

Donald Clarke Andrews and Robert Wayne Smith *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, 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 *Intervenors*

INDEXED AS: R. V. ANDREWS

File No.: 21034.

1989: December 4, 5; 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 ONTARIO

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.

The accused were charged with the wilful promotion of hatred against an identifiable group under s. 319(2)

* Chief Justice at the time of hearing.

Donald Clarke Andrews et Robert Wayne Smith *Appellants*

c.

a Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

b Le procureur général du Canada, 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*

RÉPERTORIÉ: R. C. ANDREWS

d N° du greffe: 21034.

1989: 4, 5 décembre; 1990: 13 décembre.

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'ONTARIO

Dr 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 premier de la Charte?

Dr droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Renversement du fardeau de 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?

Les accusés ont été inculpés d'avoir fomenté volontairement la haine contre un groupe identifiable, en contra-

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

of the *Criminal Code*. A was the leader and S the secretary of the Nationalist Party of Canada, a white nationalist political organization. Both were members of the party's central committee, the organization responsible for the publication of the *Nationalist Reporter*, which promoted the theory of white supremacy. The accused were convicted and their convictions upheld by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether ss. 319(2) and 319(3)(a) of the *Code* are constitutionally valid.

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

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: For the reasons given by the majority in *Keegstra*, s. 319(2) of the *Code* infringes the freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and s. 319(3)(a) of the *Code* infringes the presumption of innocence entrenched in s. 11(d) of the *Charter*. Sections 319(2) and 319(3)(a) are both justifiable, however, under s. 1 of the *Charter*.

Per La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): For the reasons given by the minority in *Keegstra*, s. 319(2) of the *Code* is an unjustifiable limit on the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*.

Per Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): For the reasons given by McLachlin J. in *Keegstra*, s. 319(3)(a) of the *Code* is an unjustifiable limit on the right to be presumed innocent in s. 11(d) of the *Charter*.

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: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, rev'g (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697, rev'g (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697.

vention du par. 319(2) du *Code criminel*. A était le chef et S le secrétaire du Nationalist Party of Canada, une organisation politique de nationalistes blancs. L'un et l'autre étaient membres du comité central du parti, l'organisme responsable de la publication du *Nationalist Reporter* qui prônait la théorie de la suprématie des Blancs. Les accusés ont été déclarés coupables et les verdicts de culpabilité ont été maintenus par la Cour d'appel. Le pourvoi vise à déterminer si le par. 319(2) et l'al. 319(3)a) du *Code* sont constitutionnels.

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

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Pour les raisons exposées par la majorité dans l'affaire *Keegstra*, le par. 319(2) du *Code* porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et l'al. 319(3)a) du *Code* viole la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d) de la *Charte*. Le paragraphe 319(2) et l'al. 319(3)a) sont cependant tous les deux justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les juges La Forest, Sopinka et McLachlin (dissidents): Pour les raisons exposées par la minorité dans l'affaire *Keegstra*, le par. 319(2) du *Code* est une restriction injustifiable de la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*.

Les juges Sopinka et McLachlin (dissidents): Pour les raisons données dans les motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Keegstra*, l'al. 319(3)a) du *Code* est une restriction injustifiable du droit d'être présumé innocent prévu à l'al. 11d) de la *Charte*.

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

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts appliqués: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, inf. (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1; *R. c. White*, [1988] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697, inf. (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 11(d), 27.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 319(2), (3) [previously R.S.C. 1970, c. C-34, s. 281.2 (ad. c. 11 (1st Supp.), s. 1)].

Authors Cited

Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 65 O.R. (2d) 161, 28 O.A.C. 161, 43 C.C.C. (3d) 193, 65 C.R. (3d) 320, 39 C.R.R. 36, dismissing the appellants' appeal from their conviction on a charge of wilfully promoting hatred contrary to s. 319(2) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

J. David McCombs and *David E. Harris*, for the appellants.

Gregory J. Fitch, for the respondent.

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

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.

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

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

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(b), 11d), 27.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 319(2), (3) [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 281.2 (aj. ch. 11 (1^{er} supp.), art. 1)].

Doctrine citée

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.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 65 O.R. (2d) 161, 28 O.A.C. 161, 43 C.C.C. (3d) 193, 65 C.R. (3d) 320, 39 C.R.R. 36, qui a rejeté l'appel des appelants contre leur déclaration de culpabilité d'avoir volontairement fomenté la haine en contravention du par. 319(2) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

J. David McCombs et *David E. Harris*, pour les appelants.

Gregory J. Fitch, pour l'intimée.

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

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 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.

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

DICKSON C.J.—As in the companion appeal of *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 (reasons delivered concurrently herewith), his appeal concerns the criminal prohibition of hate propaganda. These two appeals not only represent a divergence of authority among the Courts of Appeal concerning the validity of a provision in the *Criminal Code*, but also illustrate several different approaches to the interpretation of ss. 2(b) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The main issue in each is whether s. 319(2)—formerly s. 281.2(2)—of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, offends the freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* and, if so, whether it is saved by s. 1 of the *Charter*. An ancillary issue is whether the defence of “truth” provided by s. 319(3)(a)—formerly s. 281.2(3)(a)—of the *Code* violates the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter* in so far as an onus is placed on the accused to establish that the statements made are true.

The appeal courts in Alberta and Ontario are in clear conflict on both issues. Regarding the validity of s. 319(2), in *Keegstra* the Alberta Court of Appeal held that the section infringed s. 2(b) of the *Charter* and was not saved by s. 1: (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1. In contrast, in *Andrews* a majority in the Ontario Court of Appeal (Grange and Krever JJ.A.) held that s. 2(b) was not infringed, while Cory J.A. (as he then was) found that although s. 319(2) breached the freedom of expression it could be justified under s. 1 of the *Charter*: (1988), 65 O.R. (2d) 161.

In respect of the second issue, the Alberta Court of Appeal held that s. 319(3)(a) breached s. 11(d) of the *Charter* by requiring the accused to establish on a balance of probabilities that the statements communicated were true, then went on to

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—Comme l'arrêt connexe *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 (prononcé en même temps que le présent arrêt), le présent pourvoi concerne l'interdiction criminelle frappant la propagande haineuse. Non seulement ces deux affaires traduisent une divergence d'opinions chez les cours d'appel quant à la validité d'une disposition du *Code criminel*, mais elles font ressortir aussi plusieurs façons différentes d'aborder l'interprétation des al. 2b) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Chacun des pourvois soulève principalement la question de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, anciennement le par. 281.2(2), porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, s'il est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Se pose subsidiairement la question de savoir si le moyen de défense de «vérité» prévu à l'al. 319(3)a) du *Code*, anciennement l'al. 281.2(3)a), viole la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*, dans la mesure où l'accusé a le fardeau de prouver que ses déclarations sont vraies.

Les opinions des cours d'appel de l'Alberta et de l'Ontario sont totalement opposées sur ces deux questions. En ce qui concerne la validité du par. 319(2), la Cour d'appel de l'Alberta a jugé dans l'affaire *Keegstra* que ce paragraphe violait l'al. 2b) de la *Charte* et qu'il n'était pas sauvegardé par l'article premier: (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1. Dans l'affaire *Andrews*, par contre, la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité (les juges Grange et Krever) a décidé qu'il n'y avait pas de violation de l'al. 2b), tandis que le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) a conclu que le par. 319(2) portait atteinte à la liberté d'expression, mais qu'il pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*: (1988), 65 O.R. (2d) 161.

Pour ce qui est de la seconde question en litige, la Cour d'appel de l'Alberta a jugé que l'al. 319(3)a) violait l'al. 11d) de la *Charte* en exigeant que l'accusé établisse, selon la prépondérance des probabilités, la véracité de ses déclarations. Elle a

find that this reverse onus provision was not a reasonable limit according to s. 1. The Ontario Court of Appeal rejected this approach, and instead ruled that s. 319(3)(a) did not infringe the presumption of innocence.

As in *Keegstra*, a number of interveners took part in the appeal. The Canadian Civil Liberties Association intervened in order to argue that the impugned provisions should be struck down as unconstitutional. The following interveners sought to sustain the validity of the challenged legislation: the Attorneys General of Canada, Quebec, New Brunswick and Manitoba, the League for Human Rights of B'nai Brith of Canada, the Canadian Jewish Congress, Interamicus and the Women's Legal Education and Action Fund.

I

Facts

The appellants belonged to the Nationalist Party of Canada, a white nationalist political organization. Mr. Andrews was the party leader and Mr. Smith its secretary. Both were members of the party's central committee, the organization responsible for publishing and distributing the bi-monthly *Nationalist Reporter*. This publication constitutes the primary subject-matter of the prosecution and was subscribed to by 43 individuals and 50 groups, clubs or organizations.

Pursuant to a search warrant, 89 materials were seized from the home of the appellants. Included in these materials were copies of the *Nationalist Reporter*, letters written by subscribers, subscription lists and mimeographed sticker cards containing such messages as "Nigger go home", "Hoax on the Holocaust", "Israel stinks" and "Hitler was right. Communism is Jewish". The ideology expressed by the material was summarized as follows by counsel for the appellants:

... the material argues that God bestowed his greatest gifts only on the "White people"; that if it were God's plan to create one "coffee-coloured race of 'humanity' it would have been created from Genesis"; and that therefore all those who urge a homogeneous "race-mixed planet" are, in fact, working against God's will. In

conclu ensuite que cette disposition portant renversement du fardeau de preuve n'était pas une limite raisonnable au sens de l'article premier. La Cour d'appel de l'Ontario, rejetant ce point de vue, a décidé au contraire que l'al. 319(3)a ne violait pas la présomption d'innocence.

Comme dans l'affaire *Keegstra*, plusieurs intervenants ont pris part au pourvoi. L'Association canadienne des libertés civiles est intervenue pour faire valoir que les dispositions attaquées devraient être invalidées pour cause d'inconstitutionnalité. Les procureurs généraux du Canada, du Québec, du Nouveau-Brunswick et du Manitoba, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, le Congrès juif canadien, Interamicus et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes sont intervenus en faveur de la validité des dispositions contestées.

I

Les faits

Les appelants appartenaient au Nationalist Party of Canada, une organisation politique de nationalistes blancs. Monsieur Andrews en était le chef et M. Smith le secrétaire. L'un et l'autre étaient membres du comité central du parti, l'organisme qui s'occupait de la publication et de la distribution du bimestriel le *Nationalist Reporter*. C'est surtout cette publication, à laquelle étaient abonnés 43 particuliers et 50 groupes, clubs ou organisations, qui a donné lieu aux poursuites.

En exécution d'un mandat de perquisition, on a saisi chez les appelants 89 documents, dont des exemplaires du *Nationalist Reporter*, des lettres écrites par des abonnés, des listes d'abonnement et des cartes polycopiées gommées portant des inscriptions du genre: [TRADUCTION] «Nègre va-t-en», «L'Holocauste est un mensonge», «Israël pue» et «Hitler avait raison. Le communisme est juif». L'idéologie exprimée dans ces documents a été ainsi résumée par l'avocat des appelants:

[TRADUCTION] ... on soutient dans les documents que Dieu n'a accordé qu'aux «Blancs» ses plus grands dons; que si le dessein de Dieu avait été de créer une «humanité» couleur café, cela aurait été fait dès la Genèse; et qu'il s'ensuit que quiconque préconise une «planète habitée par une race métissée» et homogène se trouve en

forwarding the opinion that members of minority groups are responsible for increases in the violent crime rate, it is said that violent crime is increasing almost in proportion to the increase of minority immigrants coming into Canada. A high proportion of violent crimes are committed by blacks. America is being "swamped by coloureds who do not believe in democracy and harbour a hatred for white people." The best way to end racial strife, an excerpt opines, is by a separation of the races "through a repatriation of non-whites to their own lands where their own race is the majority..." The "Nationalist Reporter" also promulgated the thesis that Zionists had fabricated the "Holocaust Hoax" and that because Zionists dominate financial life and resources, the nation cannot remain in good health because the "alien community's interests" are not those of the majority of the citizens either culturally or economically.

Cory J.A. in the Ontario Court of Appeal, referring specifically to the contents of the *Nationalist Reporter* and other publications of the Nationalist Party, characterized this material as "rubbish and offal", and stated that the writings were "malodorous, malicious and evil".

On January 28, 1985, the appellants were charged under s. 319(2) of the *Criminal Code* with unlawfully communicating statements, other than in private conversation, which wilfully promote hatred against an identifiable group. After trial in the District Court of Ontario by the Honourable Judge E. Wren, the appellants were convicted on December 9, 1985. They were sentenced four days later, Mr. Andrews receiving twelve months incarceration and Mr. Smith being sentenced to seven months. As already mentioned, the appeal to the Court of Appeal was dismissed, although the terms of incarceration for Messrs. Andrews and Smith were reduced to three months and one month respectively.

II

Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated on August 10, 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 infringe-

réalité à contrecarrer la volonté de Dieu. En imputant aux membres de groupes minoritaires la hausse du taux des crimes violents, on dit que les crimes violents augmentent presque en raison directe de l'accroissement de l'immigration de minorités au Canada. Une proportion élevée de crimes violents sont commis par des Noirs. L'Amérique subit une «invasion de personnes de couleur qui ne croient pas à la démocratie et qui nourrissent une haine pour les Blancs». Suivant un extrait, c'est par la séparation des races «grâce au retour des non-Blancs dans leurs propres pays, où ils forment la majorité...», qu'on parviendra le mieux à mettre un terme aux conflits raciaux. Le «Nationalist Reporter» a en outre avancé la thèse que le «mensonge de l'Holocauste» a été forgé de toutes pièces par les sionistes et que, comme ces derniers dominent la vie et les ressources financières, la nation ne peut rester en bonne santé parce que les «intérêts de la collectivité étrangère» diffèrent, du point de vue culturel et économique, de ceux de la majorité des citoyens.

Le juge Cory de la Cour d'appel de l'Ontario, parlant précisément du contenu du *Nationalist Reporter* et d'autres publications du Nationalist Party, les qualifie de [TRADUCTION] «immondes et répugnants» ou «nauséabonds, malveillants et infâmes».

Le 28 janvier 1985, les appelants ont été accusés d'avoir enfreint le par. 319(2) du *Code criminel* en communiquant, autrement que dans des conversations privées, des déclarations fomentant volontairement de la haine contre un groupe identifiable. Au terme d'un procès devant la Cour de district de l'Ontario, le juge E. Wren a déclaré les appelants coupables le 9 décembre 1985. Quatre jours plus tard, les peines ont été prononcées, M. Andrews étant condamné à douze mois et M. Smith à sept mois d'emprisonnement. Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel, mais a réduit la durée de l'incarcération de MM. Andrews et Smith à trois mois et à un mois respectivement.

II

Les questions constitutionnelles

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 10 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),

- ment 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.
- 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

Judgments in the Ontario Courts*District Court of Ontario*

In the District Court, no issue was taken with respect to the constitutional validity of s. 319(2) of the *Code*, although the Crown was prepared to argue the point and Wren Dist. Ct. J. indicated a predisposition to uphold the provision under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit upon the freedom of expression. Rather, the only point taken up by the defence concerned what is encompassed by the word "hatred". In this regard, Wren Dist. Ct. J. agreed with the submissions of the defence that "hatred" did not encompass less intense and extreme emotions such as ridicule, prejudice, dislike or contempt. He instead accepted the definition of "hatred" employed by MacKenzie J. in the charge to the jury in *R. v. Keegstra*, a definition which included reference to hate as "an emotion of

III

Jugements des tribunaux ontariens*Cour de district de l'Ontario*

En Cour de district, la constitutionnalité du par. 319(2) du *Code* n'a pas été contestée, quoique le ministère public ait été prêt à débattre ce point et que le juge Wren se soit dit disposé à maintenir la disposition en vertu de l'article premier de la *Charte* comme limite raisonnable imposée à la liberté d'expression. Dans les faits, l'unique point soulevé par la défense concernait la portée du mot «haine». À cet égard, le juge Wren a retenu les arguments de la défense selon lesquels la «haine» n'englobe pas des sentiments moins intenses et moins extrêmes comme le ridicule, le parti pris, l'antipathie ou le mépris. Au lieu de cela, il a adopté la définition de «haine» donnée par le juge MacKenzie dans l'exposé qu'il avait fait au jury dans l'affaire *R. v. Keegstra*, définition qui faisait

extreme dislike or aversion, detestation, abhorrence.”

As for the manner in which the intent to promote hatred was to be proved, Wren Dist. Ct. J. stated:

The conscious purpose of promoting hatred in the distribution of this material is correctly to be gleaned by reasonable inference upon a fair reading of the material, because willfulness [*sic*] or conscious purpose or intent are qualities of the mind and are rarely, though sometimes, proved by direct statements of intention.

It is also worth mentioning that Wren Dist. Ct. J. employed the interpretation of “wilfully” set out by Martin J.A. in *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), namely, that this mental element is satisfied only where an accused either: i) subjectively desires the promotion of hatred against an identifiable group; or ii) foresees such a consequence as certain or morally certain to result from the distribution of the material.

Turning his attention to the subject-matter of the case at hand, Wren Dist. Ct. J. stated that upon reading the material it was blatantly apparent that the appellants’ objective was the promotion of hatred against an identifiable group, in particular Jews. In further commenting upon the material, he stated:

It repeats throughout, ad nauseum [*sic*], the unfounded and untrue and libelous calumnies of a worldwide Jewish conspiracy, co-ordinated with the spread of Communism, to control all aspects of, particularly, political and financial dealings throughout the world, but in particular in Western democratic countries, being Europe and North America, (the cause of this organization and its members and leaders being the belief in the total supremacy of the white race).

... There is found in the total material clear evidence of an active association with white nationalists throughout the world and with individuals and their causes, including, among others, Hitler, Mr. Zundel and Mr. Keegstra. In fact, those parts of the material which deal with the promotion of hatred against the Jews so clearly constitute the definition of hatred that the only adjective I can think of to indicate the degree of hatred is “obscene”.

allusion à la haine comme [TRADUCTION] «une émotion d’antipathie ou d’aversion extrêmes, de détestation, d’exécration».

En ce qui concerne la manière dont l’intention de fomenter la haine devait être prouvée, le juge Wren dit:

[TRADUCTION] L’objet conscient de fomenter la haine par la distribution de ces écrits peut légitimement et raisonnablement s’inférer d’une lecture impartiale de ceux-ci, car le caractère volontaire ou l’intention ou l’objet conscients sont des états d’esprit et sont rarement prouvés par des déclarations directes d’intention, quoique cela puisse arriver.

Il convient de mentionner en outre que le juge Wren s’est servi de l’interprétation du mot «volontairement» donnée par le juge Martin dans l’arrêt *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), savoir que cet élément moral n’existe que lorsqu’un accusé (i) désire subjectivement fomenter la haine contre un groupe identifiable ou (ii) prévoit que telle sera la conséquence certaine ou presque certaine de la distribution des documents.

Portant ensuite son attention sur les écrits en cause, le juge Wren dit qu’à la lecture des documents, il ressort nettement que l’objectif visé par les appelants était la fomentation de la haine contre un groupe identifiable, en particulier les juifs. Parlant toujours de ces mêmes écrits, il ajoute:

[TRADUCTION] On y répète jusqu’à la nausée les calomnies non fondées et diffamatoires d’un complot juif mondial, coordonné à la propagation du communisme, en vue de dominer tous les aspects notamment des activités politiques et financières dans le monde entier, mais surtout dans les pays démocratiques de l’Occident, c’est-à-dire en Europe et en Amérique du Nord (la cause épousée par l’organisation en question et ses membres et dirigeants étant celle de la suprématie totale de la race blanche).

... Il ressort de l’ensemble des documents une preuve non équivoque d’une association active avec des nationalistes blancs dans le monde entier, dont Hitler, M. Zundel et M. Keegstra. De fait, les passages des documents en cause qui servent à fomenter la haine contre les juifs correspondent d’une façon tellement évidente à la définition de haine que je ne puis penser à d’autre qualificatif que «obscène» pour indiquer le degré de cette haine.

Incorporated in this material is the promulgated belief that it is a part of this so-called Jewish or Zionist conspiracy—the two words being used interchangeably throughout the material—to inflict upon the white Aryan races the infiltration into their societies of persons of Black, Indian, Pakistani and Vietnamese origin. As to these, the bulk of the material that deals with races other than the Jewish race, is predominantly directed against Blacks. They are repeatedly and unmistakably [*sic*] identified as an inferior race of low intelligence, as unclean, as freeloaders on the social support system, and, paradoxically, because there are many such paradoxes in this garbage, that they take away jobs from Whites; further, that they have a marked criminal propensity which is displayed in our society, in our particular country and in other countries which are defined as being White or Aryan.

The message then that follows the characterizations that I have outlined is clearly this: that they are a threat to the economy, the culture, the safety and the very existence of the white race, and that it is incumbent [*sic*] upon the white race to stop immigration, particularly, of Blacks, but, as well, of African and Asian people of a different colour, and to bring about—and one could realistically make the inference—by force, if necessary, their repatriation to places of their origin.

On the basis of the above findings, Wren Dist. Ct. J. concluded that the material under examination “[c]learly . . . indicates not only hatred, but hatred to an unbelievable degree”. He thus found that the Crown had proved its case against both accused beyond a reasonable doubt, and entered a verdict of guilt against Messrs. Andrews and Smith.

Ontario Court of Appeal

(a) Decision of Cory J.A.

Cory J.A. saw the appeal as raising two issues: first, whether s. 319(2) of the *Criminal Code* is an infringement of the freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Charter* and second, whether if the impugned provision infringes s. 2(b) it can nonetheless be upheld under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

Les documents en question véhiculent la conviction que ce prétendu complot juif ou sioniste—les deux termes s’emploient indifféremment dans les documents—vise notamment à opérer dans les sociétés des races aryennes blanches l’infiltration de Noirs et de personnes d’origine indienne, pakistanaise et vietnamienne. Pour ce qui est de ces derniers, les documents, dans la mesure où ils traitent de races autres que les juifs, s’en prennent surtout aux Noirs. Ces derniers sont souvent et clairement décrits comme une race inférieure peu intelligente, malpropre, vivant aux dépens du système d’aide sociale et, paradoxalement, car les paradoxes abondent dans ces écrits orduriers, on leur reproche d’enlever des emplois aux Blancs. On leur impute en outre une propension marquée au crime, laquelle se manifeste dans notre société, aussi bien chez nous que dans d’autres pays définis comme étant blancs ou aryens.

Le message qui se dégage des caractérisations que je viens d’exposer est de toute évidence le suivant: que ces personnes constituent une menace pour l’économie, la culture, la sécurité et la survie même de la race blanche et qu’il incombe en conséquence aux Blancs de faire cesser l’immigration surtout de Noirs, mais aussi d’Africains et d’Asiatiques d’une autre couleur, et d’effectuer, au besoin par la force (l’inférence n’est pas du tout irréaliste), leur rapatriement.

Se fondant sur les constatations énoncées ci-dessus, le juge Wren a décidé que [TRADUCTION] «[s]ans conteste [les documents en cause] traduisent non seulement la haine, mais un degré inimaginable de haine». Il a conclu en conséquence que le ministère public avait prouvé l’infraction hors de tout doute raisonnable et a consigné un verdict de culpabilité contre les accusés MM. Andrews et Smith.

Cour d’appel de l’Ontario

a) Les motifs du juge Cory

D’après le juge Cory, l’appel soulève deux questions: premièrement, celle de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* porte atteinte à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte* et, deuxièmement, si, dans l’affirmative, la disposition contestée peut néanmoins être maintenue en vertu de l’article premier de la *Charte* comme limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

Cory J.A. began by making some general comments regarding freedom of expression and the dissemination of hate propaganda. In his opinion, it was important to emphasize the importance of freedom of expression in Canada's democratic society, and in this vein he said (at p. 167):

Freedom of thought is of limited value without the freedom to express that thought, to advocate the adoption of a new concept or the termination of an institution that has become outmoded or unfair. The exchange of ideas is vital to a democratic form of government and to its citizens. Without it democracy simply cannot survive.

Recognizing the crucial role played by open expression, Cory J.A. felt that the *Charter* must serve to protect the expression of new and different ideas no matter how upsetting those ideas may be to identifiable groups.

At the same time, however, Cory J.A. was sensitive to the importance of enabling Canadians who are members of identifiable groups to carry on their lives without being victimized by "the deliberate, vicious promotion of hatred against them" (p. 168). In support of this view, he quoted extensively from the 1966 *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*, noting that although the Committee recognized the necessity of a strong presumption against limiting the freedom of expression, modest restraints on expressive activity in order to suppress hate propaganda were seen to be necessary and justifiable in the multicultural nation of Canada.

In commenting specifically upon the scope of s. 2(b), Cory J.A. felt that the *Charter* demanded a wide and liberal interpretation of the freedom of expression, and preferred to gauge the reasonableness of a government regulatory provision under s. 1 of the *Charter*. He noted that although the Ontario Court of Appeal had excluded from the scope of s. 2(b) the intentional spreading of false news in *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, such exclusion was explainable on the grounds that the communications at issue in *Zundel* did not fall within any of the rationales for guaranteeing freedom of expression. In contrast, a conviction under s. 319(2) did not require proof that an individual

Le juge Cory commence par quelques observations générales sur la liberté d'expression et la diffusion de la propagande haineuse. Selon lui, il importe de souligner l'importance de la liberté d'expression dans la société démocratique canadienne et il affirme à ce propos (à la p. 167):

[TRADUCTION] La liberté de pensée n'a que peu de valeur sans la liberté d'exprimer sa pensée, de préconiser l'adoption d'une idée nouvelle ou le démantèlement d'une institution devenue démodée ou injuste. L'échange d'idées est vital pour une forme démocratique de gouvernement et pour les gouvernés. En son absence, la démocratie ne peut simplement pas subsister.

Reconnaissant le rôle vital joué par la libre expression, le juge Cory estime que la *Charte* doit servir à protéger l'expression d'idées nouvelles et différentes, si troublantes qu'elles puissent être pour des groupes identifiables.

En même temps, cependant, le juge Cory est conscient de l'importance de permettre aux Canadiens membres de groupes identifiables de vivre leur vie sans devenir victimes de [TRADUCTION] «la fomentation volontaire et acharnée de la haine à leur égard» (p. 168). À l'appui de cette opinion, il cite largement le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* de 1966 et fait remarquer que, si le comité a reconnu la nécessité d'une forte présomption contre la restriction de la liberté d'expression, il a aussi jugé nécessaire et justifiable dans le pays multiculturel qu'est le Canada que des limites modestes soient imposées à l'activité expressive dans le but de supprimer la propagande haineuse.

Commentant en particulier la portée de l'al. 2b), le juge Cory estime que la *Charte* exige une interprétation large et libérale de la liberté d'expression, et qu'il est préférable d'apprécier dans le cadre de l'article premier de la *Charte* le caractère raisonnable d'une disposition de réglementation adoptée par le gouvernement. Il souligne que, bien que la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, ait exclu de la portée de l'al. 2b) la diffusion intentionnelle de fausses nouvelles, cette exclusion peut s'expliquer par le fait que les communications en cause dans l'affaire *Zundel* ne relevaient d'aucune des justifications de la garantie de la liberté d'expression.

knew his or her communications to be false. Indeed, in the case at bar the trial judge had found that the appellants were expressing a sincerely held belief, leading Cory J.A. to state (at p. 178):

Although it was utterly erroneous and expressed in the vilest of terms, it was none the less, an expression of a sincerely held opinion. As such it should not be held to come within that regulated area which must be very narrow and clearly antithetical to s. 2(b): see *R. v. Kopyto*.

Cory J.A. thus concluded that, "[o]ffensive as it may seem", the activity caught by s. 319(2) of the *Criminal Code* came within the purview of s. 2(b).

In applying s. 1 of the *Charter*, Cory J.A. assessed s. 319(2) in light of the underlying values of a free and democratic society as set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In particular, he felt that s. 27 of the *Charter* strongly impacted upon the s. 1 analysis, stating at p. 179 that:

It is our multicultural background that gives richness, depth and vibrance to Canadian society. The Charter has recognized and emphasized the importance of our background by providing that the Charter itself is to be interpreted so as to preserve and enhance our multicultural heritage. That clause in itself gives a very clear indication that s. 1 of the Charter should be applied in this case. The clause coupled with the Canadian multicultural heritage gives the strongest possible direction to apply s. 1.

Additionally, in approaching the s. 1 inquiry, Cory J.A. referred to the consensus in the international community that hate propaganda should be suppressed by the criminal law, a consensus evident in both international human rights conventions and the domestic law of many democratic societies.

Turning to the specific elements of the *Oakes* approach, Cory J.A. concluded that s. 319(2) was

Par contre, il n'est pas nécessaire, pour être reconnu coupable d'une infraction au par. 319(2), d'avoir su que ses communications étaient fausses. De fait, le juge du procès a conclu en l'espèce que les appelants exprimaient une conviction sincère, ce qui a provoqué l'observation suivante de la part du juge Cory (à la p. 178):

[TRADUCTION] Bien que leur message ait été complètement erroné et formulé dans les termes les plus dégoûtants, il s'agissait néanmoins de l'expression d'une opinion sincère et, en tant que telle, cette expression ne devrait pas être considérée comme tombant dans le domaine visé par la loi, lequel doit être très restreint et n'englober que ce qui va nettement à l'encontre de l'al. 2b): voir *R. v. Kopyto*.

Le juge Cory conclut donc que [TRADUCTION] «[p]our offensante qu'elle puisse paraître», l'activité visée par le par. 319(2) du *Code criminel* relève de l'al. 2b).

Appliquant l'article premier de la *Charte*, le juge Cory examine le par. 319(2) à la lumière des valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique énoncées dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En particulier, il est d'avis que l'art. 27 de la *Charte* influe fortement sur l'analyse fondée sur l'article premier. Il dit à ce propos, à la p. 179:

[TRADUCTION] C'est notre patrimoine multiculturel qui prête à la société canadienne richesse, profondeur et dynamisme. La Charte a reconnu et souligné l'importance de notre patrimoine en prévoyant que la Charte elle-même doit s'interpréter de manière à promouvoir le maintien et la valorisation de ce patrimoine multiculturel. Il ressort clairement de cette seule disposition que l'article premier de la Charte doit être appliqué en l'espèce. La conjonction de cette disposition et du caractère multiculturel du patrimoine canadien nous engage très fortement à appliquer l'article premier.

De plus, dans le cadre de son examen fondé sur l'article premier, le juge Cory évoque le consensus international sur la nécessité de réprimer la propagande haineuse par le droit pénal, un consensus qui ressort clairement des conventions internationales en matière de droits de la personne et du droit interne d'un bon nombre de sociétés démocratiques.

En ce qui concerne les éléments particuliers de l'analyse prévue dans l'arrêt *Oakes*, le juge Cory

supported by a valid s. 1 objective. Instrumental in reaching this conclusion was his rejection of the argument that the dissemination of hate propaganda represents little harm to society. Cory J.A. was unable to discount the danger presented by such expression, noting that s. 319(2) was introduced into the *Criminal Code* only after extensive study by the Special Committee on Hate Propaganda in Canada (hereinafter "the Cohen Committee") and, in a passage which has been much quoted, stating (at pp. 179-80):

I would have thought it sufficient to look back at the quintessence of evil manifested in the Third Reich and its hate propaganda to realize the destructive effects of the promotion of hatred. That dark history provides overwhelming evidence of the catastrophic results of expressions which promote hatred. The National Socialist Party was in the minority in the Weimar Republic when it attained power. The repetition of the loathsome messages of Nazi propaganda led in cruel and rapid succession from the breaking of the shop windows of Jewish merchants to the dispossession of the Jews from their property and their professions, to the establishment of concentration camps and gas chambers. The genocidal horrors of the Holocaust were made possible by the deliberate incitement of hatred against the Jewish and other minority peoples.

It would be a mistake to assume that Canada today is necessarily immune to the effects of Nazi and other hate literature.

In light of the above comment, Cory J.A. concluded that the public and wilful promotion of hatred against identifiable groups was the very antithesis of all the essential values and principles stressed by this Court in *Oakes*, *supra*, and that the aim behind s. 319(2) clearly constituted a pressing and substantial objective under s. 1.

Considering next whether the proportionality of s. 319(2) to Parliament's valid objective met the requirements of *Oakes*, a number of factors led Cory J.A. to conclude that the provision was justifiable under s. 1. He noted, for instance, that the need for communications to promote "hatred" prevented an unduly wide limitation upon the freedom of expression, stating (at p. 179):

conclut que le par. 319(2) est justifié par un objectif valable aux fins de l'article premier. Cette conclusion repose principalement sur son rejet de l'argument selon lequel la diffusion de la propagande haineuse nuit peu à la société. Le juge Cory ne peut faire abstraction du danger présenté par une telle expression. Il souligne en effet que le par. 319(2) n'a été inséré dans le *Code criminel* qu'à la suite d'une étude approfondie par le Comité spécial de la propagande haineuse au Canada (ci-après «de comité Cohen») et, dans un passage souvent cité, il affirme aux pp. 179 et 180:

[TRADUCTION] J'aurais cru qu'il suffisait de regarder la quintessence du mal que représente le Troisième Reich et sa propagande haineuse pour se rendre compte des effets destructeurs de la fomentation de la haine. Cette époque sombre de l'Histoire fournit une preuve accablante des conséquences catastrophiques de l'expression qui incite à la haine. Le Parti national-socialiste était minoritaire dans la république de Weimar au moment de son accession au pouvoir. La répétition des messages répugnants de la propagande nazie a amené par un cheminement cruel et rapide le bris des vitrines des magasins de commerçants juifs, la dépossession des juifs de leurs biens et de leurs professions et l'établissement de camps de concentration et de chambres à gaz. L'horreur du génocide qu'était l'Holocauste a été rendue possible par l'incitation délibérée à la haine contre les juifs et d'autres minorités.

On aurait tort de supposer que le Canada d'aujourd'hui est nécessairement à l'abri des effets d'écrits haineux, nazis et autres.

S'appuyant sur ces observations, le juge Cory conclut que la fomentation publique et volontaire de la haine contre des groupes identifiables se situe aux antipodes de toutes les valeurs et de tous les principes essentiels sur lesquels notre Cour a insisté dans l'arrêt *Oakes*, précité, et que le but qui inspire le par. 319(2) vise manifestement un objectif urgent et réel aux fins de l'article premier.

Le juge Cory examine ensuite si le par. 319(2) est suffisamment proportionnel à l'objectif valable du législateur pour satisfaire aux exigences posées dans l'arrêt *Oakes*, et plusieurs facteurs l'amènent à conclure qu'il s'agit d'une disposition justifiable au sens de l'article premier. Il souligne, par exemple, que l'exigence que les communications fomentent la «haine» vient empêcher qu'une restriction excessivement large soit imposée à la liberté d'expression. Il dit (à la 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)]. When an expression does instil detestation it does incalculable damage to the Canadian community and lays the foundations for the mistreatment of members of the victimized group.

Cory J.A. also observed that the scope of the impugned provision was restricted in so far as it did not apply to statements communicated in private conversation. Moreover, as interpreted in *Buzzanga, supra*, the word "wilfully" imported into the offence a stringent *mens rea* component requiring the conscious purpose of promoting hatred or foresight that the promotion of hatred was morally certain to result from the communication. Finally, Cory J.A. was of the opinion that the defences offered an accused under s. 319(3) further reduced the scope of the prohibition, and thus concluded that s. 319(2) constituted a reasonable limit which is demonstrably justified in a free and democratic society.

In the concluding part of his judgment, Cory J.A. explained why his position regarding s. 1 differed from that of the Alberta Court of Appeal in *Keegstra, supra*. Most importantly, he rejected the Alberta court's contention that s. 319(2) could not be saved under s. 1 because it did not require proof that acceptance of the hate-monger's message had caused actual harm or the serious risk of harm to the identifiable group. In the view of Cory J.A., much of the *Criminal Code* is aimed at crime where no harm has been occasioned, and he thus stated (at p. 187):

For example, the very serious crime of attempted murder may be established when no harm has been suffered by the intended victim. By some fortuitous circumstances the aimed bullet missed its mark, the pointed knife was deflected, the poison cup was spilled on the ground. Although there was no damage or injury occasioned, the serious crime was none the less committed. As well, a conspiracy to import a large amount of

[TRADUCTION] Le mot «haine» n'a pas une connotation anodine. Fomenteur 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)]. Lorsque l'expression sert en effet à inspirer la détestation, elle fait un tort incalculable à la collectivité canadienne et prépare la voie à des mauvais traitements infligés aux membres du groupe cible.

Le juge Cory fait observer en outre que la portée de la disposition contestée est limitée dans la mesure où elle ne s'applique pas aux déclarations communiquées dans une conversation privée. De plus, suivant l'interprétation qui lui a été donnée dans l'arrêt *Buzzanga*, précité, le mot «volontairement» introduit dans l'infraction une exigence sévère en matière de *mens rea*, c'est-à-dire avoir eu le dessein conscient de fomenteur la haine ou avoir prévu que la fomentation de la haine résulterait presque certainement de la communication. Enfin, le juge Cory estime que les moyens de défense mis à la disposition de l'accusé par le par. 319(3) réduisent encore davantage la portée de l'interdiction et il conclut en conséquence que le par. 319(2) constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans la partie finale de ses motifs, le juge Cory explique pourquoi sa position concernant l'article premier diffère de celle de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Keegstra*, précité. Le point le plus important est son rejet de l'avis de la cour albertaine que le par. 319(2) ne peut être sauvegardé par l'article premier parce qu'il n'exige aucune preuve d'un préjudice réel ou d'un grave risque de préjudice pour le groupe identifiable résultant de l'acceptation du message du fomenteur de la haine. De l'avis du juge Cory, le *Code criminel* vise beaucoup de crimes qui n'entraînent aucun préjudice et il affirme en conséquence (à la p. 187):

[TRADUCTION] Par exemple, le crime très grave de tentative de meurtre peut être établi alors même qu'aucun préjudice n'a été subi par la personne qui devait en être la victime. Par un concours de circonstances fortuites, la balle n'atteint pas la cible, le couteau est détourné, le breuvage empoisonné est renversé. Bien qu'aucun préjudice ni aucune lésion n'aient été occasionnés, un crime grave a néanmoins été commis. De même,

heroin constitutes a crime. This is so even if the conspiracy is not brought to fruition and the heroin was never imported. None the less the crime was committed, although no actual harm or even risk of harm was demonstrated. A driver with a blood alcohol count of over 80 is guilty of an offence although it has not been demonstrated that the particular accused has occasioned any danger to a victim or that his driving at the moment of apprehension constituted a danger in itself. Rather, the very basis for creating the offence of driving over 80 mg is founded upon empirical data as to the danger that people driving a motor vehicle with such a blood alcohol count constitute to members of the public.

The empirical data derived from the history of the Third Reich and the studies of the Cohen Committee are, I think, entitled to the same weight. They establish not only the risk of harm occasioned to identifiable groups by the promotion of hatred but the actual harm caused. They establish the need to restrain its promotion and they fully justify the application of s. 1 of the Charter to its provisions. The impugned section is not simply paternalistic, well-intentioned meddling by Parliament, cutting back on free speech for no real reason. It is based upon the hard, chilling facts of history.

(b) Decision of Grange J.A. (with whom Krever J.A. concurred)

While coming to the same result, the majority in the Ontario Court of Appeal disagreed with Cory J.A. to the extent that it held that s. 319(2) of the *Criminal Code* did not infringe s. 2(b) of the *Charter*. In the view of Grange J.A., freedom of expression, though a bastion and fundamental concept of our democratic civilization, was never intended by the framers of the *Charter* to be absolute. Quoting the Court of Appeal in *Zundel*, *supra*, at p. 147, he stressed at p. 189 that in interpreting the s. 2(b) freedom one must:

“... necessarily have regard to the corresponding rights and freedoms of other persons. [The s. 2(b) freedom] contemplates the existence of a social order in which other persons must not be denied similar rights.”

un complot en vue de l'importation d'une quantité importante d'héroïne constitue un crime. C'est le cas même si le complot n'aboutit pas et que l'héroïne n'est pas importée. Il y a eu néanmoins crime, quoiqu'aucun préjudice réel ni même le risque d'un préjudice n'ait été démontré. Un conducteur ayant un taux d'alcoolémie supérieur à 80 est coupable d'une infraction, bien qu'on n'ait pas établi que cet accusé présentait quelque danger pour qui que ce soit ou que, au moment de son appréhension, il conduisait d'une manière qui était dangereuse en soi. Au contraire, la raison d'être même de l'infraction de conduite avec un taux d'alcoolémie dépassant 80 mg repose sur des données empiriques concernant le danger que présentent pour le public les personnes qui prennent le volant d'un véhicule à moteur alors qu'elles ont ce taux d'alcoolémie.

Or, les données empiriques tirées de l'histoire du Troisième Reich et des études du comité Cohen méritent, je crois, qu'on leur accorde autant de poids. Ces données établissent non seulement le risque qu'un préjudice soit occasionné à des groupes identifiables par la fomentation de la haine, mais aussi le préjudice que cela leur cause en fait. Elles établissent la nécessité d'imposer des restrictions à cette fomentation et elles justifient entièrement l'application de l'article premier de la Charte aux dispositions en cause. Dans le cas du paragraphe contesté, il ne s'agit pas d'une simple intervention de la part d'un législateur paternaliste et bien intentionné qui limite sans motif valable la liberté d'expression. Ce paragraphe a pour fondement la réalité concrète et horrifiante de l'Histoire.

(b) Les motifs du juge Grange (avec l'appui du juge Krever)

Bien que sa décision ait été identique, la majorité en Cour d'appel de l'Ontario était en désaccord avec le juge Cory en ce sens qu'elle a statué que le par. 319(2) du *Code criminel* ne violait pas l'al. 2b) de la *Charte*. Selon le juge Grange, la liberté d'expression, tout en étant un bastion et un concept fondamental de notre civilisation démocratique, n'a jamais été considérée par les auteurs de la *Charte* comme absolue. Citant la Cour d'appel dans l'arrêt *Zundel*, précité, à la p. 147, il souligne qu'en interprétant la liberté garantie par l'al. 2b) on doit (à la p. 189):

[TRADUCTION] «... nécessairement tenir compte des droits et libertés correspondants d'autrui. [La liberté que garantit l'al. 2b)] envisage l'existence d'un ordre social dans lequel les autres personnes ne doivent pas se voir refuser des droits analogues.»

As section 319(2) was enacted in response to a significant need, and only after much consideration by the Cohen Committee, Grange J.A. concluded that no protection was afforded by s. 2(b) to the activity of the appellants, and stated (at pp. 191-92):

It may have taken a Great War to persuade some of us but in my view, the Cohen Committee was right. The wilful promotion of hatred even more than the spreading of false news is entirely antithetical to our very system of freedom. It is perhaps not necessary to refer to s. 27 of the Charter ... but if that section is to be of assistance in the interpretation of s. 2(b), it can only reinforce my view that no protection is offered by s. 2(b) to the conduct of the appellants.

As for the contrary conclusion of Cory J.A., Grange J.A. viewed as inconsequential the fact that an accused might sincerely believe in the truth or worth of the communications. Indeed, he stated that such a belief may make the communications "more dangerous if not more heinous" (p. 192). Accordingly, Cory J.A.'s restriction of the Court of Appeal's ruling in *Zundel* was rejected, for "the effect of promoting hatred is potentially more inimical to our society and our values than the spreading of false news" (p. 192).

In the reasons of the majority, reference was also made to the decision of the Alberta Court of Appeal in *Keegstra*, and in particular to the issue of whether the defence of truth unjustifiably infringes the *Charter's* presumption of innocence. In this regard, Grange J.A. stated that s. 319(3)(a) does not raise a true reverse onus. The essence of the offence described in s. 319(2) was the wilful promotion of hatred, and to extend a defence of truth to an accused who fell within the terms of that offence could not be seen to limit his or her s. 11(d) rights. The majority judgments of the Supreme Court of Canada in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, were not seen to conflict with this view, and indeed Grange J.A. felt that the reasons of McIntyre J. supported his conclusion. Moreover, the subsequent decision in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, was distinguishable, the onus in

Comme le par. 319(2) a été adopté pour répondre à un besoin important, et, seulement à la suite d'une longue étude par le comité Cohen, le juge Grange conclut que l'al. 2b) n'accorde aucune protection à l'activité des appelants et déclare (aux pp. 191 et 192):

[TRADUCTION] Il a peut-être fallu une guerre mondiale pour en convaincre certains d'entre nous, mais à mon avis le comité Cohen avait raison. La fomentation volontaire de la haine, encore plus que la diffusion de fausses nouvelles, est tout à fait inconciliable avec notre système même de liberté. Il n'est peut-être pas nécessaire de se référer à l'art. 27 de la Charte [...] mais si cet article doit être de quelque secours dans l'interprétation de l'al. 2b), il ne peut que me renforcer dans mon opinion que l'al. 2b) n'offre aucune protection à la conduite des appelants.

Pour ce qui est de la conclusion contraire du juge Cory, le juge Grange n'accorde aucune importance au fait qu'un accusé puisse croire sincèrement à la véracité ou à la valeur de ses communications. Il dit en fait qu'une telle conviction peut rendre ces communications [TRADUCTION] «plus dangereuses sinon plus odieuses» (p. 192). Par conséquent, il a rejeté l'interprétation restrictive donnée par le juge Cory de l'arrêt *Zundel*, de la Cour d'appel parce que [TRADUCTION] «l'effet de la fomentation de la haine risque de nuire davantage à notre société et à nos valeurs que la diffusion de fausses nouvelles» (p. 192).

Les motifs de la majorité parlent également de l'arrêt *Keegstra* de la Cour d'appel de l'Alberta et traitent en particulier de la question de savoir si le moyen de défense de véracité viole de façon injustifiable la présomption d'innocence établie dans la *Charte*. Le juge Grange dit à ce propos que l'al. 319(3)a) n'opère pas un véritable renversement du fardeau de preuve. L'essence de l'infraction prévue au par. 319(2) est la fomentation volontaire de la haine et le fait d'accorder à une personne accusée de cette infraction un moyen de défense de véracité ne saurait être considéré comme limitant les droits que lui confère l'al. 11d). Les jugements majoritaires en Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. v. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, ne sont pas compris comme entrant en conflit avec ce point de vue et, en fait, le juge Grange estime que sa conclusion est appuyée par les motifs du juge