausseté de la déclaration. De toute évidence, telle n’était pas l’intention du législateur fédéral. Il a fait de la véracité une défense. En imposant à l’accusé la charge d’établir la véracité, il a manqué au principe de base selon lequel l’accusé n’est pas tenu de prouver une défense.

Quant à l’argument voulant qu’il soit impraticable d’exiger que le ministère public prouve la fausseté des déclarations que l’on prétend contraires au par. 319(2) du *Code criminel*, il est plus approprié de l’étudier dans le contexte de l’article premier que dans celui de l’al. 11d).

Je conclus que l’al. 319(3)a) du *Code criminel* viole l’al. 11d) de la *Charte*.

IV. *L’analyse en vertu de l’article premier*

A. L’article premier et l’atteinte à la liberté d’expression

Le rôle d’un tribunal aux fins de l’article premier de la *Charte* consiste à soupeser et à apprécier. Avant même d’entreprendre l’analyse qu’exige l’article premier, le tribunal doit avoir déjà décidé que la loi en question porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Cette seule atteinte ne détermine cependant pas l’invalidité de la loi. En effet, pour peu que la limite qu’elle impose au droit violé soit «raisonnable» et que sa «justification puisse se démontrer

cation, the burden of which lies on the state, involves proving that there are other rights or interests which outweigh the right infringed in the context of that case.

The task which judges are required to perform under s. 1 is essentially one of balancing. On the one hand lies a violation or limitation of a fundamental right or freedom. On the other lies a conflicting objective which the state asserts is of greater importance than the full exercise of the right or freedom, of sufficient importance that it is reasonable and "demonstrably justified" that the limitation should be imposed. The exercise is one of great difficulty, requiring the judge to make value judgments. In this task logic and precedent are but of limited assistance. What must be determinative in the end is the court's judgment, based on an understanding of the values our society is built on and the interests at stake in the particular case. As Wilson J. has pointed out in *Edmonton Journal*, *supra*, this judgment cannot be made in the abstract. Rather than speak of values as though they were Platonic ideals, the judge must situate the analysis in the facts of the particular case, weighing the different values represented in that context. Thus it cannot be said that freedom of expression will always prevail over the objective of individual dignity and social harmony, or vice versa. The result in a particular case will depend on weighing the significance of the infringement on freedom of expression represented by the law in question, against the importance of the countervailing objectives, the likelihood the law will achieve those objectives, and the proportionality of the scope of the law to those objectives.

The test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, provides a guide for the analysis under s. 1 which reflects the essential task of balancing conflicting values in the context of the case at hand. Two conditions must be satisfied if a law limiting constitutionally guaranteed rights and freedoms is to be sustained under s. 1. First, the objective which the limit is designed to serve must be of

dans le cadre d'une société libre et démocratique», la loi est valide. La démonstration de cette justification, dont la charge incombe à l'État, exige la preuve de l'existence d'autres droits ou intérêts qui, dans les circonstances, l'emportent sur le droit auquel il a été porté atteinte.

L'article premier donne essentiellement aux juges une tâche d'appréciation. D'une part, il y a la violation ou restriction d'un droit fondamental ou d'une liberté fondamentale; de l'autre, il y a un objectif opposé que l'État prétend plus important que le plein exercice du droit ou de la liberté en question, d'une importance suffisante pour que la restriction soit raisonnable et que sa «justification puisse se démontrer». Cette tâche très délicate oblige le juge à faire des jugements de valeur. Dans cet exercice, la logique et les précédents ne sont que d'un secours limité. Ce qui est déterminant en dernière analyse c'est le jugement du tribunal, fondé sur une compréhension des valeurs constituant le fondement de notre société et des intérêts en jeu dans l'affaire. Comme le fait observer le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, ce jugement ne peut pas être formé dans l'abstrait. Plutôt que de parler de valeurs comme s'il s'agissait d'idéaux platoniques, le juge doit faire son analyse en fonction des faits de l'affaire dont il est saisi, soupesant dans ce contexte les différentes valeurs en question. On ne saurait donc affirmer que la liberté d'expression l'emportera toujours sur l'objectif de la dignité individuelle et de l'harmonie sociale, ou vice versa. Le résultat dans un cas particulier dépendra de l'appréciation de l'importance de l'atteinte portée à la liberté d'expression par la loi en cause par rapport à l'importance des objectifs y faisant contrepoids, à la probabilité que la loi permettra d'atteindre ces objectifs et à la proportionnalité de la portée de la loi à ces objectifs.

Le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, guide l'analyse requise par l'article premier et reflète les étapes de la tâche principale qui est de soupeser des valeurs contradictoires dans le contexte de l'espèce. Deux conditions doivent être remplies pour qu'une loi imposant des restrictions à des droits et libertés garantis par la Constitution soit maintenue en vertu de

sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Second, if such an objective is established, the party invoking s. 1 must show that the means chosen to attain the objective are reasonably and demonstrably justified in a free and democratic society. To conclude that the means chosen are reasonable and demonstrably justified, the court must be satisfied of three things:

1. The measures designed to meet the legislative objective (in this case s. 319(2) of the *Criminal Code*) must be rationally connected to the objective;
2. The means used should impair as little as possible the right or freedom in question; and
3. There must be proportionality between the effect of the measures which limit the *Charter* right or freedom and the legislative objective of the limit on those rights. This involves balancing the invasion of rights guaranteed by the *Charter* against the objective to which the limitation of those rights is directed.

(1) *The Objective of Section 319(2) of the Criminal Code*

In *Oakes* Dickson C.J., speaking for the majority, stated that the first consideration in an analysis under s. 1 is that the objective be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (p. 138). Quoting from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, he observed that the standard must be high in order to ensure that objectives of a trivial nature do not gain s. 1 protection. The objective must be of a pressing and substantial nature before it can be characterized as sufficiently important to override a *Charter* right.

The objective of s. 319(2) of the *Criminal Code* is to prevent the promotion of hatred toward identifiable groups within our society. As the Attorney General of Canada puts it, the objective of the

l'article premier. D'abord, il faut que l'objectif visé par la restriction ait une importance suffisante pour justifier l'atteinte à un droit protégé par la Constitution. Ensuite, si l'existence d'un tel objectif est établie, la partie qui invoque l'article premier doit prouver que les moyens choisis pour réaliser l'objectif sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Avant de conclure que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer, le tribunal doit être convaincu de trois choses:

1. Les mesures conçues pour réaliser l'objectif législatif (en l'occurrence le par. 319(2) du *Code criminel*) doivent avoir un lien rationnel avec cet objectif;
2. Les moyens employés doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question;
3. Il doit y avoir proportionnalité entre l'effet des mesures qui limitent le droit ou la liberté garantis par la *Charte* et l'objectif législatif visé par la limitation de ces droits. Cela implique qu'on soupèse l'atteinte portée à des droits garantis par la *Charte* et l'objectif de la limitation de ces droits.

(1) *L'objet du par. 319(2) du Code criminel*

Dans l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, dit que le premier point à considérer dans une analyse en vertu de l'article premier est de savoir si l'objectif est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (p. 138). Citant l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, il fait observer que la norme doit être sévère afin que des objectifs peu importants ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. L'objectif doit avoir un caractère urgent et réel, sans quoi il ne peut être qualifié de suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte*.

Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* a pour objet d'empêcher la fomentation de la haine contre des groupes identifiables dans notre société. Comme le dit le procureur général du Canada, il

legislation is, "among other things, to protect racial, religious and other groups from the wilful promotion of hatred against them, to prevent the spread of hatred and the breakdown of racial and social harmony, and "to prevent the destruction of our multicultural society"". These aims are subsumed in the twin values of social harmony and individual dignity.

These are laudable goals and serious ones. The objectives are clearly of a substantial nature. Given the history of racial and religious conflict in the world in the past fifty years, they may be said to be pressing, even though it is not asserted that an emergency exists in Canada. The *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* (1966), at pp. 11-15 (the Cohen Report), provides an empirical foundation for the submission that defamation of particular groups is a pressing and substantial concern in Canada. Evidence of current and continuing public concern about racial and religious tension in Canada generally and the subject matter of s. 319(2) in particular, is found in *Equality Now!* (1984), the report of the House of Commons Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society, at pp. 1-6 and 69-74.

The continued existence of hateful communication in Canada is symptomatic of an unfortunate reality that while Canadians often pride themselves for maintaining a tolerant and welcoming society, it is undermined by the persistence of racial and religious division. The conflict is harmful both to the individuals and groups who are the target of prejudice, and to society as a whole. Members of minority groups are inclined to consider themselves outsiders in their country, and may be inhibited from contributing to the extent of their desire and ability. The loss of this potential talent and ability threatens to deprive Canada of the skills and talents of those who feel excluded and unwelcome. Moreover, the animosity created by ignorance and hatred further exacerbates the divisions of a nation.

s'agit d'une disposition législative qui vise [TRANSDUCTION] «notamment à protéger des groupes raciaux, religieux et autres contre la fomentation volontaire de la haine à leur endroit, à empêcher la propagation de la haine, à prévenir la discorde raciale et sociale, et «à éviter la destruction de notre société multiculturelle». Ces objets sont compris sous les deux valeurs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle.

Ce sont là des buts louables et sérieux. Ils sont manifestement importants. Compte tenu de l'histoire des conflits raciaux et religieux dans le monde des cinquante dernières années, on peut aussi les qualifier d'urgents, bien qu'on ne prétende pas que la situation en soit une d'urgence au Canada. Le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* (1966), pp. 11 à 16 (le rapport Cohen), fournit un fondement empirique pour le point de vue selon lequel la diffamation de groupes particuliers est une préoccupation urgente et réelle au Canada. Une preuve de la préoccupation publique actuelle et permanente à l'égard de la tension raciale et religieuse au Canada en général et, en particulier, à l'égard de la matière traitée au par. 319(2), se trouve dans *L'égalité ça presse!* (1984), le rapport du Comité spécial de la Chambre des communes sur la participation des minorités visibles à la société canadienne, aux pp. 1 à 7 et 75 à 81.

Le fait que les communications haineuses continuent d'exister au Canada est un symptôme de la triste réalité actuelle: les Canadiens se font souvent gloire de préserver une société tolérante et accueillante, mais doivent aussi faire face à des divisions raciales et religieuses persistantes. Le conflit est préjudiciable tant pour les individus et les groupes touchés par les préjugés, que pour l'ensemble de la société. Certains membres de groupes minoritaires sont enclins à se considérer eux-mêmes comme des étrangers dans leur pays et peuvent être découragés d'apporter une contribution à la mesure de leurs souhaits et de leurs capacités. La perte de ces talents et de ces capacités en puissance menace de priver le Canada des compétences et des talents de ceux qui se sentent exclus ou rejetés. De plus, l'animosité créée par l'ignorance et la haine exacerbe encore les divisions du pays.

The problem is not new, but neither is it quickly disappearing. As the *Annual Report 1989* of the Canadian Human Rights Commission strongly remarked, intolerance among Canadians towards members of different groups remains a serious problem (at p. 22):

The demons of racial and cultural prejudice have never been either officially or unofficially exorcised from Canadian society. We may, on occasion, have been marginally more enlightened than our southern neighbours, but instances of racism and intolerance are deeply etched in the historical record and, for that matter, not hard to find in the daily newspapers.

Given the problem of racial and religious prejudice in this country, I am satisfied that the objective of the legislation is of sufficient gravity to be capable of justifying limitations on constitutionally protected rights and freedoms.

(2) *Proportionality*

(a) General Considerations

The real question in this case, as I see it, is whether the means—the criminal prohibition of wilfully promoting hatred—are proportional and appropriate to the ends of suppressing hate propaganda in order to maintain social harmony and individual dignity. The objective of the legislation is one of great significance, such significance that it is capable of outweighing the fundamental values protected by the *Charter*. The ultimate question is whether this objective is of sufficient importance to justify the limitation on free expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code*. In answering this question, the Court must consider not only the importance of the right or freedom in question and the significance of its limitation, but whether the way in which the limitation is imposed is justifiable. How serious is the infringement of the constitutionally guaranteed freedom, in this case freedom of expression? Is the limiting measure likely to further the objective in practice? Is the limiting measure overbroad or unnecessarily invasive? In the final analysis, bearing all these things in mind, does the benefit to be derived from the legislation outweigh the seriousness of the infringement? These are the considerations rele-

Le problème n'est pas nouveau, mais il ne disparaît pas vite non plus. Comme le souligne très clairement le *Rapport annuel 1989* de la Commission canadienne des droits de la personne, l'intolérance parmi les Canadiens envers les membres de groupes différents demeure un problème grave (à la p. 24):

Les démons des préjugés raciaux et culturels n'ont jamais été ni officiellement ni officieusement exorcisés de notre société. Il se peut que nous ayons été, à l'occasion, un tout petit peu plus éclairés que nos voisins du Sud, mais notre passé regorge d'histoires de racisme et d'intolérance, dont il n'est d'ailleurs pas difficile de retrouver des traces dans nos quotidiens.

Compte tenu du problème des préjugés raciaux et religieux dans notre pays, je suis convaincue que l'objectif visé par les dispositions législatives en cause est suffisamment important pour pouvoir justifier des restrictions imposées à des droits et libertés garantis par la Constitution.

(2) *La proportionnalité*

a) Généralités

La véritable question en l'espèce, selon moi, est celle de savoir si le moyen—l'interdiction pénale de la fomentation volontaire de la haine—est proportionnel et adapté à l'objet de la suppression de la propagande haineuse afin d'assurer le maintien de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. L'objectif visé par les dispositions législatives en cause est très important, à telle enseigne d'ailleurs qu'il peut prendre le pas sur les valeurs fondamentales protégées par la *Charte*. La question ultime est de savoir si cet objectif a une importance suffisante pour justifier la restriction imposée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. Pour répondre à cette question, non seulement le tribunal doit-il prendre en considération l'importance du droit ou de la liberté en cause et l'importance de la restriction apportée, mais encore doit-il examiner si la façon dont la restriction est imposée peut se justifier. Quelle est la gravité de la violation de la liberté garantie par la Constitution, en l'occurrence la liberté d'expression? Dans la pratique, la mesure restrictive permettra-t-elle vraisemblablement d'atteindre l'objectif visé? La mesure restrictive a-t-elle une portée trop large ou est-elle plus envahissante qu'il

vant to the question of the proportionality of the limiting law.

I have said that the contest in this case lies between the fundamental right of free expression on the one hand, and the values of social harmony and individual liberty on the other. In approaching the difficult task of determining where the balance lies in the context of this case, it is important not to be diverted by the offensive content of much of the speech in question. As this Court has repeatedly stated, even the most reprehensible or disagreeable comments are *prima facie* entitled to the protection of s. 2(b). It is not the statements of Mr. Keegstra which are at issue in this case, but rather the constitutionality of s. 319(2) of the *Criminal Code*. That must be our focus.

Another general consideration relevant to the balancing of values involved in the proportionality test in this case relates peculiarly to the nature of freedom of expression. Freedom of expression is unique among the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* in two ways.

The first way in which freedom of expression may be unique was alluded to earlier in the context of the philosophical underpinnings of freedom of expression. The right to fully and openly express one's views on social and political issues is fundamental to our democracy and hence to all the other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. Without free expression, the vigorous debate on policies and values that underlies participatory government is lacking. Without free expression, rights may be trammelled with no recourse in the court of public opinion. Some restrictions on free expression may be necessary and justified and entirely compatible with a free and democratic society. But restrictions which touch the critical core of social and political debate require particularly close consideration because of the dangers inherent in state censorship of such debate. This is of particular importance under s. 1 of the *Charter* which expressly requires the court to have regard

ne le faut? En dernière analyse, eu égard à tous ces facteurs, l'avantage à tirer du texte législatif l'emporte-t-il sur la gravité de l'atteinte? Telles sont les considérations pertinentes à la question de la proportionnalité de la loi restrictive.

J'ai dit qu'il s'agit en l'espèce de départager le droit fondamental à la liberté d'expression, d'une part, et les valeurs que représentent l'harmonie sociale et la liberté individuelle, d'autre part. Devant la tâche difficile de déterminer ce qui doit primer dans le contexte de la présente instance, il importe de ne pas se laisser détourner par le contenu offensant d'une bonne partie de l'expression en question. Comme notre Cour l'a souvent dit, même les propos les plus répréhensibles ou déplaisants bénéficient à première vue de la protection de l'al. 2b). Ce ne sont pas les déclarations de M. Keegstra qui sont en cause en l'espèce, mais bien la constitutionnalité du par. 319(2) du *Code criminel*. C'est là-dessus que nous devons porter notre attention.

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

La première façon dont la liberté d'expression peut être unique a déjà été évoquée dans le contexte de l'examen de la base philosophique de la liberté d'expression. Le droit d'exprimer complètement et ouvertement ses vues sur des questions sociales et politiques est fondamental à notre démocratie et, partant, à tous les autres droits et libertés garantis par la *Charte*. Sans liberté d'expression, il ne peut y avoir ce vif débat sur les politiques et les valeurs qui est sous-jacent au gouvernement participatif. Sans liberté d'expression, des droits peuvent être limités sans recours possible devant le tribunal de l'opinion publique. Or, certaines restrictions imposées à la liberté d'expression peuvent être nécessaires et justifiées et tout à fait compatibles avec une société libre et démocratique. Cependant les restrictions qui touchent au cœur même du débat social et politique appellent un examen particulièrement minutieux en raison des dangers inhérents à toute censure à

to whether the limits are reasonable and justified in a free and democratic society.

A second characteristic peculiar to freedom of expression is that limitations on expression tend to have an effect on expression other than that which is their target. In the United States this is referred to as the chilling effect. Unless the limitation is drafted with great precision, there will always be doubt about whether a particular form of expression offends the prohibition. There will always be limitations inherent in the use of language, but that must not discourage the pursuit of the greatest drafting precision possible. The result of a failure to do so may be to deter not only the expression which the prohibition was aimed at, but legitimate expression. The law-abiding citizen who does not wish to run afoul of the law will decide not to take the chance in a doubtful case. Creativity and the beneficial exchange of ideas will be adversely affected. This chilling effect must be taken into account in performing the balancing required by the analysis under s. 1. It mandates that in weighing the intrusiveness of a limitation on freedom of expression our consideration cannot be confined to those who may ultimately be convicted under the limit, but must extend to those who may be deterred from legitimate expression by uncertainty as to whether they might be convicted.

I make one final point before entering on the specific tests for proportionality proposed in *Oakes*. In determining whether the particular limitation of a right or freedom is justified under s. 1, it is important to consider not only the proportionality and effectiveness of the particular law in question, but alternative ways of furthering the objective. This is particularly important at stages two (minimum impairment) and three (balancing the infringement against the objective) of the proportionality analysis proposed in *Oakes*.

laquelle l'État pourrait soumettre un tel débat. Cela prend une importance particulière sous le régime de l'article premier de la *Charte*, qui exige expressément que le tribunal examine si les restrictions sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Une seconde caractéristique propre à la liberté d'expression est que les restrictions qui lui sont imposées tendent à avoir une incidence sur d'autres expressions que celle visée. C'est ce qu'on appelle aux États-Unis l'effet paralysant. Il y aura toujours des limitations inhérentes à l'utilisation de mots, mais cela ne doit pas empêcher la recherche de la plus grande précision possible dans la rédaction, à défaut de quoi l'interdiction pourrait dissuader non seulement l'expression visée mais également l'expression légitime. Le citoyen respectueux des lois qui ne veut pas commettre d'infraction décidera de ne pas courir le risque dans un cas douteux. La créativité et l'échange bénéfique d'idées en souffriront. Cet effet paralysant doit être pris en considération quand on procède à l'appréciation requise aux fins de l'analyse en vertu de l'article premier. Cela veut dire que dans l'appréciation du caractère envahissant d'une restriction imposée à la liberté d'expression, l'enquête ne peut pas se limiter à ceux qui pourraient finalement être déclarés coupables d'une violation de la restriction, mais doit englober ceux que l'incertitude quant à la possibilité d'être reconnus coupables pourrait dissuader de l'expression légitime.

Je mentionne un dernier point avant d'aborder les critères précis de proportionnalité proposés dans l'arrêt *Oakes*. Pour déterminer si une restriction particulière imposée à un droit ou à une liberté est justifiée aux termes de l'article premier, il importe non seulement de prendre en considération la proportionnalité et l'efficacité de la loi en question, mais aussi d'examiner s'il existe d'autres moyens d'atteindre l'objectif. C'est particulièrement important à la deuxième étape (l'atteinte minimale) et à la troisième étape (l'appréciation de la violation par rapport à l'objectif visé) de l'analyse de la proportionnalité proposée dans l'arrêt *Oakes*.

Against this background, I turn to the three considerations critical to determining whether the limitation on freedom of expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code* is reasonably and demonstrably justifiable in a free and democratic society.

(b) Rational Connection

The first question is whether s. 319(2) of the *Criminal Code* may be seen as carefully designed or rationally connected to the objectives which it is aimed at promoting. This may be viewed in two ways.

The first is whether Parliament carefully designed s. 319(2) to meet the objectives it is enacted to promote.

Although some evidence of care in linking s. 319(2) to its objectives is clear, it has been argued that it is overbroad, an allegation which I will consider in greater detail in discussing whether s. 319(2) represents a "minimum impairment" of the right of free speech guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Nevertheless it is clear that the legislation does, at least at one level, further Parliament's objectives. Prosecutions of individuals for offensive material directed at a particular group may bolster its members' beliefs that they are valued and respected in their community, and that the views of a malicious few do not reflect those of the population as a whole. Such a use of the criminal law may well affirm certain values and priorities which are of a pressing and substantial nature.

It is necessary, however, to go further, and consider not only Parliament's intention, but whether, given the actual effect of the legislation, a rational connection exists between it and its objectives. Legislation designed to promote an objective may in fact impede that objective. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, this Court considered the actual effect of abortion legislation designed to preserve women's life and health and found that it had the opposite effect of the legislative goals by imposing unreasonable procedural requirements and delays. This Court was particularly mindful of the effects that these requirements

Dans ce contexte, je passe aux trois considérations qui sont cruciales pour déterminer si le par. 319(2) du *Code criminel* impose à la liberté d'expression une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

b) Le lien rationnel

La première question est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est soigneusement conçu pour atteindre les objectifs qu'il vise ou présente un lien rationnel avec ceux-ci. Il y a deux façons possibles d'aborder cette question.

Le premier consiste à se demander si le législateur fédéral a soigneusement conçu le par. 319(2) pour atteindre les objectifs visés.

Malgré l'existence d'indications claires qu'on a eu soin d'établir un lien entre le par. 319(2) et ses objectifs, on prétend que sa portée est excessive, allégation que j'examinerai plus en détail en traitant de la question de savoir si le par. 319(2) porte «le moins possible» atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il est clair néanmoins que la loi, sur un plan au moins, contribue au but visé par le Parlement. La poursuite d'individus en raison des déclarations offensantes visant un groupe particulier peut affermir chez les membres de ce groupe la conviction qu'ils sont appréciés et respectés dans leur collectivité et que le point de vue de quelques personnes malveillantes ne reflète pas l'opinion de l'ensemble de la population. Il se peut qu'une telle utilisation du droit criminel permette de consolider certaines valeurs et priorités réelles et importantes.

Il faut toutefois aller plus loin et prendre en considération non seulement l'intention du Parlement, mais se demander également si, compte tenu de l'effet réel de la loi, il existe un lien rationnel entre elle et les objectifs qu'elle vise. Il se peut en fait qu'une mesure législative destinée à atteindre un objectif y fasse obstacle. Dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, notre Cour a examiné l'effet réel de dispositions législatives en matière d'avortement destinées à protéger la vie et la santé des femmes et a conclu qu'en imposant des exigences procédurales et des retards déraisonnables ces mesures avaient l'effet contraire à ce

had in practice of substantially increasing the risks to the health of pregnant women, especially in certain locations. Dickson C.J. treated this in the context of rational connection, stating, "to the extent that s. 251(4) is designed to protect the life and health of women, the procedures it establishes may actually defeat that objective" (pp. 75-76).

This approach recognizes that s. 1 of the *Charter* could easily become diluted if an intention on the part of government to act on behalf of a disadvantaged group sufficed in all cases to establish the necessary rational connection between the legislation and its objective. In some cases the link between the intention of the legislators and the achievement of the goal may be self-evident. In others, there may be doubt about whether the legislation will in fact achieve its ends; in resolving that doubt deference must be paid to the Parliament and the legislatures. But in cases such as *Morgentaler*, where it appears that the legislation not only may fail to achieve its goal but may have a contrary effect, the Court is justified in finding that the rational connection between the measure and the objective is absent. This is only a matter of common sense. How can a measure which takes away a measure of one's constitutional freedom be reasonably and demonstrably justified unless there is some likelihood that it will further the objective upon which its justification rests? Where instead of that probability there is an indication that the measure may in fact detract from the objectives it is designed to promote, the absence of a rational connection between the measure and the objective is clear.

In my view, s. 319(2) of the *Criminal Code* falls in this class of case. Section 319(2) may well have a chilling effect on defensible expression by law-abiding citizens. At the same time, it is far from clear that it provides an effective way of curbing hate-mongers. Indeed, many have suggested it may promote their cause. Prosecutions under the *Criminal Code* for racist expression have attracted extensive media coverage. Zundel, prosecuted not

qu'elles visaient. Notre Cour a tenu particulièrement compte de ce que, dans la pratique, ces exigences avaient pour effet d'augmenter considérablement les risques pour la santé de femmes enceintes, surtout dans certaines localités. Le juge en chef Dickson a traité de ce point dans le contexte du lien rationnel, disant que «dans la mesure où le par. 251(4) est conçu pour la protection de la vie et la santé des femmes, la procédure qu'il établit peut, en fait, mettre cet objectif en échec» (p. 76).

On reconnaît par là que l'article premier de la *Charte* pourrait facilement être affaibli si l'intention du gouvernement d'agir dans l'intérêt d'un groupe défavorisé suffisait dans tous les cas pour établir l'existence du lien rationnel requis entre la mesure législative et son objectif. Dans certains cas, le lien entre l'intention du législateur et la réalisation de l'objet peut être évident. Dans d'autres, on peut douter que la mesure législative atteindra en fait son but; dans la résolution de ce doute, il faut agir avec déférence à l'égard des législateurs fédéral et provinciaux. Toutefois, dans des cas comme l'affaire *Morgentaler*, où il appert non seulement que la mesure législative risque de ne pas atteindre son objet, mais qu'elle peut avoir l'effet opposé, le tribunal est justifié de conclure à l'absence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif. C'est une simple question de bon sens. En effet, comment une mesure qui est jusqu'à un certain point privative d'une liberté conférée par la Constitution peut-elle être raisonnable et justifiable sans quelque probabilité qu'elle permettra d'atteindre l'objectif sur lequel repose sa justification? Lorsque, au lieu de cette probabilité, il y a lieu de croire que la mesure peut en fait aller à l'encontre des objectifs visés, l'absence de lien rationnel entre la mesure et l'objectif est évidente.

À mon avis, le par. 319(2) du *Code criminel* tombe dans cette dernière catégorie. Il se peut bien que le par. 319(2) ait un effet paralysant sur l'expression défendable de citoyens respectueux des lois. En même temps, il est loin d'être certain qu'il représente un moyen efficace de tenir en bride les fomentateurs de haine. En fait, beaucoup prétendent que cette disposition pourrait aider leur cause. Les médias ont fait beaucoup de tapage

under s. 319(2) but for the crime of spreading false news (s. 181), claimed that his court battle had given him "a million dollars worth of publicity": *Globe and Mail*, March 1, 1985, p. P1. There is an unmistakable hint of the joy of martyrdom in some of the literature for which Andrews, in the companion appeal, was prosecuted:

The Holocaust Hoax has been so ingrained in the minds of the hated "goyim" by now that in some countries . . . challenging its validity can land you in jail.

(*R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, at p. 165 (C.A.).)

Not only does the criminal process confer on the accused publicity for his dubious causes—it may even bring him sympathy. The criminal process is cast as a conflict between the accused and the state, a conflict in which the accused may appear at his most sympathetic. Franz Kafka was not being entirely whimsical when he wrote, "If you have the right eye for these things, you can see that accused men are often attractive" (*The Trial* (1976), at p. 203).

The argument that criminal prosecutions for this kind of expression will reduce racism and foster multiculturalism depends on the assumption that some listeners are gullible enough to believe the expression if exposed to it. But if this assumption is valid, these listeners might be just as likely to believe that there must be some truth in the racist expression because the government is trying to suppress it. Theories of a grand conspiracy between government and elements of society wrongly perceived as malevolent can become all too appealing if government dignifies them by completely suppressing their utterance. It is therefore not surprising that the criminalization of hate propaganda and prosecutions under such legislation have been subject to so much controversy in this country.

autour des poursuites intentées en vertu du *Code criminel* pour des déclarations racistes. Zundel, poursuivi non pas en vertu du par. 319(2) mais pour le crime de diffusion de fausses nouvelles (art. 181), prétendait que son procès lui avait procuré [TRADUCTION] «un million de dollars de publicité»: *Globe and Mail*, 1^{er} mars 1985, p. P1. Certains des écrits qui ont donné lieu aux poursuites en cause dans le pourvoi connexe *Andrews* laissent transparaître un soupçon de joie du martyre:

[TRADUCTION] Le mensonge de l'holocauste est maintenant gravé si profondément dans l'esprit des détestés «goyim», que dans certains pays [...] le fait de le contester peut entraîner une peine d'emprisonnement.

(*R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, à la p. 165 (C.A.).)

Non seulement le processus criminel fournit à l'accusé de la publicité pour ses causes douteuses, mais il peut aussi lui attirer de la sympathie. Le processus criminel est présenté comme un conflit entre l'accusé et l'État, conflit dans lequel l'accusé peut paraître sous son jour le plus sympathique. Cette remarque de Franz Kafka n'était pas totalement fantaisiste: «Quand on sait voir, on trouve réellement que tous les accusés sont beaux» (*Le procès* (1964), à la p. 248).

L'argument selon lequel les poursuites criminelles contre ce type d'expression réduiront le racisme et favoriseront le multiculturalisme suppose que certains auditeurs sont assez crédules pour ajouter foi aux propos en question s'ils en prennent connaissance. Mais si l'hypothèse est valable, il est peut-être tout aussi probable que ces auditeurs croiront qu'il y a du vrai dans l'expression raciste puisque le gouvernement essaie de la supprimer. Des théories sur l'existence d'un grand complot entre le gouvernement et certains éléments de la société, perçus à tort comme malveillants, peuvent devenir attrayantes si le gouvernement les valorise en interdisant totalement leur expression. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la criminalisation de la propagande haineuse et l'exercice de poursuites en vertu des dispositions législatives à cet effet aient soulevé une si vive controverse au Canada.

Historical evidence also gives reason to be suspicious of the claim that hate propaganda laws contribute to the cause of multiculturalism and equality. This evidence is summarized by A. A. Borovoy, *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties* (1988), at p. 50:

Remarkably, pre-Hitler Germany had laws very much like the Canadian anti-hate law. Moreover, those laws were enforced with some vigour. During the fifteen years before Hitler came to power, there were more than two hundred prosecutions based on anti-semitic speech. And, in the opinion of the leading Jewish organization of that era, no more than 10 per cent of the cases were mishandled by the authorities. As subsequent history so painfully testifies, this type of legislation proved ineffectual on the one occasion when there was a real argument for it. Indeed, there is some indication that the Nazis of pre-Hitler Germany shrewdly exploited their criminal trials in order to increase the size of their constituency. They used the trials as platforms to propagate their message.

Viewed from the point of view of actual effect, the rational connection between s. 319(2) and the goals it promotes may be argued to be tenuous. Certainly it cannot be said that there is a strong and evident connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression.

(c) Minimum Impairment

The second matter which must be considered in determining whether the infringement represented by the legislation is proportionate to its ends is whether the legislation impairs the right to the minimum extent possible.

Those supporting s. 319(2) of the *Criminal Code* point to the fact that it applies only to wilful promotion of hatred, and not to promotion of any lesser emotion. Hatred, they argue, is the most extreme and reprehensible of human emotions. They also point out that s. 319(2) provides a number of defences, including the truth of the statements made, discussion for public benefit of a subject of public importance (provided the statements were believed to be true on reasonable grounds), and good faith opinion on a religious subject. They add that s. 319(2) does no more than

On trouve aussi dans l'Histoire des raisons de juger avec suspicion l'assertion que les lois relatives à la propagande haineuse servent la cause du multiculturalisme et de l'égalité. Cette preuve est résumée par A. A. Borovoy dans *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties* (1988), à la p. 50:

[TRADUCTION] Fait remarquable, l'Allemagne prénazie avait des lois fort semblables à la loi canadienne contre la haine. Ces lois ont en outre été appliquées assez énergiquement. Au cours des quinze années qui ont précédé l'accession d'Hitler au pouvoir, il y a eu plus de deux cents poursuites pour propos antisémites. Et, de l'avis du principal organisme juif de l'époque, dix pour cent de ces causes tout au plus ont souffert de l'incurie des autorités. Or, comme en témoigne si douloureusement l'histoire subséquente, ce genre de législation s'est avérée inefficace précisément là où elle était réellement indiquée. En fait, il y a lieu de croire que les nazis de l'Allemagne prénazie ont su exploiter judicieusement leurs procès criminels afin de grossir le nombre de leurs partisans. Ils se servaient des procès comme tribunes pour la propagation de leur message.

Du point de vue de l'effet réel, on peut prétendre que le lien rationnel entre le par. 319(2) et les objets qu'il vise est ténu. Certes, on ne saurait affirmer l'existence d'un lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et son élimination.

c) L'atteinte minimale

La deuxième question à aborder pour déterminer si la violation que constituent les dispositions législatives en cause est proportionnée à l'objet qu'elles visent, est celle de l'atteinte minimale au droit en question.

Ceux qui plaident en faveur du par. 319(2) du *Code criminel* insistent sur le fait qu'il ne s'applique qu'à la fomentation volontaire de la haine et ne vise pas l'incitation à des émotions moins fortes. La haine, soutiennent-ils, est à la fois la plus extrême et la plus répréhensible des émotions humaines. Ils soulignent en outre que le par. 319(2) prévoit plusieurs moyens de défense, dont la véracité des déclarations, l'examen dans l'intérêt du public d'une question d'intérêt public (pourvu qu'il y ait eu des motifs raisonnables de croire que les déclarations étaient vraies), et l'expression de

fulfil Canada's international obligations and that similar provisions apply in other western democracies.

Those who maintain the unconstitutionality of s. 319(2) argue that the subjective emotion of hatred is overbroad and vague, that judges and juries will convict only if the speech is unpopular, and that there may be criminal liability even if not a single person was moved to any emotion, hatred or otherwise, by the statement. Moreover, the fact that the accused has the burden of proving the truth of his statement means that convictions may result even for true statements.

Two questions are pertinent to the inquiry into whether s. 319(2) impairs freedom of expression as little as possible. The first is whether s. 319(2) is drafted too broadly, catching more expressive conduct than can be justified by the objectives of promoting social harmony and individual dignity. The second is whether criminalization of hate mongering may in itself be an excessive response to the problem, given the alternatives. I will deal with each in turn.

Despite the limitations found in s. 319(2), a strong case can be made that it is overbroad in that its definition of offending speech may catch many expressions which should be protected.

The first difficulty lies in the different interpretations which may be placed on the word "hatred". The *Shorter Oxford English Dictionary* defines "hatred" as: "The condition or state of relations in which one person hates another; the emotion of hate; active dislike, detestation; enmity, ill-will, malevolence." The wide range of diverse emotions which the word "hatred" is capable of denoting is evident from this definition. Those who defend its use in s. 319(2) of the *Criminal Code* emphasize one end of this range—hatred, they say, indicates

bonne foi d'une opinion sur un sujet religieux. Ils affirment également que le par. 319(2) ne fait que remplir les obligations internationales du Canada et qu'il existe des dispositions analogues dans d'autres démocraties occidentales.

Les tenants de l'inconstitutionnalité du par. 319(2) font valoir que l'émotion subjective qu'est la haine est une notion de portée excessive et vague, que les juges et les jurys prononceront des verdicts de culpabilité quand l'expression est seulement impopulaire, et qu'il peut y avoir responsabilité criminelle même si la déclaration n'a incité personne à la haine ou à quelque autre émotion. D'autre part, le fait que le fardeau de prouver la véracité de sa déclaration incombe à l'accusé veut dire que même des déclarations vraies peuvent entraîner des déclarations de culpabilité.

Deux questions sont pertinentes pour déterminer si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression. La première est de savoir si le par. 319(2) est rédigé dans des termes trop larges de manière à englober plus de conduites expressives que ne le justifie l'objectif de la promotion de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. La seconde est de savoir si la criminalisation de la fomentation de la haine peut constituer en soi une réaction excessive au problème, compte tenu des autres possibilités dont on dispose. J'aborderai tout à tour chacune de ces questions.

Malgré les restrictions que comporte le par. 319(2), on peut soutenir avec des arguments puissants que sa portée est trop large en ce que sa définition de l'expression illicite peut atteindre de nombreuses expressions qui devraient être protégées.

La première difficulté est celle que pose les différentes acceptions possibles du mot «haine». Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit la «haine» comme: [TRADUCTION] «La situation ou l'état de relations où une personne en hait une autre; l'émotion de haine; antipathie active, détestation; hostilité, inimitié, malveillance.» Cette définition fait ressortir nettement la vaste gamme d'émotions diverses que peut dénoter le mot «haine». Ceux qui défendent son emploi au par. 319(2) du *Code criminel* soulignent un extrême de

the most powerful of virulent emotions lying beyond the bounds of human decency and limiting s. 319(2) to extreme materials. Those who object to its use point to the other end of the range, insisting that "active dislike" is not an emotion for the promotion of which a person should be convicted as a criminal. To state the arguments is to make the case; "hatred" is a broad term capable of catching a wide variety of emotion.

It is not only the breadth of the term "hatred" which presents dangers; it is its subjectivity. "Hatred" is proved by inference—the inference of the jury or the judge who sits as trier of fact—and inferences are more likely to be drawn when the speech is unpopular. The subjective and emotional nature of the concept of promoting hatred compounds the difficulty of ensuring that only cases meriting prosecution are pursued and that only those whose conduct is calculated to dissolve the social bonds of society are convicted.

But "hatred" does not stand alone. To convict, it must have been "wilfully promote[d]". Does this requirement sufficiently constrain the term to meet the claim that s. 319(2) is overbroad?

In *R. v. Buzzanga and Durocher, supra*, the Ontario Court of Appeal held that the requirement of "wilful promotion" may be satisfied in either of two ways: (1) by proof of intention or conscious purpose of promoting hatred; or (2) by proof that the accused foresaw that the promotion of hatred against an identifiable group is certain, or "morally certain", to result from the communication.

It is argued that the requirement of "wilful promotion" eliminates from the ambit of s. 319(2) statements which are made for honest purposes such as telling a perceived truth or contributing to a political or social debate. The difficulty with this argument is that those purposes are compatible with the intention (or presumed intention by

cette gamme—le terme haine, selon eux, désigne la plus puissante des émotions virulentes, qui dépasse les bornes de la décence humaine et qui limite en conséquence l'application du par. 319(2) aux cas extrêmes. Ceux qui s'opposent à son utilisation mettent l'accent sur l'autre extrême de la gamme et insistent sur le fait qu'une «antipathie active» n'est pas une émotion dont la fomentation devrait entraîner la répression criminelle. Ces arguments prouvent d'eux-mêmes que le mot «haine» a une large portée susceptible d'englober une grande diversité d'émotions.

Il n'y a pas que la vaste portée du terme «haine» qui présente des dangers; il y a aussi sa subjectivité. La «haine» est prouvée par inférence — l'inférence du jury ou du juge siégeant en tant que juge des faits—et des inférences sont plus probables lorsqu'il s'agit de propos impopulaires. La nature subjective et émotive du concept de la fomentation de la haine accroît la difficulté qu'il y a à assurer que seuls donnent lieu à des poursuites les cas où elles sont justifiées et que seules sont reconnues coupables les personnes dont la conduite vise à dissoudre les liens sociaux.

Mais la «haine» ne doit pas être considérée isolément. Pour être condamnable, elle doit avoir été «foment[ée] volontairement». Cette exigence limite-t-elle suffisamment le terme en question pour réfuter l'argument que la portée du par. 319(2) est excessive?

Dans l'arrêt *R. v. Buzzanga and Durocher*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a dit que l'exigence de la «fomentation volontaire» peut être remplie de l'une de deux façons: (1) par la preuve de l'intention ou du but conscient de fomenter la haine; ou (2) par la preuve que l'accusé a prévu que la fomentation de la haine contre un groupe identifiable est la conséquence certaine ou «moralement certaine» de la communication en cause.

On soutient que l'exigence de la «fomentation volontaire» fait échapper à l'application du par. 319(2) les déclarations faites dans des buts légitimes, par exemple, dire ce que l'on considère comme la vérité ou participer à un débat politique ou social. Le problème avec cet argument tient à ce que ces objets sont compatibles avec l'intention

reason of foreseeability) of promoting hatred. A belief that what one says about a group is true and important to political and social debate is quite compatible with and indeed may inspire an intention to promote active dislike of that group. Such a belief is equally compatible with foreseeing that promotion of such dislike may stem from one's statements. The result is that people who make statements primarily for non-nefarious reasons may be convicted of wilfully promoting hatred.

The absence of any requirement that actual harm or incitement to hatred be shown further broadens the scope of s. 319(2) of the *Criminal Code*. This, in the view of the Court of Appeal, was the section's main defect. In effect, the provision makes a crime not only of actually inciting others to hatred, but also of attempting to do so. The Court of Appeal accepted the argument that this made the crime, at least potentially, a victimless one. In the view of Kerans J.A., while a prohibition on expression that actually spread hatred would be justified, a prohibition on attempts to spread hatred was not.

Though I regard this breadth as a relevant factor, I would be hesitant to treat it as constitutionally determinative. To view hate propaganda as "victimless" in the absence of any proof that it moved its listeners to hatred is to discount the wrenching impact that it may have on members of the target group themselves. For Jews, many of whom have personally been touched by the terrible consequences of the degeneration of a seemingly civilized society into unparalleled barbarism, statements such as Keegstra's may raise very real fears of history repeating itself. Moreover, it is simply not possible to assess with any precision the effects that expression of a particular message will have on all those who are ultimately exposed to it. The process of "proving" that listeners were moved to hatred has a fictitious air about it. These considerations undermine the notion that we can draw a bright line between provisions which are justifiable

(ou la présumée intention en raison de la prévisibilité) de fomenter la haine. La conviction que ce qu'on dit au sujet d'un certain groupe est vrai et constitue un apport important à un débat politique et social est en effet parfaitement conciliable avec l'intention de fomenter une antipathie active contre ce groupe et peut même inspirer cette intention. Une telle conviction est tout aussi compatible avec la prévision que les déclarations pourront avoir pour conséquence de fomenter cette antipathie. Il en résulte que des personnes qui font des déclarations surtout pour des raisons qui n'ont aucun caractère répréhensible risquent d'être déclarées coupables de fomentation volontaire de la haine.

L'absence de toute obligation de démontrer qu'il y a réellement eu préjudice ou incitation à la haine élargit davantage la portée du par. 319(2) du *Code criminel*. Tel était, de l'avis de la Cour d'appel, son vice principal. En réalité, cette disposition érige en crime non seulement le fait d'inciter effectivement à la haine mais aussi de tenter de le faire. La Cour d'appel a retenu l'argument que ces crimes étaient, du moins potentiellement, des crimes sans victimes. De l'avis du juge Kerans, si l'interdiction de l'expression qui propage réellement la haine est justifiée, l'interdiction de tentatives de propager la haine ne l'est pas.

Quoique considérant cette largeur de portée comme un facteur pertinent, j'hésiterais à la juger déterminante sur le plan constitutionnel. Dire que la propagande haineuse «ne fait pas de victimes» quand il n'est pas prouvé qu'elle a incité ses destinataires à la haine c'est faire abstraction de l'effet déchirant qu'elle peut avoir sur les membres du groupe cible eux-mêmes. Chez les juifs, nombre desquels ont été personnellement touchés par les conséquences terribles de la dégénérescence d'une société apparemment civilisée vers une barbarie sans parallèle, des déclarations comme celles de Keegstra peuvent faire naître des craintes très réelles que l'Histoire se répète. Par ailleurs, il n'est simplement pas possible de déterminer avec exactitude les effets que l'expression d'un message donné aura sur tous ceux qui finiront par l'entendre. Le processus qui consiste à «prouver» que les auditeurs ont été incités à la haine a quelque chose d'irréel.

because they require proof that hatred actually resulted, and provisions which are unjustifiable because they require only an intent to promote hatred.

The breadth of s. 319(2) is narrowed somewhat by the defences. Statements made in good faith on religious subjects and statements on matters of public interest which the accused reasonably believed to be true, as well as statements made for the purpose of removing hatred, are exempted.

Quite apart from the fact that the onus lies on the accused to prove these defences, it is far from clear that in practice they significantly narrow the ambit of s. 319(2) of the *Criminal Code*. The most important defence is truth—if the accused establishes that his statements are true, s. 319(2) is not violated. On the other hand, as already mentioned, conviction may result for true statements given that the onus of proof lies on the accused. Moreover, the concepts of “truth” and “reasonable belief in truth” may not always be applicable. Statements of opinion may be incapable of being classified as true or false, communicating not facts so much as sentiments and beliefs. Polemic statements frequently do not lend themselves to proof of truth or falsity. As for the defence of reasonable belief, how is a court to evaluate the reasonableness of diverse theories, political or otherwise? The defence of statements in the public interest poses similar problems. How is a court to determine what is in the public interest, given the wide range of views which may be held on matters potentially caught by s. 319(2)?

Not only is the category of speech caught by s. 319(2) defined broadly. The application of the definition of offending speech, i.e., the circum-

Ces considérations mettent en doute la notion que nous pouvons tirer une ligne de démarcation très nette entre les dispositions qui sont justifiables parce qu’elles exigent la preuve que la haine a réellement été provoquée et celles qui sont injustifiables parce qu’elles n’exigent que l’intention de fomenter la haine.

Les moyens de défense viennent restreindre dans une certaine mesure la portée du par. 319(2). Y échappent les déclarations faites de bonne foi sur des sujets religieux et les déclarations concernant des questions d’intérêt public que l’accusé, pour des motifs raisonnables, croyait vraies, ainsi que les déclarations faites dans le but de supprimer la haine.

Indépendamment du fait que c’est à l’accusé qu’il incombe d’établir chacun de ces moyens de défense, il est loin d’être évident que, dans la pratique, ils limitent sensiblement la portée du par. 319(2) du *Code criminel*. La défense la plus importante est celle de la véracité—si l’accusé prouve que ses déclarations sont vraies, il n’y a pas de violation du par. 319(2). Par ailleurs, comme je l’ai déjà fait remarquer, l’accusé peut être reconnu coupable pour des déclarations vraies, étant donné que c’est à lui qu’incombe le fardeau de la preuve. De plus, les concepts de «vérité» et de «croyance raisonnable à la vérité» ne s’appliqueront peut-être pas dans tous les cas. Il peut en effet être impossible de qualifier de vraies ou de fausses des déclarations d’opinion puisqu’elles ne communiquent pas tant des faits que des sentiments et des croyances. Souvent les déclarations polémiques ne se prêtent pas à la démonstration de leur véracité ou de leur fausseté. Pour ce qui est de la défense de la croyance raisonnable, comment un tribunal doit-il évaluer le caractère raisonnable de diverses théories, politiques ou autres? La défense relative aux déclarations faites dans l’intérêt public pose des problèmes analogues. Comment un tribunal doit-il déterminer ce qui est dans l’intérêt public vu la vaste gamme d’opinions pouvant exister sur des questions auxquelles pourrait s’appliquer le par. 319(2)?

Non seulement la définition de la catégorie d’expression visée par le par. 319(2) est large, mais l’application de la définition de l’expression illicite,

stances in which the offending statements are prohibited, is virtually unlimited. Only private conversations are exempt from state scrutiny. Section 319(2) is calculated to prevent absolutely expression of the offending ideas in any and all public forums through any and all mediums. Speeches are caught. The corner soap-box is no longer open. Books, films and works of art—all these fall under the censor's scrutiny because of s. 319(2) of the *Criminal Code*.

The real answer to the debate about whether s. 319(2) is overbroad is provided by the section's track record. Although the section is of relatively recent origin, it has provoked many questionable actions on the part of the authorities. There have been no reported convictions, other than the instant appeals. But the record amply demonstrates that intemperate statements about identifiable groups, particularly if they represent an unpopular viewpoint, may attract state involvement or calls for police action. Novels such as Leon Uris' pro-Zionist novel, *The Haj*, face calls for banning: *Toronto Star*, September 26, 1984, p. A6. Other works, such as Salman Rushdie's *Satanic Verses*, are stopped at the border on the ground that they violate s. 319(2). Films may be temporarily kept out, as happened to a film entitled *Nelson Mandela*, ordered as an educational film by Ryerson Polytechnical Institute in 1986: *Globe and Mail*, December 24, 1986, p. A14. Arrests are even made for distributing pamphlets containing the words "Yankee Go Home": *Globe and Mail*, July 4, 1975, p. 1. Experience shows that many cases are winnowed out due to prosecutorial discretion and other factors. It shows equally, however, that initially quite a lot of speech is caught by s. 319(2).

Even where investigations are not initiated or prosecutions pursued, the vagueness and subjectivity inherent in s. 319(2) of the *Criminal Code* give ground for concern that the chilling effect of the law may be substantial. The more vague the

c.-à-d. les circonstances dans lesquelles les déclarations offensantes sont interdites, est presque illimitée. Seules sont à l'abri de l'examen de l'État les conversations privées. Le paragraphe 319(2) a pour objet l'interdiction absolue de l'expression d'idées offensantes dans tout endroit public par quelque moyen que ce soit. Les discours sont visés. Les orateurs de carrefour sont réduits au silence. Livres, films, œuvres d'art—tout est soumis à l'examen du censeur en raison du par. 319(2) du *Code criminel*.

La véritable réponse au débat sur la portée excessive du par. 319(2) se dégage des antécédents de cette disposition. Bien que relativement récent, ce paragraphe a donné lieu à de nombreuses actions contestables de la part des autorités. À l'exception des présentes affaires, aucune déclaration de culpabilité n'est constatée dans les recueils de jurisprudence. Mais il ressort nettement du dossier que des déclarations outrancières au sujet de groupes identifiables, particulièrement si elles représentent un point de vue impopulaire, peuvent provoquer l'intervention de l'État ou des appels à l'action policière. On demande l'interdiction de romans tels que *Le Hadj*, roman pro-sioniste de Léon Uris: *Toronto Star*, 26 septembre 1984, p. A6. D'autres ouvrages, notamment *Les versets sataniques* de Salman Rushdie, ne peuvent entrer au Canada pour le motif qu'ils enfreignent le par. 319(2). Des films peuvent être temporairement exclus, comme cela est arrivé au film *Nelson Mandela*, commandé pour des fins éducatives par le Ryerson Polytechnical Institute en 1986: *Globe and Mail*, 24 décembre 1986, p. A14. On procède même à des arrestations pour la distribution de tracts contenant les mots «Yankee Go Home»: *Globe and Mail*, 4 juillet 1975, p. 1. L'expérience révèle que bien des cas ont été écartés par l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public et grâce à d'autres facteurs. Elle révèle également, toutefois, qu'au départ le par. 319(2) s'applique à beaucoup de sortes d'expressions.

Même dans les cas où aucune enquête n'est lancée ni aucune poursuite engagée, l'imprécision et la subjectivité inhérentes au par. 319(2) du *Code criminel* justifient la crainte que l'effet paralysant de cette disposition soit considérable. Plus la

language of the prohibition, the greater the danger that right-minded citizens may curtail the range of their expression against the possibility that they may run afoul of the law. The danger here is not so much that the legislation will deter those bent on promoting hatred—in so far as it does so (and of this I remain skeptical) it is arguably not overbroad. The danger is rather that the legislation may have a chilling effect on legitimate activities important to our society by subjecting innocent persons to constraints born out of a fear of the criminal process. Given the vagueness of the prohibition of expression in s. 319(2), one may ask how speakers are to know when their speech may be seen as encroaching on the forbidden area. The reaction is predictable. The combination of overbreadth and criminalization may well lead people desirous of avoiding even the slightest brush with the criminal law to protect themselves in the best way they can—by confining their expression to non-controversial matters. Novelists may steer clear of controversial characterizations of ethnic characteristics, such as Shakespeare's portrayal of Shylock in *The Merchant of Venice*. Scientists may well think twice before researching and publishing results of research suggesting difference between ethnic or racial groups. Given the serious consequences of criminal prosecution, it is not entirely speculative to suppose that even political debate on crucial issues such as immigration, educational language rights, foreign ownership and trade may be tempered. These matters go to the heart of the traditional justifications for protecting freedom of expression.

This brings me to the second aspect of minimum impairment. The examples I have just given suggest that the very fact of criminalization itself may be argued to represent an excessive response to the problem of hate propagation. The procedures and sanctions associated with the criminal law are

formulation de l'interdiction est imprécise, plus le danger est grand que des citoyens bien-pensants ne limitent l'étendue de leur expression afin de ne pas courir le risque de contrevenir à la loi. Le danger dont il s'agit ici n'est pas tant que les dispositions législatives en cause serviront à dissuader ceux qui ont la ferme intention de fomenter la haine—pour autant que tel soit leur effet (ce sur quoi je demeure sceptique) leur portée n'est peut-être pas excessive. Le danger est plutôt que ces dispositions législatives aient un effet paralysant sur des activités légitimes qui sont importantes pour notre société en soumettant des personnes innocentes à des contraintes nées de la peur du processus criminel. Étant donné l'imprécision de l'interdiction de l'expression au par. 319(2), on peut se demander comment ceux qui s'expriment vont savoir quand leurs propos pourront être considérés comme entrant dans le domaine interdit. La réaction est prévisible. La combinaison de la portée excessive et de la criminalisation pourrait amener des gens désireux d'éviter même le moindre démêlé avec la justice criminelle à se protéger du mieux qu'ils peuvent—en limitant leur expression à des sujets non controversés. Les romanciers pourraient se tenir loin d'évocations controversées de caractéristiques ethniques, telles que la représentation de Shylock par Shakespeare dans *Le Marchand de Venise*. Les scientifiques pourraient hésiter à entreprendre des recherches tendant à établir l'existence de différences entre des groupes ethniques ou raciaux et à publier les résultats de telles recherches. Vu la gravité des conséquences de poursuites criminelles, ce n'est pas pure conjecture de supposer qu'un frein pourrait être mis même aux débats politiques sur des questions vitales comme l'immigration, les droits linguistiques en matière d'enseignement, la propriété étrangère d'entreprises et le commerce. Ce sont là des questions qui touchent au cœur des justifications traditionnelles de la protection de la liberté d'expression.

Voilà qui m'amène au deuxième aspect de l'atteinte minimale. Les exemples que je viens de mentionner permettent de penser que le fait même de la criminalisation représente une réaction excessive au problème de la propagation de la haine. Les procédures et les sanctions du droit criminel

comparatively severe. Given the stigma that attaches and the freedom which is at stake, the contest between the individual and the state imposed by a criminal trial must be regarded as difficult and harrowing in the extreme. The seriousness of the imprisonment which may follow conviction requires no comment. Moreover, the chilling effect of prohibitions on expression is at its most severe where they are effected by means of the criminal law. It is this branch of the law more than any other which the ordinary, law-abiding citizen seeks to avoid. The additional sanction of the criminal law may pose little deterrent to a convinced hate-monger who may welcome the publicity it brings; it may, however, deter the ordinary individual.

Moreover, it is arguable whether criminalization of expression calculated to promote racial hatred is necessary. Other remedies are perhaps more appropriate and more effective. Discrimination on grounds of race and religion is worthy of suppression. Human rights legislation, focusing on reparation rather than punishment, has had considerable success in discouraging such conduct. This is the conclusion of Borovoy, *op. cit.*, at pp. 221-25. After noting the emphasis in human rights codes on amendment of conduct and their general success in effecting settlements before hearing, Borovoy addresses the suggestion that "racial discriminators be prosecuted or sued without having any opportunity to make amends" (p. 223). He concludes that criminal prosecution is not only unnecessary, but may be counterproductive. It is unnecessary because proceedings under the human rights codes show strong success in achieving their essential purpose, the curtailment of discrimination. It may be counterproductive in that: (1) racial discriminators threatened with prosecution may have little or no incentive to cooperate with human rights boards and voluntarily amend their conduct (p. 223); and (2) it leaves open the argument that "where a prosecutorial remedy exists, the state is obliged to adopt such a route first" (p. 225), thereby eliminating the possibility of voluntary amendment of conduct. For these reasons, Borovoy concludes that: "[a]part from collateral

sont comparativement sévères. Compte tenu des stigmates qui en résultent et de la liberté qui est en jeu, la lutte entre le particulier et l'État que représente le procès criminel doit être considérée comme extrêmement difficile et pénible. La gravité de la peine d'emprisonnement que peut entraîner une déclaration de culpabilité se passe de commentaires. En outre, l'effet paralysant des interdictions frappant l'expression est le plus prononcé lorsqu'on recourt au droit criminel pour les imposer. C'est en effet cet aspect de la loi plus que tout autre que cherche à éviter le citoyen ordinaire, respectueux des lois. La sanction supplémentaire du droit criminel peut n'avoir qu'un faible effet dissuasif sur un fomentateur convaincu de la haine, qui pourra d'ailleurs se réjouir de la publicité qu'elle lui procure; elle pourrait toutefois dissuader le citoyen ordinaire.

On peut aussi se demander si la criminalisation de l'expression destinée à fomenter la haine raciale est nécessaire. Il est possible en effet que d'autres recours conviennent mieux et soient plus efficaces. La discrimination fondée sur la race et la religion mérite d'être supprimée. Les lois en matière de droits de la personne, qui mettent l'accent sur la réparation plutôt que sur le châtement, ont pu, avec un succès considérable, décourager ce genre de conduite. C'est ce que conclut Borovoy, *op. cit.*, aux pp. 221 à 225. Ayant fait remarquer que les codes des droits de la personne mettent l'accent sur l'amélioration de la conduite et que, sous leur régime, il est généralement possible de parvenir à des règlements avant l'audience, Borovoy traite de la proposition que [TRADUCTION] «ceux qui pratiquent la discrimination raciale soient poursuivis sans possibilité de s'amender» (p. 223). Il conclut que non seulement les poursuites criminelles ne sont pas nécessaires, mais que leur effet peut être contraire à celui souhaité. Elles ne sont pas nécessaires parce que les procédures engagées en vertu des codes des droits de la personne réussissent dans une large mesure à atteindre leur objet essentiel, soit la réduction de la discrimination. Leur effet peut être contraire à celui recherché en ce sens (1) que les personnes qui pratiquent la discrimination raciale et qui sont menacées de poursuites n'auront peut-être que peu ou pas d'intérêt à prêter leur concours aux commissions des droits de la per-

matters such as obstructing complaint investigations, the criminal process can safely be eliminated from human rights matters" (p. 225).

It is true that the focus of most human rights legislation is acts rather than words. But if it is inappropriate and ineffective to criminalize discriminatory conduct, it must necessarily be unjustifiable to criminalize discriminatory expression falling short of conduct.

Finally, it can be argued that greater precision is required in the criminal law than, for example, in human rights legislation because of the different character of the two types of proceedings. The consequences of alleging a violation of s. 319(2) of the *Criminal Code* are direct and serious in the extreme. Under the human rights process a tribunal has considerable discretion in determining what messages or conduct should be banned and by its order may indicate more precisely their exact nature, all of which occurs before any consequences inure to the alleged violator.

In summary, s. 319(2) of the *Criminal Code* catches a broad range of speech and prohibits it in a broad manner, allowing only private conversations to escape scrutiny. Moreover, the process by which the prohibition is effected—the criminal law—is the severest our society can impose and is arguably unnecessary given the availability of alternate remedies. I conclude that the criminalization of hate statements does not impair free speech to the minimum extent permitted by its objectives.

sonne en changeant volontairement leur comportement (p. 223); et (2) qu'elles ouvrent la voie à l'argument selon lequel [TRADUCTION] «quand l'exercice de poursuites criminelles est prévu, l'État est tenu de recourir en premier lieu à ce moyen» (p. 225), ce qui écarte d'emblée la possibilité d'une amélioration volontaire de la conduite. Pour ces raisons, Borovoy conclut que: [TRADUCTION] «[m]ises à part les questions accessoires comme celle de l'entrave à l'enquête sur une plainte, on peut sans inconvénient éliminer le processus criminel du domaine des droits de la personne» (p. 225).

Il est vrai que la plupart des lois sur les droits de la personne sont axées sur les actes plutôt que les paroles. Mais s'il est peu approprié et inefficace de criminaliser la conduite discriminatoire, la criminalisation de l'expression discriminatoire qui ne constitue pas une conduite est forcément injustifiable.

Finalement, on peut soutenir que le droit criminel commande une plus grande précision que, par exemple, la législation en matière de droits de la personne, et ce, en raison de la nature différente des procédures dans les deux cas. Les conséquences de l'allégation d'une violation du par. 319(2) du *Code criminel* sont directes et extrêmement graves. Dans le processus suivi dans le domaine des droits de la personne, le tribunal jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer quels messages ou quelles conduites devraient être interdits et il peut, dans son ordonnance en préciser davantage la nature, tout cela avant que le contrevenant ne subisse quelque conséquence.

En résumé, le par. 319(2) du *Code criminel* vise une large gamme d'expressions qu'il interdit globalement, ne faisant échapper à l'examen que les conversations privées. De plus, le processus de mise en œuvre de l'interdiction—le droit criminel—est le plus sévère que notre société puisse imposer et sans être nécessairement indispensable étant donné l'existence d'autres recours. Je conclus que, compte tenu de ses objectifs, la criminalisation des déclarations haineuses ne porte pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression.

(d) Importance of the Right versus Benefit
Conferred

The third consideration in determining whether the infringement represented by the legislation is proportionate to the ends is the balance between the importance of the infringement of the right in question and the benefit conferred by the legislation. The analysis is essentially a cost-benefit analysis. On the one hand, how significant is the infringement of the fundamental right or freedom in question? On the other hand, how significant is the benefit conferred by the impugned legislation? Weighing these countervailing considerations, has the state met the burden upon it of establishing that the limit on the constitutionally guaranteed freedom or right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society?

I deal first with the significance of the infringement of the constitutionally guaranteed freedom at issue in this case. Viewed from the perspective of our society as a whole, the infringement of the guarantee of freedom of expression before this Court is a serious one. Section 319(2) of the *Criminal Code* does not merely regulate the form or tone of expression—it strikes directly at its content and at the viewpoints of individuals. It strikes, moreover, at viewpoints in widely diverse domains, whether artistic, social or political. It is capable of catching not only statements like those at issue in this case, but works of art and the intemperate statement made in the heat of social controversy. While few may actually be prosecuted to conviction under s. 319(2), many fall within the shadow of its broad prohibition. These dangers are exacerbated by the fact that s. 319(2) applies to all public expression. In short, the limitation on freedom of expression created by s. 319(2) of the *Criminal Code* invokes all of the values upon which s. 2(b) of the *Charter* rests—the value of fostering a vibrant and creative society through the marketplace of ideas; the value of the vigorous and open debate essential to democratic government and preservation of our rights and freedoms;

d) L'importance relative du droit et de
l'avantage conféré

Le troisième point à considérer pour déterminer si la violation résultant des dispositions législatives en cause est proportionnée aux buts visés est l'importance relative de la violation du droit en question par rapport à l'avantage conféré par ces dispositions législatives. Il s'agit essentiellement d'une analyse coûts-avantages. D'une part, quelle est la gravité de la violation du droit fondamental ou de la liberté fondamentale en question? D'autre part, quelle est l'importance de l'avantage conféré par les dispositions attaquées? En soupesant ces considérations opposées, l'État s'est-il acquitté de l'obligation qui lui incombe d'établir que la limite imposée à la liberté ou au droit garantis par la Constitution est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

J'aborde en premier la question de la gravité de la violation de la liberté garantie par la Constitution en l'espèce. Vue dans la perspective de notre société dans son ensemble, la violation en cause de la garantie de la liberté d'expression est grave. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* ne fait pas que réglementer la forme ou le ton de l'expression—il vise directement son contenu et les points de vue de particuliers. Il vise en outre des points de vue relevant de domaines très divers, tant artistique, que social ou politique. Il peut s'appliquer non seulement à des déclarations comme celles en cause, mais aussi à des œuvres d'art et aux déclarations outrancières faites dans le feu d'une controverse sociale. Même si peu d'entre elles sont poursuivies jusqu'à des déclarations de culpabilité en vertu du par. 319(2), nombreuses sont celles auxquelles s'applique sa large interdiction. Ces dangers sont aggravés par le fait que le par. 319(2) vise toute expression publique. Bref, la restriction que le par. 319(2) du *Code criminel* impose à la liberté d'expression met en cause toutes les valeurs sur lesquelles repose l'al. 2b) de la *Charte*—la valeur qui consiste à favoriser une société dynamique et créative au moyen du marché des idées; la valeur représentée par le débat vif et ouvert essentiel au gouvernement démocratique et à la sauvegarde de nos droits et libertés; et la valeur d'une

and the value of a society which fosters the self-actualization and freedom of its members.

The consequences of the infringement of freedom of speech imposed by s. 319(2) of the *Criminal Code* considered from the viewpoint of the individual caught within its net are equally serious. The exercise of the right of free speech contrary to its provisions may result in a criminal record and imprisonment of up to two years. No warning, other than the description in s. 319(2) itself (which necessarily includes subjective elements), is given as to what speech is liable to result in prosecution. And those individuals not caught may find their expression restricted by the fear of running afoul of a vague and subjective law.

These considerations establish an infringement of the guarantee of freedom of expression of the most serious nature—much more serious, for example, than that which this Court upheld under s. 1 in *Irwin Toy*. There the only value which could be prayed in aid of free expression was the right to earn a profit. Section 319(2) of the *Criminal Code*, in contrast, touches on values vital to the preservation of democratic government and our fundamental rights and freedoms, as well as our right to individual self-actualization. And its broad sweep makes the infringement it effects not only serious in nature, but in extent. An infringement of this seriousness can only be justified by a countervailing state interest of the most compelling nature.

I turn then to the other side of the scale and the benefit to be gained by maintenance of the limitation on freedom of expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code*. As indicated earlier, there is no question but that the objectives which underlie this legislation are of a most worthy nature. Unfortunately, the claims of gains to be achieved at the cost of the infringement of free speech represented by s. 319(2) are tenuous. It is far from clear that the legislation does not promote the cause of hate-mongering extremists and hinder the possibility of voluntary amendment of conduct more than it discourages the spread of hate propaganda.

société qui encourage l'épanouissement personnel et la liberté de ses membres.

Considérées du point de vue de l'individu touché, les conséquences de l'atteinte portée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel* sont tout aussi graves. L'exercice de la liberté d'expression contrairement à ses dispositions peut entraîner une déclaration de culpabilité et une peine maximale de deux ans d'emprisonnement. Exception faite de la description que renferme le par. 319(2) lui-même (laquelle comporte nécessairement des éléments subjectifs), aucune indication n'est donnée quant au genre de discours pouvant donner lieu à des poursuites. Par ailleurs, l'expression d'individus qui ne sont pas visés pourrait être restreinte par la crainte d'enfreindre une loi vague et subjective.

Ces considérations établissent l'existence d'une violation extrêmement grave de la garantie de liberté d'expression—bien plus grave, par exemple, que celle qu'a maintenue notre Cour en vertu de l'article premier dans l'arrêt *Irwin Toy* où l'unique valeur pouvant être invoquée au soutien de la liberté d'expression était le droit au profit. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel*, au contraire, touche des valeurs qui sont vitales pour la sauvegarde du gouvernement démocratique, de nos droits et libertés fondamentaux et aussi de notre droit à l'épanouissement personnel. De plus, en raison de sa large portée, l'atteinte qu'il porte est grave non seulement de par sa nature mais de par son ampleur. Une atteinte aussi grave ne peut se justifier que par l'existence d'un intérêt très impérieux de l'État qui lui fait contrepoids.

Cela m'amène donc à l'autre plateau de la balance, c'est-à-dire à l'avantage à tirer du maintien de la restriction de la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. Comme je l'ai déjà indiqué, il est incontestable que les objectifs qui sous-tendent les dispositions en cause sont des plus valables. Malheureusement, les prétentions quant aux gains à obtenir au prix de la violation de la liberté d'expression par le par. 319(2) sont douteuses. Il est loin d'être certain que cette disposition n'aide pas la cause des extrémistes qui fomentent la haine, ni qu'elle ne fait pas davantage obstacle à l'amélioration volontaire de conduite

Accepting the importance to our society of the goals of social harmony and individual dignity, of multiculturalism and equality, it remains difficult to see how s. 319(2) fosters them.

In my opinion, the result is clear. Any questionable benefit of the legislation is outweighed by the significant infringement on the constitutional guarantee of free expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code*.

(3) *Conclusion—Section 1 in Relation to Infringement of Free Speech*

Is the limit on free expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code* reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society? On all three criteria for proportionality laid down in *Oakes*—rational connection between the legislation with its objectives, infringement to the minimum extent possible, and the balance between the importance of the infringement of the right of free speech and the benefit conferred by the legislation—s. 319(2) of the *Criminal Code* emerges wanting. Accepting that the objectives of the legislation are valid and important and potentially capable of overriding the guarantee of freedom of expression, I cannot conclude that the means chosen to achieve them—the criminalization of the potential or foreseeable promotion of hatred—are proportionate to those ends.

B. Section 1 and the Infringement of the Presumption of Innocence

I arrive at the same conclusion with respect to the infringement of s. 11(d) of the *Charter*, as I did with respect to the infringement of s. 2(b) of the *Charter*. Again, the necessary proportionality between infringement and the ends achieved is doubtful.

A rational connection between the aims of s. 319(3)(a) and its requirement that the accused prove the truth of his statements is difficult to discern. It is argued that without the reverse onus, it would be difficult if not impossible to obtain convictions for much speech promoting hate. If the objection is that it is merely difficult to prove the

qu'elle ne décourage la diffusion de la propagande haineuse. Si on admet l'importance que revêtent pour notre société les objectifs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle, du multiculturalisme et de l'égalité, il est difficile de concevoir en quoi le par. 319(2) sert à les promouvoir.

À mon avis, le résultat est clair. Tout avantage hypothétique découlant des dispositions législatives en cause cède le pas à l'atteinte grave portée par le par. 319(2) du *Code criminel* à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression.

(3) *Conclusion—l'article premier et l'atteinte à la liberté d'expression*

La restriction que le par. 319(2) du *Code criminel* apporte à la liberté d'expression est-elle raisonnable et sa justification peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* ne satisfait à aucun des trois critères de proportionnalité énoncés dans l'arrêt *Oakes*—l'existence d'un lien rationnel entre le texte législatif et ses objectifs, l'atteinte minimale à des droits et l'évaluation relative de la gravité de l'atteinte à la liberté d'expression et de l'avantage conféré par le texte législatif. Tenant pour acquis que les objectifs visés par cette disposition sont valides et importants et qu'ils pourraient en principe l'emporter sur la garantie de liberté d'expression, je ne puis conclure que les moyens choisis pour les atteindre, savoir la criminalisation de la fomentation éventuelle ou prévisible de la haine, y sont proportionnés.

B. L'article premier et la violation de la présomption d'innocence

Ma conclusion sur la violation de l'al. 11(d) de la *Charte* est identique à ma conclusion sur la violation de l'al. 2b) de la *Charte*. Dans ce cas également, l'existence de la proportionnalité nécessaire entre la violation et les buts à atteindre est douteuse.

En effet, il est difficile de voir un lien rationnel entre les objets de l'al. 319(3)a) et son exigence que l'accusé prouve la véracité de ses déclarations. On prétend que sans le renversement du fardeau de la preuve, il serait difficile, voire impossible, dans la plupart des cas d'obtenir des déclarations de culpabilité pour la tenue de propos tendant à

statements true or false, the answer is that the burden should be on the state because it has superior resources. If the objection is that it is impossible to know if the statements are true or false (i.e. true opinion), then the answer is that it cannot be ruled out that the statements may be more valuable than harmful, if we accept the ultimate value of the exchange of truthful ideas. The same considerations suggest that s. 319(3)(a)'s infringement of the presumption of innocence is neither minimal nor, given the importance of the infringement in the context of prosecutions under s. 319(2), sufficient to outweigh the dubious benefit of such a provision.

Similar considerations arise on the question of whether s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* impairs the presumption of innocence under s. 11(d) as little as possible. It is said that hate promotion against identifiable groups is highly unlikely to be true. But that would be small comfort to a particular accused in the case where such a defence lay but he or she, because of restricted means or for whatever other reason, was unable to prove it. The presumption of innocence should not depend on the percentage of cases in which the defence in question may arise. It is also said that hate promotion consists as much in how it is said as in what is said, and it is sound policy to require individuals who choose to persuade by objectionable means to be certain they are speaking the truth before they make an utterance. But section 319(2) is not confined to expression in an objectionable form. It criminalizes expression not on the basis of its form but its content. Finally, it may be suggested in this context too that it is better to place the onus on the accused because of the difficulty of proving the falsity of negative assertions about identifiable groups. But, as I have pointed out above, proving the truth of such statements may be equally difficult. The accused, lacking the resources of the

fomenting the hate. Si l'on objecte qu'il est simplement difficile de prouver que les déclarations sont vraies ou fausses, la réponse est que le fardeau incombe à l'État parce qu'il dispose de plus grands moyens. Si par contre l'objection est qu'il est impossible de savoir si les déclarations sont vraies ou fausses (c.-à-d. qu'il s'agit d'une véritable opinion), alors la réponse est qu'il n'est pas exclu que ces déclarations soient plus utiles que nuisibles, si nous reconnaissons la valeur fondamentale de l'échange d'idées exprimant la vérité. Il se dégage des mêmes considérations que la violation de la présomption d'innocence par l'al. 319(3)a n'est ni minime ni suffisante, compte tenu de la gravité de la violation dans le contexte de poursuites engagées en vertu du par. 319(2), pour l'emporter sur l'avantage douteux découlant d'une telle disposition.

Des considérations analogues jouent relativement à la question de savoir si l'al. 319(3)a du *Code criminel* porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d). On dit qu'il est hautement improbable que des déclarations tendant à fomenter la haine contre des groupes identifiables soient vraies. Mais cela n'aide en rien un accusé qui aurait pu se prévaloir de ce moyen de défense mais qui, en raison de ses moyens limités ou pour quelque autre raison, n'a pu en apporter la preuve. La présomption d'innocence ne devrait pas dépendre du pourcentage de cas dans lesquels la défense en question peut être invoquée. On fait valoir en outre que la fomentation de la haine est autant dans la façon dont les déclarations sont faites que dans leur contenu, et que c'est une saine politique d'exiger que les individus qui choisissent la persuasion par des moyens inacceptables soient certains de l'exactitude de ce qu'ils avancent. Toutefois, le par. 319(2) ne s'applique pas uniquement à l'expression qui revêt une forme inacceptable. Il criminalise l'expression non pas en raison de sa forme, mais en raison de son contenu. Finalement, on pourrait prétendre dans ce contexte également qu'il vaut mieux imposer le fardeau de la preuve à l'accusé parce qu'il est difficile de prouver la fausseté d'assertions médiantes au sujet de groupes identifiables. Mais, comme je l'ai déjà fait observer, il peut être tout aussi difficile de prouver la véracité de telles déclara-

state, is arguably in a worse position than the Crown to prove his or her assertions to be true.

The final test of proportionality between the effects of the infringement and the objectives it promotes encounters other difficulties. We must start from the proposition that Parliament intended the truth to be a defence and that falsehood is an important element of the offence created by s. 319(2) of the *Criminal Code*. That fact, coupled with the centrality of the presumption of innocence in our criminal law, suggests that only a countervailing state interest of the most compelling kind could justify the infringement. But, as discussed in connection with the infringement of the guarantee of freedom of expression, it is difficult to see what benefits s. 319(2) in fact produces in terms of stemming hate propaganda and promoting social harmony and individual dignity. Thus Fish, *op. cit.*, in defending the proportionality of infringement to benefit, is driven finally to negate the defence itself, concluding at p. 121: "The defence of truth does not presume falsity so much as it does that truth is not exculpatory of hate promotion." I conclude that s. 319(3)(a) is not saved by s. 1 of the *Charter*.

Conclusion

Section 319(2) breaches the guarantee of freedom of expression enshrined in the *Charter*. Moreover, the defence provided under s. 319(3)(a) infringes an accused's right to be presumed innocent. The importance of such objectives as avoiding discrimination, racial violence and promoting multiculturalism, is such that a limited and measured infringement of free speech may be justifiable under s. 1 of the *Charter*, provided that the means chosen are proportionate. However, the broad criminalization of virtually all expression which might be construed as promoting hatred effected by s. 319(2) of the *Criminal Code* is not, in my view, a proportionate and appropriate means of achieving the ends to which the legislation is directed. The breadth of the category of speech it

rations. L'accusé, qui n'a pas les moyens dont dispose l'État, peut être moins bien placé que le ministère public pour prouver la véracité de ses affirmations.

^a Le dernier volet du critère de proportionnalité entre les effets de la violation et les objectifs qu'elle vise se heurte à d'autres difficultés. Nous devons partir de la proposition que le Parlement a voulu que la véracité soit un moyen de défense, et que la fausseté soit un élément important de l'infraction que crée le par. 319(2) du *Code criminel*. Ce fait, conjugué à l'importance capitale de la présomption d'innocence dans notre droit criminel, permet de penser que la violation ne pourrait se justifier que par un intérêt étatique très impérieux qui lui ferait contrepoids. Toutefois, comme je l'ai dit en traitant de la violation de la garantie de liberté d'expression, on conçoit mal quels avantages le par. 319(2) confère lorsqu'il s'agit d'endiguer la propagande haineuse et de promouvoir l'harmonie sociale et la dignité individuelle. C'est ainsi que Fish, *loc. cit.*, en défendant la proportionnalité de la violation à l'avantage reçu, est finalement obligé de nier la défense elle-même, car il conclut, à la p. 121: [TRADUCTION] «La défense de la véracité ne présume pas tant la fausseté que le fait que la véracité ne dispense pas de la fomentation de la haine.» Je conclus que l'al. 319(3)(a) n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Conclusion

^g Le paragraphe 319(2) viole la garantie de la liberté d'expression consacrée dans la *Charte*. De plus, le moyen de défense prévu à l'al. 319(3)(a) viole le droit de l'accusé d'être présumé innocent.

^h Des objectifs comme la suppression de la discrimination et de la violence raciale et la promotion du multiculturalisme revêtent une telle importance qu'une atteinte limitée et mesurée à la liberté d'expression peut être justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*, pourvu que les moyens choisis soient proportionnés. Toutefois, la criminalisation globale de la quasi-totalité de l'expression qui pourrait être considérée comme fomentant la haine, au par. 319(2) du *Code criminel*, ne constitue pas, selon moi, un moyen proportionné et approprié d'atteindre les objets visés par ce para-

catches, the absolute nature of the prohibition it applies to such speech, the draconian criminal consequences it imposes coupled with the availability of preferable remedies, and finally, the counter-productive nature of its actual effects—all these features of s. 319(2) of the *Criminal Code* combine to make it an inappropriate means of protecting our society against the evil of hate propaganda.

I would dismiss the appeal, and answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

graphe. L'ampleur de l'expression visée, le caractère absolu de l'interdiction dont il frappe cette expression, les conséquences criminelles draconiennes qu'il entraîne ainsi que l'existence de recours préférables et, en dernier lieu, son effet réel contraire à l'effet souhaité, tous ces aspects du par. 319(2) du *Code criminel* se combinent pour en faire un moyen inadéquat de protéger notre société contre le mal de la propagande haineuse.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Appeal allowed, LA FOREST, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Alberta, Calgary.

Solicitor for the respondent: Douglas H. Christie, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard, Marise Visocchi and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada: Cooper, Sandler & West, Toronto.

Solicitors for the intervener Interamicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

Solicitors for the Women's Legal Education and Action Fund: Kathleen Mahoney, Calgary; Code Hunter, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureur de l'intimé: Douglas H. Christie, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard, Marise Visocchi et Gilles Laporte, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada: Cooper, Sandler & West, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Interamicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Kathleen Mahoney, Calgary; Code Hunter, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Greenspan, Rosenberg, Toronto.