

**Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Appellant*

v.

**Comité pour la République du Canada —
Committee for the Commonwealth of
Canada, François Lépine and Christiane
Deland** *Respondents*

and

**The Attorney General for Ontario, Watch
Tower Bible and Tract Society of Canada,
Kenneth Arthur Little and Thomas Richard
Jones** *Interveners*

INDEXED AS: COMMITTEE FOR THE COMMONWEALTH OF
CANADA v. CANADA

File No.: 20334.

1990: May 22; 1991: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom
of expression — Airport officials forbidding distributing
of political pamphlets — Federal regulations prohibit-
ing advertising or soliciting at airports — Whether reg-
ulations infringe s. 2(b) of Canadian Charter of Rights
and Freedoms — If so, whether infringement justifiable
under s. 1 of Charter — Government Airport Conces-
sion Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Reasona-
ble limits — Airport officials forbidding distributing of
political pamphlets — Respondent's freedom of expres-
sion infringed — Federal regulations prohibiting adver-
tising or soliciting at airports — Whether regulations
encompass political activities — Whether action of offi-
cials constitutes a limit prescribed by law — Canadian
Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Government*

* Chief Justice at the time of judgment.

**Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Appelante*

c.

a

**Comité pour la République du
Canada—Committee for the
Commonwealth of Canada, François Lépine
et Christiane Deland** *Intimés*

b

et

**c Le procureur général de l'Ontario, Watch
Tower Bible and Tract Society of Canada,
Kenneth Arthur Little et Thomas Richard
Jones** *Intervenants*

d

RÉPERTORIÉ: COMITÉ POUR LA RÉPUBLIQUE DU CANADA
c. CANADA

N° du greffe: 20334.

e 1990: 22 mai; 1991: 25 janvier.

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

f

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
d'expression — Interdiction par des fonctionnaires d'aé-
roport de distribuer des brochures politiques — Règle-
ment fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation
dans les aéroports—Le règlement viole-t-il l'art. 2b) de
la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans
l'affirmative, la violation est-elle justifiable en vertu de
l'article premier de la Charte? — Règlement sur l'ex-
ploitation de concessions aux aéroports du gouverne-
ment, DORS/79-373, art. 7a), b).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites
raisonnables — Interdiction par des fonctionnaires
d'aéroport de distribuer des brochures politiques —
Atteinte à la liberté d'expression des intimés — Règle-
ment fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation
dans les aéroports — Le règlement s'applique-t-il aux
activités politiques? — L'action des fonctionnaires
constitue-t-elle une limite prescrite par une règle de*

* Juge en chef à la date du jugement.

Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

Transportation — Airports — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations infringe freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether government's proprietary rights allow it to control all activity on its property as it sees fit — Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

Respondents L and D were at an airport telling passers-by about the respondent committee and its goals and recruiting members when they were asked by an R.C.M.P. officer to cease their activities. The airport's assistant manager confirmed to them that such political propaganda activities were not permitted, as ss. 7(a) and 7(b) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* prohibited the conducting of any business or undertaking, commercial or otherwise, and any advertising or soliciting at an airport, except as authorized in writing by the Minister. The trial judge granted respondents' action for a declaration that appellant had not respected their fundamental freedoms. The Federal Court of Appeal affirmed the judgment. This appeal is to determine whether ss. 7(a) and 7(b) of the *Regulations* are inconsistent with the freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether they are a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed; respondents' freedom of expression was infringed.

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: The government's right of ownership, as a consequence of its special nature, cannot of itself authorize an infringement of the freedom guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. When a person claims that his freedom of expression was infringed while he was trying to express himself in a place owned by the government, the interests at issue must be examined, namely the interest of the individual wishing to express himself in a place suitable for such expression and the interest of the government, which must ensure effective operation of the place owned by it. An individual will thus only be free to communicate in such a place if the form of expression he uses is compatible with the principal function or intended purpose of

droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

Transports — Aéroports — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement viole-t-il la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les droits de propriétaire du gouvernement lui permettent-ils de contrôler toute activité dans sa propriété comme bon lui semble? — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

Les intimés L et D étaient dans un aéroport, en train d'expliquer aux passants les objectifs du comité intime et de recruter des membres, lorsqu'un agent de la GRC leur a demandé de cesser leurs activités. Le directeur adjoint de l'aéroport leur a confirmé que ces activités de propagande politique étaient prohibées car les al. 7a) et b) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* interdisaient de se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, et de faire de la publicité ou de la sollicitation dans un aéroport, à moins d'avoir obtenu une autorisation écrite du Ministre. Le juge de première instance a accueilli l'action des intimés visant à obtenir une déclaration portant que l'appelante n'avait pas respecté leurs libertés fondamentales. La Cour d'appel fédérale a confirmé ce jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si les al. 7a) et 7b) du *Règlement* violent la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si leur application est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté; la liberté d'expression des intimés a été violée.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Le droit de propriété du gouvernement, en raison de sa nature particulière, ne peut, à lui seul, permettre la violation de la liberté garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Lorsqu'une personne invoque que sa liberté d'expression a été violée alors qu'elle tentait de s'exprimer dans un lieu dont le gouvernement est propriétaire, il faut examiner les intérêts en cause, soit l'intérêt de l'individu qui désire s'exprimer dans un lieu favorable à l'expression, et l'intérêt du gouvernement qui doit veiller au bon fonctionnement du lieu dont il est propriétaire. Un individu ne sera donc libre de s'exprimer dans un tel lieu que si la forme d'expression qu'il emploie est compatible avec la fonction ou destination principale de ce lieu et n'a pas

the place and does not have the effect of depriving the citizens as a whole of the effective operation of government services and undertakings. If the expression takes a form that contravenes the function of the place, such a form of expression will not fall under s. 2(b). It is only after the complainant has proved that his form of expression is compatible with the function of the place that the justifications which may be put forward under s. 1 of the *Charter* can be analysed.

In this case respondents' activities at the airport benefited from the protection of s. 2(b) of the *Charter*. The distribution of pamphlets and discussion with certain members of the public are in no way incompatible with the airport's primary function, that of accommodating the needs of the travelling public. An airport is a thoroughfare, which in its open areas or waiting areas can accommodate expression without the effectiveness or function of the place being in any way threatened. There was thus a limitation on the freedom of expression enjoyed by respondents when the airport manager ordered them to cease their activities. However, in the absence of a limit prescribed by law, this limitation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The language of ss. 7(a) and 7(b) of the Regulations, analysed in the context of the section and of the Regulations as a whole, prohibits only undertakings of a commercial nature and does not cover political propaganda. Section 7 is accordingly not applicable in this case. The limitation imposed on respondents' freedom of expression arose from the action taken by the airport manager, a government official, who ordered them to cease their activities. Although this action was based on an established policy or internal directive, it cannot be concluded from this that there was a "law" which could be justified under s. 1 of the *Charter*. The government's internal directives or policies differ essentially from statutes and regulations in that they are generally not published and so are not known to the public. Moreover, they are binding only on government officials and may be amended or cancelled at will.

Per La Forest J.: Freedom of expression, while it does not encompass the right to use any and all government property for purposes of disseminating views on public matters, does include the right to use streets and parks which are dedicated to the use of the public, subject to reasonable limitation to ensure their continued use for the purposes to which they are dedicated. This should include areas of airports frequented by travellers and members of the public. The blanket prohibition against the use of such areas for the purpose of the expression

pour conséquence de priver l'ensemble des citoyens de l'opération efficace des services et entreprises gouvernementaux. Si l'expression adoptée est une forme qui contrevient la fonction de l'endroit, une telle forme d'expression ne relèvera pas de l'al. 2b). Ce n'est qu'une fois que le plaignant aura prouvé que la forme d'expression qu'il a utilisée est compatible avec la fonction de l'endroit que l'on procédera à l'analyse des justifications pouvant être apportées sous l'article premier de la *Charte*.

En l'espèce, les activités des intimés à l'aéroport bénéficiaient de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. La distribution de dépliants et la discussion avec certains membres du public ne sont pas incompatibles avec la fonction principale de l'aéroport, c.-à-d. répondre aux besoins du public voyageur. Un aéroport est un endroit de passage qui, dans ses aires libres ou ses aires d'attente, peut permettre l'expression sans que l'efficacité ou la fonction du lieu ne soit de quelque façon menacée. Il y a donc eu restriction de la liberté d'expression dont jouissent les intimés lorsque le directeur de l'aéroport leur a ordonné de cesser leurs activités. Toutefois, cette restriction, en l'absence d'une règle de droit, ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les termes des al. 7a) et 7b) du Règlement, analysés dans le contexte de l'article et du Règlement dans son ensemble, ne prohibent que des activités de nature commerciale et n'englobent pas la propagande politique. L'article 7 est donc inapplicable à l'espèce. La restriction imposée à la liberté d'expression des intimés a été causée par le geste du directeur de l'aéroport, un agent du gouvernement, qui leur a ordonné de cesser leurs activités. Bien que ce geste soit fondé sur une politique ou directive établie, l'on ne peut de ce fait conclure qu'il existe une «règle de droit» pouvant être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les directives ou politiques internes du gouvernement diffèrent essentiellement des lois et règlements dans la mesure où elles ne sont généralement pas publiées et de ce fait connues du public. De plus, elles ne lient de façon obligatoire que les agents du gouvernement et peuvent être modifiées ou répudiées en toute discrétion.

Le juge La Forest: La liberté d'expression, bien qu'elle ne comprenne pas le droit d'utiliser toutes les propriétés du gouvernement aux fins de répandre ses opinions sur des questions de nature publique, comprend le droit d'utiliser à ces fins les rues et parcs destinés à l'usage du public, sous réserve d'une limitation raisonnable conçue en vue d'assurer leur utilisation continue pour les fins auxquelles ils sont destinés. Cela devrait inclure des parties d'aéroport fréquentées par les voyageurs et les membres du public. L'interdiction

of views violated the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, and is not justifiable under s. 1. Section 7 of the Regulations does not cover political activities, but in prohibiting expression of political views at the airport, the officials were exercising the Crown's legal right to manage its property, and the prohibition was thus prescribed by law.

Per L'Heureux-Dubé J.: Section 7 of the Regulations has the effect of restricting political expression, even if that is not its purpose, and thus breaches s. 2(b) of the *Charter*. Where a restriction on expressive activity is content-neutral, the government must demonstrate that the restriction is not an unreasonable restriction on the time, place and manner of the expressive activity. This must be demonstrated under s. 1 of the *Charter*.

Although the expressive activity took place on government property, the government cannot have complete discretion to treat its property as would a private citizen. If members of the public had no right whatsoever to engage in expressive activity on government-owned property, little opportunity would exist to exercise their freedom of expression. While s. 2(b) of the *Charter* does not provide a right of access to all government property, some property will be constitutionally open to the public. This analysis is properly dealt with under s. 1 of the *Charter*. A number of factors are helpful to determine whether the restrictions by the government have been applied to property which is a "public arena". These factors include: the traditional openness of such property for expressive activity; whether the public is ordinarily admitted to the property as of right; the compatibility of the property's purpose with such activity; the impact of the property's availability on the achievement of s. 2(b)'s purposes; the property's symbolic significance for the message being communicated; and the availability of other public arenas in the vicinity. The "traditional" component of the public arena analysis must appreciate the "type" of place historically associated with public discussion, and should not be restricted to the actual places themselves. Bus, train and airport terminals, which draw large numbers of travellers, are contemporary crossroads or modern thoroughfares and should thus be accessible to those seeking to communicate with the passing crowds. Similarly, while the symbolism of a courthouse lawn or Parliament Hill is self-evident, streets and parks have also acquired special significance as places where one can address one's fellow citizens on any number of matters, and the same holds true for airport terminals. The non-security zones within

générale d'utiliser ces endroits aux fins de l'expression d'opinions viole la liberté d'expression que garantit l'al. 2b) de la *Charte*, et n'est pas justifiable en vertu de l'article premier. L'article 7 du Règlement ne s'applique pas aux activités politiques, mais en interdisant l'expression d'opinions politiques dans les aéroports, les fonctionnaires exerçaient le droit qu'a l'État, en vertu de la loi, d'administrer ses biens, et l'interdiction était donc prescrite par une règle de droit.

Le juge L'Heureux-Dubé: L'article 7 du Règlement a pour effet de restreindre l'expression politique, même si ce n'est pas là son but, et il viole ainsi l'al. 2b) de la *Charte*. Lorsque la restriction des activités expressives n'est pas liée au contenu, le gouvernement doit démontrer qu'il ne s'agit pas d'une restriction abusive quant aux heures, au lieu ou au mode d'expression. Pareille démonstration doit se faire en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Même si l'activité expressive s'est déroulée dans une propriété gouvernementale, le gouvernement ne saurait avoir le pouvoir discrétionnaire de traiter sa propriété comme le ferait un particulier. Si les membres du public n'avaient absolument pas le droit de se livrer à une activité expressive dans la propriété du gouvernement, ils auraient peu d'occasions d'exercer leur liberté d'expression. Bien que l'al. 2b) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété du gouvernement, certaines propriétés seront ouvertes au public, en vertu de la Constitution. Cette analyse se fait à bon droit en vertu de l'article premier de la *Charte*. Un certain nombre de facteurs sont utiles pour déterminer si les restrictions imposées par le gouvernement ont été appliquées à une propriété qui constitue une «tribune publique». Parmi ces facteurs, il y a: la disponibilité traditionnelle de ce genre de propriété à des fins d'activité expressive, l'accès du public à la propriété est ordinairement considéré ou non comme un droit, la compatibilité de l'objet de la propriété avec pareille activité, les conséquences de l'accessibilité de cette propriété sur la réalisation des objets de l'al. 2b), la signification symbolique de la propriété aux fins du message transmis, et l'accessibilité d'autres tribunes publiques dans les environs. L'élément «traditionnel» de l'analyse de la tribune publique doit s'attarder au «type» d'endroits associés historiquement à la discussion publique, et non pas se restreindre à des endroits en particulier. Les terminus d'autobus, les gares et les aéroports qui attirent de grandes quantités de voyageurs sont des carrefours des temps modernes ou des voies contemporaines, et devraient donc être accessibles à ceux qui désirent communiquer avec la foule qui y circule. De même, le symbolisme de la pelouse d'un palais de justice ou de la Colline parlementaire va

airport terminals are thus properly regarded as public arenas, and the government cannot simply assert property rights, or claim that the expression is unrelated to an airport's function, in order to justify the restriction.

Section 7 of the Regulations is too vague and does not constitute a limit "prescribed by law" and thus cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Section 7(a) prohibits "any business or undertaking, commercial or otherwise" at the airport. It has failed to offer an intelligible standard which would enable a citizen to regulate his or her conduct. The Regulation can be read as an attempt to eradicate all types of expression or, more narrowly, to exclude only certain types of expression, and thus creates confusion. This does not allow fundamental freedoms to be fully exercised. The plenary discretion given to the Minister may also create a vague standard which does not accord with the requirement in s. 1 of the *Charter* that a limit on a right or freedom be "prescribed by law".

Section 7 of the Regulations is also overbroad and thus does not impair freedom of expression as little as possible. The Regulation applies not only to the activity at issue but also to virtually all conceivable activity involving freedom of expression at airports.

Although some objectives would be reasonable in justifying restrictions on expression in an airport, the time, place, and manner restrictions are not reasonable in the context and circumstances of this case. They bear no rational connection to the government's possible objectives and are broad to the point of being unintelligible. Section 7 of the Regulations does not, for the same reason, pass the proportionality test. Its impairment, far from being minimal, could not be greater.

Per McLachlin J.: The test for the constitutional right to use government property for public expression should be based on the values and interests at stake and should not be confined to the characteristics of particular types

de soi; cependant, les rues et les parcs ont également acquis une signification particulière: ce sont des endroits où l'on peut s'adresser à ses concitoyens sur différents sujets; et ceci s'applique également aux aéroports. Les zones non affectées à la sécurité dans les aéroports sont donc considérées avec raison comme des tribunes publiques et le gouvernement ne peut pas se contenter d'affirmer ses droits de propriété ou de prétendre que l'expression n'est aucunement liée aux fonctions d'un aéroport pour justifier les restrictions qu'il impose.

L'article 7 du Règlement est trop imprécis et ne constitue pas une limite «prescrite par une règle de droit»; il ne peut donc pas être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'alinéa 7a) interdit de se livrer à «une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre» dans un aéroport. Il ne prévoit pas de «norme intelligible» qui permettrait au citoyen de régler sa conduite. Le Règlement peut être interprété comme une tentative d'exclure tout genre d'expression ou, plus restrictivement, comme une tentative d'exclure seulement certains types d'expressions, et il crée ainsi de la confusion. Cela ne permet pas d'exercer pleinement les libertés fondamentales. Les pleins pouvoirs discrétionnaires accordés au Ministre sont également susceptibles de créer une norme imprécise qui ne soit pas conforme à l'exigence de l'article premier de la *Charte* que la restriction d'un droit ou d'une liberté soit «prescrite par une règle de droit».

L'article 7 du Règlement a également une portée excessive et ne porte donc pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression. Le Règlement s'applique non seulement à l'activité en question mais encore à pratiquement toute activité imaginable liée à la liberté d'expression dans les aéroports.

Même si certains objectifs seraient raisonnables pour justifier des restrictions de l'expression dans un aéroport, les restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression ne sont pas raisonnables dans le contexte et les circonstances particulières de la présente affaire. Elles n'ont aucun lien rationnel avec les objectifs gouvernementaux éventuels et sont tellement générales qu'elles deviennent inintelligibles. L'article 7 du Règlement ne répond pas au critère de proportionnalité, et ce, pour les mêmes raisons. L'atteinte qu'il porte n'est pas minimale; au contraire, elle ne saurait être plus grave.

Le juge McLachlin: Le critère d'application du droit constitutionnel d'utiliser une propriété gouvernementale à des fins d'expression publique devrait être fondé sur les valeurs et les intérêts en jeu et non se limiter aux

of government property. This test should reflect the concepts traditionally associated with free expression and should extend constitutional protection to expression on some but not all government property. The analysis under s. 2(b) of the *Charter* should be primarily definitional, and the test should be sufficiently generous to ensure that valid claims are not excluded for want of proof.

The test for whether s. 2(b) applies to protect expression in a particular forum depends on the class into which the restriction at issue falls. Section 2(b) of the *Charter* would usually be infringed if the government's purpose was to restrict the content of expression by limiting the forums in which it can be made. A content-neutral restriction, however, may not infringe freedom of expression at all. Section 2(b) of the *Charter* would apply if it were established that the expression (including its time, place and manner) promoted one of the purposes underlying the guarantee of free expression: the seeking and obtaining of truth; participation in social and political decision-making; and the encouragement of diversity in forms of individual self-fulfilment by cultivating a tolerant, welcoming environment for the conveyance and reception of ideas. A link must be established between the use of the forum for public expression and at least one of these purposes if the protection of s. 2(b) of the *Charter* is to apply.

The policy of the airport officials of prohibiting all political propaganda was content-neutral; it was aimed at the consequences of such expression rather than the particular messages communicated. The restriction had the effect of limiting expression, and the expression in question promoted one of the purposes of the guarantee of free expression, namely participation in political or social issues in the community. The government's action thus constituted a limitation of respondents' rights under s. 2(b) of the *Charter*.

The limitation of respondents' rights is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The words "advertise" and "solicit" in s. 7(b) of the Regulations are broad enough to cover non-commercial publicity and solicitation, and respondents' conduct thus falls within the regulation. Even if it did not, the act of the airport officials in preventing respondents from handing out leaflets and soliciting members constitutes a limit prescribed by law

caractéristiques de différents genres de propriétés gouvernementales. Ce critère devrait refléter les concepts associés traditionnellement à la liberté d'expression et il devrait prévoir la protection constitutionnelle de l'expression non pas dans toutes les propriétés gouvernementales mais dans certaines seulement. L'analyse fondée sur l'al. 2b) de la *Charte* devrait surtout être axée sur la définition, et le critère devrait être assez large pour que les revendications régulières ne soient pas exclues, faute de preuve.

Le critère utilisé pour déterminer si l'al. 2b) s'applique pour protéger l'expression dans un forum particulier dépend de la catégorie où se trouve la restriction en litige. Il y aurait généralement violation de l'al. 2b) de la *Charte* si l'objectif du gouvernement était de restreindre le contenu de l'expression en limitant les forums où elle peut avoir lieu. Toutefois, si la restriction n'est pas liée au contenu, il est possible qu'elle ne porte aucunement atteinte à la liberté d'expression. L'alinéa 2b) de la *Charte* s'appliquerait si l'on démontrait que l'expression en cause (y compris l'heure, le lieu et le mode d'expression) sert à promouvoir l'un des objectifs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression: la recherche de la vérité, la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique, et l'encouragement de la diversité des formes d'épanouissement personnel dans une société tolérante et accueillante à l'égard de la transmission et de la réception des idées. Pour que la protection de l'al. 2b) de la *Charte* s'applique, il faut faire la preuve de l'existence d'un lien entre l'utilisation du forum à des fins d'expression publique et au moins l'un de ces objectifs.

La politique des fonctionnaires de l'aéroport, consistant à interdire toute propagande politique, n'était aucunement liée au contenu; elle visait les conséquences de l'expression plutôt que les messages transmis. La restriction avait pour effet de limiter l'expression et l'expression en cause servait à promouvoir l'un des objectifs de la garantie de liberté d'expression, soit la participation aux questions politiques et sociales dans la société. L'action du gouvernement constituait donc une restriction des droits que confère aux intimés l'al. 2b) de la *Charte*.

La restriction des droits des intimés n'est pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'expression «faire [...] de la publicité ou de la sollicitation», à l'al. 7b) du Règlement, est assez générale pour comprendre la publicité et la sollicitation non commerciales, de sorte que la conduite des intimés entre dans le champ du règlement en cause. Même si ce n'était pas le cas, le geste des fonctionnaires de l'aéroport qui ont empêché

because the officials were acting pursuant to the Crown's legal rights as owner of the premises. The government's objective in imposing the limit is not of sufficient importance to warrant overriding a *Charter* right, since there is nothing in the function or purpose of an airport which is incompatible with respondents' conduct. Further, the means chosen to attain the objective are neither reasonable nor proportionate to respondents' interest in conveying their message pursuant to their right under s. 2(b) of the *Charter*. The practice of airport authorities of preventing all "political propaganda activities" constitutes a blanket exclusion of political solicitation in the airport unrelated to concerns for its function and devoid of safeguards to protect against overreaching application. The limitation is overbroad and hence not saved by s. 1.

les intimés de distribuer des dépliants et de solliciter des adhésions constitue une limite prescrite par une règle de droit parce que les fonctionnaires agissaient conformément aux droits dont jouit l'État, en vertu de la loi, en sa qualité de propriétaire des lieux. L'objectif poursuivi par le gouvernement, en imposant la restriction en cause, n'est pas suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte* puisqu'aucun élément de la fonction ou de l'objectif d'un aéroport n'est incompatible avec la conduite des intimés. En outre, les moyens choisis pour atteindre l'objectif poursuivi ne sont ni raisonnables ni proportionnels à l'intérêt qu'ont les intimés à transmettre leur message, conformément au droit que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte*. La pratique suivie par les autorités de l'aéroport, interdisant toutes les «activités de propagande politique», constitue une exclusion générale de la sollicitation politique à l'aéroport qui n'a rien à voir avec les préoccupations relatives à sa fonction et ne contient aucune garantie de protection contre une application excessive. La restriction en question est trop générale et n'est donc pas sauvegardée par l'article premier.

Per Gonthier J.: While in agreement with the several elements put forward by Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé J. pertinent to a determination of the extent of freedom of expression on government property, the application of ss. 1 and 2(b) of the *Charter* should be structured as outlined by McLachlin J. The reasons of L'Heureux-Dubé J. as to the application of s. 7 of the Regulations to the conduct of the respondents were agreed with.

Le juge Gonthier: Bien qu'il y ait accord avec les éléments proposés par le juge en chef Lamer et le juge L'Heureux-Dubé, comme pertinents à la définition de la portée de la liberté d'expression dans une propriété du gouvernement, l'application de l'article premier et de l'al. 2b) de la *Charte* devrait se faire selon le cadre exposé par le juge McLachlin. Il y a également accord avec les motifs du juge L'Heureux-Dubé quant à l'application de l'art. 7 du Règlement à la conduite des intimés.

Per Cory J.: Notwithstanding agreement with the reasons of Lamer C.J. in so far as they deal with the use of government-owned property by members of the public for the purposes of expressing themselves on various issues, the impugned Regulation contravenes s. 2(b) and cannot be saved by s. 1 of the *Charter*, as found by L'Heureux-Dubé J.

Le juge Cory: Bien qu'il y ait accord avec les motifs du juge en chef Lamer dans la mesure où ils ont trait à l'utilisation d'une propriété du gouvernement par des membres du public afin de s'exprimer sur différentes questions, le règlement contesté viole l'al. 2b) et ne saurait être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*, comme l'a conclu le juge L'Heureux-Dubé.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Not followed: *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); **referred to:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22 S.C.R. 276;

Arrêt non suivi: *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); **arrêts mentionnés:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22

DeWare v. The Queen, [1954] S.C.R. 182; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

R.C.S. 276; *DeWare v. The Queen*, [1954] R.C.S. 182; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

By L'Heureux-Dubé J.

a Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Referred to: *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638; *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200; *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965); *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (1983); *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498; *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30; *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, aff'd 45 O.R. (2d) 80 (leave to appeal granted, [1984] 1 S.C.R. xi, but appeal discontinued); *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36; *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R.

Arrêts mentionnés: *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638; *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200; *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965); *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (1983); *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498; affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, Série A, n° 30; *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, conf. par 45 O.R. (2d) 80 (autorisation de pourvoi accordée, [1984] 1 R.C.S. xi, mais pourvoi abandonné);

(2d) 65; *R. v. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595, 27 C.C.C. (3d) 77; *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157; *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

By McLachlin J.

Considered: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **not followed:** *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980); **referred to:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 32.
Civil Code of Lower Canada, arts. 399, 400.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 6, 7(a), (b), 8 to 20.
 U.S. Constitution, First Amendment.

Authors Cited

Abella, Rosalie Silberman. "The Social and Legal Paradigms of Equality" (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5.
Concise Oxford Dictionary, 7th ed. Edited by J. B. Sykes. Oxford: Oxford University Press, 1982, "solicit".
 Cory, The Hon. Justice Peter deCarteret. *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of*

R. v. Red Hot Video Ltd. (1985), 45 C.R. (3d) 36; *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R. (2d) 65; *R. c. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595; *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157; *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **arrêts non suivis:** *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980); **arrêts mentionnés:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 32.
Code civil du Bas Canada, art. 399, 400.
 Constitution des États-Unis, Premier amendement.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 6, 7a), b), 8 à 20.

Doctrine citée

Abella, Rosalie Silberman. «The Social and Legal Paradigms of Equality» (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5.
Concise Oxford Dictionary, 7th ed. Edited by J. B. Sykes. Oxford: Oxford University Press, 1982, «solicit».
 Cory, L'hon. Peter deCarteret. *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating,*

- Adjudicating*, paper delivered at the University of Alberta Centre for Constitutional Studies, on April 21, 1990.
- Côté, Pierre-André. "La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés" (1984), 18 *R.J.T.* 105. ^a
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.
- Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981. ^b
- Dienes, C. Thomas. "The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis" (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109.
- Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877. ^c
- Farber, Daniel A. and John E. Nowak. "The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication" (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219.
- Jakab, Peter. "Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association* — A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property" (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545. ^d
- Jeffries, John Calvin, Jr. "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189. ^e
- Kalven, Harry, Jr. "The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*", [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1.
- Lee, William E. "Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression" (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757. ^f
- MacKay, A. Wayne. "Freedom of Expression: Is it All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713. ^g
- Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
- Moon, Richard. "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339. ^h
- Moon, Richard. "Freedom of Expression and Property Rights" (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243.
- Petit Robert*. Paris: Le Robert, 1977, "publicité", "solliciter".
- Pinard, Danielle. "Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*" (1990), 35 *McGill L.J.* 305. ⁱ
- exposé fait au Centre for Constitutional Studies de l'Université de l'Alberta, le 21 avril 1990.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.
- Côté, Pierre-André. «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés» (1984), 18 *R.J.T.* 105.
- Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
- Dienes, C. Thomas. «The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis» (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109.
- Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.
- Farber, Daniel A. and John E. Nowak. «The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219.
- Jakab, Peter. «Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*—A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property» (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545.
- Jeffries, John Calvin, Jr. «Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes» (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189.
- Kalven, Harry, Jr. «The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*», [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1.
- Lee, William E. «Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression» (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.
- MacKay, A. Wayne. «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713.
- Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
- Moon, Richard. «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression» (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339.
- Moon, Richard. «Freedom of Expression and Property Rights» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243.
- Petit Robert*. Paris: Le Robert, 1977, «publicité», «solliciter».
- Pinard, Danielle. «Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*» (1990), 35 *R.D. McGill* 305.
- Post, Robert C. «Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum» (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713.

- Post, Robert C. "Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum" (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713.
- Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In *Charter Litigation*. Edited by Robert J. Sharpe. Toronto: Butterworths, 1987.
- Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Sharpe, Robert J. "Commercial Expression and the Charter" (1987), 37 *U.T.L.J.* 229.
- Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, "solicit".
- Stuart, Don. "The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth" (1990), 77 C.R. (3d) 101.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.
- Trotter, Gary T. "LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine" (1988), 62 C.R. (3d) 183.
- Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In *Charter Litigation*. Edited by Robert J. Sharpe. Toronto: Butterworths, 1987.
- Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Sharpe, Robert J. «Commercial Expression and the Charter» (1987), 37 *U.T.L.J.* 229.
- Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, «solicit».
- Stuart, Don. «The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth» (1990), 77 C.R. (3d) 101.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.
- Trotter, Gary T. «LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine» (1988), 62 C.R. (3d) 183.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1987] 2 F.C. 68, 36 D.L.R. (4th) 501, 76 N.R. 338, affirming the judgment of the Federal Court, Trial Division, [1985] 2 F.C. 3, 25 D.L.R. (4th) 460, 1 F.T.R. 71, 23 C.R.R. 1, granting respondents' action for a declaration that the appellant had not respected their fundamental freedoms. Appeal dismissed.

Gaspard Côté, Q.C. and *Claude Joyal*, for the appellant.

Gérard Guay, for the respondents.

D. Lepofsky, for the intervener the Attorney General for Ontario.

W. Glen How, Q.C., for the interveners Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little and Thomas Richard Jones.

English version of the reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. delivered by

LAMER C.J.—I have had the advantage of reading the reasons of Justice L'Heureux-Dubé. I would ultimately

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1987] 2 C.F. 68, 36 D.L.R. (4th) 501, 76 N.R. 338, qui a confirmé le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1985] 2 C.F. 3, 25 D.L.R. (4th) 460, 1 F.T.R. 71, 23 C.R.R. 1, qui avait accueilli l'action des intimés visant à obtenir une déclaration portant que l'appelante n'avait pas respecté leurs libertés fondamentales. Pourvoi rejeté.

Gaspard Côté, c.r., et *Claude Joyal*, pour l'appelante.

Gérard Guay, pour les intimés.

D. Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

W. Glen How, c.r., pour les intervenants Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little et Thomas Richard Jones.

Les motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—J'ai eu l'opportunité de lire les motifs du juge L'Heureux-Dubé. J'en arrive

mately dispose of this appeal in the same way, but would arrive at this conclusion by a different route.

Essentially, my position differs from that of my colleague in two regards: first, with respect, I do not share her position that the concept of “public forum” should be considered exclusively in the context of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Second, like Dubé J. at trial and the majority on appeal, I have come to the conclusion that s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373 (hereinafter “the Regulation”) is not applicable to the activities of the respondents in the case at bar. I will now look at these two points.

1. The Concept of “Public Forum” and its Incorporation in Rules and Burdens Imposed by the Charter

As developed by the American courts in a series of decisions, the concept of “public forum” refers first and foremost to a social reality, namely, that certain places owned by the government constitute a favourable platform for the dissemination of ideas. In an article titled “The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana”, [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, at pp. 11-12, Prof. Harry Kalven, Jr. summarized the definition of the term “public forum” as follows:

... in an open democratic society the streets, the parks, and other public places are an important facility for public discussion and political process. They are in brief a public forum that the citizen can commandeer; the generosity and empathy with which such facilities are made available is an index of freedom.

The “public forum” concept thus appears as a “label” used by the American courts to describe certain places which are by their very nature suited to free expression. In thus characterizing certain places as “public forums”, the American courts have in fact made an exception to the absolute nature of the government’s right of ownership in order to conclude that the First Amendment to the American Constitution gives a person wishing to exercise his or her

ultimement à la même disposition du présent pourvoi, empruntant cependant une voie différente pour atteindre cette conclusion.

Ma position diffère essentiellement de celle de ma collègue à deux égards: d’une part, avec respect, je ne partage pas sa position selon laquelle la notion de «forum public» doit être examinée exclusivement sous l’égide de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. D’autre part, à l’instar du juge Dubé en première instance et des juges majoritaires en appel, j’en arrive à la conclusion que l’art. 7 du *Règlement sur l’exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373 (ci-après le Règlement), ne trouve pas application aux activités des intimés en l’espèce. J’examinerai maintenant ces deux questions.

1. La notion de «forum public» et son intégration aux règles et fardeaux imposés par la Charte

Telle que développée par les tribunaux américains au fil des décisions, la notion de «forum public» désigne d’abord et avant tout une réalité sociale en vertu de laquelle certains endroits, dont le gouvernement est propriétaire, constituent une plate-forme propice à la dissémination d’idées. Le professeur Harry Kalven, Jr. dans un article intitulé «The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana», [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, aux pp. 11 et 12, résumait ainsi la définition du vocable «*public forum*»:

[TRADUCTION] ... dans une société ouverte et démocratique les rues, les parcs et d’autres endroits publics sont des lieux importants pour la discussion publique et pour le processus politique. Ils constituent en somme un forum public que le citoyen peut réquisitionner; la générosité et la compréhension avec lesquelles ces lieux sont mis à la disposition des citoyens sont un indice de liberté.

La notion de «forum public» apparaît comme une «étiquette» apposée par les tribunaux américains à certains endroits qui, de par leur nature, constituent un lieu favorable à l’expression. En qualifiant ainsi certains lieux de «forums publics», ces tribunaux américains ont en fait taillé une entorse à l’absolutisme du droit de propriété gouvernemental afin de conclure que le premier amendement de la Constitution américaine accorde à celui ou celle désirant s’ex-

freedom of expression the right to use a parcel of the public domain so identified for purposes of expression (see *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), at pp. 515-16, *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), at p. 45).

In *Perry Education Association*, the United States Supreme Court divided government properties into three distinct categories: (1) "traditional public forums", (2) "public forums by designation" and (3) forums which are not public. According to this nomenclature, the category within which a government property falls will determine the scope of the limitations which may be imposed on expression taking place on the property:

The first, traditional public forum, comprises streets and parks. Restrictions on access to these properties come under strict judicial scrutiny. If the restrictions are not narrowly tailored to serve a compelling state interest, they are unconstitutional. The second, public forum by designation, encompasses those public properties that the state has dedicated primarily as sites for communicative activity. These include auditoriums, meeting facilities and theaters. Second category properties enjoy the same strict scrutiny protection as properties in the first category.

The third category is defined as "property which is not by tradition or designation a forum for public communication."

(P. Jakab, "Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*—A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property" (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545, at p. 549).

Two observations should be made regarding the classification exercise undertaken by our neighbours to the south. First, I note that the "public forum" doctrine has been severely criticized by various American professors who, in general, reproach this doctrine for not offering specific functional criteria that can be used to characterize a particular place (see Jakab, *op. cit.*; and Dienes, "The Trashing of the Public Forum:

primer le droit d'utiliser une parcelle ainsi identifiée du domaine public pour des fins d'expression (voir *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), aux pp. 515 et 516, *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), à la p. 45).

Dans la cause de *Perry Education Association*, la Cour suprême des États-Unis a scindé l'ensemble des propriétés gouvernementales en trois catégories distinctes, soit: 1) les «forums publics traditionnels», 2) les forums publics par désignation et 3) les forums qui ne sont pas publics. Selon cette nomenclature, la catégorie dans laquelle tombe une propriété du gouvernement dictera l'étendue des restrictions à la liberté d'expression pouvant être imposées sur celle-ci:

[TRADUCTION] La première catégorie, celle du forum public traditionnel, comprend les rues et les parcs. Les tribunaux soumettent à un examen minutieux toute restriction de l'accès à ces endroits. S'il ne s'agit pas de restrictions de portée étroite destinées à servir un intérêt impérieux de l'État, celles-ci sont frappées d'inconstitutionnalité. La deuxième catégorie, celle du forum public par désignation, englobe les biens-fonds publics que l'État a désigné principalement comme lieux affectés à des activités de communication. Parmi ceux-ci figurent les auditoriums, les lieux de réunion et les salles de spectacles. Les lieux entrant dans cette deuxième catégorie bénéficient au même titre que ceux de la première catégorie de la protection d'un examen minutieux.

La troisième catégorie est définie comme celle des «lieux qui ne constituent ni par tradition ni par désignation un forum pour la communication publique.»

(P. Jakab, «Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*—A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property» (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545, à la p. 549).

Relativement à l'exercice de catégorisation auquel se sont adonnés nos voisins du sud, deux remarques s'imposent. Premièrement, je note que la doctrine du «forum public» fait l'objet de critiques sévères de la part de divers professeurs américains qui, de façon générale, reprochent à cette doctrine de ne pas offrir de critères fonctionnels précis servant à la qualification d'un lieu précis (voir Jakab, *loc. cit.*; et Dienes,

Problems in First Amendment Analysis” (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109).

Second, in considering the application of this American doctrine in Canadian law, I feel it is essential to note the fundamental differences between the American Constitution and the *Charter*. The American *Bill of Rights* contains no clause similar to s. 1 of our *Charter*, which provides for the consideration of justifications which may be given by the government to limit a citizen’s constitutional rights. To this extent, the characterization of a place as a “public forum” in the United States does not end the matter, since it will then be necessary, under our Constitution, to determine whether the governmental interests are sufficiently compelling to justify an infringement of freedom of expression that would otherwise be unconstitutional.

Additionally, the characterization of a place as a “public forum” cannot mean that every form of expression is therefore permissible in such a place. For example, there are certain forms of expression which could not be permitted even in a public park. To this extent, undoubtedly, the public forum doctrine can be criticized for over-emphasizing the nature of the place at the expense of the real interests involved.

These fundamental considerations lead me to conclude that, in the Canadian legal context, it would be preferable to disregard the nominalistic approach developed by the American courts and instead to balance the interests underlying the public forum doctrine. The American experience shows that the “public forum” concept actually results from an attempt to strike a balance between the interests of the individual and the interests of the government. As there is no provision similar to s. 1 of our *Charter*, the American “public forum” doctrine is the result of the reconciliation of the individual’s interest in expressing himself in a place which is itself highly propitious to such expression and of the government’s interest in being able to manage effectively the premises that it owns. For example, parks and public roads which have earned the “public forum” classification are in fact places whose functions will generally not be

«The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis» (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109).

a Deuxièmement, en considérant l’application de cette doctrine américaine en droit canadien, il me paraît essentiel de noter les différences fondamentales qui distinguent la Constitution américaine de la *Charte*. En effet, le *Bill of Rights* américain ne comporte pas de clause similaire à l’article premier de notre *Charte*, permettant la considération des justifications pouvant être apportées par le gouvernement lorsque celui-ci restreint les droits constitutionnels d’un citoyen. Dans cette mesure, la qualification aux États-Unis d’un endroit de «*public forum*» ne met pas fin au litige puisqu’il faut, dans une étape ultérieure évaluer si les intérêts gouvernementaux sont suffisamment importants («*compelling*») afin de justifier d’une atteinte à la liberté d’expression qui serait autrement inconstitutionnelle.

Par ailleurs, la qualification de «*forum public*» d’un lieu ne peut signifier que de ce fait toute expression devient alors permise dans un tel lieu. Par exemple, il existe certaines formes d’expression qui, même dans un parc public, ne sauraient être permises. Dans cette mesure, l’on peut sans doute reprocher à la doctrine du forum public de placer trop d’emphase sur la nature du lieu au détriment des véritables intérêts qui sont en cause.

Ces considérations fondamentales me portent à conclure qu’il serait préférable, dans le contexte juridique canadien, de passer outre à l’approche nominaliste développée par les cours américaines afin de se prêter au balancement des intérêts qui sous-tendent la doctrine du forum public. En effet, l’expérience américaine démontre que la notion de «*public forum*» résulte en fait d’une recherche d’équilibre entre les intérêts de l’individu et ceux du gouvernement. En l’absence d’une disposition similaire à l’article premier de notre *Charte*, la doctrine américaine du «*forum public*» représente le résultat de la conciliation de l’intérêt qu’a l’individu de s’exprimer sur un endroit propice à l’expression et celui du gouvernement de pouvoir gérer efficacement les lieux dont il détient le titre de propriété. Par exemple, les parcs et les voies publiques qui ont mérité le qualificatif de «*forum public*» sont en fait des endroits qui ne seront

interfered with by the exercise of freedom of expression. In an article titled "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339, at p. 341, Prof. Richard Moon says the following in this regard:

While the courts purport to attach the categorical labels, public forum and non-public forum, as a formal threshold matter, it appears that, beneath it all, the determination that a particular state-owned property is a public forum involves a judgment that public access for communication is reasonably consistent with the state use of the property. Access is required if it can be reasonably accommodated by the state. The focus of judicial analysis shifts from the categories of public and non-public forum to a balancing of the state's interest in excluding communication from its property against the importance of communicative access to a particular individual or group. [Emphasis added.]

I agree completely with this assessment of the principles underlying the "public forum" doctrine. For this reason, I am of the view that when a person claims that his freedom of expression was infringed while he was trying to express himself in a place owned by the government, the legal analysis must involve examining the interests at issue, namely the interest of the individual wishing to express himself in a place suitable for such expression and that of the government in effective operation of the place owned by it. I will examine these interests in turn.

a. *Interest of the Individual Wishing to Express Himself*

The interest an individual wishing to express himself has in using a parcel of the public domain can quite easily be explained. Unquestionably, the dissemination of an idea is most effective when there are a large number of listeners; the economic and social structure of our society is such that the largest number of individuals, or potential listeners, is often to be found in places that are state property. One thinks immediately of parks or public roads which, by their very nature, are suitable locations for a person wishing to communicate an idea.

généralement pas importunés dans l'exécution de leurs fonctions par l'exercice de la liberté d'expression. Le professeur Richard Moon, dans un article intitulé «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression» (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339, à la p. 341, s'exprime ainsi à ce sujet:

[TRADUCTION] Bien que les tribunaux commencent apparemment leurs analyses en rangeant les forums dans la catégorie de public ou de non public, il semble qu'au fond la détermination qu'une propriété d'État particulière constitue un forum public suppose une conclusion que l'accès public à des fins de communication est raisonnablement compatible avec l'usage que fait l'État de cette propriété. L'accès doit être accordé si l'État peut raisonnablement le faire. L'analyse judiciaire porte donc non plus sur les catégories de forum public et de forum non public mais sur l'appréciation de l'intérêt qu'a l'État à empêcher la communication dans sa propriété, en fonction de l'importance que revêt pour un individu ou un groupe donné l'accès aux fins de communication. [Je souligne.]

Je partage entièrement cette appréciation des principes sous-jacents à la doctrine du «forum public». C'est pourquoi, lorsqu'une personne invoque que sa liberté d'expression a été violée alors que celle-ci tentait de s'exprimer en un lieu dont le gouvernement est propriétaire, je suis d'avis qu'il faut entreprendre l'analyse juridique en examinant les intérêts en cause, soit l'intérêt de l'individu désirant s'exprimer en un lieu favorable à l'expression et celui du gouvernement au bon fonctionnement du lieu dont il est propriétaire. J'examinerai ces intérêts tour à tour.

a. *L'intérêt de l'individu désirant s'exprimer*

L'intérêt qu'a l'individu désirant s'exprimer de faire usage d'une parcelle du domaine public s'explique de façon assez simple. En effet, il est indubitable que la dissémination d'une idée soit la plus efficace lorsqu'elle jouit d'un nombre important d'interlocuteurs; or, la structure économique et sociale de notre société fait en sorte que le plus grand nombre d'individus, c.-à-d., d'interlocuteurs potentiels, se trouve souvent en des lieux qui relèvent de la propriété de l'État. À cet effet, l'on pense immédiatement aux parcs ou aux voies publiques qui, de par leur nature, constituent un site propice pour celui désirant véhiculer une idée.

Accordingly, it must be understood that the individual has an interest in communicating his ideas in a place which, because of the presence of listeners, will favour the effective dissemination of what he has to say. Certain places owned by the state are well suited for such purposes; it has to be borne in mind, however, that all government property is used for specific purposes which must be respected by any person seeking to communicate. This is the essence of the government interest.

b. *Government Interest*

In considering the government interest, I would note at the outset that this should not be confused, strictly speaking, with the ownership held by the government. An analysis of the public status of a place cannot be based on the premise suggested by the appellant that the owner has unlimited rights over his property. Pratte J., dissenting on appeal, articulated this position in the following way ([1987] 2 F.C. 68, at p. 74):

The government has the same rights as any owner with respect to its property. Its ownership right, therefore, is exclusive like that of any individual.

In my opinion, this analytical approach contains inherent dangers. First, it ignores the special nature of government property. The very nature of the relationship existing between citizens and the elected government provides that the latter will own places for the citizens' benefit and use, unlike a private owner who benefits personally from the places he owns. The "quasi-fiduciary" nature of the government's right of ownership was indeed clearly set out by the U.S. Supreme Court in *Hague v. Committee for Industrial Organization*, *supra*, at pp. 515-16:

Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens. The privilege of a citizen of the United States to use the streets and parks for communication of

Il faut donc comprendre que l'individu a intérêt à transmettre ses idées en un lieu qui, de par la présence d'interlocuteurs, favorisera la dissémination efficace de ses propos. Certains lieux dont l'État est propriétaire sont propices à de telles fins; mais il est nécessaire de considérer que toutes ses propriétés servent des fonctions précises qui devront être respectées par celui désirant s'exprimer; c'est là l'essence de l'intérêt gouvernemental.

b. *L'intérêt gouvernemental*

Quant à l'intérêt gouvernemental, je souligne d'entrée que celui-ci ne peut être confondu, à proprement parler avec le titre de propriété que détient le gouvernement. L'on ne peut entreprendre l'analyse du statut public d'un lieu en tenant pour acquis la prémisse que nous suggère l'appelante, selon laquelle le propriétaire jouit de droits illimités sur l'endroit faisant l'objet de son droit de propriété. Le juge Pratte, dissident en appel, a articulé cette position dans les termes suivants ([1987] 2 C.F. 68, à la p. 74):

Le gouvernement possède, à l'égard de ses biens, les mêmes droits que tout propriétaire. Son droit de propriété est donc exclusif comme celui des individus.

Ce schème d'analyse présente, à mon avis, des dangers inhérents. D'une part, il fait abstraction de la nature particulière de la propriété gouvernementale. En effet, il relève de la nature même de la relation qui existe entre les citoyens et le gouvernement élu que ce dernier possède des endroits au bénéfice et pour l'usage des citoyens, contrairement au propriétaire privé qui profite en son propre intérêt des lieux dont il est propriétaire. La nature «quasi-fiduciaire» du droit de propriété gouvernemental fut d'ailleurs clairement énoncée par la Cour suprême américaine dans la cause *Hague v. Committee for Industrial Organization*, précitée, aux pp. 515 et 516:

[TRADUCTION] Peu importe qui détient le titre de propriété afférent aux rues et aux parcs, ces lieux ont de façon immémoriale fait l'objet d'une propriété en fiducie pour l'usage du public et ont été utilisés, depuis toujours, dans le but de tenir des assemblées et de permettre l'échange d'idées entre les citoyens et la discussion de questions d'intérêt public. Depuis les temps anciens, cette utilisation des rues et des lieux publics fait partie des privilèges, des immunités, des droits et des libertés

views on national questions may be regulated in the interest of all; it is not absolute, but relative, and must be exercised in subordination to the general comfort and convenience, and in consonance with peace and good order; but it must not, in the guise of regulation, be abridged or denied.

I note that in the case at bar Hugessen J.A. eloquently summarized this position, at p. 77:

As regards the government's right of ownership of the airport terminal, in my opinion it can never be made the sole justification for an infringement of the fundamental freedom of a subject. The government is not in the same position as a private owner in this respect, as it owns its property not for its own benefit but for that of the citizen. Clearly the government has a right, even an obligation, to devote certain property for certain purposes and to manage "its" property for the public good. The exercise of this right and the performance of this obligation may, depending on the circumstances, legitimize the imposition of certain limitations on fundamental freedoms. Of course the government may limit public access to certain places; of course it may also act to maintain law and order; but it cannot make its ownership right a justification for action the only purpose and effect of which is to impede the exercise of a fundamental freedom.

Second, an absolutist approach to the right of ownership fails to take into account that the freedom of expression cannot be exercised in a vacuum and that it necessarily implies the use of physical space in order to meet its underlying objectives. No one could agree that the exercise of the freedom of expression can be limited solely to places owned by the person wishing to communicate: such an approach would certainly deny the very foundation of the freedom of expression. I therefore conclude that, as a consequence of its special nature, the government's right of ownership cannot of itself authorize an infringement of the freedom guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

This having been said, it must be understood, since the government administers its properties for the benefit of the citizens as a whole, that it is the citizens

des citoyens. Le droit qu'a un citoyen des États-Unis de se servir des rues et des parcs aux fins de communiquer ses points de vue sur des questions nationales peut être réglementé dans l'intérêt collectif; il s'agit d'un droit non pas absolu mais relatif dont l'exercice doit être subordonné à la convenance et à l'agrément généraux et être en harmonie avec la paix et l'ordre. Il ne doit toutefois pas sous le couvert d'une réglementation être restreint ou supprimé.

Je note que dans la présente cause, le juge Hugessen a fort éloquemment résumé cette position, à la p. 77:

En ce qui concerne le droit de propriété du gouvernement à l'aérogare, je suis d'avis qu'il ne peut jamais être invoqué à lui seul pour justifier une atteinte à la liberté fondamentale du sujet. Le gouvernement n'est pas dans la même position qu'un propriétaire privé à cet égard car il possède ses biens non pas pour son propre bénéfice mais pour celui du citoyen. Il est évident que le gouvernement a le droit, et même l'obligation, de destiner certains biens à certaines fins et de gérer «sa» propriété pour le bien public. L'exercice de ce droit et l'accomplissement de cette obligation peuvent, selon les circonstances, légitimer l'imposition de certaines restrictions aux libertés fondamentales. Bien sûr le gouvernement peut-il restreindre l'accès du public à certains endroits; bien sûr peut-il également agir pour assurer la paix et le bon ordre; mais il ne peut pas invoquer son droit de propriété pour justifier un geste dont le seul but et l'unique effet est d'entraver l'exercice d'une liberté fondamentale.

D'autre part, une approche absolutiste du droit de propriété omet de constater que la liberté d'expression ne peut être exercée dans un vacuum et qu'elle implique nécessairement l'utilisation d'un espace physique afin de rencontrer les objectifs qui la sous-tendent. Or, d'aucuns conviendront que l'on ne peut restreindre l'exercice de la liberté d'expression aux seuls lieux sur lesquels la personne désirant s'exprimer possède un titre de propriété; une telle approche nierait sans contredit les fondements mêmes de la liberté d'expression. J'en conclus donc que le droit de propriété du gouvernement, en raison de la nature toute particulière de celui-ci, ne peut, à lui seul, permettre la violation de la liberté garantie sous l'al. 2b) de la *Charte*.

Ceci étant dit, puisque le gouvernement administre ses propriétés pour le bénéfice de la masse des citoyens, il faut comprendre que ce sont d'abord et

above all who have an interest in seeing that the properties are administered and operated in a manner consistent with their intended purpose. In this regard reference may be made to the passages already cited from *Hague v. Committee for Industrial Organization*, *supra*, and the reasons of Hugessen J.A., on appeal in the case at bar. In practical terms, it is easy to see that the citizens as a whole benefit from the services offered by Canada Post or by employment centres managed by the state. The state is accordingly responsible for ensuring that such places serve the specific purposes and functions for which they were intended. The fundamental government interest, and by the same token that of the citizens as a whole, is thus to ensure that the services or undertakings offered by various levels of government are operated effectively and in accordance with their intended purpose.

c. Balancing These Poles of Interest Under s. 2(b) of the Charter

Having reviewed the interests at issue, I come to the conclusion that s. 2(b) of the *Charter* cannot be interpreted so as to consider only the interests of the person wishing to communicate. As the Attorney General for Ontario properly points out, s. 2(b) of the *Charter* does not protect “expression” itself, but freedom of expression. In my opinion, the “freedom” which an individual may have to communicate in a place owned by the government must necessarily be circumscribed by the interests of the latter and of the citizens as a whole: the individual will only be free to communicate in a place owned by the state if the form of expression he uses is compatible with the principal function or intended purpose of that place.

The interest which any person may have in communicating in a place suited for the purpose cannot have the effect of depriving the citizens as a whole of the effective operation of government services and undertakings. Even before any attempt was made to use them for purposes of expression, such places were intended by the state to perform specific social functions. A person who is in a public place for the purpose of expressing himself must respect the functions of the place and cannot in any way invoke his or her freedom of expression so as to interfere with

avant tout ceux-ci qui ont intérêt à ce que celles-là soient administrées et opérées de façon conforme à leur destination. À cet effet, l'on peut se référer aux passages déjà cités, tirés de la cause de *Hague v. Committee for Industrial Organization*, précitée, et des motifs du juge Hugessen, en appel dans la présente cause. En termes pratiques, il est facile de voir que l'ensemble des citoyens bénéficient des services offerts par Postes Canada ou encore par les centres d'emploi gérés par l'État. Ce dernier est ainsi chargé d'assurer que de tels endroits desservent les buts et fonctions précis auxquels ils sont destinés. L'intérêt gouvernemental fondamental, et du même fait celui de la masse des citoyens, est donc d'assurer que les services ou entreprises offerts par les divers paliers de gouvernement, soient opérés de façon efficace et conformément à leur destination.

c. Balancement de ces pôles d'intérêt sous l'al. 2b) de la Charte

Ayant exposé les intérêts en cause, j'en arrive à la conclusion que l'al. 2b) de la *Charte* ne peut être interprété de façon à ne considérer que les intérêts de celui ou celle désirant s'exprimer. Comme le souligne avec justesse le procureur général de l'Ontario, l'al. 2b) de la *Charte* ne protège pas «l'expression» elle-même mais bien la liberté d'expression. Selon moi, la «liberté» que peut avoir un individu de s'exprimer en un lieu dont le gouvernement est propriétaire doit nécessairement être balisée par les intérêts de celui-ci et de la masse des citoyens; l'individu ne sera libre de s'exprimer en un lieu dont l'État est propriétaire que si la forme d'expression qu'il emploie est compatible avec la fonction ou destination principale dudit lieu.

En effet, l'intérêt que peut avoir qui que ce soit de s'exprimer en un lieu propice à cette fin ne peut avoir pour conséquence de priver l'ensemble des citoyens de l'opération efficace des services et entreprises gouvernementaux. De tels endroits, avant même que l'on ne tente de les emprunter pour des fins d'expression, ont été destinés par l'État à remplir des fonctions sociales précises. Celui ou celle se trouvant en un endroit public dans le but de s'y exprimer doit respecter les fonctions de l'endroit et ne peut d'aucune façon brandir l'étendard de la liberté d'expression

those functions. For example, no one would suggest that an individual could, under the aegis of freedom of expression, shout a political message of some kind in the Library of Parliament or any other library. This form of expression in such a context would be incompatible with the fundamental purpose of the place, which essentially requires silence. When an individual undertakes to communicate in a public place, he or she must consider the function which that place must fulfil and adjust his or her means of communicating so that the expression is not an impediment to that function. To refer again to the example of a library, it is likely that wearing a T-shirt bearing a political message would be a form of expression consistent with the intended purpose of such a place.

The fact that one's freedom of expression is intrinsically limited by the function of a public place is an application of the general rule that one's rights are always circumscribed by the rights of others. In the context of expressing oneself in places owned by the state, it can be said that, under s. 2(b), the freedom of expression is circumscribed at least by the very function of the place.

Seen from another standpoint, this discussion also accords with the observations made by this Court in *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. In this case, this Court held that certain forms of expression did not enjoy the protection of s. 2(b) (at p. 970):

While 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. [Emphasis in original.]

In my view, if the expression takes a form that contravenes or is inconsistent with the function of the place where the attempt to communicate is made, such a form of expression must be considered to fall outside the sphere of s. 2(b). For example, if a person tried to picket in the middle of a busy highway or to set up barricades on a bridge, it might well be concluded that such a form of expression in such a place is incompatible with the principal function of the

afin d'entraver celles-ci. Personne ne saurait prétendre, par exemple, qu'un individu peut, sous l'égide de la liberté d'expression, se mettre à crier un message politique quelconque dans la bibliothèque du Parlement ou dans toute autre bibliothèque. Cette forme d'expression, dans un tel contexte, serait incompatible à la destination fondamentale du lieu qui comprend des normes de silence essentielles. Lorsqu'un individu entreprend de s'exprimer en un lieu public, il ou elle devra considérer la fonction que doit remplir ce lieu et ajuster son tir afin que son expression ne constitue pas une embûche à cette fonction. Toujours dans l'exemple de la bibliothèque, l'on peut imaginer que le port d'un «t-shirt» arborant un message politique serait sans doute une forme d'expression conforme à la destination d'un tel endroit.

Le fait que la liberté d'expression soit intrinsèquement limitée par la fonction d'un endroit public est une application de la règle générale selon laquelle les droits des uns sont toujours délimités par les droits des autres. Dans le contexte de l'expression en des lieux dont l'État est propriétaire, on dira que sous l'al. 2b), la liberté de s'exprimer est tout au moins délimitée par la fonction même du lieu.

Vue sous un autre angle, cette discussion s'intègre aussi aux propos entretenus par cette Cour dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Dans cette cause, cette Cour a affirmé que certaines formes d'expression ne bénéficient pas de la protection de l'al. 2b) (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. [Souligné dans l'original.]

Selon moi, il faut considérer que si l'expression adopte une forme qui contrevient ou est incompatible avec la fonction de l'endroit où l'on tente de s'exprimer, une telle forme d'expression ne tombe pas sous le coup de l'al. 2b). Par exemple, si une personne tentait de faire du piquetage en plein cœur d'une autoroute achalandée ou encore d'ériger des barricades sur un pont, d'aucuns concluraient qu'une telle forme d'expression, en un tel endroit, est incompatible avec

place, which is to provide for the smooth flow of automobile traffic. In such a case, it could not be concluded that freedom of expression had been restricted if a government representative obliged the picketer to express himself elsewhere.

Accordingly, it is only after the complainant has proved that his form of expression is compatible with the function of the place that the justifications which may be put forward under s. 1 of the *Charter* can be analysed. While the state's main interest is to ensure the effective operation of its property, that is not its only concern; there is, for example, the maintenance of law and order, which is another government objective that might justify certain limitations on s. 2(b). For example, the person presiding over a municipal assembly will generally be justified in limiting the time each member has to speak in order to allow everyone a chance to speak in an orderly manner. In my opinion, such a concern comes under s. 1 of the *Charter*, as do many others.

d. Application of the Foregoing Principles to the Facts of This Case

It will be recalled that, in the case at bar, the respondents went to the Montréal airport in Dorval to discuss the Committee's aims and objectives with members of the public. As my colleague properly noted, there seems to be no doubt that by their actions the respondents conveyed or tried to convey an idea or message of an expressive nature. In short, the primary purpose of the respondents' visit to Dorval airport was to inform people on the premises of the existence of the Committee for the Commonwealth of Canada, and the ideology promoted by it. It thus only remains to determine whether the form of expression used by the respondents is compatible with the performance of the airport's essential function.

In my view, the distribution of pamphlets and discussion with certain members of the public are in no way incompatible with the airport's primary function, that of accommodating the needs of the travelling public. An airport is in many ways a thoroughfare, which in its open areas or waiting areas can accom-

la fonction principale de ce lieu qui est d'assurer le mouvement efficace des automobilistes. Dans un tel cas, l'on ne pourrait conclure qu'il y a eu restriction à la liberté d'expression si un agent du gouvernement forçait le piqueteur à s'exprimer ailleurs.

C'est donc seulement une fois que le plaignant aura prouvé que la forme d'expression qu'il a utilisée est compatible avec la fonction de l'endroit que l'on procédera à l'analyse des justifications pouvant être apportées sous l'article premier de la *Charte*. En effet, si l'intérêt principal de l'État est d'assurer le fonctionnement efficace de ses propriétés, ce n'est pas là pour autant sa seule préoccupation; l'on peut penser, par exemple au maintien de l'ordre qui constitue un autre objectif gouvernemental qui pourrait justifier certaines restrictions à l'al. 2b). Par exemple, le président d'une assemblée municipale sera généralement justifié de restreindre le temps de parole de chacun afin de favoriser l'expression de tous et le bon ordre. Une telle préoccupation, et de nombreuses autres, relèvent selon moi de l'article premier de la *Charte*.

d. Application des principes ci-haut mentionnés aux faits en cause

En l'espèce, je le rappelle, les intimés s'étaient rendus à l'aéroport de Montréal à Dorval afin de partager et discuter avec les membres du public des buts et objectifs du Comité. Comme le note avec justesse ma collègue, il semble incontournable que les intimés aient, de par leurs agissements, transmis ou tenté de transmettre une idée ou un message arborant un caractère expressif. Somme toute, le but premier de la visite des intimés à l'aéroport de Dorval était d'informer le public disponible sur les lieux de l'existence du Comité pour la République du Canada et de l'idéologie prônée par celui-ci. Ainsi, il ne reste qu'à déterminer si la forme d'expression employée par les intimés est compatible avec la fonction essentielle de l'aéroport.

À mon avis, la distribution de dépliants et la discussion avec certains membres du public ne sont d'aucune façon incompatibles avec la fonction principale de l'aéroport, c.-à-d., accommoder les besoins du public voyageur. À plusieurs égards, un aéroport est un endroit de passage qui, dans ses aires libres ou

moderate expression without the effectiveness or function of the place being in any way threatened. Thus, the very nature of the premises, the presence of a large and varied audience, meant that the respondents' freedom of expression could be exercised without interfering with the operation of the airport. For this reason, I am of the view that there was a limitation on the freedom of expression enjoyed by the respondents when the airport manager ordered them to cease their activities. I therefore conclude that the respondents were "free" to express themselves in this manner at the Dorval airport.

The question remains of whether this limitation on the freedom of expression can subsequently be the subject of an analysis under s. 1 of the *Charter*. As I mentioned at the outset of these reasons, I am of the view that s. 7 of the Regulations does not apply in the case at bar. I therefore conclude *ipso facto* that we are not dealing here with a "law" that can be the subject of the s. 1 test. I will now set out the reasons for this conclusion.

2. Section 7 of the Regulations and its Relevance to the Case at Bar

The appellant argues that the wording of s. 7 of the Regulations is wide enough to embrace political propaganda. Both Dubé J. at trial and the majority on appeal (MacGuigan and Hugessen J.J.A.) concluded that s. 7(b) of the Regulations applies only to commercial rather than purely political activities and that accordingly the respondents' conduct did not fall within the scope of this provision. Pratte J.A., dissenting, concluded that s. 7(b) did not apply only to commercial activities and that the respondents' political propaganda was covered by the said paragraph. Section 7 reads as follows:

7. Subject to section 8, except as authorized in writing by the Minister, no person shall

(a) conduct any business or undertaking, commercial or otherwise, at an airport;

(b) advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person; or

ses aires d'attente peut accommoder l'expression sans que l'efficacité ou la fonction du lieu ne soit de quelque façon menacée. Ainsi, la nature même des lieux, la présence d'interlocuteurs nombreux et variés fait en sorte que l'expression des intimés y était propice sans toutefois qu'elle importune le fonctionnement de l'aéroport. Pour cette raison, je suis d'avis qu'il y a eu restriction de la liberté d'expression dont jouissent les intimés lorsque le directeur de l'aéroport leur a ordonné de cesser leurs activités. À prime abord, j'en conclus donc que les intimés étaient «libres» de s'exprimer dans cette forme à l'aéroport de Dorval.

Reste maintenant la question de savoir si cette restriction à la liberté d'expression peut subséquemment faire l'objet d'une analyse sous l'article premier de la *Charte*. Tel que je l'ai déjà mentionné au tout début des présents motifs, je suis d'avis que l'art. 7 du Règlement ne trouve pas application en l'espèce. J'en conclus donc *ipso facto* que nous ne sommes pas en présence d'une «règle de droit» pouvant faire l'objet du test de l'article premier. Je développerai maintenant les motifs fondant cette conclusion.

2. L'article 7 du Règlement et sa pertinence en l'espèce

L'appelante prétend que le libellé de l'art. 7 du Règlement est suffisamment large pour englober la propagande politique. Tant le juge Dubé en première instance que les juges majoritaires en appel (MacGuigan et Hugessen) ont conclu que l'al. 7b) du Règlement ne s'applique qu'à des activités plutôt commerciales que purement politiques et que de ce fait, le comportement des intimés ne tombait pas sous le coup de cette disposition. Pour sa part, le juge Pratte, dissident, a conclu que l'al. 7b) ne visait pas que des activités commerciales et que la propagande politique des intimés était visée par ledit alinéa. L'article 7 se lit comme suit:

7. Sous réserve de l'article 8, à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut

a) se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport;

b) faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui; ou

(c) fix, install or place anything at an airport for the purpose of any business or undertaking.

In my opinion, this question must be answered by applying the rules of statutory interpretation, and in particular by considering the exact meaning of the language of s. 7 and the legislative context in which the latter is placed.

The appellant's argument that the wording of para. (a) of the foregoing section is broad enough to embrace the political propaganda offered by the respondents must be dismissed. First, there is no doubt that the respondents' actions were not strictly speaking an "undertaking". Second, although the expression "business . . . commercial or otherwise" is theoretically wide enough to cover the dissemination of political ideas, I am, as a matter of logic, convinced that the legislature did not intend to give this language such a wide scope. The words "business . . . otherwise" would on that basis be wide enough to encompass virtually any "business" of any nature whatever. Indeed, I do not believe that the legislature intended to make the Minister's authorization necessary for every "business" occurring within an airport. Such a result would be absurd. Despite the broad language of this provision, I conclude from it that para. (a) of s. 7 of the Regulations prohibits businesses or undertakings of a commercial nature, and that the qualifier "or otherwise" cannot extend the scope of this paragraph so as to make it apply to the actions of the respondents in the case at bar.

The French version of para. (b) of s. 7 contains two functional terms which, in the appellant's submission, cover political propaganda: "*publicité*" and "*sollicitation*". The *Petit Robert* dictionary indicates that the word "*publicité*" may have one of the following two meanings: [TRANSLATION] "What is public, is not kept secret. The act or art of creating a psychological effect in the public mind for commercial purposes". As this definition indicates, the word "*publicité*" may be understood in the wide sense, that of "making public", or in the strict and undoubtedly more modern sense of promoting a product or idea for commercial purposes. In my view, the ordinary meaning of this word in present-day society is more adequately reflected in the commercial connotation

c) fixer, installer ou placer quoi que ce soit dans un aéroport aux fins d'une activité ou entreprise.

Selon moi, cette question doit être résolue par l'application de principes d'interprétation des lois et plus précisément en examinant la portée exacte des termes de l'art. 7 et le contexte législatif dans lequel sont placés ces derniers.

L'argument de l'appelante selon lequel le libellé de l'al. a) de l'article ci-haut mentionné est suffisamment large afin d'englober la propagande politique proférée par les intimés doit être rejeté. D'une part, il est indéniable que les agissements des intimés ne constituaient pas une «entreprise» à proprement parler. D'autre part, bien que l'expression «activité [. . .] commerciale ou autre» soit théoriquement assez large pour couvrir la dissémination d'idées politiques, en toute logique, je suis convaincu que le législateur n'a pas voulu donner à ces termes une portée aussi englobante. Les termes «activité [. . .] autre» serait dans cette mesure suffisamment vastes pour que tombe sous leur coup virtuellement toute «activité» de quelque nature que ce soit. Certes, je ne crois pas que le législateur ait voulu soumettre à l'autorisation du Ministre toute activité se déroulant au sein d'un aéroport, un tel résultat serait absurde. Malgré le langage ouvert de cette disposition, j'en conclus que l'al. a) de l'art. 7 du Règlement prohibe des activités ou entreprises de nature commerciale et que le qualificatif «ou autre» ne peut étendre la portée de cet alinéa de façon à ce qu'il trouve application aux agissements des intimés en l'espèce.

L'alinéa b) de l'art. 7 présente deux termes fonctionnels qui, selon l'appelante, englobent la propagande politique: soit «publicité» et «sollicitation». Quant au terme «publicité», le dictionnaire *Petit Robert* nous enseigne qu'il peut revêtir l'un des deux sens suivants: «Caractère de ce qui est public, n'est pas tenu secret. Le fait, l'art d'exercer une action psychologique sur le public à des fins commerciales». Le terme «publicité», comme le démontre cette définition peut être entendu au sens large, c.-à-d., «rendre public» ou au sens strict et sans doute plus moderne d'afficher un produit ou une idée à des fins commerciales. À mon avis, la signification ordinaire de ce terme dans notre société actuelle est plus adéquatement reflétée par la connotation commerciale du mot

of the word “*publicité*”. It is not surprising to find in the English version of the Regulations the word “*advertise*”, which expresses even more clearly the legislature’s intent regarding the commercial aspect of “*publicité*”. I therefore conclude that the respondents’ actions did not constitute “*publicité*” within the meaning intended by s. 7(b). The meaning of the term “*solicitation*”, however, remains.

The word “*solliciter*”, or “*solicit*”, is defined as follows in the particular dictionaries:

Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases: “*Solicit*” means “*asks for*” or “*seeks*” (*Re A Solicitor*, [1945] K.B. 368).

Concise Oxford Dictionary: *solicit*: invite, make appeals or requests to, importune, ask importunately or earnestly for.

Petit Robert: Inciter (qqn) de façon pressante et continue, de manière à entraîner; . . . V. **Quémander** . . . V. **Postuler**.

In light of these few definitions, it can be seen that the word “*solicitation*” necessarily implies a request or invitation. It in fact refers to conduct for the purpose of inciting someone to do something, characterized by some pressing request, commercial or otherwise, in nature. In the case at bar, I find it difficult to see in the facts admitted by the parties any such inciting conduct by the respondents. The following facts, contained in the respondents’ statement of claim and providing the basis for this appeal, were admitted:

[TRANSLATION] On Thursday, March 22, 1984, between 10:00 and 11:00 a.m., the plaintiffs François Lépine and Christiane Deland went to the Montréal International Airport terminal at Dorval to communicate to members of the public at that place, and discuss with them, the aims and objectives of the Committee, their opinions on current affairs, the Canadian Constitution proposed and promoted by the Committee and publications of a political nature distributed by the Committee . . .

These facts alone lead me to conclude that the mere fact of engaging in a discussion about a political ideology or of distributing political pamphlets to members of the public is not strictly speaking “*soliciting*” within the meaning of s. 7(b) of the Regulations. Furthermore, even assuming for purposes of

«*publicité*». Il n’est d’ailleurs pas surprenant de trouver à la version anglaise du Règlement le mot «*advertise*» qui exprime encore plus clairement l’intention du législateur relativement à l’aspect commercial de la publicité. Je conclus donc que les agissements des intimés ne constituaient pas de la «*publicité*» au sens où l’entend l’al. 7b). Reste cependant la «*sollicitation*».

Le terme «*solliciter*» ou «*solicit*» est ainsi défini dans divers dictionnaires:

Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases: «*Solicit*» means «*asks for*» or «*seeks*» (*Re A Solicitor*, [1945] K.B. 368).

Concise Oxford Dictionary: *solicit*: invite, make appeals or requests to, importune, ask importunately or earnestly for.

Petit Robert: Inciter (qqn) de façon pressante et continue, de manière à entraîner; [. . .] V. **Quémander** [. . .] V. **Postuler**.

À la lumière de ces quelques définitions, l’on comprend que le terme «*sollicitation*» implique nécessairement une demande ou une invitation. Il s’agit en fait d’un comportement de nature incitative qui se caractérise par une postulation quelconque, de nature commerciale ou autre. En l’espèce, j’ai peine à voir dans les faits admis par les parties un tel comportement incitatif de la part des intimés. Les faits suivants, contenus à la déclaration des intimés et sous-tendant le présent pourvoi, ont en effet été admis:

Jeudi le 22 mars 1984 entre 10:00 hrs et 11:00 hrs du matin, vos demandeurs François Lépine et Christiane Deland se sont présentés à la salle d’attente de l’aéroport [*sic*] international de Montréal à Dorval afin de partager et discuter avec les membres du public qui s’y trouvaient, les buts et objectifs du Comité, leurs opinions sur des sujets d’actualité, la constitution canadienne proposée et promue par le Comité ainsi que des publications de nature politique distribuées par le Comité . . .

Ces seuls faits me portent à conclure que le seul fait d’engager une discussion au sujet d’une idéologie politique ou encore de distribuer des tracts politiques avec des membres du public ne constitue pas, à proprement parler, de la «*sollicitation*» au sens de l’al. 7b) du Règlement. Qui plus est, même en tenant pour

argument that the political propaganda offered by the respondents constitutes "soliciting" in the strict sense of the term, I am of the view that the legislative context in which this term occurs excludes the respondents' actions from the scope the legislature intended this section of the Regulations to have. As Professor Côté properly notes in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 199:

The need to determine the word's meaning within the context of the statute remains.

The context of the Regulations must thus qualify the ordinary use of the word "solicit", since in examining this context we can see what the legislature intended, as reflected in the regulations as a whole.

In considering the context in which s. 7 of the Regulations appears, I shall examine first the full title of the Regulations and then the short title. Both form an integral part of the text of the Regulations and may validly be used by anyone interpreting them in order to clarify the meaning of other provisions of the Regulations. (See in this regard *O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22 S.C.R. 276; *DeWare v. The Queen*, [1954] S.C.R. 182.) The full title of the Regulations reads as follows: "*Regulations Respecting the Control of Commercial and Other Operations at Government Airports*" (emphasis added). Although the words "and Other" give the preceding words a rather broad scope, I note that the title indicates that the Regulations apply to "operations". The very idea of an operation, in my opinion, carries with it a connotation of industry or profit; this term seems to me to have intrinsically commercial overtones.

The short title of the said Regulations reads as follows: "*Government Airport Concession Operations Regulations*" (emphasis added). It will be seen from reading this version of the title that the commercial emphasis given to the application of the Regulations is still more clearly defined by the reference to the operation of concessions. I cannot imagine a concession being operated for any purpose other than a commercial or lucrative one. Though the short title

acquis pour des fins d'argumentation, que la propagande politique proférée par les intimés représente, au sens strict du terme de la «sollicitation», je crois que le contexte législatif dans lequel est placé ce terme viendrait exclure les agissements des intimés de la portée qu'a voulu accorder le législateur à cet article du Règlement. Comme le note avec justesse le professeur Côté dans *Interprétation des lois* (1982), à la p. 216:

... il ne faut pas oublier que l'interprète doit rechercher le sens qu'un mot a dans le contexte d'une loi donnée, et non uniquement le sens des dictionnaires.

Le contexte du Règlement peut donc venir qualifier l'utilisation ordinaire du terme «solliciter» puisqu'en examinant celui-là, on comprend l'intention du législateur telle qu'elle est reflétée dans l'ensemble du texte réglementaire.

Relativement au contexte dans lequel est situé l'art. 7 du Règlement, je m'arrête tout d'abord au titre intégral ainsi qu'au titre abrégé de ce dernier. Il s'agit là d'éléments faisant partie intégrante du texte du Règlement et pouvant valablement être utilisés par l'interprète en vue d'éclairer le sens d'autres dispositions du texte réglementaire. (À ce sujet, voir: *O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22 R.C.S. 276; *DeWare v. The Queen*, [1954] R.C.S. 182.) Le titre intégral du Règlement se lit ainsi: «*Règlement concernant le contrôle des exploitations commerciales et autres aux aéroports du gouvernement*» (je souligne). Bien que les termes «et autres» accordent une portée assez large aux termes qui précèdent, je souligne que le titre révèle que le Règlement s'applique à des «exploitations». Or, la notion même d'exploitation dénote, à mon avis, une connotation d'industrie, de profit; ce terme porte à mes yeux une coloration commerciale intrinsèque.

Le titre abrégé dudit Règlement se lit ainsi: «*Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*» (je souligne). À la lecture de cette version du titre, l'on remarque que l'orientation commerciale de l'application du texte réglementaire est encore plus définie dans la mesure où l'on traite maintenant d'exploitation de concessions. Or, j'ai peine à imaginer une concession qui ne soit exploitée dans un but autre que commercial ou

“[o]f necessity . . . sacrifices precision for concision”, it is an indication of the federal legislature’s intention to limit the scope of the Regulations to commercial matters (on the use of the title for interpretation purposes, reference may be made to Côté, *op. cit.*, at pp. 36-40).

A brief review of the other provisions of the Regulations also indicates that the latter deal first and foremost with services providing transportation for passengers by means of commercial vehicles operated in airports and with the terms and conditions to which such operations are subject. Section 6 deals with areas designated as motor vehicle stations, ss. 8 and 9 set out the commercial passenger transportation operations permitted at an airport, and s. 10 states the various conditions to which the said transportation operations are subject. Finally, ss. 11 to 20 deal with the procedure for issuing the permits required to operate a commercial passenger vehicle or courtesy vehicle and the penalties to which anyone contravening the Regulations is liable. In my view, it would be surprising to find that, in these provisions dealing essentially with commercial passenger transportation, the legislature intended to prohibit any form of political propaganda in s. 7(b) of the Regulations. Thus, the context in which the language of this paragraph is found also leads to the conclusion that the latter is prohibiting operations of a commercial nature.

Lastly, I also base my conclusion that s. 7 of the Regulations is not applicable in the case at bar on the interpretative presumption that legislation is constitutional. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, this Court stated this fundamental principle:

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect.

In an article titled “Le principe d’interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*” (1990), 35

lucrative. Le titre abrégé, bien qu’il «sacrifie nécessairement la précision à la concision», constitue un indice de l’intention du législateur fédéral de limiter la portée du Règlement à des matières commerciales (quant à l’utilisation du titre à des fins d’interprétation, l’on peut consulter Côté, *op. cit.*, aux pp. 38 à 40).

Un bref survol des autres dispositions du Règlement permet aussi de constater que celui-ci traite d’abord et avant tout des services de transports de passagers au moyen de véhicules commerciaux exploités dans des aéroports et des conditions auxquelles sont soumises de telles exploitations. L’article 6 traite des zones qui sont désignées comme stations de véhicules automobiles, les art. 8 et 9 énoncent les activités de transport commercial de passagers qui sont permises au sein d’un aéroport, l’art. 10 stipule les diverses conditions auxquelles sont soumises lesdites activités de transport. Enfin, les art. 11 à 20 traitent de modalités relatives aux permis nécessaires à l’exploitation d’un véhicule commercial de passagers ou d’un véhicule de courtoisie et de sanctions dont est passible celui ou celle qui contrevient au Règlement. Selon moi, il serait surprenant que le législateur ait voulu, au sein de ces dispositions concernant essentiellement le transport commercial de passagers, interdire toute forme de propagande politique à l’al. b) de l’art. 7 du Règlement. Ainsi, le contexte dans lequel sont situés les termes de cet alinéa entraîne lui aussi la conclusion selon laquelle celui-ci prohibe des activités de nature commerciale.

Enfin, je fonde aussi ma conclusion selon laquelle l’art. 7 du Règlement ne trouve pas application en l’espèce sur la présomption de constitutionnalité des lois. Dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078, cette Cour a énoncé ce principe fondamental:

Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d’une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

Danielle Pinard, dans un article intitulé «Le principe d’interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et*

McGill L.J. 305, at p. 327, Danielle Pinard summarizes one of the justifications for this rule of interpretation as follows:

[TRANSLATION] . . . an interpretation reconciling legislative provisions will be justified by the importance of respecting democratic choice and the proper separation of public powers. So far as permitted by the ordinary rules of language and the methods used in statutory interpretation, the courts will prefer the interpretation which confirms that the provision is constitutional at the time of its application.

Ultimately, therefore, I will choose an interpretation of s. 7 which confirms that it is constitutional in the circumstances. The limitations undoubtedly imposed by this provision on commercial expression are not in any way relevant to this appeal. They might perhaps be the subject of another appeal, but so far as the facts of the case at bar are concerned, I cannot interpret the wording of s. 7 of the Regulations in such a way as to encompass the acts of the respondents and thereby infringe their freedom of expression.

In my opinion, the limitation imposed on the respondents' freedom of expression arose from the action taken by the airport manager, a government official, when he ordered the respondents to cease their activities. Although this action was based on an established policy or internal directive, I do not think it can be concluded from this that there was in fact a "law" which could be justified under s. 1 of the *Charter*. The government's internal directives or policies differ essentially from statutes and regulations in that they are generally not published and so are not known to the public. Moreover, they are binding only on government officials and may be amended or cancelled at will. For these reasons, the established policy of the government cannot be the subject of the test under s. 1 of the *Charter*.

3. Conclusion

In short, I conclude that the respondents' activities at the Dorval airport benefit from the protection of s. 2(b) of the *Charter*. The freedom of expression enjoyed by the respondents was limited by the order

libertés» (1990), 35 *R.D. McGill* 305, à la p. 327, résume l'un des fondements de ce principe d'interprétation en ces termes:

a . . . l'interprétation conciliatrice des textes législatifs se justifiera au nom de l'importance du respect des choix démocratiques, et de la juste séparation des pouvoirs publics. Dans la mesure où les règles ordinaires du langage et les méthodes consacrées d'interprétation des lois le permettront, on préférera l'interprétation qui confirme la conformité constitutionnelle du texte au moment de son application.

c Je préfère donc ultimement une interprétation de l'art. 7 qui confirme sa constitutionnalité dans les faits en cause. Les restrictions sans doute imposées par cette disposition à l'expression commerciale ne sont d'aucune façon pertinentes au présent pourvoi. Celles-ci pourraient peut-être faire l'objet d'un autre pourvoi mais en ce qui concerne les faits en cause, je ne puis interpréter le libellé de l'art. 7 du Règlement de façon à ce qu'il englobe les actes des intimés et soit du même fait violateur de leur liberté d'expression.

f Selon moi, la restriction imposée à la liberté des intimés de s'exprimer a été causée par le geste du directeur de l'aéroport, un agent du gouvernement, lorsque ce dernier a ordonné aux intimés de cesser leurs activités. Bien que ce geste soit fondé sur une politique ou directive établie, je ne crois que l'on puisse de ce fait conclure qu'il y a bel et bien une «règle de droit» pouvant être justifiée par le truchement de l'article premier de la Charte. Les directives ou politiques internes du gouvernement diffèrent essentiellement des lois et règlements dans la mesure où elles ne sont généralement pas publiées et de ce fait connues du public. Par surcroît, elles ne lient de façon obligatoire que les agents du gouvernement et peuvent être modifiées ou répudiées en toute discrétion. Pour ces raisons, la politique fermement établie du gouvernement ne peut faire l'objet du test de l'article premier de la *Charte*.

3. Conclusion

i En bref, j'en conclus que les activités des intimés à l'aéroport de Dorval bénéficient de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. La liberté d'expression dont jouissent les intimés a été restreinte par l'ordre du

of the airport manager to cease the said activities. In the absence of a "limit prescribed by law", this limitation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

I therefore answer the constitutional questions, as stated by Dickson C.J. on June 26, 1987, as follows:

1. Are ss. 7(a) and 7(b) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. In the affirmative, are the provisions in question to be regarded as a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

In view of the negative answer to the first question, it is not necessary to answer this question.

Like my colleague L'Heureux-Dubé J., I would dismiss this appeal with costs, as the respondents' freedom of expression was infringed not by the application of the Regulations but by the action of the airport manager.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues and I agree that the appeal should be dismissed.

Like the Chief Justice, I do not think that, as a matter of statutory interpretation, s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, covers political activities. However, as Justice McLachlin observes, in prohibiting expression of political views at the airport, officials were exercising the Crown's legal right to manage its property. The prohibition was in other words prescribed by law. As a general proposition, the Crown's proprietary rights are the same as those of a private owner, but in exercising them the Crown is subject to the overriding requirements of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including, of course, those flowing from the freedom of expression. I agree with the Chief Justice and McLachlin J. that that freedom does not encompass the right to use any and all gov-

directeur de l'aéroport de cesser lesdites activités. Cette restriction, en l'absence d'une règle de droit, ne peut être justifiée sous l'article premier de la *Charte*.

Je réponds donc aux questions constitutionnelles, telles que formulées par le juge en chef Dickson le 26 juin 1987, de la façon suivante:

1. Les alinéas 7a) et 7b) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* contreviennent-ils à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, leur application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Considérant la réponse négative à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

À l'instar de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, je rejetterais le présent pourvoi avec dépens, la liberté d'expression des intimés ayant été violée, non par l'application des dispositions réglementaires mais bien par le geste du directeur de l'aéroport.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues et je partage leur opinion que le pourvoi doit être rejeté.

Comme le Juge en chef, je ne pense pas, pour ce qui est de l'interprétation législative, que l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, s'applique aux activités politiques. Cependant, comme le fait observer le juge McLachlin, en interdisant l'expression d'opinions politiques dans les aéroports, les fonctionnaires exerçaient le droit qu'a l'État, en vertu de la loi, d'administrer ses biens. L'interdiction était en d'autres mots prescrite par une règle de droit. En général, les droits de propriétaire de l'État sont les mêmes que ceux des propriétaires privés, mais en les exerçant il est assujéti aux exigences supérieures de la *Charte canadienne des droits et libertés*, y compris, évidemment, celles qui découlent de la liberté d'expression. Je partage l'opinion du Juge en chef et

ement property for purposes of disseminating one's views on public matters, but I have no doubt that it does include the right to use for that purpose streets and parks which are dedicated to the use of the public, subject no doubt to reasonable regulation to ensure their continued use for the purposes to which they are dedicated. I see no reason why this should not include areas of airports frequented by travellers and by members of the public. The blanket prohibition against the use of such areas for the purpose of the expression of views thus violated the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, a prohibition which my colleagues have been at pains to demonstrate is not justifiable in a free and democratic society.

This is sufficient to dispose of this appeal, and future cases are best left to be dealt with on a case by case basis, until there has been sufficient experience for the development of more specific guidance. It is right to say, however, that in dealing with future cases, I would tend to approach them in the manner suggested by McLachlin J.

I would answer the constitutional questions in the same manner as the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Freedom of expression rests at the heart of this case. The appeal presents this Court with its first opportunity to pronounce on the extent to which ss. 1 and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* operate to restrict government from forbidding certain expressive activity on its property. It raises two critical issues attaching to the constitutional guarantee of freedom of expression under s. 2(b): first, what is the scope of the right itself, and second, what are the spatial limitations as to where it can be exercised? While this Court has had occasion to address related concerns in other contexts, this appeal raises a “classic” confrontation between the acknowledged value of political expres-

du juge McLachlin que cette liberté ne comprend pas le droit d'utiliser toutes les propriétés du gouvernement aux fins de répandre ses opinions sur des questions de nature publique, mais je n'ai aucun doute qu'elle comprend le droit d'utiliser à ces fins les rues et parcs qui sont destinés à l'usage du public, sous réserve sans doute d'une réglementation raisonnable conçue en vue d'assurer leur utilisation continue pour les fins auxquelles ils sont destinés. Je ne vois aucune raison pour laquelle cela ne devrait pas inclure des parties d'aéroport fréquentées par les voyageurs et les membres du public. L'interdiction générale d'utiliser ces endroits aux fins de l'expression d'opinions a ainsi violé la liberté d'expression que garantit l'al. 2b) de la *Charte*, une interdiction dont mes collègues se sont donné le mal de démontrer qu'elle n'est pas justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Cela est suffisant pour trancher le présent pourvoi et il est préférable d'examiner cas par cas les affaires qui se présenteront à l'avenir, jusqu'à ce qu'une expérience suffisante ait été acquise pour concevoir des normes plus spécifiques. Il est juste de dire, cependant, que dans l'examen d'affaires futures j'aurais tendance à les aborder de la manière proposée par le juge McLachlin.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la même manière que le Juge en chef.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La liberté d'expression est au cœur de ce pourvoi. C'est la première occasion qu'a notre Cour de se prononcer sur la portée de l'article premier et de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qui a trait aux restrictions que le gouvernement peut imposer à l'expression dans sa propriété. Sont soulevées par le pourvoi deux questions vitales liées à la liberté d'expression garantie constitutionnellement par l'al. 2b): premièrement, quelle est la portée du droit lui-même et, deuxièmement, quelles sont les limites quant à l'endroit où on peut l'exercer? Bien que notre Cour ait eu l'occasion d'aborder des questions connexes dans d'autres contextes, le présent pourvoi constitue un affrontement «classique» entre la valeur reconnue de l'expression politique et l'intérêt légitime qu'a le

sion and legitimate government interests in imposing certain restrictions on expression generally.

For the purposes of this analysis, it will be helpful to discuss the philosophical etymology of freedom of expression, especially political expression, and how it has developed both doctrinally as well as through judicial interpretation. However, rather than importing ready-made "tests" into our jurisprudence, one must be attentive to the unique character of our Constitution, recognizing that it has evolved within, and will continue to shape, the Canadian parameters and approach to these complex, yet challenging issues. The present case provides a logical context in which to cultivate this undertaking.

The facts are not in dispute. On March 22, 1984, respondents Lépine and Deland, respectively the Secretary and Vice-President of the Committee for the Commonwealth of Canada, went to Montréal International Airport at Dorval to promote knowledge of their group and their political goals, and to recruit members. Equipped with portable placards, advertising leaflets and magazines, they walked through the first floor of the terminal. They approached travellers and other passers-by, and while they were informing them about the goals of the group and soliciting membership, an RCMP officer stopped them and asked that they cease their activities. They objected, at which point the officer took them to the assistant manager of the airport, who advised them that political propaganda activities such as those in which they were engaged were unauthorized pursuant to the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, which prohibited any advertising or solicitation in the airport.

After this meeting, the respondents took an action in the Federal Court of Canada against the appellant, in which they asked the court to declare, *inter alia*, that the appellant had not respected their fundamental freedoms and that the areas open to the public at the airport constituted a public forum where fundamental freedoms could be exercised. The trial judge granted these requests: [1985] 2 F.C. 3.

The Crown appealed. Three separate opinions were rendered at the Federal Court of Appeal: [1987]

gouvernement d'imposer certaines restrictions à l'expression en général.

Il paraît utile aux fins de cette analyse de discuter de l'origine philosophique de la liberté d'expression, particulièrement l'expression politique, et de son développement tant en doctrine qu'à travers l'interprétation judiciaire. Cependant, plutôt que d'importer dans notre jurisprudence des «tests» tout faits, il faut être sensible au caractère unique de notre Constitution, reconnaissant qu'elle a évolué et continuera de le faire dans un cadre canadien et selon une façon proprement canadienne d'aborder ces questions à la fois complexes et remplies de défis. La présente instance fournit un contexte logique à la poursuite de cette entreprise.

Les faits ne font l'objet d'aucune contestation. Le 22 mars 1984, les intimés Lépine et Deland, respectivement secrétaire et vice-présidente du Comité pour la République du Canada, se sont rendus à l'aéroport international de Montréal à Dorval dans l'intention d'y faire connaître leur groupe et ses objectifs politiques, et d'y recruter des membres. Munis de pancartes, de dépliants publicitaires et de revues, ils se sont promenés au rez-de-chaussée de l'aéroport. Ils accostaient des voyageurs et d'autres passants; alors qu'ils leur expliquaient les objectifs du groupe et les incitaient à y adhérer, un agent de la GRC est venu les interrompre et leur demander de cesser leurs activités. Ils ont refusé et l'agent les a alors conduits au directeur adjoint de l'aéroport qui leur a dit que les activités de propagande politique du genre de celles qu'ils pratiquaient étaient interdites selon le *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, qui prohibe toute publicité ou sollicitation dans l'aéroport.

À la suite de cette rencontre, les intimés ont intenté une action contre l'appelante en Cour fédérale du Canada demandant, notamment, de déclarer que l'appelante n'avait pas respecté leurs libertés fondamentales et que les aires publiques de l'aéroport constituaient un forum public où les libertés fondamentales pouvaient être exercées. Le juge de première instance a accueilli l'action: [1985] 2 C.F. 3.

Le ministère public a interjeté appel. En Cour d'appel fédérale, les trois juges ont déposé des opi-

2 F.C. 68. Hugessen J.A. held that s. 2(b) was clearly breached as the sole purpose of the action taken by the authorities was to prevent the dissemination by the respondents of their political ideas. Furthermore, the violation was not justified under s. 1. While government has the right to manage "its" property for the public good, it cannot make its ownership right a justification for action the only purpose and effect of which is to impede the exercise of a fundamental freedom.

MacGuigan J.A. also felt that the violation could not be justified under s. 1. Even if the objective was of sufficient importance to warrant overriding the right of expression, it had not been established that the means chosen were proportional to the objective. He also argued that the wording of the *Charter* dictates that the freedoms entrenched in s. 2, except for the freedom of "peaceful" assembly, are absolute as they are not qualified by any internal modifiers.

Pratte J.A. dissented, finding that the freedom of expression guaranteed by the *Charter* did not authorize the respondents to act as they did. The government, as owner of the airport, has the right to deny access to anybody who wants to use the premises other than for the purpose of travelling or using the other services provided.

The Federal Court of Appeal, while dismissing the appeal and acknowledging that the appellant had violated the fundamental freedoms of the respondents, was not prepared to rule that airports constitute a public forum for the purposes of freedom of expression under the *Charter*.

On appeal to this Court, Dickson C.J. framed the constitutional questions as follows:

1. Are ss. 7(a) and 7(b) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. In the affirmative, are the provisions in question to be regarded as a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

nions distinctes: [1987] 2 C.F. 68. Le juge Hugessen a conclu que l'al. 2b) avait clairement été violé puisque le geste des autorités avait pour seul but d'empêcher la diffusion par les intimés de leurs idées politiques. En outre, la violation ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier. Bien que l'État ait le droit de gérer «sa» propriété pour le bien public, il ne peut invoquer son droit de propriété pour justifier un geste dont le seul but et l'unique effet est d'entraver l'exercice d'une liberté fondamentale.

Le juge MacGuigan a également été d'avis que la violation ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier. Même si l'objectif était suffisamment important pour justifier la violation du droit à la liberté d'expression, on n'avait pas établi que les moyens choisis étaient proportionnés à cet objectif. Il a également soutenu que, selon le libellé de la *Charte*, les libertés consacrées à l'art. 2, sauf pour la liberté de réunion «pacifique», sont absolues parce qu'elles ne sont assorties d'aucun qualificatif interne.

Le juge Pratte, dissident, a conclu que la liberté d'expression garantie par la *Charte* n'autorisait pas les intimés à agir comme ils l'ont fait. En sa qualité de propriétaire de l'aéroport, le gouvernement a le droit d'en refuser l'accès à quiconque veut utiliser ses installations autrement que pour voyager ou se prévaloir des divers services offerts.

La Cour d'appel fédérale, bien qu'elle ait rejeté l'appel et reconnu que l'appelante avait violé les libertés fondamentales des intimés, n'est pas allée jusqu'à conclure que les aéroports constituent un forum public aux fins de la liberté d'expression prévue à la *Charte*.

En appel devant notre Cour, le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les alinéas 7a) et 7b) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* contreviennent-ils à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, leur application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

The relevant portion of the *Government Airport Concession Operations Regulations* reads as follows:

7. Subject to section 8, except as authorized in writing by the Minister, no person shall

(a) conduct any business or undertaking, commercial or otherwise, at an airport;

(b) advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person; or

(c) fix, install or place anything at an airport for the purpose of any business or undertaking.

Section 8 refers to "Permitted Operations", such as transportation to and from the airport, and does not concern us in this appeal.

The applicable sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in this case are ss. 1 and 2(b):

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; . . .

I propose to explore the scope of the right before gauging whether any prospective attenuation may be legitimated through the use of s. 1. The particular facts of this case also raise the issue of "public forum"—what it means, and how it applies to this situation.

Freedom of Expression—An Overview

The debate over the scope of freedom of expression probably began a few short seconds after the dawn of expression itself. The means of expression as well as the polemics surrounding them have taken on many forms. While some have defended freedom of expression as an end in and of itself, most justify free

Les dispositions pertinentes du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* se lisent ainsi:

7. Sous réserve de l'article 8, à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut

a) se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport;

b) faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui; ou

c) fixer, installer ou placer quoi que ce soit dans un aéroport aux fins d'une activité ou entreprise.

L'article 8 porte sur les «activités permises», comme le transport des passagers vers l'aéroport et depuis ce dernier, et ne nous concerne pas ici.

Les dispositions applicables de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont l'article premier et l'al. 2b):

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;

Je me propose d'explorer la portée du droit à la liberté d'expression avant de déterminer si son atteinte peut être justifiée par l'article premier. Les faits particuliers à la présente instance soulèvent également la question du «forum public»—sa signification et son application en l'espèce.

La liberté d'expression—vue d'ensemble

Le débat qu'a suscité la portée de la liberté d'expression a probablement commencé quelques secondes après la naissance de l'expression elle-même. Les moyens d'expression ainsi que les polémiques auxquelles ils ont donné lieu ont revêtu bien des formes. Bien que certains aient défendu la

expression as a means to other ends. However, the two notions are largely interrelated—especially when the form of the expression is political in nature, as in the present case.

Freedom of expression cannot be jettisoned in any system which values self-government—political participation is valuable in part because it enhances personal growth and self-realization. Rand J. for this Court in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, described freedom of expression as “little less vital to man’s mind and spirit than breathing is to his physical existence”. Cardozo J., for the United States Supreme Court in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327, proclaimed freedom of expression to be “the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom”.

The importance of the freedoms in s. 2 of the *Charter* has been articulated from the earliest *Charter* cases. I would point to *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, in which Dickson J., referring to the American experience, made these remarks albeit in the context of the freedom of conscience and religion in s. 2(a) (at p. 346):

It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or “firstness” of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as “fundamental”. They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

The profound role of the freedom of expression, as one of the fundamental freedoms in s. 2, was underlined by this Court in several ensuing *Charter* cases. For instance, Cory J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, stated that it would be “difficult to imagine a guaranteed right

liberté d’expression comme une fin en soi, la plupart justifie la libre expression comme un moyen de parvenir à d’autres fins. Cependant, les deux notions sont en grande partie liées entre elles—surtout lorsque l’expression est de nature politique comme en l’espèce.

Les systèmes qui valorisent l’autonomie politique ne peuvent écarter la liberté d’expression—la participation politique est importante notamment parce qu’elle favorise le développement et l’épanouissement personnel. Le juge Rand, au nom de notre Cour dans l’arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, a affirmé que [TRADUCTION] «la liberté n’est pas moins essentielle à l’intelligence et à l’esprit de l’homme que la respiration ne l’est à son existence physique». Le juge Cardozo, au nom de la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), à la p. 327, a décrit la liberté d’expression comme [TRADUCTION] «le fondement, la condition essentielle de presque toutes les autres formes de liberté».

L’importance des libertés garanties par l’art. 2 de la *Charte* a été évoquée dès les premières décisions en la matière, notamment dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où le juge Dickson, se référant à l’expérience américaine, faisait les remarques suivantes, quoique dans le contexte de la liberté de conscience et de religion prévue à l’al. 2a) (à la p. 346):

C’est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l’être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c’est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s’insère la *Charte*.

Le rôle crucial de la liberté d’expression, l’une des libertés fondamentales garanties à l’art. 2, a été souligné à maintes reprises par notre Cour dans des décisions subséquentes portant sur la *Charte*. Dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, par exemple, le juge Cory a

more important to a democratic society than freedom of expression" (p. 1336). This has been reemphasized in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, by Dickson C.J. at pp. 726-27.

As this Court has discussed on several prior occasions, notably in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, and *Keegstra, supra*, many different theories have been advanced for promoting freedom of expression. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, at pp. 878-79, is often cited for delineating the basic rationales for judiciously preserving freedom of expression:

The values sought by society in protecting the right to freedom of expression may be grouped into four broad categories. Maintenance of a system of free expression is necessary (1) as assuring individual self-fulfillment, (2) as a means of attaining the truth, (3) as a method of securing participation by the members of the society in social, including political, decision-making, and (4) as maintaining the balance between stability and change in the society.

However, it is evident that many of the distinctions are artificial. As well, reliance on any rationale in isolation is fraught with difficulty. (On this point, see Cory J., *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating*, paper delivered at the University of Alberta Centre for Constitutional Studies, on April 21, 1990.) Laurence Tribe in *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988) (hereinafter "Tribe") states at p. 789:

No satisfactory jurisprudence of free speech can be built upon such partial or compromised notions of the bases for expressional protection or the boundaries of the conduct to be protected. However tempting it may be to resist governmental claims for restricting speech by retreating to an artificially narrowed zone and then defending it without limit, any such course is likely in the end to sacrifice too much to strategic maneuver: the claims for suppression will persist, and the defense will be no stronger for having withdrawn to arbitrarily constricted territory. Any adequate conception of freedom of speech must instead draw upon several strands of the-

affirmé qu'il serait «difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique» (p. 1336). C'est ce qu'a repris le juge en chef Dickson dans *R. v. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 726 et 727.

Comme notre Cour l'a mentionné à plusieurs occasions, notamment dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Keegstra*, précité, plusieurs théories différentes ont été avancées comme justification de la liberté d'expression. Emerson, «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, aux pp. 878 et 879, est souvent cité pour avoir esquissé les raisons d'être fondamentales de la protection judiciaire de la liberté d'expression:

[TRADUCTION] Les valeurs que la société vise à promouvoir par la protection du droit à la liberté d'expression peuvent se grouper en quatre grandes catégories. Le maintien d'un régime de libre expression est nécessaire (1) pour permettre l'épanouissement personnel des individus, (2) pour faciliter la recherche de la vérité, (3) pour obtenir la participation des membres de la société à la prise de décisions d'intérêt social, y compris dans le domaine politique, et (4) pour maintenir un équilibre entre la stabilité et le changement dans la société.

Il est évident, toutefois, que plusieurs de ces distinctions sont artificielles. En outre, se reposer sur quelque fondement que ce soit isolément comporte nombre de difficultés. (À ce sujet, voir le juge Cory, *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating*, exposé fait au Centre for Constitutional Studies de l'Université de l'Alberta, le 21 avril 1990.) Laurence Tribe, dans *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), (ci -après «Tribe») affirme, à la p. 789:

[TRADUCTION] On ne peut établir de jurisprudence convaincante en matière de liberté d'expression à partir de notions aussi partielles ou mitigées de ce que sont les fondements de la protection de la liberté d'expression ou les paramètres de la conduite à protéger. Bien qu'il soit tentant de s'opposer aux revendications du gouvernement pour restreindre la liberté d'opinion en se retranchant dans une zone artificiellement étroite pour ensuite la défendre de manière absolue, cette démarche risque à la fin de faire perdre de vue l'objectif visé au nom des manœuvres stratégiques: les demandes de suppression de la liberté d'expression existeront toujours et la

ory in order to protect a rich variety of expressional modes.

Frederick Schauer on the other hand, in *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982) focuses on the negative consequences of governmental regulation of expression. At pages 81-86 he remarks:

Freedom of speech is based in large part on a distrust of the ability of government . . . determinations of truth and falsity, an appreciation of the fallibility of political leaders, and a somewhat deeper distrust of governmental power in a more general sense

I might summarize the foregoing . . . by saying that the most persuasive argument for a Free Speech Principle is what may be characterized as the argument from governmental incompetence.

Schauer also avoids ascribing differential value to expression based on its form, thus heeding the warning of Professor Tribe. Any grounds, perhaps otherwise legitimate, put forward for restricting freedom of expression are least compelling when advanced in the political context.

Here the various theories merge to ensure that political participation is concretized through our ability to pronounce upon issues that define the political process governing our lives. Expression is in large part characterized by reference to its purpose. The liberty to comment on and criticize existing institutions and structures is an indispensable component of a "free and democratic society". It is imperative for such societies to benefit from a multiplicity of viewpoints which can find fertile sustenance through various media of communication.

The alternatives are particularly frightening. History is replete with examples of entrenched groups which have sought to maintain their elevated station by suppressing emerging and challenging new thoughts and ideas. Stifling opponents by revoking

défense ne sera pas plus forte après son retrait dans une zone restreinte arbitrairement. Toute conception adéquate de la liberté de parole doit plutôt s'appuyer sur plusieurs éléments théoriques pour protéger une riche variété de modes d'expression.

D'autre part, Frederick Schauer, dans *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), met l'accent sur les conséquences négatives de la réglementation de l'expression par le gouvernement. Aux pages 81 à 86, il fait remarquer:

[TRADUCTION] La liberté de parole est fondée en grande partie sur une méfiance quant à la capacité du gouvernement [. . .] de déterminer ce qui est vrai et ce qui est faux, une évaluation de la faillibilité des dirigeants politiques et une méfiance en quelque sorte plus profonde du pouvoir gouvernemental dans un sens plus général . . .

Je pourrais résumer ce qui précède [. . .] en disant que l'argument le plus convaincant en faveur d'un principe de la liberté de parole se fonde sur ce que l'on pourrait appeler l'incompétence du gouvernement.

Schauer évite également d'accorder une valeur différente à l'expression selon sa forme, tenant ainsi compte du *caveat* du professeur Tribe. Les raisons invoquées pour restreindre la liberté d'expression, raisons qui peuvent par ailleurs être légitimes, sont encore moins convaincantes lorsqu'elles sont avancées dans un contexte politique.

Ici, les diverses théories convergent pour veiller à ce que la participation politique se concrétise par notre capacité à nous exprimer sur des questions qui définissent le processus politique régissant nos vies. L'expression est, en grande partie, qualifiée par rapport à son objet. La liberté de faire des commentaires sur les institutions et structures existantes et de les critiquer est un élément indispensable d'une «société libre et démocratique». Il est impératif que de telles sociétés bénéficient d'une multitude d'opinions qui peuvent trouver des appuis solides grâce à divers moyens de communication.

L'alternative est particulièrement inquiétante. L'histoire foisonne d'exemples de groupes privilégiés qui ont tenté de conserver leur position supérieure en supprimant les pensées et idées nouvelles et stimulantes. La répression des opposants, par la révocation

their right to express dissent and disenchantment may have produced desired results in the short run, but ultimately all such attempts led to insurrection and rebellion. As Brandeis J. proclaimed in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), at pp. 375-76, such oppressive endeavours are incompatible with the democratic vision which inspired the United States Constitution and the rights enunciated therein:

Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties They valued liberty both as an end and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law—the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed.

The United States Supreme Court has long recognized:

. . . a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials.

(*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), at p. 270.)

Free debate has often been perceived as the optimal means to discover “truth”—through the “market-place of ideas” in which truth will ultimately prevail. A well-known judicial formulation is found in Holmes J.’s dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at p. 630:

. . . the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market

Furthermore the process will proliferate an abundance of varied perceptions which will expose the weaknesses of certain ideas and the strengths of others. However, as John Stuart Mill argued in *On*

de leur droit d’exprimer leur dissidence et leur désapprobation, a pu produire les résultats souhaités à court terme, mais, en dernier ressort, ces tentatives ont toutes conduit à des insurrections et à des rébellions. Comme le juge Brandeis l’a affirmé dans l’arrêt *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), aux pp. 375 et 376, ces efforts d’oppression sont incompatibles avec la vision démocratique à l’origine de la Constitution des États-Unis et des droits qui y sont consacrés:

[TRADUCTION] Ceux qui ont acquis notre indépendance croyaient que le but ultime de l’État était de permettre aux hommes de s’épanouir [. . .] Ils privilégiaient la liberté à la fois comme une fin et comme un moyen. Ils croyaient que la liberté était le secret du bonheur et le courage, le secret de la liberté [. . .] Parce qu’ils croyaient au pouvoir de la raison dans les discussions publiques, ils refusaient le silence imposé par la loi—la pire forme d’exercice de la force. Reconnaisant les tyrannies occasionnelles de la majorité au pouvoir, ils ont modifié la Constitution pour garantir la liberté de parole et de réunion.

Il y a longtemps que la Cour suprême des États-Unis reconnaît:

[TRADUCTION] . . . un engagement national profond à l’égard du principe portant que les débats sur les questions publiques devraient être illimités, solides et ouverts, et qu’ils peuvent comprendre des attaques violentes, caustiques et parfois désagréablement cinglantes envers le gouvernement et les fonctionnaires.

(*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), à la p. 270.)

On a souvent cru que le débat public était le meilleur moyen de parvenir à la «vérité»—par le [TRADUCTION] «marché des idées» qui permet à la vérité de triompher en dernier ressort. Une formulation judiciaire bien connue est celle du juge Holmes, dissident, dans l’arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), à la p. 630:

[TRADUCTION] . . . le meilleur test de la vérité est le pouvoir de la pensée de se faire accepter dans la compétition du marché

En outre, le processus donnera lieu à une multitude de perceptions diverses qui feront ressortir les faiblesses de certaines idées et les forces des autres. Cependant, comme John Stuart Mill l’a souligné dans

Liberty and Considerations on Representative Government (1946), at p. 16:

Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

The argument is appealing in that it acknowledges that one generation's truth is another generation's fallacy—and there is an underlying optimism in the evolution of ideas. However, especially in the realm of political debate, it is the idea itself that must be encouraged, regardless of its apparent veracity. In fact, there can be no “political truth”—assertions to the contrary may be welcome in the context of campaign literature, but not as a basis for repression of political challengers.

Freedom of expression, like freedom of religion, serves to anchor the very essence of our democratic political and societal structure. As expressed by Jackson J., in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), at p. 642, “[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”. Robert J. Sharpe explains the futility of basing this axiom merely upon some yearning for ultimate truth, in “Commercial Expression and the Charter” (1987), 37 *U.T.L.J.* 229, at p. 236:

The essence of the market-place of ideas argument is that control and regulation of expression is intolerable because we can trust no government to know the truth. Those who purport to legislate the truth invariably turn out to be tyrants. The market-place of ideas argument

On Liberty and Considerations on Representative Government (1946), à la p. 16:

[TRADUCTION] Il est toutefois évident en soi, autant qu'après de longues discussions, qu'une époque n'est pas plus infallible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions généralement acceptées maintenant seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'argument est attrayant parce qu'il reconnaît que ce qui est vrai pour une génération est faux pour l'autre—et il existe un optimisme sous-jacent à l'évolution des idées. Cependant, surtout dans le domaine du débat politique, c'est l'idée elle-même qui doit être encouragée, sans égard à son exactitude apparente. Dans les faits, il ne peut y avoir de [TRADUCTION] «vérité politique»—des affirmations contraires peuvent être bienvenues dans la propagande écrite distribuée dans le cadre d'une campagne, mais non servir de fondement à la répression des contestataires politiques.

La liberté d'expression, comme la liberté de religion, sert à ancrer l'essence même de la structure politique et sociale de notre démocratie. À l'instar du juge Jackson dans l'arrêt *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), à la p. 642 [TRADUCTION] «[s]'il existe chez nous un principe constitutionnel intangible c'est celui-ci: nul fonctionnaire, peu importe son rang, ne peut prescrire l'orthodoxie en matière de politique, de nationalisme ou de religion ou dans d'autres affaires d'opinion, ni forcer les citoyens à avouer par des paroles ou par des gestes leur croyance à cette orthodoxie.» Le professeur Robert J. Sharpe explique la futilité de fonder cet axiome sur le seul désir de parvenir en dernier ressort à la vérité dans «Commercial Expression and the Charter» (1987), 37 *U.T.L.J.* 229, à la p. 236:

[TRADUCTION] L'essence de l'argument du marché des idées est que le contrôle et la réglementation de l'expression sont intolérables parce qu'on ne saurait avoir confiance qu'un gouvernement puisse savoir la vérité. Ceux qui prétendent faire des lois sur la vérité s'avèrent invariablement des tyrans. L'argument du marché des idées fait appel à un processus ouvert justement parce

prescribes an open process precisely because we cannot agree on what is the truth. [Emphasis added.]

que nous ne pouvons nous entendre sur ce qu'est la vérité. [Je souligne.]

Hence the justification for the widest freedom of political speech stems not only from some abstract search for truth, but also from the tangible goal of preserving democracy. As this Court stated in *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 145-46, where Cannon J. held that freedom of expression was beyond provincial competence since expression is necessary to the functioning of a democracy:

De là se justifie la forme la plus étendue de liberté d'opinion politique qui découle non pas d'une recherche abstraite de la vérité, mais plutôt de l'objectif concret de protection de la démocratie. Dans *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, aux pp. 145 et 146, le juge Cannon a conclu que la liberté d'expression ne relevait pas de la compétence provinciale puisque l'expression est nécessaire au fonctionnement d'une démocratie:

Freedom of discussion is essential to enlighten public opinion in a democratic State; it cannot be curtailed without affecting the right of the people to be informed through sources independent of the government concerning matters of public interest. There must be an untrammelled publication of the news and political opinions of the political parties contending for ascendancy . . . Democracy cannot be maintained without its foundation: free public opinion and free discussion throughout the nation of all matters affecting the State within the limits set by the criminal code and the common law.

[TRADUCTION] La liberté de discussion est essentielle, dans un État démocratique, pour éclairer l'opinion publique; on ne peut la restreindre sans toucher au droit du peuple d'être informé, en ce qui concerne des matières d'intérêt public, grâce à des sources indépendantes du gouvernement. Les nouvelles, ainsi que les opinions politiques des partis politiques qui luttent pour le pouvoir, doivent être publiées sans entraves [. . .] La démocratie ne peut se maintenir sans son fondement: une opinion publique libre et la libre discussion, de par toute la nation et dans les limites que fixent le Code criminel et la common law, de toutes les affaires qui intéressent l'État.

And Duff C.J. stated, at p. 133, that "it is axiomatic that the practice of this right of free public discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions".

Le juge en chef Duff, pour sa part, écrivait, à la p. 133, [TRADUCTION] «qu'il est évident que l'usage de ce droit de libre discussion des affaires publiques, malgré les difficultés qu'il peut causer à l'occasion, est au cœur même de nos institutions parlementaires.»

In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, the Court restricted the scope of the crime of sedition, holding that nothing short of an intention to incite the people to violence, public disorder, or unlawful conduct against the government suffices to support a conviction. Rand J. held, at p. 288:

Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, la Cour a restreint la portée du crime de sédition, affirmant que rien de moins qu'une intention d'inciter le peuple à la violence, au désordre public ou à la conduite illégale contre le gouvernement ne saurait justifier une déclaration de culpabilité. Le juge Rand affirme, à la 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 can be fanatical puritanism in ideas as well as in morals;

[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 controverses; dans certains domaines l'hérésie

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.

In *Switzman v. Elbling*, *supra*, the Court reviewed the Quebec "padlock law", which made it illegal for any owner or tenant to use or allow the use of premises "to propagate communism or bolshevism by any means whatsoever". It was also an offence to print, publish, or distribute any materials tending to have the same effect. Striking down the law, Rand J., at pp. 304-5, again advocated an extensive scope for expression:

That the scene of study, discussion or dissemination of views or opinions on any matter has ever been brought under legal sanction in terms of nuisance is not suggested. For the past century and a half in both the United Kingdom and Canada, there has been a steady removal of restraints on this freedom, stopping only at perimeters where the foundation of the freedom itself is threatened. Apart from sedition, obscene writings and criminal libels, the public law leaves the literary, discursive and polemic use of language, in the broadest sense, free.

Since the advent of the *Charter*, this Court has discussed the values and principles underlying the freedom of expression. These were admirably reviewed by Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, where he stated (at pp. 727-28), referring to a passage from *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712:

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

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.

Dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, précité, la Cour a examiné la «loi du cadenas» du Québec. Celle-ci prévoyait qu'il était illégal pour toute personne qui possédait ou occupait une maison de l'utiliser ou de permettre qu'elle soit utilisée pour [TRADUCTION] «propager le communisme ou le bolchevisme par quelque moyen que ce soit». Il était également illégal d'imprimer, de publier ou de distribuer des documents de même tendance. En déclarant la loi illégale, le juge Rand a de nouveau plaidé en faveur d'une portée étendue de l'expression, aux pp. 304 et 305:

[TRADUCTION] On ne suggère pas que le théâtre d'études, de discussions ou de propagation d'opinions sur n'importe quel sujet ait jamais été soumis à des sanctions légales au titre des nuisances. Depuis un siècle et demi, tant au Royaume-Uni qu'au Canada, il y a eu un constant recul des contraintes imposées à cette liberté, recul qui ne s'est arrêté que là où les fondements mêmes de cette liberté étaient menacés. La sédition, la littérature obscène et le libelle criminel mis à part, le droit public permet librement l'utilisation littéraire, philosophique et polémique du langage, conçu dans son sens le plus large.

Depuis l'avènement de la *Charte*, notre Cour a discuté des valeurs et des principes sous-jacents à la liberté d'expression. Ceux-ci ont été admirablement analysés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, où il affirme (aux pp. 727 et 728), au sujet d'un passage de l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712:

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

convictions fueling the freedom of expression, these being summarized in *Irwin Toy* (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 the meaning is conveyed.

Before embarking on an analysis of our *Charter* provisions and their application to the present case, I wish to stress at this point that the above discussion is not designed to carve out "political expression" as a distinct category to be analysed apart from freedom of expression considerations generally. Rather, the political nature of the speech at issue merely focuses on the competing interests that must be balanced on the constitutional scales. The characterization of the particular speech at issue, as political, commercial or otherwise, will merely be among the many factors to be taken into account. These concerns will be explored in greater detail when assessing the constitutionality of the provision itself.

Section 2(b) of the Charter

When reviewing the ambit of protected expression this Court has often referred to American decisions. The United States Supreme Court has long been grappling with the formulation of an appropriate test, and in the process it has created a whole series of standards that have been applied somewhat unpredictably over the years. We must recognize the differences in approach which result from our distinctive constitutional documents. In *Keegstra, supra*, Dickson C.J. addressed this at p. 740:

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.

plus, la Cour a tenté d'arriver à une formulation plus exacte de certaines convictions 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.

Avant d'entreprendre un examen des dispositions de notre *Charte* et de leur application en l'espèce, je veux souligner immédiatement que la discussion qui précède ne vise pas à identifier «l'expression politique» comme catégorie distincte qu'on doit analyser indépendamment des considérations générales sur la liberté d'expression. Au contraire, la nature politique de l'expression, ici en cause, ne fait que mettre l'accent sur les intérêts divergents qui doivent être soupesés selon les normes constitutionnelles. La qualification d'un discours particulier de politique, commercial ou autrement, n'est qu'un facteur parmi tous ceux dont on doit tenir compte. Ces questions seront examinées plus en détail lorsqu'il s'agira de déterminer la constitutionnalité de la disposition elle-même.

L'alinéa 2b) de la Charte

Lorsqu'elle a eu à examiner la portée de l'expression protégée, notre Cour s'est souvent référée aux décisions américaines. La Cour suprême des États-Unis a longtemps eu de la difficulté à formuler un test approprié et, ce faisant, elle a créé toute une série de normes qui ont été appliquées de façon plutôt imprévisible au fil des ans. Nous devons reconnaître que nous avons une approche différente qui découle de nos documents constitutionnels distincts. Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a traité de cette question à la p. 740:

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.

Notwithstanding our differences, it may be helpful here to look at the American experience, not with a view to applying their decisions blindly but rather to learn from the process through which they were derived.

The First Amendment reads as follows:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

The fundamental nature of this set of guarantees is underscored by its primacy—this is the first amendment. However, the different structures of our two constitutional documents require that the balancing tests be undertaken at different stages of the analysis. In the United States any limitations on the First Amendment, to the extent that any limitations exist, must be internal to the provision itself. The U.S. Constitution does not contain a s. 1. For these and other reasons A. Wayne MacKay cautions, in “Freedom of Expression: Is it All Just Talk?” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713, at p. 719, that:

What if anything should Canadian courts do with these various rationales evolved in the United States? As a first preliminary matter, account should be taken of the significant political and social differences between the two countries and how this has been reflected in their historical approaches to freedom of expression and the press. As a second preliminary matter, the linguistic differences between the respective guarantees of freedom of expression should be considered, and in particular the European roots of the Canadian provision—section 2(b) of the Charter.

On a more substantive basis the American rationales should only be used to the extent that they are useful for advancing the purposes and values of the Canadian document. [Emphasis added.]

And, as Professor MacKay points out at p. 730:

While the Americans must do their balancing in the context of the definition of the right, Canadians can take

En dépit de nos différences, il peut être utile de se pencher sur l'expérience américaine, non pas en vue d'appliquer aveuglément leurs décisions, mais plutôt pour tirer profit du processus dont elles sont le fruit.

Le Premier amendement est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] Le Congrès ne fera aucune loi relative- ment à l'établissement d'une religion ou en interdisant le libre exercice; ou restreignant la liberté de parole ou de la presse; ou le droit du peuple de s'assembler paisiblement, et d'adresser des pétitions au gouvernement pour une réparation de ses torts.

Le caractère fondamental de cette série de garanties est souligné par sa prépondérance: il s'agit du premier amendement. Cependant, les structures différentes de nos deux documents constitutionnels font que l'évaluation des intérêts en jeu doit être entreprise à un stade différent de l'analyse. Aux États-Unis, les restrictions au Premier amendement, dans la mesure où il en existe, doivent être prévues à l'intérieur même de la disposition. La Constitution américaine n'a pas de disposition équivalente à notre article premier. Pour ces raisons ainsi que pour d'autres, A. Wayne MacKay met en garde dans «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713, à la p. 719:

[TRADUCTION] Le cas échéant, que devraient faire les tribunaux canadiens de ces diverses décisions rendues aux États-Unis? En premier lieu, de façon préliminaire, il faudrait tenir compte des différences importantes d'ordre politique et social qui séparent les deux pays et de la façon dont elles ont teinté leur point de vue traditionnel de la liberté d'expression et de la liberté de la presse. En second lieu, toujours de façon préliminaire, les différences linguistiques entre les garanties respectives de la liberté d'expression doivent être étudiées et notamment, l'origine européenne de la disposition canadienne—l'al. 2b) de la Charte.

Quant au fond, les décisions américaines ne devraient être employées que dans la mesure où elles peuvent servir à la promotion des valeurs et des objectifs du document canadien. [Je souligne.]

Et, comme le professeur MacKay le souligne, à la p. 730:

[TRADUCTION] Tandis que les Américains doivent faire leur évaluation dans le contexte de la définition du droit,

advantage of the existence of section 1. *A priori* exclusions of whole categories of free expression are not necessary in Canada.

Hence we should be particularly vigilant to formulate a "made in Canada" standard, that is sensitive to the legal, sociological, and political characteristics which inspired the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and its subsequent development.

The pre-*Charter* decisions appreciated that rights are not absolute. See *e.g. Reference Re Alberta Statutes, supra; Boucher v. The King, supra; Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; and *Switzman v. Elbling, supra*. Another example of this recognition can be found in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, the last pre-*Charter* case on freedom of expression, where Dickson C.J. wrote, at pp. 467-68:

... our democratic system is deeply rooted in, and thrives on, free and robust public discussion of public issues. As a general rule, all members of society should be permitted, indeed encouraged, to participate in that discussion.

On the other side, however, it is equally obvious that free speech or expression is not an absolute, unqualified value. Other values must be weighed with it. Sometimes these other values supplement, and build on, the value of speech. But in other situations there is a collision. When that happens the value of speech may be cut back if the competing value is a powerful one. Thus, for example, we have laws dealing with libel and slander, sedition and blasphemy. We also have laws imposing restrictions on the press in the interests of, for example, ensuring a fair trial or protecting the privacy of minors or victims of sexual assaults.

The parameters of freedom of expression have been explored more expansively since the promulgation of the *Charter*, and these decisions have shed fresh light on venerable principles as well as illumi-

les Canadiens bénéficient de l'existence de l'article premier. Au Canada, l'exclusion a priori d'entières catégories de libre expression n'est pas nécessaire.

Nous devrions donc veiller particulièrement à formuler une norme purement canadienne, qui soit sensible aux caractéristiques juridiques, sociologiques et politiques qui ont inspiré la *Charte canadienne des droits et libertés* et son évolution subséquente.

Les arrêts rendus avant l'adoption de la *Charte* reconnaissaient que les droits ne sont pas absolus. Voir notamment *Reference Re Alberta Statutes*, précité, *Boucher v. The King*, précité, *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, et *Switzman v. Elbling*, précité. Dans un autre exemple de cette reconnaissance, *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, la dernière décision rendue au sujet de la liberté d'expression avant la proclamation de la *Charte*, le juge en chef Dickson écrivait, aux pp. 467 et 468:

... notre système démocratique est profondément ancré sur une discussion libre et franche des questions d'intérêt public et profite de cette discussion. En règle générale, tous les membres de la société devraient être autorisés à participer à cette discussion et même encouragés à le faire.

Toutefois, il est par ailleurs également évident que la liberté de parole ou d'expression n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle. Il faut tenir compte de certaines autres valeurs. Quelquefois ces autres valeurs viennent compléter la liberté de parole et ajouter à celle-ci. Toutefois, dans d'autres situations elles sont en conflit. Lorsque cela se produit, la liberté de parole peut être réduite si la valeur qui est en conflit avec elle est puissante. Ainsi, par exemple, nous avons des lois qui traitent de la diffamation écrite et verbale, des propos séditieux et du blasphème. Nous avons également des lois qui imposent des restrictions à la presse afin, par exemple, d'assurer un procès équitable ou de protéger la vie privée des mineurs ou des victimes d'agressions sexuelles.

Les paramètres de la liberté d'expression ont été examinés plus en profondeur depuis l'adoption de la *Charte* et ces décisions donnent un nouvel éclairage à des principes vénérables et tracent une voie nouvelle

nating a new path for the development of this fundamental liberty.

A threshold question which must first be addressed is whether or not the *Charter* created new rights or whether it codified pre-existing rights. This debate has focused on the *Canadian Bill of Rights*, under which the scope of an invoked freedom was often limited by government property rights. However, the difference in approach has been eloquently presented by Judge Rosalie Abella in "The Social and Legal Paradigms of Equality" (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5, at p. 6, where she explores the background of equality provisions and its entrenchment in the *Charter*:

Most of the *Charter's* rights, including equality, had been substantially included in the *Charter's* statutory ancestor, the *Bill of Rights*. But that statute lacked the stature of constitutional entrenchment, and it tended to suffer from juridical emaciation, starved as it was by a judiciary anxious to keep the *Bill of Rights* on a policy-free diet. [Emphasis added.]

Some courts, such as the British Columbia Court of Appeal in *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638, have resisted the cultivation of broader rights under the *Charter*, finding instead that the *Charter* merely enshrined, and essentially froze, existing rights. In *Cromer*, a teachers' federation brought disciplinary charges against Cromer, who was alleged to have breached the Code of Ethics by publicly criticising a fellow teacher. Lambert J.A., for the court, held that the *Charter* contained no new rights, and instead the courts should look to pre-*Charter* jurisprudence. He framed the question to be resolved as follows, at p. 647:

To adopt Rand J.'s language, the question in this case becomes: whether the phrase "freedom of expression" in s. 2 of the *Charter* is describing the whole original freedom or the residue within the periphery of countervailing rights. Does it describe an absolute freedom, to be restricted only under s. 1, or does it describe the bundle of civil rights that arise as protection against infringements of free speech?

et éclatante pour l'évolution de cette liberté fondamentale.

Dès le départ, la première question qui se pose est de déterminer si la *Charte* a créé de nouveaux droits ou si elle n'a fait que codifier des droits existants. Ce débat a mis en parallèle la *Déclaration canadienne des droits*, en vertu de laquelle la portée d'une liberté donnée était souvent restreinte par les droits de propriété du gouvernement. Le juge Rosalie Abella a cependant exposé de façon éloquente les différences d'approche dans «The Social and Legal Paradigms of Equality» (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5, à la p. 6. Elle fait l'historique des dispositions relatives à l'égalité et de leur inclusion dans la *Charte*:

[TRADUCTION] La plupart des droits garantis par la *Charte*, y compris le droit à l'égalité, étaient essentiellement prévus dans le document précédant la *Charte*, la *Déclaration des droits*. Mais cette loi n'avait pas le statut d'un document constitutionnel et elle souffrait souvent d'anorexie juridique, affamée par des tribunaux anxieux de faire suivre à la *Déclaration des droits* une diète dépourvue de toute question d'ordre politique. [Je souligne.]

Certains tribunaux, comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638, ont hésité à reconnaître des droits plus généreux dans la *Charte*, concluant plutôt que celle-ci n'a fait que consacrer et essentiellement cristalliser les droits existants. Dans *Cromer*, une association de professeurs avait porté des accusations d'ordre disciplinaire contre Cromer, lui reprochant d'avoir contrevenu à un code de déontologie en critiquant publiquement un collègue de travail. Le juge Lambert a conclu, au nom de la cour, que la *Charte* ne formulait aucun droit nouveau et que les tribunaux devraient s'en tenir à la jurisprudence existante avant l'adoption de la *Charte*. Il a formulé ainsi la question à résoudre, à la p. 647:

[TRADUCTION] Selon les termes utilisés par le juge Rand, la question posée en l'espèce est la suivante: la «liberté d'expression» prévue à l'art. 2 de la *Charte* décrit-elle toute la liberté garantie au départ ou ce qu'il en reste dans le contexte des autres droits qui servent de contrepoids? S'agit-il d'une liberté absolue, restreinte uniquement par l'application de l'article premier ou s'agit-il de l'ensemble des droits civils qui servent de protection contre les violations de la liberté de parole?

Lambert J.A. answered, at pp. 652 and 657, that:

... the content and scope of the substantive rights and freedoms is to be found in the description of the rights and freedoms themselves ...

The Charter does not purport to confer new freedoms. It gives a constitutional guarantee to the old freedoms and, in so doing, it protects them. But, in my opinion, it did not transform them. Section 1 merely places limits on the extent of the constitutional guarantee. The freedom of expression itself remains the same freedom as existed before the adoption of the Charter, and it remains subject to the same balancing process against other important and often compelling values.

However, it is now incontrovertible that the *Charter*, in order to be capable of adapting to the social conditions and problems of the present and the future, must be given a purposive and expansive interpretation. As Dickson J. articulated in *R. v. Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 342-44:

The basis of the majority's interpretation in *Robertson and Rosetanni*, *supra*, is the fact that the language of the *Canadian Bill of Rights* is merely declaratory: by s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*, certain existing freedoms are "recognized and declared", including freedom of religion. For Ritchie J. this language dramatically narrowed the possible interpretation of the rights and freedoms enunciated by the *Canadian Bill of Rights*:

I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*. [Emphasis added.]

Cory J.A., now of this Court, offered a resonating endorsement of freedom of expression in *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81. Mr. Kopyto was convicted of scandalizing the court for suggesting that the police and the courts were not independent of one

Le juge Lambert a répondu en ces termes, aux pp. 652 et 657:

[TRADUCTION] ... le contenu et la portée des droits et libertés se trouvent dans la description de ces droits et libertés ...

La Charte n'a pas pour but de conférer de nouvelles libertés. Elle assure une garantie constitutionnelle des anciennes libertés et les protège par le fait même. J'estime cependant qu'elle ne les a pas transformées. L'article premier a simplement apporté des restrictions à la portée de la garantie constitutionnelle. La liberté d'expression demeure la même liberté qui existait avant l'adoption de la Charte, et elle demeure assujettie au même processus d'évaluation en fonction d'autres valeurs importantes et souvent impérieuses.

Il est maintenant toutefois indéniable que la *Charte* doit recevoir une interprétation large et libérale, capable de s'adapter aux conditions et aux problèmes sociaux actuels et futurs. Comme l'affirmait le juge Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 342 à 344:

L'interprétation de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, se fonde sur le fait que le langage utilisé dans la *Déclaration canadienne des droits* est purement déclaratoire: à l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, il est «reconnu et déclaré» que certaines libertés déjà existantes, notamment la liberté de religion, continuent d'exister. Selon le juge Ritchie, ce langage restreint sensiblement la façon dont il est possible d'interpréter les droits et libertés énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits*:

Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*. [Je souligne]

Le juge Cory, alors juge à la Cour d'appel, a endossé avec ferveur cette conception de la liberté d'expression dans *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81. Monsieur Kopyto a été reconnu coupable d'avoir scandalisé la cour en suggérant que la police et les

another. Cory J.A. announced that “the rights granted by the **Charter** were not frozen at the moment of its enactment; the **Charter** does more than recognize and declare pre-existing rights” (p. 89). The critical role of free speech in the political context was specifically underscored (at pp. 90-91):

... it is difficult to imagine a more important guarantee of freedom to a democratic society than that of freedom of expression. A democracy cannot exist without the freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. These opinions may be critical of existing practices in public institutions and of the institutions themselves. However, change for the better is dependent upon constructive criticism. Nor can it be expected that criticism will always be muted by restraint. Frustration with outmoded practices will often lead to vigorous and unpropitious complaints. Hyperbole and colourful, perhaps even disrespectful language, may be the necessary touchstone to fire the interest and imagination of the public, to the need for reform, and to suggest the manner in which that reform may be achieved.

The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies. Caustic and biting debate is, for example, often the hallmark of election campaigns, parliamentary debates and campaigns for the establishment of new public institutions or the reform of existing practices and institutions. The exchange of ideas on important issues is often framed in colourful and vitriolic language. So long as comments made on matters of public interest are neither obscene nor contrary to the laws of criminal libel, citizens of a democratic state should not have to worry unduly about the framing of their expression of ideas. The very lifeblood of democracy is the free exchange of ideas and opinions. If these exchanges are stifled, democratic government itself is threatened.

History has repeatedly demonstrated that the first step taken by totalitarian regimes is to muzzle the media and then the individual in order to prevent the dissemination of views and opinions that may be contrary to those of the government. The vital importance of freedom of expression cannot be overemphasized. It is important in this context to note that s. 2(b) of the **Charter** is framed in absolute terms, which distinguishes it, for example, from s. 8 of the **Charter**, which guarantees the qualified

tribunaux n'étaient pas indépendants les uns des autres. Le juge Cory a statué que [TRADUCTION] «les droits conférés par la **Charte** n'ont pas été figés au moment de l'adoption de celle-ci; la **Charte** fait bien plus que reconnaître et déclarer les droits déjà existants» (p. 89). L'importance du rôle que joue la liberté de parole dans un contexte politique y est soulignée de façon particulière (aux pp. 90 et 91):

[TRADUCTION] ... il est difficile d'imaginer une garantie de liberté qui soit plus importante dans une société démocratique que la liberté d'expression. Aucune démocratie ne peut exister sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et de proposer des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. Ces opinions peuvent critiquer les pratiques existantes dans les institutions publiques et les institutions elles-mêmes. Cependant, il n'y a pas d'amélioration sans critique constructive. Et il ne faudrait pas non plus croire que la contrainte contribuera toujours à atténuer la critique. La frustration qu'entraînent les méthodes dépassées donnera souvent lieu à des plaintes vigoureuses et inappropriées. Un discours hyperbolique et coloré, parfois même irrespectueux, peut être la pierre de touche nécessaire pour stimuler l'intérêt et l'imagination du public à l'endroit du besoin de réforme, et pour suggérer la façon dont il est possible de procéder à la réforme.

La notion de liberté de parole illimitée pénètre toute société vraiment démocratique. Les débats mordants et acerbes sont souvent, par exemple, l'apanage des campagnes électorales, des débats parlementaires et des campagnes en faveur de la création de nouvelles institutions publiques ou de la réforme d'institutions ou de méthodes déjà en place. Tant que les commentaires formulés sur des questions d'ordre public ne sont ni obscènes ni contraires aux règles régissant le libellé diffamatoire, les citoyens d'un État démocratique ne devraient pas s'inquiéter indûment au sujet du cadre de l'expression de leurs idées. L'âme même de la démocratie repose sur le libre échange d'idées et d'opinions. Si ces échanges sont réprimés, le gouvernement démocratique même est menacé.

L'histoire en a fait la preuve à maintes reprises: le premier geste des régimes totalitaires est de museler les médias d'information puis les citoyens afin d'empêcher la dissémination d'opinions qui pourraient être contraires à celles du gouvernement. On ne saurait trop insister sur l'importance vitale de la liberté d'expression. Dans ce contexte, il importe de souligner que l'al. 2b) de la **Charte** est rédigé en des termes absolus, ce qui le distingue notamment de l'art. 8 de la **Charte** qui

right to be secure from unreasonable search. The rights entrenched in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

Cory J.A.'s comments also address another controversy regarding the interpretation of s. 2(b): should it be construed narrowly, thus avoiding the need to resort to s. 1 as fewer *Charter* violations will be established; or should it be read broadly, thus requiring that most limitations must be anchored within s. 1, with the burden of proof resting upon the government? I prefer the latter approach. As Professor MacKay writes in "Freedom of Expression: Is it All Just Talk?", *op. cit.*, at p. 730:

Because the burden is on the state rather than on the applicant under section 1, a decision to balance interests there, rather than in the right itself, would be one in favour of expanding freedom of expression.

While I may not go as far as MacGuigan J. at the Court of Appeal, who found that the lack of internal modifiers renders the s. 2(b) guarantee "absolute", I do believe that it should be given a large and liberal application. This appears to be consistent with the approach embraced by this Court in its prior interpretations of the provision.

In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, the Court examined the issue of secondary picketing. On the issue of freedom of expression, McIntyre J. stressed the continuity with pre-*Charter* principles, at p. 583:

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. [Emphasis added.]

garantit le droit relatif à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives. Les droits consacrés à l'al. 2b) ne devraient donc être restreints que dans les circonstances les plus claires.

Les commentaires du juge Cory touchent également à un autre aspect controversé de l'interprétation de l'al. 2b): cet alinéa devrait-il être interprété restrictivement, évitant ainsi de recourir à l'article premier puisque moins de violations de la *Charte* seraient établies ou devrait-il recevoir une interprétation large et libérale de sorte que la plupart des restrictions devront être fondées sur l'article premier, le fardeau de la preuve en incombant au gouvernement? Je préfère cette dernière approche. Comme l'écrit le professeur MacKay dans «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?», *loc. cit.*, à la p. 730:

[TRADUCTION] Puisqu'en vertu de l'article premier, le fardeau incombe à l'État plutôt qu'au requérant, la décision d'apprécier les intérêts à cette étape-là plutôt qu'au niveau du droit lui-même, aurait pour effet d'élargir la liberté d'expression.

Même si je ne puis aller aussi loin que le juge MacGuigan, de la Cour d'appel fédérale, qui a conclu que l'absence de qualificatifs internes rendait «absolue» la garantie conférée par l'al. 2b), je crois tout de même qu'elle devrait recevoir une interprétation large et libérale. Cela semble compatible avec la position adoptée par notre Cour jusqu'ici lorsqu'il s'est agi d'interpréter ces dispositions.

Dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, la Cour a examiné la question du piquetage secondaire. Au sujet de la liberté d'expression, le juge McIntyre a insisté sur la continuité par rapport aux principes en vigueur avant la proclamation de la *Charte*, à la p. 583:

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. [Je souligne.]

In *Ford v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, this Court held that a ban on commercial signs in languages other than French infringed s. 2(b) and was not justified under s. 1. The decision made it clear that commercial expression fell within the rubric of s. 2(b). After addressing several philosophical justifications for protecting freedom of expression, the Court, at pp. 765-66, acknowledged the value of these contributions, yet stressed the importance of developing a "made in Canada" test, sensitive to the nuances and subtleties of our *Charter* and the rights secured therein:

While these 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* . . .

Perhaps the most extensive examination of the freedom of expression guarantee was undertaken in *Irwin Toy*. There the Court reviewed a ban on advertising directed at children. Though ultimately upheld under s. 1, the ban was found to constitute an infringement of s. 2(b). At pages 968-69, the majority set out the proper approach in freedom of expression issues:

[T]he first step to be taken in an inquiry of this kind is to discover whether the activity which the plaintiff wishes to pursue may properly be characterized as falling within "freedom of expression".

"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 . . . 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, "fun-

Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, notre Cour a conclu que l'interdiction des affiches commerciales écrites en d'autres langues que le français était contraire à l'al. 2b) et n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Cette décision porte clairement que l'expression commerciale est visée par l'al. 2b). Après avoir examiné plusieurs raisons d'ordre philosophique motivant la protection de la liberté d'expression, la Cour, tout en reconnaissant, aux pp. 765 et 766, la valeur de ces apports, a souligné l'importance de critères purement canadiens, sensibles aux nuances et aux subtilités de notre *Charte* et aux droits qui y sont garantis:

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 [. . .] une protection . . .

L'arrêt *Irwin Toy* a peut-être entrepris l'étude la plus complète de la garantie de la liberté d'expression. La Cour y a examiné l'interdiction de la publicité destinée aux enfants. Même si, en dernier ressort, l'interdiction a été maintenue en vertu de l'article premier, elle a été reconnue comme une violation de l'al. 2b). La majorité a énoncé la méthode appropriée d'aborder les questions de liberté d'expression, aux pp. 968 et 969:

[D]ans ce genre d'examen, la première étape consiste à déterminer si l'on peut dire que l'activité que souhaite poursuivre la demanderesse relève de la «liberté d'expression».

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 [. . .] 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 protec-

damental" 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.

We cannot, then, 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 . . .

Since *Irwin Toy*, this Court has had several opportunities to examine the *Charter* right of freedom of expression and apply the *Irwin Toy* approach. See for example *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (the "*Prostitution Reference*"), in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, and in *Keegstra*, *supra*. It should be noted that in *Keegstra*, Dickson C.J. emphasized that the content of expression should not be a relevant consideration in the interpretation of s. 2(b) of the *Charter*. Any activity which conveys or attempts to convey a meaning has expressive content, and whether the meaning expressed is "invidious and obnoxious is beside the point" (p. 730).

Application to the Present Case

At the outset, I should point out that it seems to me obvious that s. 32 of the *Charter* applies to Regulation 7 inasmuch as it emanates from government and that such regulation does qualify as law for the purpose of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Moreover, I do not believe that there is any dispute that airport administrators constitute government officials. These officials also admitted that they had an enduring and intransigent policy prohibiting all forms of solicitation and advertising except perhaps for the sale of poppies by veterans in November. Furthermore, government personnel did forbid the respondents from exercising their activities on government premises, constituting government action. Therefore the refusal of the airport authorities in this case to allow the respondents to distribute publications to

tion 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.

Nous ne pouvons donc 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.

Depuis l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a, à maintes reprises, eu l'occasion d'examiner le droit à la liberté d'expression reconnu par la *Charte* et d'appliquer l'approche proposée par cet arrêt. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le «*Renvoi sur la prostitution*»), *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, et *Keegstra*, précité. À noter que, dans *Keegstra*, le juge en chef Dickson a souligné que le contenu de l'expression ne devrait pas être un facteur pertinent pour interpréter l'al. 2b) de la *Charte*. Toute activité qui transmet ou tente de transmettre un message a un contenu expressif, et «il est dès lors sans intérêt que» le message y exprimé «soit odieu[x] ou désobligeant [. . .]» (p. 730).

Application aux faits de l'instance

Dès le départ, il me semble évident que l'art. 32 de la *Charte* s'applique à l'art. 7 du Règlement dans la mesure où celui-ci émane du gouvernement et que ce genre de règlement constitue une règle de droit aux fins de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, je ne crois pas que le fait que les administrateurs d'aéroports soient des fonctionnaires fasse l'objet d'un débat. Ces fonctionnaires ont également admis qu'ils avaient, depuis longtemps, une politique intransigeante interdisant toute forme de sollicitation et de publicité, à l'exception peut-être de la vente de coquelicots par les anciens combattants, en novembre. De plus, des employés du gouvernement ont bel et bien empêché les intimés d'exercer leurs activités dans les locaux du gouvernement, ce qui constitue une activité du gouvernement. Par conséquent, le

members of the public, and to discuss with them their political beliefs, must be assessed in the light of the *Charter*. To establish whether s. 2(b) is infringed, the analysis set out in *Irwin Toy* applies.

According to the scheme set out in that case, the first step is to decide whether the activity being limited is "expressive activity". That question presents no difficulty in the present case, as it is clear that the respondents' conduct conveyed or attempted to convey a meaning. Secondly, it must be asked whether the expressive activity takes an unprotected form, such as violence or threats of violence. No objection can be taken to the form of the expressive activity in this case, as it consisted merely of peaceful attempts to gain adherents through distribution of literature and accompanying conversations.

The next stage of the *Irwin Toy* inquiry is to ask whether the purpose of the challenged governmental action is to limit expression. The following passages from *Irwin Toy*, at pp. 974-75, imply that the purpose of the governmental action here, whether it arises from the Regulation, the blanket exclusionary policy of the airport regarding such expression, or the actions of the R.C.M.P. officer and the manager, may be said to curtail expression:

If the government's purpose is to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed, it necessarily limits the guarantee of free expression. If the government's purpose is to restrict a form of expression in order to control access by others to the meaning being conveyed or to control the ability of the one conveying the meaning to do so, it also limits the guarantee. On the other hand, where the government aims to control only the physical consequences of certain human activity, regardless of the meaning being conveyed, its purpose is not to control expression. . . .

Thus, for example, a rule against handing out pamphlets is a restriction on a manner of expression and is "tied to

refus par les autorités de l'aéroport, en l'espèce, de permettre aux intimés de distribuer leurs publications aux membres du public et de discuter avec eux de leurs croyances politiques doit être évalué à la lumière de la *Charte*. L'analyse proposée dans l'arrêt *Irwin Toy* s'applique donc pour déterminer s'il y a eu violation de l'al. 2b).

Selon ce que prescrit cet arrêt, la première étape consiste à déterminer si l'activité ainsi restreinte constitue une «activité expressive». Cette question ne pose aucun problème en l'espèce, puisqu'il est clair que, par leur conduite, les intimés transmettaient ou tentaient de transmettre un message. Deuxièmement, il faut se demander si l'activité expressive emprunte une forme non protégée, comme la violence ou les menaces de violence. La forme de l'activité expressive en l'espèce ne peut soulever d'objection puisqu'il s'agissait simplement de tentatives pacifiques de recruter des membres par la distribution de documents et les conversations qui s'ensuivent.

L'étape suivante de l'approche recommandée dans *Irwin Toy* est de se demander si l'acte gouvernemental contesté a pour objet de restreindre l'expression. Des extraits suivants, tirés des pp. 974 et 975 de l'arrêt *Irwin Toy*, l'on peut conclure que l'action gouvernementale, ici en question, qui découle du règlement, de la politique générale d'exclusion de ce genre d'expression à l'aéroport ou des actes accomplis par l'agent de la GRC et le directeur, avait pour objet de restreindre l'expression:

Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la garantie. En revanche, lorsque le gouvernement vise seulement à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis, l'objet qu'il poursuit n'est pas de contrôler l'expression. . . .

Ainsi, par exemple, une règle qui interdit la distribution de tracts restreint un mode d'expression et est «liée au

content”, even if that restriction purports to control litter. The rule aims to control access by others to a meaning being conveyed as well as to control the ability of the pamphleteer to convey a meaning. To restrict this form of expression, handing out pamphlets, entails restricting its content. By contrast, a rule against littering is not a restriction “tied to content”. It aims to control the physical consequences of certain conduct regardless of whether that conduct attempts to convey meaning. To restrict littering as a “manner of expression” need not lead inexorably to restricting a content.

However, even if the purpose itself is not primarily to restrict freedom of expression, which may well be the case here, the *Irwin Toy* majority also recognized that the *Charter* breach will still obtain if the “effect” restricts freedom of expression:

Even if the government’s purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still decide whether the effect of the government action was to restrict the plaintiff’s free expression.

If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step in the analysis is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee.

If the government’s purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still claim that the effect of the government’s action was to restrict her expression. To make this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing, *Irwin Toy*, at pp. 976-79.

There is no doubt that if the purpose of the Regulation here in question is not to restrict political expression, then the effect most certainly is. Therefore, s.

contenu», même si cette restriction a pour but de préserver la propreté d’un lieu public. La règle vise à contrôler l’accès à un message transmis ainsi qu’à contrôler la possibilité pour l’auteur du tract de transmettre un message. Restreindre le mode d’expression, c’est-à-dire la distribution de tracts, emporte une restriction sur son contenu. Par contre, une règle qui interdit de jeter des déchets dans la rue n’est pas une restriction «liée au contenu». Elle vise à régir les conséquences matérielles d’une activité que cette activité vise ou non à transmettre une signification. Restreindre les déchets dans les rues, en tant que «mode d’expression», ne revient pas toujours à restreindre un contenu.

Cependant, même si on devait conclure que le but poursuivi n’était pas principalement de restreindre la liberté d’expression, ce qui peut bien être le cas en l’espèce, la majorité a également reconnu, dans *Irwin Toy*, qu’il y avait quand même atteinte à la *Charte* si l’«effet» était de restreindre la liberté d’expression:

Même si le but poursuivi par le gouvernement n’était pas de contrôler ou restreindre la transmission d’une signification, la Cour doit encore décider si l’action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d’expression de la demanderesse.

Si l’activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape de l’analyse consiste à déterminer si l’objet ou l’effet de l’action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d’expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d’une signification soit en restreignant directement le contenu de l’expression soit en restreignant une forme d’expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie.

Si le gouvernement n’avait pas pour objet de restreindre la liberté d’expression, le demandeur peut encore prétendre que l’effet de l’action du gouvernement était de restreindre son expression. Pour établir cette prétention, le demandeur doit au moins décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l’enrichissement et l’épanouissement personnels. *Irwin Toy*, aux pp. 976 à 979.

Il est indéniable que si, en l’espèce, le règlement n’a pas pour objet de restreindre l’expression politique, il en a certainement l’effet. Par conséquent, il y

2(b) of the *Charter* has been breached. The provision categorically excludes advertising and solicitation, and is applied to all such activity except, we are told, veterans selling poppies in November. Hence, aside from that exception, the Regulation is invoked uniformly; it reflects an invariable practice of prohibiting all means of expression, and thus constitutes a restriction of the guaranteed freedom according to the criteria enunciated above.

However, this case also raises an additional element in the equation. The events in question here occurred on government property. How does this affect the right of freedom of expression and prospective limitations with respect to that right? The government has argued that its proprietary rights are no different from private property rights generally, and thus it should be allowed to control all activity and exclude others as it sees fit. The respondents have argued that because certain types of government property have a public function and character—streets, squares, and parks are notable examples—the properties should therefore be completely open to public manifestations of free expression.

In the United States, a “public forum” has traditionally been construed as a place where all persons have a *prima facie* right to express their views by any means at their disposal, subject only to reasonable “time, place and manner” restrictions. The respondents have urged this Court to adopt the “public forum” doctrine, and to include airports within its scope. The implications of both the doctrine itself and the analysis of time, place, and manner restrictions will be considered in greater detail when evaluating the effect of s. 1 on the disputed regulations.

The Attorney General for Ontario (“A.G.O.”), an intervener in this appeal, has recommended a middle ground. It has also introduced the term “public arena” to avoid confusion with the American taxonomy where the term “public forum” has caused some confusion, especially regarding the application of formulaic tests from which this Court, in my view, ought to steer clear. What constitutes a “public arena”, and its appropriate role in interpreting our

a eu atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. Le règlement exclut catégoriquement la publicité et la sollicitation et s'applique à toute activité de ce genre sauf, nous dit-on, à la vente de coquelicots par les anciens combattants, en novembre. À part cette exception, le règlement est donc appliqué de façon uniforme; il reflète une pratique invariable de prohibition de tous les moyens d'expression et constitue donc une restriction de la liberté garantie, selon le test énoncé ci-dessus.

Toutefois, l'équation comporte en l'espèce un élément additionnel. Les événements se sont produits sur la propriété du gouvernement. En quoi cela affecte-t-il le droit à la liberté d'expression et les restrictions possibles de ce droit? Le gouvernement a prétendu que son droit de propriété ne diffère aucunement du droit d'un propriétaire privé en général et qu'il devrait donc pouvoir contrôler toute activité et en exclure d'autres comme bon lui semble. Les intimés ont soutenu que, puisque certains types de propriété gouvernementale ont une fonction et un caractère publics—notamment les rues, les places publiques et les parcs—ces propriétés devraient donc être entièrement ouvertes aux manifestations publiques de libre expression.

Aux États-Unis, on a traditionnellement considéré comme «forum public» un endroit où quiconque a le droit *prima facie* d'exprimer ses opinions par les moyens dont il dispose, sous réserve de restrictions raisonnables relatives «aux heures, au lieu et au mode d'expression». Les intimés nous ont pressés d'adopter la théorie du «forum public» et d'inclure les aéroports dans son champ d'application. Les implications de cette théorie ainsi que l'analyse des restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression seront examinés plus à fond lors de l'évaluation de l'effet de l'article premier sur le règlement contesté.

Le procureur général de l'Ontario («P.G.O.»), intervenant en l'espèce, a recommandé une solution de compromis. Il a également introduit l'expression [TRADUCTION] «tribune publique» afin d'éviter toute confusion avec la classification américaine où l'expression «forum public» a suscité une certaine ambiguïté, surtout en ce qui a trait à l'application de tests formalistes dont notre Cour, à mon avis, devrait se dissocier. On discutera plus loin de ce qui constitue

own *Charter*, will be explored below. (The A.G.O. took no position as to the outcome of this particular case. He has intervened because of the implications this case could have on the management of provincially owned property in the government of Ontario and for provincial civil trespass law.) The A.G.O. maintains that s. 2(b) is infringed only where a restriction on expressive activity in a public arena is:

- (i) content-based in purpose;
- (ii) content-based in effect; or
- (iii) content-neutral, but not a reasonable restriction on the time, place or manner of expression.

The first two criteria have been discussed in *Irwin Toy* and *Ford*, and are referred to above. Only the third component concerns us here. In this connection, it was argued before the Court that before a breach of s. 2(b) can be established, it must first be shown that a regulation can be characterized as an unreasonable time, place, and manner restriction.

Thus, a variety of perspectives were offered on the "public forum" doctrine, its evolution in the United States, and suggested ways in which it can be incorporated into our own jurisprudence. I found these submissions helpful. Suffice it to say for the moment that, in my view, certain governmental restrictions cannot be automatically excised from the s. 2(b) guarantee strictly on the basis that they do not apply to locations traditionally associated with public expression. While such limitations may prove reasonable, it is a burden that the government must discharge under s. 1. Were a group of demonstrators to choose our own Chambers as a forum for their protestations, the government may legitimately prohibit such activity. However, the attempt to do so would abridge the freedom of expression, albeit in a manner that would likely be demonstrably justified under s. 1.

une «tribune publique» et du rôle que doit jouer ce concept dans l'interprétation de notre *Charte*. (Le P.G.O. ne s'est pas prononcé sur l'issue du litige. Il est intervenu par suite des implications possibles de cette décision sur la gestion des propriétés appartenant au gouvernement de l'Ontario et sur les lois civiles provinciales relatives à la violation de propriété.) Le P.G.O. soutient qu'il n'y a contravention à l'al. 2b) que lorsque la restriction des activités expressives dans une tribune publique est:

- (i) liée au contenu par son objet;
- (ii) liée au contenu par son effet; ou
- (iii) non liée au contenu, mais ne constitue pas une restriction raisonnable quant aux heures, au lieu ou au mode d'expression.

Les deux premiers critères ont été examinés dans les arrêts *Irwin Toy* et *Ford* et je m'y suis déjà référée. Seul le troisième élément nous intéresse ici. À cet égard, on a soutenu devant nous qu'avant de pouvoir établir qu'il y a eu violation de l'al. 2b), il faut d'abord démontrer qu'un règlement constitue une restriction abusive quant aux heures, au lieu ou au mode d'expression.

Ainsi, différents points de vue ont été soumis sur la théorie du «forum public», son évolution aux États-Unis et les façons de l'introduire dans notre propre jurisprudence. Ces suggestions m'ont été utiles. Qu'il suffise de dire, pour l'instant, qu'à mon avis certaines restrictions gouvernementales ne sauraient se soustraire automatiquement à la garantie prévue à l'al. 2b) pour l'unique raison qu'elles ne s'appliquent pas à des endroits associés traditionnellement à l'expression publique. Même si ces restrictions peuvent s'avérer raisonnables, la preuve en incombe au gouvernement en vertu de l'article premier. Si un groupe de manifestants devait choisir nos propres cabinets comme forum pour y exprimer leurs protestations, il serait légitime pour le gouvernement d'interdire ce genre d'activité. Cependant, cela restreindrait la liberté d'expression, mais d'une façon dont la justification pourrait facilement se démontrer en vertu de l'article premier.

As for time, place, and manner restrictions generally, in *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.), at p. 431, Tarnopolsky J.A. held that:

Mere regulation as to time and place, however, cannot be considered an infringement of freedom of expression, unless there is evidence that such regulation in intent or effect adversely impacts upon content or adversely interferes with production, availability and use or determines who can be involved in these.

Under the aforementioned circumstances "mere regulation" may survive a *Charter* challenge, yet such survival, in my view, will hinge on the determination under s. 1. Even when the regulation is content-neutral, both on its face and in its application, it will be up to the government to prove what constitutes reasonable time, place, and manner limitations.

Those arguing for the contrary position have asked rhetorically whether this means that the government's regulation of resources such as CBC radio and television constitutes a restriction on freedom of expression, and hence violates s. 2(b) of the *Charter*. In fact, such restrictions, along with the Judges' Chambers example, are paradigmatic illustrations of (usually) content-neutral, reasonable time, place, and manner regulation. However, as they constitute violations of s. 2(b), they must also be demonstrably justifiable under s. 1 before they can successfully withstand a constitutional challenge.

The public forum discussion alluded to earlier is an important one. It is almost indispensable when evaluating what is a reasonable restriction on "place" in the review of a time, place, and manner regulation. Nevertheless, on the basis of our *Charter's* drafting, structure, and subsequent interpretation, such review belongs under s. 1, and I will treat it there. This accords well with the approach taken by this Court in *Irwin Toy*, *supra*, and with the opinion of Dickson C.J. in *R. v. Keegstra*, *supra*, particularly at p. 729. Whatever internal limitations may be properly read

Quant aux restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression en général, le juge Tarnopolsky affirme dans *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.), à la p. 431:

[TRADUCTION] De simples règlements portant sur l'heure et le lieu ne peuvent toutefois être considérés comme une atteinte à la liberté d'expression, à moins que le but ou l'effet de ce règlement ne soit défavorable au contenu de l'expression ou n'entrave la production, la disponibilité et l'emploi, ou ne détermine qui peut participer à ces activités.

Dans ces circonstances, un «simple règlement» pourrait être confirmé s'il était contesté en vertu de la *Charte*, mais cette confirmation dépendra, à mon avis, de la démonstration qui pourra être faite en vertu de l'article premier. Même lorsque le règlement n'est pas lié au contenu, tant à sa face même que dans son application, il incombera au gouvernement de démontrer ce qui constitue des restrictions raisonnables quant aux heures, au lieu et au mode d'expression.

Ceux qui prétendent le contraire ont demandé si, en théorie, cela signifiait que le contrôle des ressources du gouvernement, comme la radio et la télévision de Radio-Canada, constitue une restriction à la liberté d'expression et porte donc atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. De fait, ce genre de restrictions, ainsi que celles portant sur les cabinets des juges, sont des exemples typiques de réglementation raisonnable des heures, du lieu et du mode d'expression qui ne sont (habituellement) pas liées au contenu. Cependant, puisqu'elles constituent des violations de l'al. 2b), leur justification doit pouvoir se démontrer en vertu de l'article premier pour pouvoir résister à une contestation constitutionnelle.

La discussion relative au forum public, à laquelle je viens de faire allusion, est importante. Elle est presque indispensable lorsqu'il s'agit d'évaluer ce qui constitue une restriction raisonnable du «lieu» dans le cadre de l'examen d'un règlement relatif aux heures, au lieu et au mode d'expression. Néanmoins, d'après la formulation de la *Charte*, sa structure et l'interprétation qui en a été donnée, cet examen doit s'effectuer en vertu de l'article premier et c'est ce que je ferai. Cela est tout à fait conforme à l'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy*,

into s. 2(b) itself, I am of the view that they do not embrace the proscription of nonviolent expression on government property.

If we examine the traditional standards implemented to evaluate the reasonableness of time, place, and manner restrictions in other jurisdictions (notably the United States), we find that generally the burden of proof lies on the government and the criteria are remarkably similar to the s. 1 language. In Canada, no other approach would be consistent with the broad construction of s. 2(b). If the government wants to impose time, place, and manner limitations on the ambit of nonviolent expression, it must bear the burden of justifying these encumbrances. Such interdiction may be rational, but the government must substantiate its legitimacy.

Having concluded that a breach of s. 2(b) of the *Charter* has been established here, can the regulations be upheld as a reasonable limit prescribed by law, "demonstrably justified in a free and democratic society"?

Section 1 of the *Charter*

Different justifications have been advanced by the appellant for the analysis under s. 1. Primarily the appellant relies on the fact that the events took place on government property; this, it is argued, gives the government rights incidental to property ownership which allow the limitation of freedom of expression. Further, the appellant suggests that the limits on the expression were reasonable in time, place and manner. I will discuss these in turn as well as other factors bearing on the section 1 issues.

précité, et à l'opinion exprimée par le juge en chef Dickson dans *R. c. Keegstra*, précité, particulièrement à la p. 729. Quelles que soient les limites internes propre à l'interprétation de l'al. 2b), j'estime qu'elles ne comprennent pas l'interdiction de l'expression pacifique sur la propriété du gouvernement.

Si l'on examine les normes traditionnellement utilisées ailleurs (notamment aux États-Unis) pour évaluer le caractère raisonnable des restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression, il appert que, de façon générale, le fardeau de preuve incombe au gouvernement et les critères employés sont remarquablement semblables au texte de l'article premier. Au Canada, toute autre approche serait incompatible avec l'interprétation large de l'al. 2b). Si le gouvernement désire imposer des restrictions quant aux heures, au lieu et au mode d'expression pacifique, il doit supporter le fardeau de justifier ces limites. Ces interdictions peuvent être tout à fait rationnelles, mais le gouvernement doit faire la preuve de leur légitimité.

Ayant conclu qu'en l'espèce il y a bel et bien eu atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*, il convient maintenant de déterminer si le règlement en litige peut être confirmé pour le motif qu'il constitue une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

L'article premier de la *Charte*

L'appelante a soumis différents arguments dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. L'appelante fait essentiellement appel au fait que les événements en cause se sont produits sur la propriété du gouvernement; elle allègue que cela confère au gouvernement des droits accessoires au droit de propriété lui permettant de restreindre la liberté d'expression. En outre, l'appelante soutient que les restrictions imposées quant aux heures, au lieu et au mode d'expression étaient raisonnables. Je vais analyser ces questions à tour de rôle ainsi que d'autres facteurs pertinents à l'article premier.

A: *Government Property*

The appellant takes a hard line in urging this Court to allow the appeal, submitting that as owner of property, the government has the right to exclude whom-ever it wants, and to impose conditions on invitees to its property without limitation by the *Charter*:

[TRANSLATION] It is therefore accurate, in our view, to state that the Charter did not have the effect of reducing in any way the government's rights and prerogatives as an owner.

Taken to their extreme, the consequences of such a determination would undermine the crucial function of government and the responsibility it bears to its constituents. If the government had complete discretion to treat its property as would a private citizen, it could differentiate on the basis of content, or choose between particular viewpoints, and grant access to sidewalks, streets, parks, the courthouse lawn, and even Parliament Hill only to those whose message accorded with the government's preferences. Such a standard would be antithetical to the spirit of the *Charter*, and would stultify the true import of freedom of expression.

When calibrating the s. 1 barometer, the political quality of the stifled expression must be weighed against whatever governmental arguments are raised in opposition. Unlike the American system whereby delineated tests are required for the various "types" of expression, our s. 1 is flexible enough to accommodate all these types, the result depending on what objectives are put forward by the government, and what means are selected to advance these objectives. This enables us to construct a contextual rather than a categorical approach, focusing not only on the scope of the right, but also on the setting in which the freedom of expression claim is made. As Wilson J. explained in *Edmonton Journal v. Alberta, supra*, at pp. 1355-56:

One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has

A: *Propriété du gouvernement*

L'appelante argumente avec fermeté qu'il y a lieu pour notre Cour d'accueillir le pourvoi, alléguant qu'à titre de propriétaire, le gouvernement a le droit d'exclure qui il veut et d'imposer des conditions à ceux qu'il invite dans sa propriété, sans aucune restriction, indépendamment de la *Charte*:

Il nous apparaît donc juste d'affirmer que la Charte n'a pas eu pour effet de diminuer de quelque façon que ce soit les droits et prérogatives du gouvernement à titre de propriétaire.

Poussé à l'extrême, ce genre d'affirmation aurait pour conséquence de miner la fonction cruciale du gouvernement et ses responsabilités envers ses citoyens. Si le gouvernement avait le pouvoir discrétionnaire de traiter sa propriété comme le ferait un particulier, il pourrait adopter des normes différentes sur la base du contenu ou privilégier certains points de vue, donner accès aux trottoirs, aux rues, aux parcs, à la pelouse d'un palais de justice et même à la Colline parlementaire, aux seules personnes dont le message serait conforme aux préférences du gouvernement. Pareille norme serait tout à fait contraire à l'esprit de la *Charte* et enlèverait toute valeur au concept même de la liberté d'expression.

Dans le calibrage du baromètre que constitue l'article premier, le caractère politique de l'expression réprimée doit être évalué en fonction des arguments soulevés à son encontre par le gouvernement. Contrairement au régime américain où des critères bien déterminés sont requis pour les différents «types» d'expression, notre article premier est assez souple pour convenir à tous ces types, le résultat dépendant des objectifs avancés par le gouvernement et des moyens choisis pour les atteindre. Cela nous permet d'adopter une méthode contextuelle plutôt qu'une méthode fondée sur la classification, en insistant non seulement sur la portée du droit mais également sur le cadre dans lequel la liberté d'expression est alléguée. Comme l'expliquait le juge Wilson dans *Edmonton Journal c. Alberta*, précité, aux pp. 1355 et 1356:

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression

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.

The specific context of this claim is that the respondents are asserting a right to use inexpensive means of communication—leafletting and solicitation—in a government venue that by its nature concentrates a significant number of persons in one place at one time. Furthermore, many of those persons have time to kill and little to do, and so might be more receptive to information and ideas than they would be in other contexts.

The crux of the Government's attempt to defend the provision at issue relates to its property interest in the airport. It relied heavily on the dissent of Pratte J. at the Federal Court of Appeal, who held at p. 74 that:

Dorval airport belongs to the federal government. The government has the same rights as any owner with respect to its property. Its ownership right, therefore, is exclusive like that of any individual. The only qualification to this rule arises from the fact that the property owned by the government is frequently intended for use by the public, which then has a right to use it for the purposes for which the government intends it.

Hence, the s. 1 analysis in this case must be sensitive to the unique relationship between Government and its property. This will be instrumental as well in establishing criteria for what constitutes a "public" place, and what effect that has on the rationalization of freedom of expression limitations.

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.

En l'espèce, le contexte pertinent est le suivant: les intimés affirment leur droit d'utiliser des moyens de communication peu coûteux—la distribution de dépliants et la sollicitation—dans un endroit appartenant au gouvernement qui, par sa nature même, rassemble un nombre important de personnes à un moment déterminé. De plus, bon nombre de ces personnes ont peu de choses à faire pour tuer le temps et sont peut-être plus réceptives à certaines idées et informations qu'en d'autres circonstances.

L'essentiel des arguments du gouvernement, à l'appui de la disposition en cause, porte sur ses droits de propriété afférents à l'aéroport. Il se fonde en grande partie sur l'opinion dissidente du juge Pratte de la Cour d'appel fédérale qui, à la p. 74, a maintenu:

L'aérogare de Dorval appartient au gouvernement fédéral. Le gouvernement possède, à l'égard de ses biens, les mêmes droits que tout propriétaire. Son droit de propriété est donc exclusif comme celui des individus. Le seul tempérament dont soit assortie cette règle vient de ce que, très souvent, les biens qui appartiennent à l'État sont destinés à être utilisés par le public qui, alors, a le droit de s'en servir pour les fins auxquelles l'État les a destinés.

L'analyse fondée sur l'article premier en l'espèce doit donc être sensible aux liens uniques qui existent entre le gouvernement et sa propriété. Cette analyse nous permettra également de formuler un test pour définir ce qui constitue un lieu «public» et ses effets sur la rationalisation des restrictions de la liberté d'expression.

Freedom of Expression and its Relationship to Public Property

This Court has long recognized that freedom of expression could be affected by governmental regulation of public property. In *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, a municipal by-law forbidding the distribution of pamphlets in city streets without the permission of the Chief of Police was struck down as (in the opinion of three justices) *ultra vires* the province. Rand J. stated at p. 332, with respect to the arbitrary discretion of municipal officers and the need to use public property to disseminate ideas:

What is proposed before us is that a newspaper, just as a religious, political or other tract or handbill, for the purposes of sale or distribution through use of streets, can be placed under the uncontrolled discretion of a municipal officer; that is, that the province, while permitting all others, could forbid a newspaper or any other writing of a particular colour from being so disposed of. That public ways, in some circumstances the only practical means available for any appeal to the community generally, have from the most ancient times been the avenues for such communications, is demonstrated by the Bible itself: in the 6th verse of ch. xi of Jeremiah these words appear: "Proclaim all these words in the cities of Judah, and in the streets of Jerusalem"; and a more objectionable interference, short of complete suppression, with that dissemination which is the "breath of life" of the political institutions of this country than that made possible by the by-law can scarcely be imagined.

Kellock J. stressed that a by-law prohibiting all distribution in the streets would raise "entirely different considerations", but this one was objectionable because it allowed the Chief of Police to decide between viewpoints.

An example of how public property is to be contrasted with private property can be found in articles 399 and 400 of the *Civil Code of Lower Canada*:

La liberté d'expression et la propriété publique

Notre Cour reconnaît depuis longtemps que la liberté d'expression peut être touchée par la réglementation gouvernementale de la propriété publique. Dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, précité, un règlement municipal interdisant la distribution de brochures dans les rues de la ville, sans l'autorisation du chef de police, a été annulé pour le motif que (de l'avis de trois juges) il était *ultra vires* de la province. Voici ce qu'a affirmé le juge Rand, à la p. 332, au sujet des décisions arbitraires des fonctionnaires municipaux et de la nécessité de faire appel à la propriété publique pour la dissémination des idées:

[TRADUCTION] Ce que l'on veut nous faire admettre, c'est que l'on puisse placer un journal, tout comme un fascicule ou prospectus d'ordre religieux ou politique destiné à être vendu ou distribué sur la voie publique, sous le pouvoir totalement discrétionnaire d'un fonctionnaire municipal; autrement dit que la province, tout en autorisant la distribution de tous les autres, puisse interdire que l'on distribue de cette manière un journal ou écrit d'une nuance particulière. La Bible elle-même démontre que la voie publique, qui est en certains cas le seul moyen commode dont on dispose pour faire appel à la collectivité, constitue depuis les temps les plus reculés le canal de ce genre de communication. On trouve au 6^e verset du chapitre XI de Jérémie les mots suivants: «Proclame toutes ces paroles dans les villes de Juda et dans les rues de Jérusalem». Il est difficile d'imaginer, à moins d'une suppression totale, une immixtion plus répréhensible dans cette diffusion, qui constitue le «cœur même» de nos institutions politiques, que celle que rend possible ce règlement.

Le juge Kellock a souligné qu'un règlement interdisant toute distribution de documents dans les rues soulèverait [TRADUCTION] «des questions tout à fait différentes», mais celui-ci était inadmissible parce qu'il permettait au chef de police de faire un choix parmi différentes opinions.

Les articles 399 et 400 du *Code civil du Bas Canada* nous offrent un exemple de la façon dont la propriété publique peut être opposée à la propriété privée:

399. Property belongs either to the Crown, or to municipalities or other corporations, or to individuals.

That of the first kind is governed by public or administrative law.

That of the second is subject, in certain respects as to its administration, its acquisition and its alienation, to certain rules and formalities which are peculiar to it.

As to individuals, they have the free disposal of the things belonging to them, under the modifications established by law.

400. Roads and public ways maintained by the state, navigable and floatable rivers and streams and their banks, the sea-shore, lands reclaimed from the sea, ports, harbours and roadsteads and generally all those portions of territory which do not constitute private property, are considered as being dependencies of the crown domain.

The same rule applies to all lakes and to all non-navigable and non-floatable rivers and streams and their banks, bordering on lands alienated by the Crown after the 9th of February, 1918.

The combined effect of articles 399 and 400 of the *Civil Code of Lower Canada* is that all lands belong to someone. If property rights alone can be invoked to limit, restrain, or abridge a fundamental freedom on any given place of public property, the *Charter's* guarantees lose all meaning—only those holding the property-owner's permission could express themselves.

The obvious negative implications of such a standard have motivated the United States Supreme Court to hold that in some extreme circumstances, such as a company town, even technically private ownership may be tantamount to public ownership for the purposes of expression and debate:

Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it. (*Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), at p. 506).

But in *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200, a pre-*Charter* decision, the majority of this Court

399. Les biens appartiennent ou à l'état, ou aux municipalités et autres corporations, ou enfin aux particuliers.

a Ceux de la première espèce sont régis par le droit public ou par les lois administratives.

Ceux de la seconde sont soumis à certains égards pour leur administration, leur acquisition et aliénation, à des règles et formalités qui leur sont propres.

b Quant aux particuliers, ils ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par la loi.

c 400. Les chemins et routes à la charge de l'état, les fleuves et rivières navigables et flottables et leurs rives, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres et les rades et généralement toutes les portions de territoire qui ne tombent pas dans le domaine privé, sont considérées comme des dépendances du domaine public.

d Il en est de même de tous lacs et des rivières et cours d'eau non navigables et flottables et de leurs rives bordant les terrains aliénés par l'État après le 9 février, 1918.

e Lus conjointement, les art. 399 et 400 du *Code civil du Bas Canada* signifient que tout bien-fonds appartient à quelqu'un. Si les droits de propriété pouvaient à eux seuls être invoqués pour limiter, restreindre ou réduire une liberté fondamentale dans un lieu donné constituant une propriété publique, les garanties conférées par la *Charte* perdraient toute signification: seules les personnes autorisées par le propriétaire pourraient s'exprimer.

f Les inconvénients évidents d'une telle norme ont poussé la Cour suprême des États-Unis à conclure qu'en certaines circonstances extrêmes, comme dans le cas d'une ville fermée, même la propriété privée en théorie est assimilable à la propriété publique aux fins d'expression et de discussion:

[TRADUCTION] La propriété ne signifie pas toujours le contrôle absolu. Plus un propriétaire ouvre sa propriété au public en général, à son avantage, plus ses droits deviennent limités par les droits constitutionnels et légaux de ceux qui utilisent sa propriété. (*Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), à la p. 506.)

j Dans l'arrêt *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, rendu avant la proclamation de la *Charte*, notre

held that an employee of a tenant in a shopping centre had no right to picket on the shopping centre sidewalk. The centre, as a matter of policy, had never permitted the distribution of pamphlets or leaflets, or the carrying of placards, within the mall. As Dickson J. wrote for the majority at p. 219:

Anglo-Canadian jurisprudence has traditionally recognized, as a fundamental freedom, the right of the individual to the enjoyment of property and the right not to be deprived thereof, or any interest therein, save by due process of law. The Legislature of Manitoba has declared in *The Petty Trespasses Act* that any person who trespasses upon land, the property of another, upon or through which he has been requested by the owner not to enter, is guilty of an offence. If there is to be any change in this statute law, if A is to be given the right to enter and remain on the land of B against the will of B, it would seem to me that such a change must be made by the enacting institution, the Legislature, which is representative of the people and designed to manifest the political will, and not by the Court.

Chief Justice Laskin dissented, holding at pp. 207-8 that:

The considerations which underlie the protection of private residences cannot apply to the same degree to a shopping centre in respect of its parking areas, roads and sidewalks. Those amenities are closer in character to public roads and sidewalks than to a private dwelling. All that can be urged from a theoretical point of view to assimilate them to private dwellings is to urge that if property is privately owned, no matter the use to which it is put, trespass is as appropriate in the one case as in the other, and it does not matter that possession, the invasion of which is basic to trespass, is recognizable in the one case but not in the other. There is here, on this assimilation, a legal injury albeit no actual injury. This is a use of theory which does not square with economic or social fact under the circumstances of the present case.

In *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980), one appellant was a private shopping center which had a policy of not permitting visitors to "engage in any publicly expressive activity" while on the premises. The respondents were soliciting signa-

Cour a toutefois conclu à la majorité qu'un employé d'un locataire d'un centre commercial n'avait pas le droit de faire du piquetage sur le trottoir du centre commercial. Selon sa politique, le centre n'avait jamais autorisé la distribution de dépliants ou de brochures, ni le port de pancartes, à l'intérieur du centre. Le juge Dickson a affirmé ce qui suit au nom de la majorité, à la p. 219:

La jurisprudence anglo-canadienne reconnaît traditionnellement comme une liberté fondamentale le droit de l'individu à la jouissance de ses biens et le droit de ne s'en voir privé, même partiellement, si ce n'est pas l'application régulière de la loi. La législature du Manitoba a édicté dans le *Petty Trespasses Act* que quiconque entre illégalement dans un terrain appartenant à une autre personne malgré l'interdiction du propriétaire d'y entrer ou d'y passer, est coupable d'une infraction. Si cette loi doit être modifiée, si l'on doit permettre à A d'entrer sur le terrain de B et d'y rester contre la volonté de ce dernier, j'estime qu'il revient à l'institution qui l'a édictée, c'est-à-dire à la législature qui représente le peuple et est constituée pour exprimer sa volonté politique, et non au tribunal, d'apporter la modification voulue.

Le juge en chef Laskin a émis l'opinion dissidente suivante, aux pp. 207 et 208:

Les considérations qui sont à la base de la protection des maisons privées ne peuvent pas s'appliquer dans la même mesure à un centre commercial en raison des aires de stationnement, des rues et des trottoirs. Ces installations ressemblent davantage par leur nature aux rues et aux trottoirs publics qu'à une résidence privée. Tout ce que l'on peut théoriquement avancer pour les assimiler à des résidences privées, c'est que si une propriété appartient à quelqu'un, quelle qu'en soit l'utilisation, dans un cas comme dans l'autre il peut y avoir intrusion illicite, et peu importe que la possession, dont la violation constitue le fondement de l'intrusion illicite, existe dans un cas et non dans l'autre. Dans cette hypothèse, on peut conclure à l'existence d'un préjudice en droit, mais pas en fait. Cette théorie ne correspond pas aux données économiques et sociales des circonstances en l'espèce.

Dans *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980), une des appelantes exploitait un centre commercial privé qui avait pour politique de ne pas permettre aux visiteurs de [TRADUCTION] «participer à quelque activité d'expression en public» pen-

tures for a political cause. The case was essentially about the right of the appellant to control the use of its property and its right to exclude others, versus the right of the respondents to engage in expressive activity on the shopping mall property. The Court upheld the decision of the California Supreme Court, which interpreted the State Constitution as protecting "speech and petitioning, reasonably exercised, in shopping centers even when the centers are privately owned." The United States Supreme Court held, at p. 87, that:

Most important, the shopping center by choice of its owner is not limited to the personal use of appellants. It is instead a business establishment that is open to the public to come and go as they please. The views expressed by members of the public in passing out pamphlets or seeking signatures for a petition thus will not likely be identified with those of the owner. Second, no specific message is dictated by the State to be displayed on appellants' property. There consequently is no danger of governmental discrimination for or against a particular message. Finally, as far as appears here appellants can expressly disavow any connection with the message by simply posting signs in the area where the speakers or handbillers stand. Such signs, for example, could disclaim any sponsorship of the message and could explain that the persons are communicating their own messages by virtue of state law.

However, this distinction is not at issue in this appeal. For our present purposes it is only necessary to consider the *Charter's* impact on the distribution of leaflets on government property. The *Charter's* effect on leafletting on private property, as well as whether it gives the media a right of access to public property for the purpose of gathering news, are better left for another day. It would be inappropriate to address these issues here, since the facts of the case at bar do not require their consideration, and because substantially affected interests (such as private property owners) are not represented on this appeal. For a discussion of freedom of expression in the context of

dant qu'ils étaient sur les lieux. Les intimés ont fait signer une pétition en faveur d'une cause politique. Le litige portait essentiellement sur le droit de l'appellante de contrôler l'utilisation de sa propriété ainsi que son droit d'exclure d'autres personnes, au regard du droit des intimés de participer à une activité expressive sur la propriété du centre commercial. La cour a confirmé la décision rendue par la Cour suprême de la Californie qui avait conclu que la constitution de l'État protégeait [TRADUCTION] «la parole et la présentation de pétitions, exercées de façon raisonnable, dans les centres commerciaux, même si les centres appartiennent à des intérêts privés.» La Cour suprême des États-Unis a affirmé ce qui suit à la p. 87:

[TRADUCTION] Il est encore plus important de souligner que le centre commercial, par choix de son propriétaire, n'est pas restreint à l'usage personnel qu'en font les appelants. Il s'agit plutôt d'un établissement commercial ouvert au public qui peut y aller et venir comme bon lui semble. Les opinions exprimées par les membres du public qui distribuent des brochures ou demandent de signer une pétition ne sont donc pas susceptibles d'être identifiées à celles des propriétaires. Deuxièmement, l'État n'ordonne pas qu'un message précis soit affiché sur la propriété des appelants. Il n'y a donc aucune possibilité de discrimination gouvernementale en faveur ou à l'encontre d'un message en particulier. Enfin, en l'espèce du moins, les appelants peuvent nier expressément qu'il existe des liens entre eux et le message transmis en accrochant tout simplement des affiches dans le secteur où se trouvent les orateurs ou les sollicitateurs. Ces affiches pourraient prévoir, par exemple, que le propriétaire n'est aucunement responsable du message diffusé et que les personnes disséminent leurs propres messages conformément aux lois de l'État.

Cette distinction ne fait toutefois pas l'objet du présent pourvoi. Aux fins de la présente instance, il suffit de déterminer l'effet de la *Charte* sur la distribution de brochures dans une propriété gouvernementale. Il y a lieu de reporter à plus tard l'étude des effets de la distribution de brochures sur la propriété privée et la question de savoir si cela donne aux médias un droit d'accès à la propriété publique afin de recueillir la nouvelle. Il serait inopportun de soulever ces questions en l'espèce puisque les faits ne l'exigent pas et que les groupes d'intérêts les plus touchés (comme les propriétaires privés) ne sont pas représentés dans ce pourvoi. Pour une étude de la

public and private ownership of property, see Richard Moon, "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339 and "Freedom of Expression and Property Rights" (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243 by the same author.

If members of the public had no right whatsoever to distribute leaflets or engage in other expressive activity on government-owned property (except with permission), then there would be little if any opportunity to exercise their rights of freedom of expression. Only those with enough wealth to own land, or mass media facilities (whose ownership is largely concentrated), would be able to engage in free expression. This would subvert achievement of the *Charter's* basic purpose as identified by this Court, i.e., the free exchange of ideas, open debate of public affairs, the effective working of democratic institutions and the pursuit of knowledge and truth. These eminent goals would be frustrated if for practical purposes, only the favoured few have any avenue to communicate with the public.

On the other hand, the *Charter's* framers did not intend internal government offices, air traffic control towers, prison cells and Judges' Chambers to be made available for leafletting or demonstrations. It is evident that the right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* does not provide a right of access to all property whether public or private. Such a wholesale transformation of all government property is not necessary to fulfil the *Charter's* purposes, or to avoid a stifling of free expression. As this Court held in *R. v. Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344, while the *Charter* should be given a broad and generous interpretation, "it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question".

The logical compromise then is to recognize that some, but not all, government-owned property is constitutionally open to the public for engaging in expressive activity. Restrictions on expression in particular places will be harder to defend than in others.

liberté d'expression dans le contexte du droit de propriété public et privé, voir Richard Moon, «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression» (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339, et «Freedom of Expression and Property Rights» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243, du même auteur.

Si les membres du public n'avaient absolument pas le droit de distribuer des brochures ou de participer à une autre activité expressive sur la propriété du gouvernement, sauf avec son autorisation, ils auraient très peu d'occasions d'exercer leur droit à la liberté d'expression. Seuls ceux qui sont assez fortunés pour être propriétaires fonciers ou qui ont accès à d'importants médias (dont la propriété est en grande partie concentrée) pourraient bénéficier de la liberté d'expression. Cela irait à l'encontre des objectifs fondamentaux de la *Charte* qu'a identifiés notre Cour, c'est-à-dire le libre échange des idées, la discussion ouverte des affaires publiques, le fonctionnement efficace des institutions démocratiques et la recherche de la connaissance et de la vérité. Ces objectifs éminemment louables seraient contrecarrés si, pour des raisons d'ordre pratique, seuls de rares privilégiés avaient la possibilité de communiquer avec le public.

D'un autre côté, les rédacteurs de la *Charte* n'avaient sûrement pas l'intention de mettre les bureaux des employés du gouvernement, les tours de contrôle du trafic aérien, les cellules de prison et les cabinets de juge à la disposition des distributeurs de dépliants ou des manifestants. Il est évident que le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété, qu'elle soit publique ou privée. Il n'est pas nécessaire de transformer ainsi toutes les propriétés du gouvernement pour permettre à la *Charte* d'atteindre ses objectifs ou pour éviter la répression de la libre expression. Comme l'a conclu notre Cour dans *R. c. Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344, bien que la *Charte* doive être interprétée de façon large et libérale, «il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question.»

Pour en venir à un compromis logique, il convient de reconnaître que certaines propriétés gouvernementales, mais non la totalité, sont ouvertes au public, en vertu de la Constitution, afin que le public puisse participer à des activités expressives. Les restrictions

In some places the justifiability of the restrictions is immediately apparent. As Dickson C.J. explained in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 138:

I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

Certain criteria, while not themselves dispositive, can assist in determining what locations are appropriately open for public expression, and bear the earmarks of "public arenas". The status of airports can then be determined in light of these standards.

"Public Forums", "Public Arenas", and Airports

In *Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, Beetz J. for the majority expressed the opinion, at p. 797, that "[f]ar from being the object of a right, the holding of a public meeting on a street or in a park may constitute a trespass against the urban authority in whom the ownership of the street is vested", and that freedom of expression could not be relied upon to strike down a by-law prohibiting all demonstrations for one month. However, this was before the *Charter*, and the case is evidence of, if nothing else, an understanding that the law of trespass may act as a legal limit on freedom of expression.

But the distinctive nature of government property whittles away at the application of trespass law. As the United States Supreme Court held in *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), at pp. 515-16:

Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens. The privilege of a citizen of the United States to use the streets and parks for communication of

imposées à l'expression seront plus difficilement justifiables en certains lieux qu'en d'autres. Que des restrictions soient justifiées à certains endroits est l'évidence même. Comme l'expliquait le juge en chef

^a Dickson dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 138:

Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article ^b premier soient manifestes ou évidents en soi.

Sans être déterminants en soi, certains critères peuvent nous aider à identifier les endroits qui sont appropriés à l'expression publique et qui sont caractéristiques des «tribunes publiques». La situation des aéroports pourra alors être décidée à la lumière de ces normes.

«Forums publics», «tribunes publiques» et aéroports

^d Dans l'arrêt *Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, le juge Beetz a émis l'opinion, à la p. 797, au nom de la majorité, que «[l]oin d'être l'objet d'un droit, la tenue d'une réunion publique dans une rue ou dans un parc peut constituer une atteinte aux ^e droits des pouvoirs municipaux qui sont propriétaires de la rue» et que la libre expression ne saurait servir de fondement à l'annulation d'un règlement municipal interdisant toute manifestation pendant un mois. Cet arrêt a toutefois été rendu avant la proclamation de la *Charte* et offre tout au moins la preuve qu'on ^f peut comprendre que les règles de droit relatives à la violation de propriété peuvent constituer une restriction ^g légale de la liberté d'expression.

Mais le caractère distinct de la propriété gouvernementale restreint l'application des règles de droit relatives à la violation de propriété. Comme l'a affirmé la Cour suprême des États-Unis dans *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), aux pp. 515 et 516:

[TRADUCTION] Peu importe qui détient le titre de propriété afférent aux rues et aux parcs, ces lieux ont de façon immémoriale fait l'objet d'une propriété en fiducie pour l'usage du public et ont été utilisés, depuis toujours, dans le but de tenir des assemblées et de permettre l'échange d'idées entre les citoyens et la discussion de questions d'intérêt public. Depuis les temps anciens, cette utilisation des rues et des lieux publics fait partie des privilèges, des immunités, des droits et des libertés

views on national questions may be regulated in the interest of all; it is not absolute, but relative, and must be exercised in subordination to the general comfort and convenience, and in consonance with peace and good order; but it must not, in the guise of regulation, be abridged or denied.

And as Harry Kalven, Jr. stated in "The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*", [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, at pp. 11-12:

... in an open democratic society the streets, the parks, and other public places are an important facility for public discussion and political process. They are in brief a public forum that the citizen can commandeer; the generosity and empathy with which such facilities are made available is an index of freedom.

However, even the right of political self-expression is not completely unfettered, and as the U.S. Supreme Court explained in *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965), at p. 554:

The rights of free speech and assembly, while fundamental in our democratic society, still do not mean that everyone with opinions or beliefs to express may address a group at any public place and at any time. The constitutional guarantee of liberty implies the existence of an organized society maintaining public order, without which liberty itself would be lost in the excesses of anarchy. [Emphasis added.]

In order to delineate what measures are consistent with and reasonable for the preservation of public order, American courts have enunciated the "public forum" doctrine, mentioned above. Tribe illustrates at p. 987:

The "public forum" doctrine holds that restrictions on speech should be subject to higher scrutiny when, all other things being equal, that speech occurs in areas playing a vital role in communication—such as in those places historically associated with first amendment activities, such as streets, sidewalks, and parks—especially because of how indispensable communication in these places is to people who lack access to more elaborate (and more costly) channels. Public forum

des citoyens. Le droit qu'a un citoyen des États-Unis de se servir des rues et des parcs aux fins de communiquer ses points de vue sur des questions nationales peut être réglementé dans l'intérêt collectif; il s'agit d'un droit non pas absolu mais relatif dont l'exercice doit être subordonné à la convenance et à l'agrément généraux et être en harmonie avec la paix et l'ordre. Il ne doit toutefois pas sous le couvert d'une réglementation être restreint ou supprimé.

Et selon Harry Kalven, Jr. dans «The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*», [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, aux pp. 11 et 12:

[TRADUCTION] ... dans une société ouverte et démocratique les rues, les parcs et d'autres endroits publics sont des lieux importants pour la discussion publique et pour le processus politique. Ils constituent en somme un forum public que le citoyen peut réquisitionner; la générosité et la compréhension avec lesquelles ces lieux sont mis à la disposition des citoyens sont un indice de liberté.

Cependant, même le droit à l'expression de ses opinions politiques n'est pas absolu comme l'a expliqué la Cour suprême des États-Unis dans *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965), à la p. 554:

[TRADUCTION] Même si les droits de parole et de réunion sont fondamentaux dans notre société démocratique, il ne faut quand même pas conclure que toute personne désireuse d'exprimer des opinions ou des croyances peut prendre la parole en public n'importe où et n'importe quand. La liberté garantie par la constitution suppose l'existence d'une société organisée, capable de maintenir l'ordre public sans lequel cette même liberté serait perdue dans les excès de l'anarchie. [Je souligne.]

Afin de déterminer quelles mesures sont raisonnables et compatibles avec l'objectif de maintien de l'ordre public, les tribunaux américains ont élaboré la théorie du «forum public», déjà mentionnée. Tribe en donne une illustration, à la p. 987:

[TRADUCTION] La théorie du «forum public» prévoit que les restrictions à la liberté de parole devraient faire l'objet d'un examen très serré lorsque, en toute égalité, cette parole est prononcée dans des endroits jouant un rôle vital de communication—notamment les lieux traditionnellement associés à des activités prévues dans le Premier amendement, comme les rues, les trottoirs et les parcs—surtout parce que la communication d'idées dans ces lieux est indispensable à ceux qui n'ont pas accès à

analysis adds a frequently significant location-specific dimension—or at least a location-specific *label*—to the threshold inquiry of whether the values of free expression are involved in a given case. In some places, some activities are said to be entitled to greater first amendment protection than the same activities might claim in other places. The designation “public forum” thus serves as shorthand for the recognition that a particular context represents an important channel of communication in the system of free expression. [Emphasis in original.]

The American approach has been severely criticized as being too lenient, heavily result-oriented, and insufficiently sensitive to the subtle opportunities for government suppression of unpopular views through seemingly neutral regulations. See Farber and Nowak, “The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication” (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219; Moon, “Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression”, *op. cit.*; Post, “Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum” (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713; Dienes, “The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis” (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109; Lee, “Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression” (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.

As Farber and Nowak point out at p. 1224:

Our objection to public forum analysis is not that it invariably yields wrong results (although it sometimes does), but that it distracts attention from the first amendment values at stake in a given case. It almost certainly will hinder lower court judges from focusing on those values or from making sense of Supreme Court precedent. Classifying a medium of communication as a public forum may cause legitimate governmental interests to be thoughtlessly brushed aside; classifying it as something other than a public forum may lead courts to

des modes de communication plus élaborés (et plus coûteux). L'analyse du forum public ajoute une dimension souvent importante liée à un lieu donné—ou du moins à une *catégorie* de lieux donnés—à la question de savoir si les valeurs et la libre expression sont visés dans un cas donné. En certains lieux, certaines activités ont apparemment droit à une plus grande protection en vertu du Premier amendement que celle à laquelle ces mêmes activités pourraient avoir droit en d'autres lieux. L'expression «forum public» sert donc à dire sommairement qu'il est reconnu qu'un contexte particulier représente un mode de communication important dans le régime de la libre expression. [En italique dans l'original.]

La vision américaine a été sévèrement critiquée pour le motif qu'elle était trop tolérante, largement liée au résultat et trop peu sensible aux occasions subtiles qui s'offrent au gouvernement de réprimer des opinions impopulaires par l'entremise de règlements apparemment neutres. Voir Farber et Nowak, «The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219; Moon, «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression», *loc. cit.*; Post, «Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum» (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713; Dienes, «The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis» (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109; Lee, «Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression» (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.

Comme Farber et Nowak l'ont souligné, à la p. 1224:

[TRADUCTION] Nous nous opposons à l'analyse du forum public non pas parce qu'elle donne invariablement lieu à des résultats erronés (bien que ce soit parfois le cas), mais parce qu'elle détourne l'attention des valeurs consacrées dans le Premier amendement qui sont en jeu dans un litige donné. Elle empêchera presque certainement les juges des tribunaux inférieurs de se concentrer sur ces valeurs ou de comprendre la jurisprudence de la Cour suprême. Classer un mode de communication comme forum public peut entraîner la mise à l'écart par mégarde d'intérêts gouvernementaux légitimes; la classification dans une autre catégorie que celle du forum public peut mener les tribunaux à ne pas tenir compte de l'incompatibilité qui existe entre le règlement

ignore the incompatibility of the challenged regulations with first amendment values. [Emphasis added.]

After reviewing several decisions implicating the public forum doctrine, Tribe concluded at pp. 992-93 that:

... whether or not a given place is deemed a "public forum" is ordinarily less significant than the nature of the speech restriction ... even where property does not constitute a public forum, the Court has said that government regulation must ordinarily be content-neutral, and must still be reasonable as to time, place, and manner. To be sure, what the Court views as content-neutral, and what it sees as reasonable, could in theory depend on whether it regards a particular forum as public, or at least semi-public. But since the cases provide scant support for that supposition, and instead suggest that the Court uses "public forum" talk to signal conclusions it has reached on other grounds, it might be considerably more helpful if the Court were to focus more directly and explicitly on the degree to which the regulation at issue impinges on the first amendment interest in the free flow of information; translating this inquiry into public forum language may simply "confuse [] the development of first amendment principles." [Emphasis added.]

I agree. An overly rigid categorization focusing exclusively on place would tend to lose sight of the forest for the trees. The First Amendment as well as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were designed to protect people, not places. While certain areas can acquire a distinctive character, and people's expectations may be affected by where they find themselves, the rights and freedoms do not extend to the locations, but rather to the people occupying them.

The Federal Court of Appeal refused to recognize the American "public forum" approach. Applying such a broad prohibition here would virtually deny the government any power to regulate expressive activities at airports, and go beyond the jurisprudence of the U.S. Supreme Court to date. Furthermore, too broad a holding might have far-reaching conse-

contesté et les valeurs consacrées dans le Premier amendement. [Je souligne.]

Après avoir passé en revue plusieurs décisions portant sur la théorie du forum public, Tribe conclut, aux pp. 992 et 993:

[TRADUCTION] ... la question de savoir si un lieu donné est réputé constituer un «forum public» est habituellement moins importante que la nature même de la restriction imposée à la liberté de parole [...] même lorsque la propriété *ne* constitue *pas* un forum public, la cour a conclu que les règlements gouvernementaux doivent habituellement être non liés au contenu et être raisonnables quant aux restrictions qu'elle impose aux heures, au lieu et au mode d'expression. Il est certain que ce que la cour considère comme «non lié au contenu» et ce qu'elle juge raisonnable pourrait, en théorie, dépendre de son opinion, à savoir si un forum donné est public ou du moins semi-public. Mais puisque la jurisprudence offre peu d'appui à cette hypothèse, et suggère plutôt que la cour parle de «forum public» pour annoncer les conclusions auxquelles elle est parvenue pour d'autres motifs, il serait peut-être beaucoup plus utile de voir la cour se concentrer plus directement et expressément sur la mesure dans laquelle le règlement en cause porte atteinte à la libre circulation de l'information garantie par le Premier amendement; la transformation de cet examen en termes de forum public risque de confondre tout simplement l'évolution des principes fondés sur le Premier amendement. [Je souligne.]

J'en conviens. Une classification trop rigide portant exclusivement sur le lieu équivaudrait à ne voir que les arbres et non la forêt. Le Premier amendement, tout comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été conçu pour protéger les gens et non les lieux. Bien que certains endroits puissent acquérir un caractère distinct et que les gens puissent avoir des attentes différentes selon le lieu où ils se trouvent, les droits et libertés ne s'appliquent pas aux endroits mais bien aux gens qui s'y trouvent.

La Cour d'appel fédérale a refusé d'adopter le concept américain de «forum public». Appliquer ici un concept aussi large nierait virtuellement au gouvernement tout pouvoir de réglementer les activités expressives aux aéroports et irait encore plus loin que la Cour suprême américaine ne l'a fait jusqu'à maintenant, en plus d'avoir des conséquences considérables

quences for regulation of expressive activities on public property generally.

With this in mind, when designing "made in Canada" criteria for determining what places are to be considered public, I am of the view that we should selectively draw upon some of the American specifications, without importing them wholesale. As stated, the A.G.O. has suggested that we employ the term "public arena" to avoid confusion with the American terminology, and has also offered certain factors to be considered when inquiring as to whether a given place qualifies. The proposed determinants include:

1. The traditional openness of such property for expressive activity.

This criterion is not a *sine qua non* as in the U.S. Absence of tradition would not preclude the declaration of a public arena, as the other factors may very well yield the same conclusion.

2. Whether the public is ordinarily admitted to the property as of right.
3. The compatibility of the property's purpose with such expressive activities.

If the activity interfered with the property's purpose, it would be less likely to be justified. Properties with multiple purposes would be problematic under this criterion.

4. The impact of the availability of such property for expressive activity on the achievement of s. 2(b)'s purposes.
5. The symbolic significance of the property for the message being communicated.

This is a contextual criterion, linking the property with the purpose or cause of the demonstration.

6. The availability of other public arenas in the vicinity for expressive activities.

A property would be more open to activities if no other property was available.

pour la réglementation d'activités expressives dans les propriétés publiques en général.

Compte tenu de ce qui précède, j'estime que nous devrions être sélectifs dans l'adoption des normes américaines et non les importer en vrac, afin d'établir des critères purement canadiens pour déterminer quels lieux doivent être considérés comme publics. Comme je l'ai déjà mentionné, le P.G.O. a préconisé l'emploi de l'expression «tribune publique» afin d'éviter toute confusion avec la terminologie américaine; il a également proposé certains facteurs servant à évaluer si un endroit donné peut être considéré comme public. Il s'agit notamment des facteurs suivants:

1. La disponibilité traditionnelle de ce genre de propriété à des fins d'activité expressive.

Ce critère n'est pas une condition essentielle comme c'est le cas aux États-Unis. L'absence de tradition n'empêchera pas la classification d'un endroit comme tribune publique, si les autres facteurs justifient cette conclusion.

2. L'accès du public à la propriété est ordinairement considéré ou non comme un droit.
3. La compatibilité de l'objet de la propriété avec ces activités expressives.

Si l'activité entrave l'objet de la propriété, elle est moins susceptible d'être justifiée. Les propriétés ayant plusieurs objets risquent de poser des problèmes dans l'application de ce critère.

4. Les conséquences de l'accessibilité de cette propriété, à des fins d'activité expressive, sur la réalisation des objets de l'al. 2b).
5. La signification symbolique de la propriété aux fins du message transmis.

Il s'agit d'un critère contextuel, liant la propriété à l'objet ou à la cause de la manifestation.

6. L'accessibilité d'autres tribunes publiques, dans les environs, à des fins d'activité expressive.

Il est plus probable que les activités puissent avoir lieu dans une propriété donnée si aucune autre propriété n'est disponible.

I find these criteria very valuable. While they are not meant to be dispositive in any given case, they do provide useful guidelines. It was submitted that it should be up to the claimant, as part of demonstrating a case of infringement, to show that the property is a "public arena". If so, then the onus would shift to the government to justify the limitation under s. 1. I disagree for the reasons discussed above. As stated, whether a location qualifies as a "public arena" is simply the "place" component when considering the constitutionality of time, place, and manner regulations generally. Therefore, such place's classification for constitutional purposes should be evaluated under s. 1.

Balancing the Interests at Stake

While the United States Supreme Court has declined to pronounce on whether the "public forum" label should attach to airports, lower courts have held that an airport is a public forum: *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (7th Cir. 1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (9th Cir. 1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (D.C. Cir. 1983). The logic of these cases is that airports have become "contemporary crossroads"; they are functionally equivalent to other public thoroughfares, and should therefore be on the same constitutional footing as streets and parks.

Lehman v. City of Shaker Heights, 418 U.S. 298 (1974) involved a challenge by a candidate for political office against an ordinance prohibiting political placards on all buses and streetcars. The Court upheld the regulation. As Douglas J., concurring, expressed at pp. 306-7:

... if we are to turn a bus or streetcar into either a newspaper or a park, we take great liberties with people who

J'estime que ces critères sont très valables. Bien qu'ils ne soient pas censés être déterminants dans une situation donnée, ils constituent un guide utile. On a allégué qu'il devrait incomber au requérant de démontrer que la propriété en question constitue une «tribune publique», dans le cadre de sa preuve qu'il y a eu atteinte à la liberté d'expression. Dans ce cas, le fardeau de preuve retomberait sur le gouvernement qui devrait justifier la restriction en vertu de l'article premier. Je ne suis pas d'accord pour les raisons susmentionnées. Comme je l'ai déjà dit, la question de savoir si un endroit constitue une «tribune publique» ne représente que l'élément de «lieu» dans l'étude de la constitutionnalité des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression en général. Par conséquent, la classification d'un tel lieu à des fins constitutionnelles devrait être évaluée lors de l'analyse fondée sur l'article premier.

Évaluation des intérêts en jeu

Bien que la Cour suprême des États-Unis ait refusé de se prononcer sur la question de savoir si les aéroports devraient être qualifiés de «forum public», les tribunaux inférieurs ont conclu qu'un aéroport constituait un forum public: *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (7th Cir. 1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (9th Cir. 1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (D.C. Cir. 1983). Ces décisions sont fondées sur le raisonnement suivant: les aéroports sont devenus les carrefours des temps modernes; de par leurs fonctions, ils sont l'équivalent d'autres voies publiques et devraient donc être sur le même pied constitutionnel que les rues et les parcs.

Dans *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974), il s'agissait de la contestation par un candidat politique d'une ordonnance interdisant l'affichage politique sur tous les autobus et les tramways. La Cour a confirmé le règlement. Comme le juge Douglas l'a affirmé, dans son opinion concordante, aux pp. 306 et 307:

[TRADUCTION] ... si nous devons transformer un autobus ou un tramway en un journal ou en un parc, nous prendrions beaucoup de liberté avec des gens qui, par nécessité, empruntent les transports en commun et

because of necessity become commuters and at the same time captive viewers or listeners.

In asking us to force the system to accept his message as a vindication of his constitutional rights, the petitioner overlooks the constitutional rights of the commuters. While petitioner clearly has a right to express his views to those who wish to listen, he has no right to force his message upon an audience incapable of declining to receive it. In my view the right of the commuters to be free from forced intrusions on their privacy precludes the city from transforming its vehicles of public transportation into forums for the dissemination of ideas upon this captive audience.

Similarly airplanes, even if publicly owned, could not be characterized as a public forum. People who find certain political expression unpleasant or disquieting in a park or on a street can easily move elsewhere. On planes the costs of premature exit are too high. However, bus stations and airports have much more in common with streets and parks than they do with the buses or airplanes which they service. These locations are "contemporary crossroads" or "modern thoroughfares", and thus should be accessible to those seeking to communicate with the passing crowds.

In order to assess whether airport terminals are properly considered public arenas, we must explore their function in contemporary society. Airport terminals are freely accessible to all members of the public. However, the terminals themselves can be divided broadly into security zones—such as Customs, check-in counters, metal detector surveillance areas, and baggage inspection; and non-security zones—such as lounges, waiting areas, restaurants, gift and cigar shops, newsstands, and the connecting halls and foyers. Certain expressive activity is clearly more compatible within the latter areas than within the former.

Airports also draw a tremendous number of travellers over the course of a day. The Dorval operations manager testified that about 20,000 passengers use the airport daily, often accompanied by other persons. Few locations can parallel this reliable concentration of people. Bus, train and airport terminals are

deviennent par le fait même des spectateurs ou des auditeurs captifs.

Lorsqu'il nous demande d'obliger le système à accepter son message par respect pour ses droits garantis par la Constitution, le requérant oublie les droits constitutionnels des passagers. Bien que le requérant ait bel et bien le droit de faire part de ses opinions à ceux qui veulent bien l'entendre, il n'a aucunement le droit de l'imposer à un auditoire incapable de le refuser. À mon avis, le droit des passagers d'être protégés contre des ingérences forcées dans leur vie privée empêche la ville de transformer ses véhicules en forum destiné à la dissémination d'idées au sein de cet auditoire captif.

De même, les avions ne sauraient être considérés comme un forum public, même s'ils appartiennent à une société publique. Les gens qui trouvent que certaines expressions politiques sont déplaisantes ou gênantes dans un parc ou dans la rue peuvent facilement aller ailleurs. En avion, une sortie prématurée se paie cher. Cependant, les terminus d'autobus et des aéroports ont beaucoup plus de choses en commun avec les rues et les parcs, qu'avec les autobus et les avions qu'ils desservent. Ces endroits sont des carrefours des temps modernes ou des voies contemporaines, et devraient donc être accessibles à ceux qui désirent communiquer avec la foule qui y circule.

Afin d'établir si les aéroports doivent être considérées comme des tribunes publiques, nous devons examiner leur fonction dans la société moderne. Toute la population a libre accès aux aéroports. Cependant, celles-ci peuvent être divisées globalement en zones de sécurité, comme les douanes, les comptoirs d'enregistrement, les secteurs de détection métallique et de contrôle des bagages, et en zones ouvertes, comme les salons, les salles d'attente, les restaurants, les boutiques de cadeaux et de tabac, les kiosques à journaux ainsi que les halls et les foyers qui les relient. Certaines activités expressives sont nettement plus compatibles avec la dernière catégorie qu'avec la première.

Les aéroports attirent également une quantité énorme de voyageurs au cours d'une journée. Le directeur des services de l'aéroport de Dorval a témoigné qu'environ 20 000 passagers empruntent l'aéroport chaque jour, souvent accompagnés d'autres personnes. Peu d'endroits sont susceptibles

indeed modern boulevards, extensions of Main Street. The list of sites traditionally associated with public expression is not static. As means of locomotion progress, people shall begin to gather in areas heretofore unknown. Hence the "traditional" component of the public arena analysis must appreciate the "type" of place historically associated with public discussion, and should not be restricted to the actual places themselves.

This same reasoning applies when assessing the symbolic significance of the property. While the symbolism of a courthouse lawn or Parliament Hill is self-evident, streets and parks have also acquired special significance as places where one can have access to and address his or her fellow citizens on any number of matters. This distinctive attribute does not accrue to a street or a park merely because of its designation. A park has no intrinsic value as a public arena; it only obtains this characteristic because the public chooses to frequent parks. Whether a tree falling in an uninhabited park makes a sound is not a constitutional question. To what extent impediments may be placed upon a person addressing passers-by in a park is.

The same holds true for airport terminals. Respondents did not select the airport in order to convey their message to planes, but rather chose the airport for the people who would be present within it. While airport terminals do not have a monopoly on high concentrations of passers-by, few locations offer similar opportunities to encounter such a wide cross-section of the community. For the aforementioned reasons, and upon consideration of the above factors, the non-security zones within airport terminals, in my view, are properly regarded as public arenas. Therefore, the government cannot simply assert property rights, or claim that expression is unrelated to an airport's function, in order to justify the restriction.

d'offrir une telle concentration de gens. Les terminus d'autobus, les gares et les aéroports constituent de véritables boulevards modernes, la prolongation de la rue principale. La liste des emplacements associés traditionnellement avec l'expression publique n'est pas statique. Au fur et à mesure que les moyens de transport évolueront, les gens commenceront à se rassembler dans des endroits jusque-là inconnus. L'élément «traditionnel» de l'analyse de la tribune publique doit donc s'attarder au «type» d'endroits associés historiquement à la discussion publique, et non pas se restreindre à des endroits en particulier.

Le même raisonnement s'applique à l'évaluation de la signification symbolique d'une propriété. Le symbolisme de la pelouse d'un palais de justice ou de la Colline parlementaire va de soi; cependant, les rues et les parcs ont également acquis une signification particulière: ce sont des endroits accessibles où l'on peut s'adresser à ses concitoyens sur différents sujets. Cette caractéristique distinctive n'est pas rattachée à une rue ou à un parc simplement à cause de leur désignation comme telle. Un parc n'a pas en soi la valeur d'une tribune publique; il ne l'acquiert que parce que la population choisit de fréquenter les parcs. La question de savoir si un arbre fait du bruit en tombant dans un parc désert ne pose pas de question constitutionnelle. Par contre, la question de savoir dans quelle mesure on peut faire obstacle à la personne qui s'adresse aux passants en est une.

Ceci s'applique également aux aéroports. Les intimés n'ont pas choisi l'aéroport afin de transmettre leur message aux avions, mais l'ont plutôt choisi pour les gens qui s'y trouvent. Même si les aéroports n'ont pas le monopole de concentration d'un grand nombre de passants, peu d'endroits offrent autant d'occasions de rencontrer un segment aussi varié de la collectivité. Pour les motifs susmentionnés et après avoir étudié les facteurs qui précèdent, j'estime que les zones non affectées à la sécurité dans les aéroports sont considérées avec raison comme des tribunes publiques. Par conséquent, le gouvernement ne peut pas se contenter d'affirmer ses droits de propriété ou de prétendre que l'expression n'est aucunement liée aux fonctions d'un aéroport pour justifier les restrictions qu'il y impose.

B: Regulation 7: A Limit Prescribed By Law?

Before addressing the “demonstrably justified” and “reasonable limits” components of the s. 1 test, I would like to point out that this case raises the preliminary concern of whether the limit at issue is “prescribed by law”. Sections 7(a) and (b) of the regulations are potentially implicated, and are reproduced for convenience:

7. Subject to section 8, except as authorized in writing by the Minister, no person shall

(a) conduct any business or undertaking, commercial or otherwise, at an airport;

(b) advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person; . . .

The term “prescribed by law” in s. 1 has been examined by this Court in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640. At pages 650-51, Le Dain J. followed his own reasons in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645, in formulating this test:

The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

More recently in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, this Court has applied this test. See also *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

As indicated above, Regulation 7 and the actions of the airport officials constitute “law” for the purposes of s. 32 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Do they also constitute “law” for the purposes of s. 1 of the *Charter*?

In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, Wilson J. considered the different uses of the word “law” in the Constitution and, referring to

B: L'article 7 du Règlement: Est-ce une limite prescrite par une règle de droit?

Avant d'étudier deux des critères prévus à l'article premier («dont la justification puisse se démontrer» et «dans des limites qui soient raisonnables»), j'aimerais souligner que le présent pourvoi soulève la question préalable de savoir si la restriction en cause est «prescrite par une règle de droit». Puisque les al. 7a) et b) du Règlement risquent d'être concernés, je les reproduis par souci de commodité:

7. Sous réserve de l'article 8, à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut

a) se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport;

b) faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui; . . .

Notre Cour a étudié l'expression «prescrite par une règle de droit» au sens de l'article premier, dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Aux pages 650 et 651, le juge Le Dain a repris les motifs qu'il avait rédigés dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 645, pour énoncer les critères suivants:

Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

Plus récemment, notre Cour a appliqué ces critères dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Voir également *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Tel que déjà souligné, l'art. 7 du Règlement et les gestes accomplis par les fonctionnaires de l'aéroport constituent une «règle de droit» aux fins de l'art. 32 de la *Charte* et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Constituent-ils également une «règle de droit» aux fins de l'article premier de la *Charte*?

Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge Wilson a examiné les différents emplois de l'expression «règle de droit»

two different interpretations of the word in the case law, remarked at p. 386:

These two definitions of "law" are obviously quite different. Their difference springs from the fact that s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* serve two very different purposes. Section 52 is animated by the doctrine of constitutional supremacy. As such, a wide view of "law" under that provision is mandated so that all exercises of state power, whether legislative or administrative, are caught by the *Charter*. Section 1, on the other hand, serves the purpose of permitting limits to be imposed on constitutional rights when the demands of a free and democratic society require them. These limits must, however, be expressed through the rule of law. The definition of law for such purposes must necessarily be narrow. Only those limits on guaranteed rights which have survived the rigours of the law-making process are effective. Just as the meaning of "law" in s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, depends on the purpose those sections were meant to achieve, so also does the meaning of "law" in s. 15(1). [Emphasis added.]

Does then Regulation 7 here in debate involve a limit "prescribed by law" of the respondents' s. 2(b) freedom of expression? The Regulation forbids the respondents from exercising their constitutionally entrenched freedom: soliciting support for their groups by distributing leaflets. *Prima facie*, the Regulation appears to limit freedom of expression, here political expression. Does it, however, pass the tests of vagueness and overbreadth? If the law is too vague, it may not constitute a limit "prescribed by law", while if it is overbroad it may not survive the s. 1 *Oakes* analysis.

While vagueness and overbreadth are two distinct concepts, they are often blurred together. A statutory provision may be vague because it is uncertain or imprecise, so that a "citizen of common intelligence must necessarily guess at its meaning" (Carol Rogerson, "The Judicial Search for Appropriate Remedies

dans la Constitution et, renvoyant à deux interprétations différentes de l'expression en jurisprudence, elle a fait les remarques suivantes à la p. 386:

Ces deux définitions de la «règle de droit» sont évidemment très différentes. Leur différence découle du fait que l'article premier de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* visent deux objets très différents. L'article 52 s'inspire de la théorie de la suprématie constitutionnelle. À ce titre, une interprétation large de la «règle de droit», dont il est question dans cette disposition est requise de sorte que tous les exercices d'un pouvoir de l'État, de nature législative ou administrative, soient visés par la *Charte*. Par ailleurs, l'article premier vise à permettre que des limites soient imposées aux droits constitutionnels lorsque cela s'avère nécessaire dans une société libre et démocratique. Ces limites doivent cependant être formulées au moyen d'une règle de droit. À cette fin, la définition de l'expression «règle de droit» doit nécessairement être restreinte. Seules les limites aux droits garantis qui ont franchi les rigueurs du processus législatif sont valables. Comme le sens de l'expression «règle de droit» à l'article premier de la *Charte* et à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dépend de l'objet visé par ces dispositions, il en est de même du sens du terme «loi» au par. 15(1). [Je souligne.]

L'article 7 du Règlement faisant l'objet du présent litige impose-t-il une restriction «prescrite par une règle de droit» de la liberté d'expression des intimés, en vertu de l'al. 2b)? Ce règlement empêche les intimés d'exercer leur liberté garantie par la Constitution, c'est-à-dire la sollicitation d'appui envers leur groupe par la distribution de brochures. À première vue, il semble que le règlement restreint la liberté d'expression, de l'expression politique en l'occurrence. Cependant, répond-t-il aux tests de l'imprécision et de la portée excessive d'une loi? Si la règle de droit est trop imprécise, il est possible qu'elle ne constitue pas une limite «prescrite par une règle de droit», tandis que si sa portée est excessive, elle ne résistera peut-être pas à l'analyse fondée sur l'article premier, prévue dans l'arrêt *Oakes*.

Bien que l'imprécision et la portée excessive soient deux concepts distincts, on les confond souvent. Une disposition législative peut être considérée comme imprécise parce qu'elle est vague ou incertaine, de sorte qu'un [TRADUCTION] «citoyen d'intelligence moyenne doit nécessairement en deviner le sens»

Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness” in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), ch. 10, p. 233, at p. 242). When laws are vague, one cannot tell easily whether one’s conduct falls inside or outside the proscribed range of activities. Overbroad laws, on the other hand, are drafted too widely, so that in Rogerson’s words, “if applied literally, [they] have the potential to catch more conduct than the government is constitutionally permitted in the pursuit of its legitimate goals” (p. 241). In my view a vague law that infringes a guaranteed freedom under the *Charter* does not constitute a limit prescribed by law and must be struck for that reason alone as unconstitutional. I propose to discuss Regulation 7 in this context now.

Vagueness

I approach this issue minding the words of the majority in *Irwin Toy*, *supra*. In that case, the company had argued that the Regulations there in question created an inordinately wide discretion to decide whether advertising was aimed at children. The majority stated, at p. 983:

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no “limit prescribed by law”. [Emphasis added.]

The “void-for-vagueness” doctrine and the related idea of overbreadth are relatively new to Canadian constitutional law, but are strangers neither to the American constitutional jurisprudence nor to European law. Importantly, the roots of the concepts can

(Carol Rogerson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness» dans R. J. Sharpe, éd., *Charter Litigation* (1987), ch. 10, p. 233, à la p. 242).

^a Lorsque les règles de droit sont imprécises, il n’est pas facile de savoir si sa conduite est prévue ou non dans l’éventail d’activités interdites. Par contre, les règles de droit ayant une portée excessive sont rédi-
^b gées de façon trop libérale de sorte que, selon Rogerson, [TRADUCTION] «si elles étaient appliquées littéralement, [elles] pourraient viser un plus grand nombre de conduites que celles qui, suivant la Constitution, relèvent du gouvernement, dans la poursuite de ses objectifs légitimes» (p. 241). À mon avis, une règle de droit imprécise qui porte atteinte à une liberté garantie par la *Charte* ne constitue pas une restriction prescrite par une règle de droit et doit être annulée pour cette seule raison, puisqu’elle est inconstitutionnelle. Je vais examiner l’art. 7 du Règlement dans ce contexte.

L’imprécision

^e J’aborde cette question en tenant compte des propos de la majorité dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité. Dans cet arrêt, la société commerciale avait prétendu que le règlement en litige créait un pouvoir discrétionnaire excessivement large pour déterminer si un message publicitaire était destiné aux enfants. La majorité a affirmé ce qui suit, à la p. 983:

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L’interprétation de la manière d’appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d’application. Par contre, s’il n’existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n’y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit». [Je souligne.]

La théorie de la «nullité pour cause d’imprécision» et le concept connexe de la portée excessive d’une loi sont relativement nouveaux en droit constitutionnel canadien, ce qui n’est pas le cas en jurisprudence constitutionnelle américaine ou en droit européen. Il

be traced back to the fundamental principle of the rule of law. Before the *Charter*, as Rogerson notes, *supra*, at pp. 242-44, vagueness was not a part of Canadian constitutional law; however, examples of the application of the vagueness doctrine exist in our criminal and administrative law. See for example, *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, and *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498 (Ont. C.A.). Interestingly, Rogerson notes that vagueness does creep into a Canadian division of powers case, in the opinion of Rand J. in *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, at p. 333.

In the context of the *Charter*, this Court has had occasion to consider the concept of vagueness recently in the *Prostitution Reference*, *supra*. In his reasons, Lamer J. (now Chief Justice) stated at p. 1155 that a vagueness analysis could arise under either s. 7 or s. 1 of the *Charter*, and I would limit my comments on vagueness and overbreadth to the context of s. 1.

The doctrine of vagueness finds its sources in the rule of law. See Gary T. Trotter, "LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine" (1988), 62 C.R. (3d) 183, at p. 188; J. C. Jeffries, Jr., "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189. There appear to be two specific concerns underlying the vagueness concept: the citizen should be given proper notice of the law, and no room for arbitrary government action should exist under that law. While these principles find their application mainly in penal matters, it offends neither common sense nor logic that a law which infringes a fundamental right or freedom guaranteed by the *Charter* must also be clear, understandable and not subject to arbitrary application.

Interpreting Article 10 of the European Convention on Human Rights in the *Sunday Times* case, judgment

importe de souligner que le fondement de ces concepts peut être retracé jusqu'au principe fondamental de la suprématie du droit. Avant la proclamation de la *Charte*, comme le souligne Rogerson, *op. cit.*, aux pp. 242 à 244, la notion d'imprécision n'existait pas en droit constitutionnel canadien; il existe toutefois des exemples de l'application de la théorie de l'imprécision en droit criminel et en droit administratif. Voir notamment *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, et *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498, (C.A. Ont.). Il est intéressant de noter que, selon Rogerson, la notion d'imprécision s'est glissée dans un arrêt canadien portant sur le partage des compétences, soit dans l'opinion du juge Rand dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, précité, à la p. 333.

Dans le contexte de la *Charte*, notre Cour a eu l'occasion récemment d'étudier le concept de l'imprécision dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité. Dans ses motifs, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a affirmé à la p. 1155 qu'une analyse du critère de l'imprécision pouvait être faite en vertu tant de l'art. 7 que de l'article premier de la *Charte*. Mes commentaires porteront sur l'imprécision et la portée excessive d'une loi dans le seul contexte de l'article premier.

La thèse de l'imprécision tire son origine de la théorie de la primauté du droit. Voir Gary T. Trotter, «LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine» (1988), 62 C.R. (3d) 183, à la p. 188; J. C. Jeffries, Jr., «Legality, Vagueness and the Construction of Penal Statutes» (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189. Deux préoccupations particulières semblent être sous-jacentes à la notion d'imprécision: le citoyen doit être avisé en bonne et due forme des règles de droit et ces règles ne devraient laisser aucune place à l'arbitraire dans les mesures gouvernementales. Bien que ces principes s'appliquent surtout en matière pénale, il n'est contraire ni au bon sens ni à la logique qu'une règle de droit qui porte atteinte à un droit fondamental ou à une liberté fondamentale garantis par la *Charte* doive être également claire, compréhensible et d'application non arbitraire.

Appelée à interpréter l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'affaire

of 26 April 1979, Series A, No. 30, at p. 31, the European Court of Human Rights said:

In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression "prescribed by law". First, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able—if need be with appropriate advice—to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.

In Canada, various courts have now considered the void for vagueness doctrine. While some pre-*Charter* challenges to by-laws have been successful on grounds of vagueness, the first post-*Charter* challenge on this point appears to have been brought before the Ontario Divisional Court in *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, aff'd 45 O.R. (2d) 80 (C.A.) (leave to appeal granted [1984] 1 S.C.R. xi, but appeal discontinued). See also *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (B.C.C.A.); *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R. (2d) 65 (C.A.); and *R. v. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595, 27 C.C.C. (3d) 77 (Sup. Ct.).

The vagueness principle and its rationale were well expressed by Hugessen J.A. for the court in *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.), at pp. 89-90:

In my opinion, one of the first characteristics of a reasonable limit prescribed by law is that it should be expressed in terms sufficiently clear to permit a determination of where and what the limit is. A limit which is vague, ambiguous, uncertain, or subject to discretionary determination is, by that fact alone, an unreasonable limit. If a citizen cannot know with tolerable certainty the extent to which the exercise of a guaranteed freedom may be restrained, he is likely to be deterred from conduct which is, in fact, lawful and not prohibited. Uncertainty and vagueness are constitutional vices when they are used to restrain constitutionally protected rights and

Sunday Times, arrêt du 26 avril 1979, Série A, n° 30, la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé ce qui suit, à la p. 31:

Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots «prévues par la loi». Il faut d'abord que la «loi» soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une «loi» qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé.

Au Canada, divers tribunaux ont étudié la théorie de la nullité pour cause d'imprécision. Bien que certains règlements municipaux aient été contestés avec succès pour motif d'imprécision avant la proclamation de la *Charte*, le premier litige, qui a porté sur cette question depuis, semble avoir été soumis à la Cour divisionnaire de l'Ontario, dans *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, conf. par 45 O.R. (2d) 80 (C.A.), (autorisation de pourvoi accordée [1984] 1 R.C.S. xi, mais pourvoi abandonné). Voir également *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (C.A.C.-B.), *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R. (2d) 65 (C.A.), et *R. c. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595 (C.S.).

Le juge Hugessen a bien exprimé le principe de l'imprécision et sa raison d'être, au nom de la cour, dans *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.), aux pp. 89 et 90:

À mon avis, l'une des caractéristiques primordiales d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit est qu'elle doit être exprimée avec suffisamment de clarté pour qu'on puisse l'identifier et la situer. Le seul fait qu'une limite soit vague, ambiguë, incertaine ou assujettie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire suffit à en faire une limite déraisonnable. Si un citoyen ne peut déterminer avec un degré de certitude tolérable dans quelle mesure l'exercice d'une liberté garantie peut être restreint, il est probable que cela le dissuadera d'adopter certaines conduites qui, en fait, n'étant pas interdites, sont licites. L'incertitude et l'imprécision

freedoms. While there can never be absolute certainty, a limitation of a guaranteed right must be such as to allow a very high degree of predictability of the legal consequences.

The same point is made in *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.), at p. 158.

Lamer J. expanded, at p. 1152, of his reasons in the *Prostitution Reference*:

It is essential in a free and democratic society that citizens are able, as far as possible, to foresee the consequences of their conduct in order that persons be given fair notice of what to avoid, and that the discretion of those entrusted with law enforcement is limited by clear and explicit legislative standards.

For an analysis of the cases up to the *Prostitution Reference*, see Don Stuart, "The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth" (1990), 77 C.R. (3d) 101; see also Professor Stuart's *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at pp. 16-25; Trotter's comment, *op. cit.*, on *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157 (C.A.).

The American jurisprudence provides some insight in this area. While the original cases dealt with vagueness only in the context of due process, the United States Supreme Court has more recently considered vagueness in the challenge of laws invasive of fundamental freedoms. Indeed, the U.S. Supreme Court has accorded stringent scrutiny to cases involving fundamental freedoms such as speech in the First Amendment, which my colleague Lamer J. has examined in the *Prostitution Reference*. Although I do not find it necessary here to repeat this exercise, the case of *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), is of interest. It dealt with an anti-noise statute invoked to prohibit disturbances of the peace. The United States Supreme Court expressed the doctrine in these terms, at pp. 108-9:

sont des vices d'ordre constitutionnel lorsqu'elles servent à restreindre des droits et libertés garantis par la Constitution. Bien qu'il ne puisse jamais y avoir de certitude absolue, une limite imposée à un droit garanti doit être telle qu'il sera très facile d'en prévoir les conséquences sur le plan juridique.

Des remarques similaires ressortent de *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.), à la p. 158.

Le juge Lamer a développé ce raisonnement, à la p. 1152, de ses motifs dans le *Renvoi sur la prostitution*:

Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d'être raisonnablement prévenus des conduites à éviter et pour que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites.

Pour une analyse de la jurisprudence antérieure au *Renvoi sur la prostitution*, voir Don Stuart, «The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth» (1990), 77 C.R. (3d) 101; voir également professeur Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2^e éd. 1987), aux pp. 16 à 25, et le commentaire de Trotter, *op. cit.*, sur *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157 (C.A.).

Dans ce domaine, la jurisprudence américaine est d'une certaine utilité. Même si, à l'origine, les arrêts portaient sur l'imprécision dans le seul contexte du *due process*, la Cour suprême des États-Unis a récemment tenu compte du principe de l'imprécision dans le cas de contestation de lois portant atteinte à des libertés fondamentales. De fait, la Cour suprême des États-Unis a utilisé un critère très exigeant dans des affaires portant sur les libertés fondamentales comme la liberté de parole garantie par le Premier amendement dont mon collègue le juge Lamer a fait état dans le *Renvoi sur la prostitution*. Bien que je ne croie pas nécessaire de répéter ici l'exercice, l'arrêt *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), est intéressant. Il portait sur une loi antibruit interdisant de troubler la paix. La Cour suprême des États-Unis a énoncé la théorie de la façon suivante, aux pp. 108 et 109:

It is a basic principle of due process that an enactment is void for vagueness if its prohibitions are not clearly defined. Vague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly . . . Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an *ad hoc* and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application. Third, but related, where a vague statute “abut[s] upon sensitive areas of basic First Amendment freedoms,” it “operates to inhibit the exercise of [those] freedoms.” Uncertain meanings inevitably lead citizens to “steer far wider of the unlawful zone” . . . than if the boundaries of the forbidden areas were clearly marked.” [Emphasis added.]

The same rationale applies in Canada, although our analysis need not be encumbered by the American difficulties because s. 1 of our *Charter* provides the necessary framework.

Applying these basic notions to Regulation 7 here in question, the Regulation does not, in my opinion, meet the standards necessary to defeat a challenge for vagueness. It has failed to offer an “intelligible standard” that would enable a citizen to regulate his or her conduct: see *Irwin Toy, supra*, at p. 983. Upon reading the Regulation, one cannot tell even on careful reflection whether one’s conduct would fall inside or outside the conduct proscribed. Confusion necessarily follows. This is demonstrated by s. 7(a), which prohibits “any business or undertaking, commercial or otherwise” from the airport. What kind of non-commercial undertakings are permitted? Which are not? Clearly poppy sales are allowed, but we know nothing of other exceptions. When a law can be read, in effect, as an attempt to eradicate all types of expression, and at the same time be read more narrowly to exclude only certain types of expression, the citizen does not know what to do. In all likelihood, the person will exercise caution. This does not create

[TRADUCTION] C’est un principe fondamental de l’application régulière de la loi qu’une loi est nulle pour cause d’imprécision si les interdictions qu’elle contient ne sont pas définies clairement. Les lois imprécises portent atteinte à plusieurs valeurs importantes. Premièrement, parce que nous tenons pour acquis que l’homme est libre d’agir légalement ou illégalement, nous tenons à ce que les lois permettent à la personne d’intelligence moyenne d’avoir une possibilité raisonnable de savoir ce qui est interdit afin d’agir en conséquence. [. . .] Deuxièmement, si l’on veut prévenir l’application arbitraire et discriminatoire des lois, celles-ci doivent prévoir des normes explicites à l’intention de ceux qui les appliquent. Une loi imprécise délègue de façon inadmissible aux policiers, aux juges et aux jurys qui y répondent de façon ponctuelle et subjective avec les risques que comporte l’application arbitraire et discriminatoire de la loi. Troisièmement, de façon connexe, lorsqu’une loi imprécise «s’attaque à des secteurs délicats des libertés fondamentales garanties par le Premier amendement», elle «a pour effet d’interdire l’exercice de [ces] libertés.» L’incertitude de la règle pousse inévitablement les citoyens à «s’écarter beaucoup plus de la zone illégale» [. . .] que si les limites des zones interdites étaient démarquées clairement.» [Je souligne.]

Le même raisonnement s’applique au Canada, bien que notre analyse ne soit pas grevée des difficultés américaines puisque l’article premier de notre *Charte* offre un cadre pertinent.

Applicant ces notions fondamentales à l’art. 7 du Règlement ici en litige, j’estime que cette disposition ne répond pas aux normes nécessaires pour faire échec à une contestation fondée sur l’imprécision. Elle ne prévoit pas de «norme intelligible» qui permettrait au citoyen de régler sa conduite; voir *Irwin Toy*, précité, à la p. 983. À la lecture de la disposition, et même après mûre réflexion, il n’est pas possible de savoir si sa conduite correspond ou non à la conduite interdite, ce qui est nécessairement source de confusion. L’alinéa 7a), qui interdit «une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre» dans un aéroport, en est la preuve. Quel genre d’entreprise non commerciale est permise? Lesquelles sont interdites? De toute évidence, la vente de coquelicots est permise, mais nous ne connaissons aucune autre exception. Lorsque, de fait, on peut interpréter une loi comme étant une tentative d’exclure tout genre d’expression, et qu’en même temps on peut l’interpréter plus restrictivement de façon à exclure seulement certains

circumstances in which fundamental freedoms are fully exercised—far from it. While one must be mindful of certain restrictions of language which necessitate a degree of interpretation by the courts and various government officials, when a fundamental freedom is encroached by vague statutory language, the result is that the freedom is not fostered. The specific wording of s. 1 of the *Charter* should be heeded, because s. 1 not only allows government to limit reasonably the rights and freedoms in the *Charter*, it also provides the guarantee of these rights and freedoms. Dickson C.J. points out in *Keegstra*, *supra*, at p. 736:

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

Rights and freedoms must be nurtured, not inhibited. Vague laws intruding on fundamental freedoms create paths of uncertainty onto which citizens fear to tread, fearing legal sanction. Vagueness serves only to cause confusion and most people will shy from exercising their freedoms rather than facing potential punishment.

In addition, the Regulation provides that “except as authorized in writing by the Minister, no person shall. . .”. It is clear that the Minister is given a “plenary discretion to do whatever seems best”. That in itself may create a standard which is so vague as to be incomprehensible. In any event, vagueness by virtue of the lack of a comprehensible standard does not accord with the requirement that a limit on a right or freedom be “prescribed by law.”

It could be argued that in a scheme of prior permission, as in the present appeal, the standard is not vague. The reasoning is that such provisions enable citizens to regulate their conduct by making it clear that any person wishing to solicit or advertise must first go to the Minister for permission. However, this merely shifts the problem of arbitrariness from the

types d'expressions, le citoyen ne sait que faire. Selon toute probabilité la personne fera preuve de prudence. Cela ne crée pas un cadre dans lequel les libertés fondamentales sont pleinement exercées, bien au contraire. Même en tenant compte de certaines limites de langage qui nécessitent jusqu'à un certain point l'interprétation des tribunaux et de divers fonctionnaires, lorsqu'une liberté fondamentale est consacrée dans un texte législatif imprécis, elle n'est plus protégée. Le texte de l'article premier de la *Charte* doit avoir préséance, car en plus de permettre au gouvernement de restreindre de façon raisonnable les droits et libertés prévus dans la *Charte*, cet article garantit ces droits et libertés. Le juge en chef Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 736:

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 . . .

Les droits et libertés doivent être protégés et non entravés. Les lois imprécises qui entravent les libertés fondamentales créent une voie parsemée d'incertitude sur laquelle les citoyens ont peur de s'engager, craignant des sanctions d'ordre juridique. L'imprécision ne sert qu'à semer la confusion, et la plupart des gens éviteront d'exercer leurs libertés plutôt que de risquer une sanction.

En outre, le règlement prévoit que «à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut . . .». Il est clair que le Ministre dispose de «pleins pouvoirs discrectionnaires de faire ce qui lui semble le mieux». En soi, cela peut créer une norme imprécise au point d'être incompréhensible. De toute façon, l'imprécision imputable à l'absence d'une norme compréhensible n'est pas conforme aux principes portant que la restriction d'un droit ou d'une liberté doit être «prescrite par une règle de droit».

On pourrait prétendre que, dans un régime d'autorisation préalable, comme en l'espèce, la norme n'est pas imprécise. On pourrait alléguer que ce genre de dispositions permet aux citoyens de régler leur conduite parce qu'elle établit clairement que quiconque désire faire de la sollicitation ou de la publicité doit d'abord obtenir l'autorisation du Ministre. Cepen-

“prescribed by law” to the “means” branch of the s. 1 test.

Although in my opinion Regulation 7, which clearly restricts freedom of expression, is too vague to constitute a reasonable limit prescribed by law for the purposes of the s. 1 analysis, I prefer to rest my opinion on the reasonableness analysis as explained in *Oakes*. In so doing, and for the particular purposes of the following discussion, I will assume without deciding that the objectives pursued by the government are sufficiently pressing and that the Regulation is rationally connected to those objectives, since I believe that Regulation 7 is overbroad and consequently does not pass the means analysis of *Oakes*.

C: Overbreadth

As I indicated earlier, there is considerable overlap between the overbreadth and vagueness concepts, as the American jurisprudence amply demonstrates. While the topics are nearly always dealt with together, they are distinct. The conceptual distinction was recognized by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Zundel*, *supra*, at pp. 157-58:

Vagueness and overbreadth are two concepts. They can be applied separately, or they may be closely interrelated. The intended effect of a statute may be perfectly clear and thus not vague, and yet its application may be overly broad. Alternatively, as an example of the two concepts being closely interrelated, the wording of a statute may be so vague that its effect is considered to be overbroad. Vagueness or overbreadth, for the purpose of determining the permissibly regulated area of conduct, and whether freedom of expression under s. 2(b) of the Charter has been breached, may be different from vagueness or overbreadth for the purpose of applying the criteria in *Oakes* as to the application of s. 1 of the Charter.

The American approach considers the degree to which the overbroad law encroaches on the ambit of protected freedoms. Tribe makes the following

dant, cela ne fait que déplacer le problème de l'arbitraire de l'élément «prescrit par une règle de droit» à l'élément «moyens» des critères d'application de l'article premier.

a

Bien qu'à mon avis l'art. 7 du Règlement, qui restreint nettement la liberté d'expression, soit trop imprécis pour constituer une limite raisonnable prescrite par une règle de droit aux fins de l'analyse de l'article premier, je préfère fonder mon opinion sur l'analyse du caractère raisonnable tel que l'édicte l'arrêt *Oakes*. À cette fin et aux fins précises de l'analyse qui suit, je présumerai, sans pour autant en décider, que les objectifs visés par le gouvernement sont suffisamment urgents et que la disposition a un lien rationnel avec ces objectifs, puisque je crois que la portée de l'art. 7 du Règlement est excessive et qu'en conséquence, cet article ne résiste pas à l'analyse des moyens proposée dans l'arrêt *Oakes*.

d

C: La portée excessive

Comme je l'ai déjà souligné, il existe un recouplement important entre les notions de portée excessive et d'imprécision, tel que l'expose amplement la jurisprudence américaine. Bien que ces sujets soient presque toujours traités ensemble, ils demeurent distincts. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu cette distinction conceptuelle dans *R. v. Zundel*, précité, aux pp. 157 et 158:

f

[TRADUCTION] L'imprécision et la portée excessive d'une loi sont deux notions. Elles peuvent être appliquées séparément ou elles peuvent être intimement liées. L'effet recherché d'une loi peut être parfaitement clair et donc ne pas être vague, et pourtant son application peut être trop large. Par ailleurs, pour illustrer le fait que les deux notions peuvent être intimement liées, le libellé d'une loi peut être tellement imprécis qu'on juge son effet trop large. L'examen de la nature imprécise d'une loi ou de sa portée excessive en vue de déterminer la sphère de conduite qui peut être réglementée, et de décider s'il y a eu violation de la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la Charte, peut être différent de l'examen de la nature imprécise ou de la portée excessive d'une loi en vue de l'application des critères de l'arrêt *Oakes* à l'article premier de la Charte.

g

h

i

La vision américaine tient compte de la mesure dans laquelle la règle de droit de portée excessive porte atteinte au champ d'application des libertés

j

remarks to introduce the concept of overbreadth, at p. 1022:

Such overbreadth analysis ordinarily compares the *statutory* line defining burdened and unburdened conduct with the *judicial* line specifying activities protected and unprotected by the first amendment; if the statutory line includes conduct which the judicial line protects, the statute is overbroad and becomes eligible for invalidation on that ground. [Emphasis in original.]

Having already made reference to a general definition of overbreadth, I would only note that the American jurisprudence is replete with issues and various types of overbreadth have been created: see Rogerson, *op. cit.*, at pp. 259-69, and Tribe, *op. cit.*, beginning at p. 1022. Certain remedial alternatives correspond to the various "kinds" of overbreadth, and these options may be relevant to our jurisprudence in an appropriate case. In addition to the Rogerson and Tribe references above, see P.-A. Côté, "La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés" (1984), 18 *R.J.T.* 105, at pp. 124-29.

In the *Prostitution Reference*, Lamer J. (as he then was) discussed vagueness and overbreadth in relation to s. 7 of the *Charter*. When dealing however with s. 1 of the *Charter*, the approach is somewhat different. It is against the background of the usual s. 1 analysis that the issue of overbreadth in Regulation 7 should be undertaken. This accords well with the reasoning of Wilson J. in the *Prostitution Reference*, at pp. 1212-15, where my colleague found that the provisions of the *Criminal Code* impugned in that case were too broad in scope to pass the second part of the *Oakes* analysis.

The notion of overbreadth is therefore not foreign to Canadian constitutional law, even if it is currently in a thinly disguised form. The concern is already found in the analysis arising under s. 1 from *Oakes*, *supra*. After considering the importance of the objectives of the impugned law, the analysis goes on to the means chosen to achieve such objectives; the ques-

protégées. Tribe fait les remarques suivantes lorsqu'il introduit la notion de portée excessive à la p. 1022:

[TRADUCTION] Une telle analyse de la portée excessive compare habituellement le processus *législatif* qui définit les conduites visées et celles qui ne le sont pas au processus *judiciaire* qui précise les activités protégées et celles qui ne le sont pas par le Premier amendement; si le processus législatif comprend des conduites protégées par le processus judiciaire, la loi a une portée excessive et peut être invalidée pour cette raison. [En italique dans l'original.]

Ayant déjà fait référence à une définition générale du concept de la portée excessive, j'aimerais seulement souligner ici que la jurisprudence américaine foisonne de litiges en la matière et que différentes notions de portée excessive ont été élaborées: voir Rogerson, *op. cit.*, aux pp. 259 à 269, et Tribe, *op. cit.*, à partir de la p. 1022. Différents remèdes correspondent à ces différentes «notions» et ces différentes options pourraient être utiles à notre jurisprudence, en temps et lieu. En plus de Rogerson et Tribe cités ci-dessus, voir P.-A. Côté, «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés» (1984), 18 *R.J.T.* 105, aux pp. 124 à 129.

Dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a analysé les concepts d'imprécision et de portée excessive en rapport avec l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, lorsqu'il est question de l'article premier de la *Charte*, l'approche est quelque peu différente. C'est sous l'éclairage de l'analyse habituelle de l'article premier que la question de la portée excessive de l'art. 7 du Règlement doit être examinée. Cela est tout à fait conforme au raisonnement du juge Wilson dans le *Renvoi sur la prostitution*, aux pp. 1212 à 1215, où ma collègue a conclu que les dispositions du *Code criminel* attaquées dans cette affaire avaient une portée trop large pour satisfaire à la deuxième partie du test de l'arrêt *Oakes*.

Le concept de portée excessive n'est donc pas nouveau en droit constitutionnel canadien, même si, à l'heure actuelle, il y est légèrement déguisé. Ce concept est déjà présent dans l'analyse fondée sur l'article premier, prévue dans l'arrêt *Oakes*, précité. Après avoir tenu compte de l'importance des objectifs visés par la règle de droit attaquée, l'analyse

tion becomes whether such means are properly tailored to impair minimally the citizen's right or freedom. It is in the latter analysis that overbreadth is considered.

Does Regulation 7 "cast the net too widely"? Section 7(a) appears to target businesses or similar undertakings within the airports. However, while it may seem merely to restrict commercial activities, the adjectives which follow, "commercial or otherwise", modify the nouns "business or undertaking" and thus tend to preclude such a stringent interpretation. The provision is so broad, especially given the terms "undertaking" and "otherwise", that it can include just about any activity. It certainly can encompass handing out leaflets for a political party. On its face, and certainly in its application, the Regulation reflects a governmental policy administered in a manner that is excessively broad, and hence unconstitutionally invasive of the freedom of expression guarantee.

The words "solicit" and "advertise" in s. 7(b) can similarly cover just about any communication. These terms are neither qualified nor restricted to the commercial setting. In fact, here the respondents were advertising their political party, and were soliciting prospective members. The only element in favour of holding that the Regulation does not apply to this activity is the title, *Government Airport Concession Operations Regulations*, yet that in and of itself cannot be dispositive, particularly in light of the provisions which follow.

Therefore, the problem is not only that the Regulation applies to the activity at issue, but that it applies to virtually all conceivable activity involving freedom of expression at airports. There is evidence that exceptions are made for veterans selling poppies in November, but such selective application of the Regulation should not alone result in a determination that it is not overbroad. Quite the contrary: the fact that the Regulation has application to such an unnecessarily broad range of activity is determinative of the

porte ensuite sur les moyens choisis pour atteindre ces objectifs; il s'agit alors de savoir si ces moyens ont été conçus de façon à porter le moins possible atteinte aux droits ou libertés des citoyens. C'est dans cette deuxième étape que la portée excessive d'une loi ou d'un règlement est examinée.

L'article 7 du Règlement a-t-il une portée trop large? L'alinéa 7a) semble viser les entreprises commerciales ou semblables à l'intérieur des aéroports. Cependant, bien qu'ils semblent restreindre uniquement les activités commerciales, les adjectifs qui suivent, «commerciale ou autre», viennent modifier les mots «activité ou [...] entreprise» et empêchent donc une interprétation aussi stricte. La disposition est rédigée de façon tellement large, compte tenu des termes «activité» et «autre» surtout, qu'elle pourrait comprendre pratiquement n'importe quelle activité. Elle comprend certainement la distribution de brochures pour un parti politique. À sa face même, et par son application, le règlement traduit une politique gouvernementale administrée de façon extrêmement large, empiétant donc de façon inconstitutionnelle sur la garantie de liberté d'expression.

Les mots «solicitation» et «publicité», à l'al. 7b), peuvent également s'appliquer à presque toutes sortes de communications. Ces expressions ne sont ni précisées ni restreintes au domaine commercial. De fait, en l'espèce, les intimés faisaient de la publicité pour leur parti politique et sollicitaient l'adhésion de membres potentiels. Le seul élément qui pourrait permettre de conclure que la disposition du Règlement ne s'applique pas à ce genre d'activités est son titre, *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, qui ne saurait être déterminant, surtout à la lumière des dispositions qui suivent.

Par conséquent, le problème ne résulte pas uniquement du fait que le Règlement s'applique à l'activité en question mais qu'il s'applique à pratiquement toute activité imaginable liée à la liberté d'expression dans les aéroports. La preuve a démontré qu'une exception était faite pour la vente de coquelicots par les anciens combattants en novembre, mais ce genre d'application sélective du Règlement ne devrait pas, à lui seul, nous faire conclure qu'il n'a pas une portée excessive. Au contraire: le fait que le Règlement

overbreadth issue in this case. In her s. 1 analysis in the *Prostitution Reference, supra*, Wilson J. (with whom I concurred) considered the overinclusive scope of the prohibition on communication in s. 195.1 of the *Criminal Code*. It is instructive to review my colleague's comments at pp. 1213-14:

I believe, with respect, that the Attorney General has overlooked a number of significant aspects of the impugned legislation which go directly to the question of its proportionality. The first is that it criminalizes communication or attempted communication for the prohibited purpose in any public place or place open to public view. "Public place" is then expanded in subs. (2) to include any place to which the public have access as of right or by invitation express or implied. In other words, the prohibition is not confined to places where there will necessarily be lots of people to be offended or inconvenienced by it. The prohibited communication may be taking place in a secluded area of a park where there is no-one to see or hear it. It will still be a criminal offence under the section. *Such a broad prohibition as to the locale of the communication would seem to go far beyond a genuine concern over the nuisance caused by street solicitation in Canada's major centres of population. It enables the police to arrest citizens who are disturbing no-one solely because they are engaged in communicative acts concerning something not prohibited by the Code. It is not reasonable, in my view, to prohibit all expressive activity conveying a certain meaning that takes place in public simply because in some circumstances and in some areas that activity may give rise to a public or social nuisance.* [Underlining in original; italics added.]

The identical concerns may be raised about Regulation 7 in the case at bar. The Regulation prohibits all expressive activity in the airport, simply because some activities may be disruptive. It may be that a parade is inappropriate in the airport; that is no reason to prohibit legitimate expression such as private conversation. But that is what this Regulation does.

s'applique à un éventail inutilement large d'activités est déterminant en ce qui concerne la question de la portée excessive en l'espèce. Dans le cadre de l'analyse qu'elle fait de l'article premier, dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge Wilson (à l'opinion de laquelle j'ai souscrit) a examiné le champ d'application trop large de l'interdiction de communication prévue à l'art. 195.1 du *Code criminel*. Il convient de revoir les commentaires formulés par ma collègue aux pp. 1213 et 1214:

Avec égards, je crois que le procureur général a négligé plusieurs aspects importants de la loi constatée qui touchent directement la question de sa proportionnalité. En premier, elle criminalise la communication ou la tentative de communication en vue de l'objet interdit dans tout endroit public ou tout endroit situé à la vue du public. Le paragraphe (2) élargit ensuite la définition d'«endroit public» pour y inclure tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite. En d'autres termes, l'interdiction ne se limite pas aux endroits où il y aura nécessairement beaucoup de gens qui seront choqués ou gênés par la communication. La communication interdite peut avoir lieu dans un endroit retiré d'un parc où personne ne peut voir les parties ni entendre la communication. Celle-ci sera néanmoins considérée une infraction criminelle en vertu de l'article. *Une interdiction de portée si large quant au lieu de la communication semble dépasser les limites d'une véritable préoccupation quant à la nuisance créée par la sollicitation de rue dans les principaux centres urbains du Canada. Elle permet aux policiers d'arrêter des citoyens qui ne gênent personne pour la seule raison qu'ils se livrent à des actes de communication concernant quelque chose qui n'est pas interdit par le Code. À mon avis, il n'est pas raisonnable d'interdire toute activité d'expression qui transmet un certain message et se déroule dans un endroit public simplement parce que dans certaines circonstances et dans certains endroits cette activité peut donner lieu à une nuisance publique ou sociale.* [Souligné dans l'original; italiques ajoutés.]

Les mêmes préoccupations peuvent se soulever à l'encontre de l'art. 7 du Règlement en litige. Il interdit toute activité expressive dans les aéroports, tout simplement parce que certaines activités pourraient être gênantes. Il est possible qu'un défilé soit inapproprié dans un aéroport; ce n'est pas une raison pour interdire une expression légitime comme les conversations privées. Mais c'est ce que ce règlement fait.

As a result I would conclude for the purposes of this discussion that Regulation 7 is too broad to constitute a reasonable limit on the freedom of expression. I propose now to address the next arguments made by the appellant in attempting to justify the restrictions on the respondents' freedom of expression.

D: Time, Place and Manner Restrictions

In spite of my conclusion that Regulation 7 is both vague and overbroad and as such does not pass the s. 1 analysis, I would like to discuss the time, place, and manner restrictions on expressive activity which the appellant has urged us to consider as reasonable limits in a free and democratic society under s. 1.

This "time, place, and manner" terminology has been used extensively in the American jurisprudence, and is described as follows by Farber and Nowak, *op. cit.*, at p. 1237:

Time, place, and manner regulations involve governmental restrictions on the physical impact of all speech, regardless of content. So long as the governmental regulation is uniformly applied, regulation of the physical attributes of speech poses relatively little threat to first amendment values; the first amendment's central prohibition on censorship is not strongly implicated. Although some people may be unable to express themselves in the exact physical manner, location, or time they find most satisfying, this inconvenience hardly seems a radical intrusion into individual autonomy. Furthermore, so long as a time, place, and manner regulation does not effectively prohibit all communication of a message, but instead affects only one channel of communication, there is only a slight loss in the social, or "marketplace," values inherent in the first amendment.

American courts now fastidiously adhere to a three-part test to determine the constitutionality of time, place, and manner regulations, stated succinctly

Par conséquent, je suis d'avis de conclure qu'aux fins de cette analyse, l'art. 7 du Règlement a une portée trop large pour pouvoir constituer une limite raisonnable à la liberté d'expression. Je vais maintenant me pencher sur les autres arguments qu'a fait valoir l'appelante pour justifier les restrictions apportées à la liberté d'expression des intimés.

D: Restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression

Malgré ma conclusion que l'art. 7 du Règlement est à la fois imprécis et de portée excessive et qu'à ce titre il ne satisfait pas au test de l'article premier, j'aimerais traiter des restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression que l'appelante nous a demandé de considérer comme des limites raisonnables dans une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier.

Cette terminologie afférente «aux heures, au lieu et au mode d'expression» a maintes fois été utilisée dans la jurisprudence américaine, comme le décrivent Farber et Nowak, *loc. cit.*, à la p. 1237:

[TRADUCTION] Les règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression constituent des restrictions gouvernementales sur les effets physiques de toute expression verbale, peu importe son contenu. Tant que les règlements gouvernementaux sont appliqués de façon uniforme, la réglementation des aspects physiques de l'expression verbale constitue une menace relativement minime pour les valeurs véhiculées par le Premier amendement; l'interdiction de censure prévue dans le Premier amendement n'est pas vraiment en cause. Bien que certaines personnes puissent être incapables de s'exprimer à l'heure, à l'endroit et de la façon qui leur plairaient, cet inconvénient ne saurait constituer une ingérence radicale dans l'autonomie de l'individu. En outre, dans la mesure où les règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression n'ont pas pour effet d'interdire toute communication d'un message mais ne font que toucher un mode de communication, il n'y a qu'une légère atteinte aux valeurs sociales, ou de «marché», inhérentes au Premier amendement.

Les tribunaux américains adoptent maintenant, et sans exception, un test en trois volets en vue de déterminer la constitutionnalité des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression, test énoncé brièvement par la Cour suprême des États-Unis dans

by the United States Supreme Court in *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983), at p. 177:

... the government may enforce reasonable time, place, and manner regulations as long as the restrictions are "content-neutral, are narrowly tailored to serve a significant government interest, and leave open ample alternative channels of communication."

This language resembles the criteria for evaluating the justification of *Charter* limitations under the s. 1 test. This correlation serves two purposes: it gives greater weight to the assessment of the reasonableness of time, place, and manner regulations under s. 1 rather than under s. 2(b), and it provides a welcome podium from which we can amplify our own standard.

Counsel for the A.G.O. suggested several guidelines to determine the reasonableness of content-neutral time, place, and manner restrictions. First, the measure's purpose must be considered. The more significant the purpose, the greater will be the latitude for regulating time, place and manner of expression. Second, the restriction should be tailored to its objectives, such that it did not overreach its purpose. Third, the courts should consider whether the restrictions are designed in a manner which tends to be free from excessive official discretion or undue arbitrariness. Fourth, courts should assess whether in the circumstances, adequate alternative avenues for expression are left open. Fifth, courts should evaluate the extent to which the restriction ensures that the property at issue can be effectively used by the government and the public for the governmental function or activity for which it was intended, apart from its use as a public arena for expression.

While at first this may appear to derogate from the *Oakes* analysis, in reality it merely restates the qualified *Oakes* test as described by Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69:

l'arrêt *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983), à la p. 177:

[TRADUCTION] ... le gouvernement peut imposer, par règlement, des heures, un lieu particulier et un mode d'expression raisonnables pourvu que les restrictions «ne soient pas liées au contenu, qu'elles soient strictement conçues pour servir un intérêt gouvernemental important et qu'elles permettent l'exercice de plusieurs autres modes d'expression.»

Ce langage se rapproche du test utilisé pour évaluer la justification des restrictions apportées à la *Charte*, en vertu de l'article premier. Cette corrélation sert à deux fins: elle donne plus de poids à l'évaluation du caractère raisonnable des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression faite en vertu de l'article premier plutôt qu'en vertu de l'al. 2b), et elle nous donne l'occasion opportune d'élaborer nos propres normes.

L'avocat du P.G.O. a proposé plusieurs critères pour établir le caractère raisonnable de restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression qui ne soient aucunement liées au contenu. Premièrement, il y a lieu de tenir compte de l'objet de la mesure. Plus l'objet visé est important, plus grande sera la latitude de réglementer les heures, le lieu et le mode d'expression. Deuxièmement, la restriction devra être formulée en fonction de ses objectifs, de façon à ne pas aller au-delà du but visé. Troisièmement, les tribunaux devraient se demander si les restrictions sont formulées de façon à minimiser le plus possible les pouvoirs discrétionnaires ou arbitraires excessifs qui sont conférés aux fonctionnaires. Quatrièmement, les tribunaux devraient déterminer si, dans les circonstances, d'autres moyens d'expression adéquats sont disponibles. Cinquièmement, les tribunaux devraient se demander dans quelle mesure la restriction garantit que la propriété en cause peut servir aux fonctions gouvernementales et aux activités prévues pour la population, en plus de son rôle de tribune publique d'expression.

Bien qu'à prime abord ces propositions semblent déroger au test de l'arrêt *Oakes*, en réalité elles ne sont qu'une confirmation des critères y énoncés et précisés par le juge en chef Dickson dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights. The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards. [Emphasis added.]

More recently in *Keegstra, supra*, Dickson C.J. noted at p. 735 that, notwithstanding that the *Oakes* framework has been continually reaffirmed by this Court, it would be "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." Later at p. 738, Dickson C.J. asserted that a formalistic approach to the *Oakes* analysis must be avoided and that courts should heed the following advice, taken from *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, per La Forest J. 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.

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides. [Je souligne.]

Plus récemment, dans l'arrêt *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson soulignait à la p. 735, que, même si notre Cour a maintes fois approuvé le cadre analytique établi dans l'arrêt *Oakes*, on s'induit «dangerusement 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.» Plus loin, à la p. 738, le juge en chef Dickson affirmait qu'il faut éviter une approche formaliste du test de l'arrêt *Oakes* et que les tribunaux devraient tenir compte des conseils suivants, formulés par le juge La Forest dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490:

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.

These comments strongly suggest that the *Oakes* approach, especially the second component, is not a talisman or incantation which is dutifully recited in every case. Rather, its purpose is to concentrate the inquiry into reasonableness with sharper resolution. If all restrictions relating to noise, litter, orderliness, and access to property, which may obliquely impinge upon the freedom of expression, had to be predicated upon momentous governmental objectives under the *Oakes* test, government would hardly ever be able to legislate effectively with respect to these matters. In addition, what may be applied strictly in the context of criminal law may warrant more relaxed implementation with respect to social issues.

If the purposes are legitimate, and the measures taken are reasonable having regard to all the circumstances, the standard of absolute minimal impairment need not be applied. If the government was left to prove that it could not have chosen any less intrusive method in every case in which a s. 2(b) breach is advanced, legislative efforts would be hopelessly stultified, and the balancing inherent in s. 1 would be subverted by indefensibly rigorous demands.

Applying even the most relaxed standard of analysis, the question remains as to whether these time, place, and manner regulations were reasonable in the context and circumstances of this particular case. Ignoring the selective application with respect to poppy vendors, does the wording of the provision qualify as a rational means of preserving the government's objectives and purposes? For the reasons stated with respect to the unique character of government property, the purposes would have to extend beyond the mere preservation of the government's property interest and the invocation of the right to control all activity thereon.

The objective would have to relate to the nature of the airport itself, and the need to ensure that it operates safely and efficiently. To that end, the government can impose restrictions regarding who may congregate in specific areas, especially those security

Ces commentaires suggèrent fortement que la théorie avancée dans l'arrêt *Oakes*, surtout dans son deuxième volet, ne constitue pas une prière ou un talisman à invoquer respectueusement dans chaque cas. Elle a plutôt pour but de mettre l'accent sur l'examen du caractère raisonnable pour en faciliter la solution. Si toutes les restrictions relatives au bruit, aux détrit, à l'ordre et à l'accès à la propriété, qui peuvent indirectement porter atteinte à la liberté d'expression, devaient être confirmées en fonction des objectifs gouvernementaux du moment, en vertu des critères énoncés dans *Oakes*, le gouvernement ne pourrait presque jamais légiférer de façon efficace dans ces domaines. De plus, ce qui peut s'appliquer de façon stricte en droit criminel peut nécessiter une application plus libérale en matière sociale.

Si les objectifs sont légitimes et les mesures prises raisonnables, compte tenu des circonstances, il ne sera pas nécessaire d'appliquer la norme de l'atteinte minimale absolue. Si, dans chaque cas où une violation de l'al. 2b) est alléguée, le gouvernement était tenu de démontrer qu'il n'aurait pas pu choisir une méthode moins importune, tous les efforts législatifs seraient rendus vains et l'équilibre inhérent à l'article premier serait renversé par des exigences d'un rigorisme indéfendable.

Même en appliquant ici les critères d'analyse les plus souples, la question se pose de savoir si ces règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression étaient raisonnables dans le contexte et les circonstances particulières de la présente affaire. Abstraction faite de l'application sélective de la règle à l'égard des vendeurs de coquelicots, le texte de la disposition constitue-t-il un moyen rationnel d'atteindre les objectifs et les fins recherchés par le gouvernement? Pour les motifs déjà mentionnés au regard du caractère unique de la propriété gouvernementale, il faudrait pour cela que les objectifs en question aillent bien au-delà de la simple préservation du droit de propriété du gouvernement et de l'invocation du droit de contrôler toutes les activités qui s'y déroulent.

L'objectif doit porter sur la nature de l'aéroport lui-même et sur le besoin d'assurer son exploitation sécuritaire et efficace. À cette fin, le gouvernement peut imposer des restrictions en ce qui concerne les personnes qui sont autorisées à s'assembler dans des

type zones identified above. Airports and planes are recurrent targets of terrorist activity. Precautions are necessary to combat these persistent threats and to minimize their potential repercussions. Ingress and egress to and from the various sectors of the airport should not be unnecessarily obstructed. Access to certain quarters can be limited to specific persons.

These objectives are not only reasonable, but in many instances necessary. Hence, these purposes can clearly anchor content-neutral time, place, and manner regulations to achieve those goals. However, the restrictions imposed by the impugned provision bear no rational connection to the aforementioned objectives. They are broad to the point of being unintelligible. Such a blanket exclusion on any type of activity is clearly violative of the requirements set out above. The case of *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987), involved a ban on all "First Amendment activities" in the airport (which would include not only solicitation and demonstrations, but also reading, thinking, believing, private conversation, etc.). The Court deliberately avoided the public forum question, because, at p. 2572:

We think it obvious that such a ban cannot be justified even if LAX [Los Angeles Airport] were a nonpublic forum because no conceivable governmental interest would justify such an absolute prohibition of speech. [Underlining omitted.]

Furthermore, it was held that even if the ban was in practice meant to apply only to certain types of activity that interfered with the operation of the airport, it was so broadly worded that it would give the airport officials unfettered discretion in administering it.

The provision at issue suffers from the same infirmities. The Minister's discretion seems absolute. The Regulation itself extends to every area of the airport

endroits donnés, notamment les zones de sécurité déjà identifiées. Les aéroports et les avions demeurent des cibles de prédilection pour les terroristes. Il est nécessaire de prendre des précautions pour combattre ces menaces incessantes et en réduire les répercussions possibles. Il ne faudrait pas non plus faire obstacle inutilement aux droits d'entrée et de sortie relatifs aux différents secteurs de l'aéroport. L'accès à certains «secteurs» peut être restreint à des personnes précises.

Ces objectifs sont non seulement raisonnables mais dans bien des cas essentiels. Ils peuvent donc certainement servir de fondement à des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression, qui ne soient aucunement liés au contenu, afin d'atteindre ces buts. Cependant, les restrictions que contient la disposition en litige n'ont aucun lien rationnel avec les objectifs susmentionnés. Elles sont tellement générales qu'elles deviennent intelligibles. Pareille exclusion globale de tout genre d'activité va nettement à l'encontre des exigences susmentionnées. Dans l'affaire *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987), il s'agissait d'une interdiction de toute «activité visée par le Premier amendement» dans l'aéroport (ce qui comprendrait non seulement la sollicitation et les manifestations, mais également la lecture, la réflexion, la foi, les conversations privées, etc.). La cour a délibérément évité de se prononcer sur la question du forum public parce que (à la p. 2572):

[TRADUCTION] Il nous semble évident qu'une telle interdiction ne peut se justifier même si LAX (l'aéroport de Los Angeles) était un forum non public parce qu'aucun intérêt imaginable du gouvernement pourrait justifier une telle interdiction absolue de la liberté de parole. [Soulignement omis.]

De plus, elle a conclu que même si, en pratique, l'interdiction visait seulement certains types d'activités qui entravaient le bon fonctionnement de l'aéroport, elle était rédigée de façon tellement large qu'elle donnerait aux responsables de l'aéroport pleins pouvoirs discrétionnaires de l'administrer.

La disposition ici en litige souffre des mêmes carences. Le pouvoir discrétionnaire du Ministre semble absolu. Le Règlement s'applique à tous les

and to virtually all types of activities. To the extent that one may think that the provision is not overbroad, i.e., if one endeavoured to delineate precisely what "business or undertaking, commercial or otherwise" was designed to comprehend, or what types of advertising and solicitation were implicated, the very attempt would expose the provision's unintelligible nature. Such ambiguity is wholly irreconcilable with a regulation suppressing freedom of expression.

Needless to say, besides this overbreadth, the contested provision does not, for the same reason, pass the proportionality test. Its impairment, far from being minimal, could not be greater. In my view then, the contested regulation, s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, cannot be saved by s. 1 of the *Charter*.

Even if I were of the view that the Regulation is restricted to commercial activity, I would still conclude that s. 2(b) of the *Charter* was infringed. The policy of the government, as demonstrated by its own interpretation of the Regulation and by its action in this particular case, was clearly that practically no form of expression would be permitted on the Dorval Airport premises. As is the case with the jurisprudence of the United States Supreme Court, constitutional protection is not limited to the legislature context (see *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)). This accords with the decision rendered by this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, which, although rendered in the context of s. 15 of the *Charter*, is applicable as well to s. 32. Here, the RCMP officers clearly were government agents when they forbade respondents from distributing their pamphlets. Therefore, be it a regulation or a policy, government action is clearly involved here, attracting *Charter* review, and the analysis under s. 1 applies.

secteurs de l'aéroport et pratiquement à tous les types d'activités. Dans la mesure où on pourrait croire que la disposition n'a pas une portée excessive, c'est-à-dire si on tentait de définir précisément ce que signifie «activité ou [...] entreprise, commerciale ou autre», ou quel genre de publicité et de sollicitation sont visées, cet exercice mettrait en évidence le caractère inintelligible de la disposition. Pareille ambiguïté est tout à fait inacceptable dans le cas d'un règlement supprimant la liberté d'expression.

Inutile de dire qu'en plus de la portée excessive de la disposition contestée, celle-ci ne répond pas au critère de proportionnalité, et ce, pour les mêmes raisons. L'atteinte qu'elle porte n'est pas minimale; au contraire, elle ne saurait être plus grave. À mon avis, l'article premier de la *Charte* ne saurait sauvegarder la disposition contestée, l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*.

Même si j'estimais que cette disposition s'applique uniquement à l'activité commerciale, je conclurais quand même qu'elle porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. Comme le démontre la façon dont il interprète le Règlement et comment il a agi en l'espèce, le gouvernement avait nettement l'intention d'exclure toute forme d'expression dans les locaux de l'aéroport de Dorval. Comme c'est le cas dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, la protection constitutionnelle ne s'applique pas uniquement au contexte législatif (voir *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)). Cette règle est conforme à l'arrêt de notre Cour *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, qui, bien que rendu dans le contexte de l'art. 15 de la *Charte*, s'applique également à l'art. 32. En l'espèce, les agents de la GRC étaient bel et bien des représentants du gouvernement lorsqu'ils ont interdit aux intimés de distribuer leurs brochures. Par conséquent, que ce soit sous forme de règlement ou de politique, il s'agit clairement en l'espèce d'un acte du gouvernement, susceptible d'être examiné en vertu de la *Charte*, et l'analyse fondée sur l'article premier lui est applicable.

Conclusion

The impugned regulation, on its face and as applied to the activity of the respondents, as well as government policy and action in prohibiting distribution of pamphlets by the respondents at Dorval Airport did have the effect of restricting freedom of expression, and therefore constituted a breach of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In assessing its potential justification under s. 1, on account of its vagueness, Regulation 7 does not constitute a limit prescribed by law. Similarly, because of its overbreadth, Regulation 7 does not pass the means analysis of *Oakes*. In addition to vagueness and overbreadth, the guidelines as to the scope of content-neutral time, place, and manner regulations put this particular attempt outside the boundaries of constitutional permissibility.

While I do not entirely endorse the “public forum” doctrine which has found favour in the American jurisprudence, the qualified definition of “public arenas” is helpful to appraise the reasonableness of any “place” restrictions within contested time, place, and manner regulations. While clearly not dispositive, those areas traditionally associated with, or resembling, sites where all persons have a right to express their views by any means at their disposal should be vigilantly protected from legislative restrictions on speech. That is not to say that no encumbrances of any kind can be imposed, but simply that any prospective conditions will have to be reasonable having regard to all the circumstances.

This particular provision does not even come close to meeting that standard. As a result of its vagueness and overbreadth, there is no foreseeability as to what activity is in fact being proscribed. Furthermore, the unfettered discretion vested in the Minister itself undermines the reasonableness and predictability of the provision’s application. Those affected by the Regulation cannot be left to speculate or surmise how or in what circumstances it will be implemented. Such conjecture is incompatible with the spirit, purposes and goals of our *Charter*, and will not pass

Conclusion

La disposition contestée, à sa face même et par son application à l’activité des intimés, ainsi que les politiques et les actes du gouvernement visant à interdire aux intimés de distribuer des brochures à l’aéroport de Dorval ont eu pour effet de restreindre la liberté d’expression et constituent donc une violation de l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Du fait de son imprécision, l’art. 7 ne constitue pas une limite prescrite par une règle de droit et, à ce titre, il ne saurait se justifier en vertu de l’article premier. De même, par sa portée excessive, l’art. 7 ne résiste pas à l’analyse des moyens proposée dans l’arrêt *Oakes*. En plus de l’imprécision et de la portée excessive de la disposition, les lignes directrices relatives au champ d’application des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d’expression, qui ne sont aucunement liés au contenu, excluent cet exercice de la sphère de l’acceptabilité constitutionnelle.

Bien que je n’adopte pas entièrement la théorie du «forum public» si populaire dans la jurisprudence américaine, la définition modifiée de «tribune publique» permet d’évaluer le caractère raisonnable des restrictions afférentes au «lieu» dans le cadre d’un règlement relatif aux heures, au lieu et au mode d’expression. Sans être déterminants, les secteurs traditionnellement associés à des endroits où tout le monde a le droit d’exprimer son opinion par quelque moyen que ce soit, ou à des endroits semblables, devraient être protégés vigilement contre toute restriction législative de la liberté de parole. Cela ne saurait signifier qu’aucune interdiction ne peut être imposée, mais simplement que les conditions éventuelles devront être raisonnables compte tenu de toutes les circonstances.

La disposition visée en l’espèce n’a pas l’ombre d’une chance de répondre à cette norme. En conséquence de son imprécision et de sa portée excessive, il est impossible de déterminer quelles activités sont vraiment interdites. En outre, le pouvoir discrétionnaire absolu dont dispose le Ministre lui-même réduit grandement le caractère raisonnable et la prévisibilité de son application. Les personnes touchées par le Règlement ne devraient pas en être réduites à deviner les cas et circonstances dans lesquels ce règlement sera appliqué. Pareille conjecture est incompatible

constitutional muster: it has not been demonstrably justified in a free and democratic society.

I would therefore dismiss the appeal, with costs, and answer the constitutional questions presented as follows:

1. Are ss. 7(a) and 7(b) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. In the affirmative, are the provisions in question to be regarded as a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J.—I have had the benefit of the reasons of Chief Justice Lamer, and Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin. While I agree with the several elements put forward by Chief Justice Lamer and L'Heureux-Dubé J. as pertinent to a determination of the extent of freedom of expression on government property according to ss. 1 and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I would structure their application as outlined by McLachlin J. with whose reasons I concur. I also adopt the reasons of L'Heureux-Dubé J. as to the interpretation of s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, and its application to the conduct of the respondents.

I would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional questions as does L'Heureux-Dubé J.

The following are the reasons delivered by

CORY J.—I am in agreement with the reasons of Chief Justice Lamer in so far as they deal with the use of government-owned property by members of the public for the purposes of expressing themselves on various issues, including his suggested method of

avec l'esprit, le but et les objectifs de notre *Charte* et est tout à fait inacceptable sur le plan constitutionnel: la justification de la restriction n'a pas été démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

a

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Les alinéas 7a) et 7b) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* contreviennent-ils à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

c

2. Dans l'affirmative, leur application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

d

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du juge en chef Lamer et ceux des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Bien que je souscrive aux éléments proposés par le juge en chef Lamer et le juge L'Heureux-Dubé, comme pertinents à la définition de la portée de la liberté d'expression dans une propriété du gouvernement selon l'article premier et l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, j'en ferais l'application selon le cadre que propose le juge McLachlin aux motifs de laquelle je souscris. J'adopte également les motifs du juge L'Heureux-Dubé quant à l'interprétation et à l'application de l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, à la conduite des intimés.

h

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles comme le fait le juge L'Heureux-Dubé.

i

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY—Je suis d'accord avec les motifs du juge en chef Lamer dans la mesure où ils ont trait à l'utilisation d'une propriété du gouvernement par des membres du public afin de s'exprimer sur différentes questions, y compris avec la façon dont il pro-

balancing the use ordinarily made of the particular government premises against the interests of an individual desirous of expressing in public an opinion on some matter.

However, I am in agreement with the conclusion reached by Justice L'Heureux-Dubé and her findings that the impugned Regulation contravened s. 2(b) and could not be saved by the provisions of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—This case brings before this Court for the first time the question of the extent of the *Charter* guarantee of free expression on state-owned property. I have had the advantage of reading the reasons of Justice L'Heureux-Dubé and Chief Justice Lamer. I reach the same conclusion but for different reasons.

I. Section 2(b) of the Charter and State-Owned Property

Introduction

L'Heureux-Dubé J. takes the position that all expression on public property falls within s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, with the result that any restrictions which are intended to limit, or which have the effect of limiting expression, must be justified by the government under s. 1 if they are to be saved. The only exception would be for violent or other proscribed forms of expression, which would be excluded from s. 2(b) pursuant to *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. Even expression on "private" state-owned property, such as the Prime Minister's office or a judge's private chambers, would fall under the guarantee of free speech found in s. 2(b) of the *Charter* on her analysis. This means that the main analysis of entitlement to a public forum for purposes of expression falls to be determined under s. 1 of the *Charter*.

Lamer C.J., on the other hand, takes a narrower view of s. 2(b). The guarantee of free expression applies only if the proposed expression does not unduly impair the function of the government prop-

pose de soupeser l'utilisation ordinaire de locaux particuliers du gouvernement en fonction des intérêts d'un individu qui souhaite exprimer publiquement une opinion sur un sujet.

Je suis cependant d'accord avec la conclusion tirée par le juge L'Heureux-Dubé et avec ses constatations que le règlement contesté viole l'al. 2b) et ne saurait être sauvegardé par les dispositions de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Par ce pourvoi, notre Cour est saisie pour la première fois de la question de la portée de la liberté d'expression, garantie par la *Charte*, dans une propriété d'État. J'ai pris connaissance des motifs du juge L'Heureux-Dubé et du juge en chef Lamer. Je tire la même conclusion, mais pour des motifs différents.

I. L'alinéa 2b) de la Charte et la propriété d'État

Introduction

Le juge L'Heureux-Dubé est d'avis que toute forme d'expression dans une propriété publique relève de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, par conséquent, le gouvernement doit justifier, en vertu de l'article premier, toutes les restrictions ayant pour but ou pour effet de limiter l'expression, pour qu'elles soient sauvegardées. Seule l'expression de violence et les autres formes d'expression prohibées, qui seraient exclues de l'al. 2b) en vertu de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, font exception. D'après son analyse, même les propriétés d'État «privées», comme le bureau du Premier ministre ou le cabinet privé d'un juge, feraient l'objet de la garantie de liberté d'expression que l'on trouve à l'al. 2b) de la *Charte*. Cela signifie que la principale analyse du droit à un forum public pour fins d'expression doit être faite en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Par ailleurs, le juge en chef Lamer donne une interprétation plus stricte à l'al. 2b). La liberté d'expression n'est garantie que si l'expression projetée ne nuit pas indûment à la fonction de la propriété gouverne-

erty in question. Under this test, much of the balancing of the conflicting interests of the speaker and the state would take place under s. 2(b) of the *Charter*.

I would adopt a position between the two expressed by my colleagues. In my view, the guarantee of free expression in s. 2(b) of the *Charter* cannot reasonably be read as conferring a constitutional right to use all government property for purposes of public expression. Only some expression on some government property is protected by s. 2(b). Like my colleagues, I find guidance in *Irwin Toy, supra*. Unlike them, I cannot conclude that the reasoning in *Irwin Toy* supports either the conclusion that s. 2(b) applies to all government property, or the conclusion that it applies only to government property whose function it does not unreasonably impede.

Criteria for the Test Under s. 2(b)

Freedom of expression does not, historically, imply freedom to express oneself wherever one pleases. Freedom of expression does not automatically comport freedom of forum. For example, it has not historically conferred a right to use another's private property as a forum for expression. A proprietor has had the right to determine who uses his or her property and for what purpose. Moreover, the *Charter* does not extend to private actions. It is therefore clear that s. 2(b) confers no right to use private property as a forum for expression.

The matter is less clear where public property is involved. Since the *Charter* applies to government action, the government must make its property available as a forum for public expression in so far as the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter* so requires. This poses squarely the question of whether s. 2(b) should be read as guaranteeing access to some or all government property for use as a forum for public expression. That is the issue at the heart of this case.

mentale en cause. D'après ce critère, l'évaluation des intérêts opposés de la personne qui s'exprime et de l'État se ferait en grande partie en vertu de l'al. 2b) de la *Charte*.

Je suis d'avis d'adopter une position intermédiaire par rapport à celles de mes collègues. J'estime que la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* ne saurait être interprétée raisonnablement comme conférant un droit constitutionnel d'utiliser toute propriété gouvernementale à des fins d'expression publique. Seules certaines formes d'expression dans certaines propriétés gouvernementales sont protégées par l'al. 2b). À l'instar de mes collègues, je m'inspire de l'arrêt *Irwin Toy, précité*. Contrairement à ces derniers, je ne puis conclure que le raisonnement employé dans *Irwin Toy* justifie la conclusion que l'al. 2b) s'applique à toute propriété gouvernementale ou celle qu'il ne s'applique qu'aux propriétés gouvernementales dont il n'entrave pas la fonction de façon déraisonnable.

Application du critère de l'al. 2b)

D'un point de vue historique, la liberté d'expression n'implique pas la liberté de s'exprimer où bon nous semble. La liberté d'expression ne comprend pas automatiquement la liberté de forum. Historiquement, par exemple, elle n'a pas conféré le droit d'utiliser la propriété privée d'autrui comme forum pour s'exprimer. Le propriétaire a toujours eu le droit de décider quelles personnes utiliseront sa propriété et à quelles fins elles le feront. En outre, la *Charte* ne s'applique pas aux actes privés. Il est donc évident que l'al. 2b) ne confère aucun droit d'utiliser la propriété privée comme forum pour s'exprimer.

La question est moins claire lorsqu'il s'agit d'une propriété publique. Puisque la *Charte* s'applique aux actes du gouvernement, ce dernier doit donner accès à sa propriété, à titre de forum pour l'expression publique, dans la mesure où la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* l'exige. Cela soulève directement la question de savoir s'il faut interpréter l'al. 2b) comme une garantie d'accès à toutes les propriétés gouvernementales, ou à certaines d'entre elles seulement, à titre de forum pour l'expression publique. C'est là le cœur du présent litige.

Three distinct approaches to this question have been put forward. The first is the submission of the government of Canada that there is no constitutional right to use any of its property for purposes of public expression. Only with its permission and where it considers it appropriate should individuals and groups be permitted to speak and demonstrate. The government submits that as the owner of all such property, it has the absolute right to exclude the use of the property for public expression if it chooses. It relies on the fact that the owners of property are generally entitled to control who enters on it and how it is used, a right which extends to the right to control expression on their property. The Crown, it contends, should be placed in no worse position than a private property owner.

At the other extreme is the position which L'Heureux-Dubé J. adopts—that s. 2(b) gives Canadians a constitutional right to use any and all government property for purposes of expression, subject only to such limitations as may be found to be justified under s. 1 of the *Charter*.

Between these two extremes lie intermediate positions (such as that advocated by the Attorney General for Ontario and adopted by Lamer C.J.), which assert that there is a constitutional right to use some but not all government property for purposes of public expression.

Which of these three general approaches should be adopted? The answer, in my view, must be found by considering the shared values which have historically been associated with the concept of freedom of expression. I agree with L'Heureux-Dubé J. that the rights guaranteed by the *Charter* cannot be confined to the ambit of the rights that preceded them. Thus, the guarantee of free expression may be larger in scope than the rights of free speech which existed before the *Charter*. At the same time, however, it is necessary in my view to have recourse to the historical, philosophical and evaluative purposes underlying *Charter* rights in determining their scope. The protection conferred by a right, even *prima facie*, should not go beyond what can be justified, having regard to

Trois points de vue distincts ont été proposés en réponse à cette question. Premièrement, le gouvernement du Canada prétend qu'il n'existe aucun droit constitutionnel d'utiliser quelque'une de ses propriétés à des fins d'expression publique. Ce n'est qu'avec sa permission, et où il le juge à propos, que des individus et des groupes seront autorisés à prendre la parole et à manifester. Le gouvernement prétend qu'en sa qualité de propriétaire de ces biens, il a le droit absolu d'en exclure l'utilisation à des fins d'expression publique, s'il le juge bon. Il se fonde sur le fait que les propriétaires ont habituellement le droit de contrôler l'accès à leur propriété et la façon de l'utiliser, ce qui comprend le droit de contrôler l'expression dans leur propriété. Il prétend que l'État ne saurait être placé dans une situation moins favorable que le propriétaire privé.

À l'autre extrême se situe le point de vue du juge L'Heureux-Dubé: l'al. 2b) donne aux Canadiens le droit constitutionnel d'utiliser toute propriété gouvernementale à des fins d'expression, sous réserve seulement des restrictions qui peuvent se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Entre ces deux extrêmes, il existe des positions intermédiaires (comme celle préconisée par le procureur général de l'Ontario et adoptée par le juge en chef Lamer) portant qu'en vertu de la Constitution il existe un droit d'employer certaines propriétés gouvernementales, mais pas toutes, à des fins d'expression publique.

Lequel de ces trois points de vue généraux faudrait-il retenir? À mon avis, la réponse se trouve dans l'examen des valeurs communes traditionnellement associées à la notion de liberté d'expression. Tout comme le juge L'Heureux-Dubé, j'estime que les droits garantis par la *Charte* ne sauraient être restreints à l'étendue des droits qui les ont précédés. Ainsi, la garantie de liberté d'expression peut avoir une portée plus grande que les droits de liberté de parole qui existaient avant l'adoption de la *Charte*. J'estime toutefois qu'il est également nécessaire de faire appel aux objectifs historiques, philosophiques et d'appréciation qui sous-tendent les droits garantis par la *Charte* pour en déterminer la portée. La protection conférée par un droit, même à première vue, ne

the history of the right and the purpose which it serves.

When the right of free expression is viewed in its historical and philosophical context, the result is that neither of the extreme views set out above can prevail. I consider first the Crown's argument that the government *qua* proprietor has the absolute right to prohibit and regulate expression on all property which it owns. This contention is belied by a venerable tradition which supports the view that some types of state-owned property are proper forums for public expression. The right of free speech has traditionally been associated with streets and by-ways and parks—all government property. To accept the Crown's argument would be to restrict the freedom guaranteed by the *Charter* to limits much narrower than those with which it has traditionally been associated. Little would remain of the right. Its purpose—to permit members of society to communicate their ideas and values to others—would be subverted.

The jurisprudence supports the view that the state's property interest in a forum does not give it the absolute right to control expression on that forum. In the ringing terms of *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), at pp. 515-16:

Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions.

Or as stated in *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), at p. 506:

Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it.

saurait aller au-delà de ce qui peut être justifié compte tenu de l'historique de ce droit et de l'objectif auquel il répond.

^a Lorsqu'on examine le contexte historique et philosophique du droit à la liberté d'expression, il en ressort qu'aucune des opinions extrêmes susmentionnées ne saurait être retenue. J'examine d'abord ^b l'argument de Sa Majesté selon lequel le gouvernement, à titre de propriétaire, a le droit absolu d'interdire et de réglementer l'expression dans toutes ses propriétés. Cette prétention est démentie par une tradition vénérable portant que certains genres de propriété d'État constituent des forums indiqués pour ^c l'expression publique. Le droit à la liberté de parole a toujours été associé aux rues, aux chemins et aux parcs, qui constituent tous des propriétés gouvernementales. S'il fallait retenir l'argument de Sa ^d Majesté, cela aurait pour effet de restreindre la liberté garantie par la *Charte* à un cadre beaucoup plus étroit que celui auquel elle a été associée dans le passé. Il ne resterait plus grand-chose de ce droit. L'objet visé—permettre aux citoyens de faire part de leurs ^e opinions et de leurs valeurs à autrui—serait contrecarré.

^f La jurisprudence étaye le point de vue selon lequel le fait que l'État soit propriétaire d'un forum ne lui donne pas le droit absolu d'y contrôler l'expression. Pour reprendre les termes percutants de l'arrêt *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), aux pp. 515 et 516:

^g [TRADUCTION] Peu importe qui détient le titre de propriété afférent aux rues et aux parcs, ces lieux ont de façon immémoriale fait l'objet d'une propriété en fiducie pour l'usage du public et ont été utilisés, depuis toujours, dans le but de tenir des assemblées et de permettre l'échange d'idées entre les citoyens et la discussion de questions d'intérêt public.

ⁱ Ou comme on l'affirme dans *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), à la p. 506:

^j [TRADUCTION] Le droit de propriété n'emporte pas toujours le contrôle absolu. Plus un propriétaire ouvre sa propriété au public en général, à son avantage, plus ses droits deviennent limités par les droits constitutionnels et légaux de ceux qui utilisent sa propriété.

In Canada, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, this Court struck down a municipal by-law forbidding the distribution of pamphlets in city streets without the permission of the Chief of Police. Rand J. stated at p. 332:

That public ways, in some circumstances the only practical means available for any appeal to the community generally, have from the most ancient times been the avenues for such communications, is demonstrated by the Bible itself: in the 6th verse of ch. xi of Jeremiah these words appear: "Proclaim all these words in the cities of Judah, and in the streets of Jerusalem". . . .

Notwithstanding Kellock J.'s view that a by-law prohibiting all distribution in the streets (as opposed to selective distribution) might raise different considerations, the principle remains that the state has not historically enjoyed an absolute right to control expression on property which it owns.

I turn then to the other extreme—the view that the s. 2(b) guarantee of freedom of speech comprehends the right to use all government property as a forum for public expression. Do the purposes of the right of free expression, viewed in historical and philosophic context, justify conferring on the public the constitutional right to express itself publicly on all public property, regardless of its use and function? To put it another way, did the framers of the *Charter* intend s. 2(b) to offer protection to the citizen's speech in even the most private state-owned property? Did they mean it to extend to private government offices, state-owned broadcasting towers and prisons? My conclusion is that they did not. There is no historical precedent, whether in England, the United States or this country, for extending freedom of expression to purely private areas merely because they happen to be on government-owned property. Freedom of expression has not traditionally been recognized to apply to such places or means of communication as internal government offices, air traffic control towers, publicly-owned broadcasting facilities, prison cells and judges' private chambers. To say that the guarantee of free speech extends to such arenas is to surpass

Au Canada, dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, notre Cour a annulé un règlement municipal interdisant la distribution de brochures dans les rues de la ville sans l'autorisation du chef de police. Le juge Rand y a affirmé ce qui suit à la p. 332:

[TRADUCTION] La Bible elle-même démontre que la voie publique, qui est en certains cas le seul moyen commode dont on dispose pour faire appel à la collectivité, constitue depuis les temps les plus reculés le canal de ce genre de communication. On trouve au 6^e verset du chapitre XI de Jérémie les mots suivants: «Proclame toutes ces paroles dans les villes de Juda et dans les rues de Jérusalem . . .»

Malgré l'opinion du juge Kellock selon laquelle un règlement interdisant toute distribution dans les rues (par opposition à une distribution sélective) pourrait soulever des questions différentes, il n'en demeure pas moins que, historiquement, l'État n'a pas bénéficié d'un droit absolu de contrôler l'expression sur sa propriété.

Je passe maintenant à l'autre extrême—le point de vue selon lequel la liberté de parole garantie à l'al. 2b) comprend le droit d'utiliser toute propriété gouvernementale comme forum à des fins d'expression publique. Les objectifs visés par le droit à la liberté d'expression, pris dans leur contexte historique et philosophique, justifient-ils l'attribution à la population du droit constitutionnel de s'exprimer publiquement dans toute propriété publique, peu importe son utilisation et sa fonction? En d'autres termes, les rédacteurs de la *Charte* ont-ils voulu que l'al. 2b) protège la liberté de parole des citoyens dans les propriétés d'État les plus privées? Ont-ils voulu qu'elle s'applique aux bureaux privés du gouvernement, aux tours de radiodiffusion et aux prisons de l'État? Je conclus que non. Il n'existe aucun précédent historique, que ce soit en Angleterre, aux États-Unis ou dans notre pays, qui puisse justifier le prolongement de la liberté d'expression à des secteurs purement privés pour la simple raison qu'ils sont situés dans une propriété gouvernementale. Traditionnellement, il n'a pas été reconnu que la liberté d'expression s'applique aux lieux ou aux moyens de communication comme les bureaux internes du gouvernement, les tours de contrôle du trafic aérien, les installations publiques de radiodiffusion, les cellules de prison et

anything the framers of the *Charter* could have intended.

Indeed, L'Heureux-Dubé J. appears to concede this at p. 198 in the course of her discussion under s. 1 of the *Charter*:

... the *Charter's* framers did not intend internal government offices, air traffic control towers, prison cells and Judges' Chambers to be made available for leafletting or demonstrations. It is evident that the right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* does not provide a right of access to all property whether public or private. Such a wholesale transformation of all government property is not necessary to fulfil the *Charter's* purposes, or to avoid a stifling of free expression. As this Court held in *R. v. Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344, while the *Charter* should be given a broad and generous interpretation, "it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question".

To say that freedom of expression extends to all state-owned property is to overshoot the actual purpose of the freedom, to extend the protection of the *Charter* to situations where the values underlying the right are absent. Clearly, s. 2(b) cannot be held to apply to all expression on all government-owned property.

Pragmatic considerations also support the conclusion that not all expression on state-owned property should be held to fall within s. 2(b) of the *Charter*. The state should not be obliged to defend in the courts its restriction of expression which does not raise the values and interests traditionally associated with the free speech guarantee. Indeed, a failure to invest s. 2(b) with meaningful content reflective of those principles threatens to trivialize the *Charter* guarantee of free expression. For these reasons a threshold test is required to screen out cases clearly falling outside the free speech guarantee before reaching the s. 1 analysis. The threshold should not be so high that persons with legitimate claims are prevented from establishing them; nevertheless a *prima facie* case is required that the expression on the

les cabinets privés de juge. Affirmer que la garantie de liberté de parole s'applique à de telles tribunes irait au-delà de ce que les rédacteurs de la *Charte* ont pu souhaiter.

D'ailleurs, le juge L'Heureux-Dubé paraît l'admettre, à la p. 198, dans le cadre de son analyse de l'article premier de la *Charte*:

... les rédacteurs de la *Charte* n'avaient sûrement pas l'intention de mettre les bureaux des employés du gouvernement, les tours de contrôle du trafic aérien, les cellules de prison et les cabinets de juge à la disposition des distributeurs de dépliant ou des manifestants. Il est évident que le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété, qu'elle soit publique ou privée. Il n'est pas nécessaire de transformer ainsi toutes les propriétés du gouvernement pour permettre à la *Charte* d'atteindre ses objectifs ou pour éviter la répression de la libre expression. Comme l'a conclu notre Cour dans *R. c. Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344, bien que la *Charte* doive être interprétée de façon large et libérale, «il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question.»

Affirmer que la liberté d'expression s'applique à toute propriété d'État irait au-delà de l'objet véritable de cette liberté et aurait pour effet d'étendre la protection de la *Charte* à des situations caractérisées par l'absence des valeurs sous-jacentes à ce droit. De toute évidence, on ne saurait conclure que l'al. 2b) s'applique à toute forme d'expression sur toute propriété d'État.

C'est aussi pour des raisons pragmatiques qu'il faut conclure que toute forme d'expression sur une propriété d'État ne saurait relever de l'al. 2b) de la *Charte*. L'État ne devrait pas être tenu de défendre devant les tribunaux les restrictions qu'il impose à l'expression lorsqu'elles ne font pas intervenir les valeurs et les intérêts traditionnellement associés à la garantie de liberté de parole. En fait, l'omission de conférer à l'al. 2b) un sens utile qui traduise ces principes menace de banaliser la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Pour ces raisons, il est nécessaire d'établir un critère préliminaire pour éliminer les cas qui, de toute évidence, ne sont pas visés par la garantie de liberté de parole, avant de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier. Ce critère ne devra pas être sévère au point d'empêcher les per-

public property in question engages traditional free speech concerns and hence falls within the ambit of s. 2(b).

It might be contended that the power of the Crown to restrict access to public property is sufficient to prevent totally unmeritorious claims to free expression on state-owned property being presented for s. 1 analysis. There is a suggestion of this in the reasons of L'Heureux-Dubé J. where she states "the right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* does not provide a right of access to all property whether public or private." (p. 198) In my view, the Crown's property interest and the law of trespass cannot be relied on as a means of excluding totally unmeritorious s. 2(b) claims. The Crown may in fact limit legitimate free speech by the device of denying access. The question in such a case would be whether that denial of access infringed s. 2(b). Thus the notion of access does not advance the analysis, but is itself part of the problem.

I am thus led to conclude that the protection afforded by s. 2(b) as to the forum in which public expression may be made, lies somewhere between the extremes of absolute government control of expression on state-owned property on the one hand, and *prima facie* protection for all expression on state-owned property on the other. The "public forum" doctrine in the United States and Lamer C.J.'s concurrent reasons in this case are examples of this intermediate approach.

In the United States, the line has been drawn with the aid of the "public forum" doctrine, which focuses on the characteristics of the government property in question. In *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), the Supreme Court distinguished between public forums which by tradition or express creation have been devoted to assembly and debate, and public property which is not by tradition or designation used for communication. If a forum is classified as "pub-

sonnes ayant des revendications légitimes d'en faire la preuve; néanmoins, il faudra faire la preuve *prima facie* que l'expression dans la propriété publique en cause soulève des préoccupations traditionnellement liées à la liberté de parole et qu'elle relève par conséquent de l'al. 2b).

On pourrait prétendre que le pouvoir de l'État de restreindre l'accès à la propriété publique suffit à empêcher la présentation de revendications nullement fondées de liberté d'expression dans une propriété d'État, aux fins d'une analyse en vertu de l'article premier. Le juge L'Heureux-Dubé le laisse d'ailleurs entendre dans ses motifs lorsqu'elle affirme que «le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété, qu'elle soit publique ou privée.» (p. 198). À mon avis, le droit de propriété de l'État et les règles de droit relatives à l'intrusion ne sauraient être invoqués pour exclure des revendications nullement fondées présentées en vertu de l'al. 2b). En fait, il peut arriver que l'État restreigne la liberté de parole légitime en refusant l'accès à sa propriété. Dans ce cas, il s'agirait de déterminer si ce refus porte atteinte à l'al. 2b). La notion d'accès ne fait donc pas progresser l'analyse mais fait elle-même partie intégrante du problème.

Je suis donc portée à conclure que la protection accordée par l'al. 2b) quant au forum pouvant servir à l'expression publique se situe entre les positions extrêmes du contrôle gouvernemental absolu de l'expression dans les propriétés d'État, d'une part, et de la protection *prima facie* de toutes les formes d'expression dans les propriétés d'État, d'autre part. La théorie américaine du «forum public» et les motifs concordants du juge en chef Lamer en l'espèce illustrent ce point de vue intermédiaire.

Aux États-Unis, la question a été réglée à l'aide de la théorie du «forum public» qui est axée sur les caractéristiques de la propriété gouvernementale en cause. Dans l'arrêt *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), la Cour suprême a fait une distinction entre les forums publics qui, en vertu de la tradition ou d'une disposition expresse, ont été consacrés aux assemblées et aux débats, et la propriété publique qui, par tradition ou désignation, n'est pas utilisée à des

lic”, speech within it may not ordinarily be abridged unless the regulation is content-neutral, serves a significant governmental interest and leaves open adequate alternative channels for communication: *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980).

As my colleagues note, the public forum doctrine has been much criticized. Many commentators suggest that it has been used less as a test than as a means of justifying conclusions based on other factors. It is criticized for failing to address the values involved in finding the proper balance of interest between the individual and the state. The result, it is suggested, has been doctrinal confusion and distorted results. As Tribe puts it in *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 992, “whether or not a given place is deemed a “public forum” is ordinarily less significant than the nature of the speech restriction—despite the Court’s rhetoric.” See also Farber and Nowak, “The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication” (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219. Such criticism supports the conclusion adopted by Lamer C.J. that the test should focus on the values at stake rather than rigid concepts related to the nature of the forum.

Lamer C.J. suggests a s. 2(b) test based on the compatibility of the speech with the function of the state-owned property in question. He argues, for example, that the protection of freedom of expression afforded by s. 2(b) of the *Charter* would not extend to the Parliamentary library because silence is essential to its function. On the other hand, expression in a municipal council chamber would be protected because expression is not incompatible with the function of the council chamber. Limits on expression in such a place would fall to be tested under s. 1. By extension of the reasoning in *Irwin Toy*, Lamer C.J. views expression which is incompatible with the

fins de communication. Si un forum est considéré comme «public», la liberté de parole ne peut habituellement y être réduite à moins que le règlement ne soit pas lié au contenu, qu’il serve un intérêt important du gouvernement et qu’il laisse disponibles d’autres modes de communication appropriés: *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980).

Comme l’ont souligné mes collègues, la théorie du forum public a fait l’objet de bien des critiques. Nombreux sont ceux qui prétendent qu’elle a moins servi de critère que de moyen de justifier des conclusions fondées sur d’autres facteurs. On lui reproche de ne pas tenir compte des valeurs qui sous-tendent l’atteinte d’un équilibre approprié entre les intérêts de l’individu et ceux de l’État. Il en résulte, laisse-t-on entendre, une confusion dans la doctrine et des résultats biaisés. Comme l’affirme Tribe dans *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), à la p. 992, [TRA-DUCTION] «la question de savoir si un lieu donné est réputé constituer un «forum public» est habituellement moins importante que la nature même de la restriction imposée à la liberté de parole—malgré la rhétorique des tribunaux.» Voir également Farber et Nowak, «The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219. Les critiques de ce genre étayaient la conclusion du juge en chef Lamer selon laquelle le critère devrait être axé sur les valeurs en jeu plutôt que sur des concepts rigides liés à la nature du forum.

Le juge en chef Lamer propose un critère d’analyse de l’al. 2b) fondé sur la compatibilité entre l’expression et la fonction de la propriété d’État en cause. Par exemple, il prétend que la protection de la liberté d’expression conférée par l’al. 2b) de la *Charte* ne s’appliquerait pas à la bibliothèque du Parlement parce que le silence est essentiel à sa fonction. En revanche, la liberté d’expression serait protégée dans les locaux d’un conseil municipal parce que l’expression n’est pas incompatible avec la fonction de la salle du conseil. Les restrictions imposées à l’expression dans pareil endroit devraient donc subir le test de l’article premier. Par analogie avec le raisonnement suivi dans l’arrêt *Irwin Toy*, le juge en chef Lamer estime que l’expression incompatible avec la fonction

function of the public property as being expression which takes a form that should not be protected.

Reflection leads me to question whether the “compatibility with function” test serves as a useful and appropriate tool for screening out claims which should not be considered to fall within the ambit of free expression. The compatibility of the property’s purpose with free expression is doubtless a factor in determining whether a government restriction on that expression is constitutional under s. 1 of the *Charter*. But I question whether it is the only factor and whether it is properly introduced at the stage of s. 2(b) of the *Charter*. It could be argued, for example, that the Parliamentary library could function quite well despite the presence of demonstrators holding placards. Moreover, the concept of function presents difficulties. Does it mean normal function? Minimal or essential function? Optimum function? At what point does expression become incompatible with function? Presumably, only if the impairment of function were severe would s. 2(b) be held inapplicable, with limitations relating to optimal (as opposed to minimal) function falling to be justified under s. 1. Yet drawing this line may prove difficult in practice.

In short, the concept of function proves on examination to be a relative one. In some cases, the right of free expression might be considered important enough to interfere to some extent with the function of government property. In others, the impairment of function will be so great in comparison with the interest in free expression as to justify exclusion or limitation of the expression. The concept of function is thus seen to involve a balancing of interests which arguably serves better as part of the s. 1 test than as a threshold for screening out claims which raise no *prima facie* free expression interest.

A functional test for s. 2(b) suffers from the further difficulty that it might present problems of proof

d’une propriété publique est l’expression qui prend une forme qui ne devrait pas être protégée.

Ma réflexion me porte à me demander si le critère de la «compatibilité avec la fonction» est un moyen utile et indiqué pour éliminer les revendications qui ne devraient pas être considérées comme entrant dans le champ d’application de la liberté d’expression. La compatibilité entre l’objectif d’une propriété et la liberté d’expression est certainement un facteur dont il faut tenir compte pour déterminer si la restriction imposée par un gouvernement à cette forme d’expression est constitutionnelle en vertu de l’article premier de la *Charte*. Mais je me demande si c’est là le seul facteur et si c’est bien au niveau de l’al. 2b) de la *Charte* qu’il faut l’introduire. Par exemple, on pourrait prétendre que la bibliothèque du Parlement pourrait très bien fonctionner malgré la présence de manifestants munis de pancartes. En outre, la notion de fonction pose des problèmes. S’agit-il de la fonction normale? De la fonction minimale ou essentielle? De la fonction optimale? À quel moment l’expression devient-elle incompatible avec la fonction? On peut présumer que seule l’entrave grave à la fonction entraînerait l’inapplicabilité de l’al. 2b), tandis que les restrictions relatives à la fonction optimale (par rapport à la fonction minimale) devraient être justifiées en vertu de l’article premier. En pratique toutefois, il peut être difficile de faire ces distinctions.

Bref, après examen de la notion de fonction, celle-ci s’avère tout à fait relative. Dans certains cas, le droit à la liberté d’expression pourrait être jugé assez important pour nuire dans une certaine mesure à la fonction de la propriété gouvernementale. Dans d’autres cas, l’entrave à la fonction sera tellement considérable par rapport à l’intérêt qui réside dans la liberté d’expression que l’exclusion ou la restriction de l’expression s’en trouvera justifiée. On considère donc que la notion de fonction comporte une certaine évaluation des intérêts qui, pourrait-on soutenir, est plus utile dans le cadre de l’application du critère de l’article premier que comme moyen préliminaire d’éliminer des revendications qui, à première vue, ne soulèvent aucune question relative à la liberté d’expression.

Un critère d’application de l’al. 2b) qui soit fondé sur la fonction de la propriété soulève une autre diffi-

which would forestall legitimate claims. It is open to the danger that the state by defining function broadly might unduly restrict the class of cases which are *prima facie* entitled to constitutional protection. Moreover, the onus would be on the accused to show that the government function would be unimpaired by his or her expression—a task which might prove difficult given the superior knowledge of the state regarding how the location best functions. Considerations such as these lead me to question whether compatibility with the function of the forum should be the critical factor at the stage of s. 2(b).

I have considered a number of options for a s. 2(b) test and found them all wanting. The extremes of extending s. 2(b) to all government property and denying constitutional protection to expression on any government property are inconsistent with the historical and philosophical underpinning of the right of free expression. But the tests lying between these extremes suffer from their own defects. The American public forum doctrine, with its emphasis on the characteristics of the government property in question, has led to *ad hoc* decision-making and uncertainty. The test proposed by Lamer C.J., while correctly focusing on the values and interests at stake, arguably places under s. 2(b) too much of the balancing between conflicting interests which has come to be associated with s. 1 of the *Charter*, and may unnecessarily increase the difficulty of bringing legitimate claims before the courts.

My review of these alternatives leads me to conclude that the test for the constitutional right to use government property for public expression should conform to the following criteria. It should be based on the values and interests at stake and not be confined to the characteristics of particular types of government property. Reflecting the concepts traditionally associated with free expression, it should extend constitutional protection to expression on some but not all government property. The analysis under s. 2(b) should focus on determining when, as a general

culté: il pourrait poser des problèmes de preuve qui nuiraient à des revendications légitimes. Il y a danger que l'État, en définissant la fonction de façon large, restreigne ainsi indûment la catégorie de cas qui pourraient, à première vue, être protégés par la Constitution. De plus, il incomberait à l'accusé d'établir que son expression n'entrave aucunement la fonction gouvernementale, une tâche qui pourrait s'avérer difficile étant donné la connaissance supérieure qu'a l'État de la façon dont l'endroit visé fonctionne le mieux. Ce genre de considérations m'amène à me demander si la compatibilité avec la fonction du forum devrait être le facteur critique dans l'analyse fondée sur l'al. 2b).

J'ai envisagé un certain nombre d'autres critères d'application de l'al. 2b) et je les ai tous trouvés insuffisants. Les solutions extrêmes qui consistent à étendre l'application de l'al. 2b) à toute propriété gouvernementale et à refuser toute protection constitutionnelle à l'expression sur quelque propriété gouvernementale que ce soit sont incompatibles avec le fondement historique et philosophique du droit à la libre expression. Mais les critères se trouvant entre ces extrêmes ont leurs propres faiblesses. La théorie américaine du forum public, qui met l'accent sur les caractéristiques de la propriété gouvernementale en cause, a donné lieu à un processus décisionnel ponctuel et à l'incertitude. On peut soutenir que, bien qu'il soit axé à juste titre sur les valeurs et les intérêts en jeu, le critère proposé par le juge en chef Lamer fait indûment appel à l'al. 2b) pour l'évaluation d'intérêts opposés qu'on en est venu à associer avec l'article premier de la *Charte*, et peut compliquer inutilement la tâche de ceux qui désirent engager des poursuites légitimes devant les tribunaux.

Après examen de ces solutions, je conclus que le critère d'application du droit constitutionnel d'utiliser une propriété gouvernementale à des fins d'expression publique devrait tenir compte des facteurs suivants. Il devrait être fondé sur les valeurs et les intérêts en jeu et non se limiter aux caractéristiques de différents genres de propriétés gouvernementales. Réflétant les concepts associés traditionnellement à la liberté d'expression, il devrait prévoir la protection constitutionnelle de l'expression non pas dans toutes les propriétés gouvernementales mais dans certaines

proposition, the right to expression on government property arises. The task at this stage should be primarily definitional rather than one of balancing, and the test should be sufficiently generous to ensure that valid claims are not excluded for want of proof. Once it has been determined that the expression in question at the location in question falls within the scope of s. 2(b) thus defined, the further question arises of whether the government's limitation on the property's use for the expression in question is justified under s. 1. At this stage the concern should be primarily one of weighing and balancing the conflicting interests—the individual's interest in using the forum in question for his or her expressive purposes against the state's interest in limiting the expression on the particular property.

Against this background, I turn to the problem of defining what types of government property should *prima facie* be regarded as constitutionally available for forums for public expression.

The Test Under Irwin Toy

In my view, the methodology set out in *Irwin Toy*, *supra*, dictates the test for constitutional protection of expression on a particular state-owned property. *Irwin Toy* distinguished between two classes of restrictions on freedom of expression: restrictions aimed at preventing certain meanings being conveyed, and restrictions which are not directed at content but have the effect of restricting expression. The Court quoted the following passage from Archibald Cox (*Freedom of Expression* (1981), at pp. 59-60):

The bold line . . . between restrictions upon publication and regulation of the time, place or manner of expression tied to content, on the one hand, and regulation of time, place, or manner of expression regardless of content, on the other hand, reflects the difference between the state's usually impermissible effort to suppress "harmful" information, ideas, or emotions and the state's often justifiable desire to secure other interests against interference from the noise and the physical

seulement. L'analyse fondée sur l'al. 2b) devrait être axée sur la question de savoir dans quelles circonstances, de façon générale, le droit à l'expression dans une propriété gouvernementale est en cause. À ce stade, il s'agirait surtout d'un rôle de définition plutôt que d'évaluation, et le critère devrait être assez large pour que les revendications régulières ne soient pas exclues, faute de preuve. Après avoir conclu que l'expression en cause, à l'endroit en cause, tombe dans le champ d'application de l'al. 2b) ainsi défini, il faut alors déterminer si la restriction imposée par le gouvernement à l'utilisation de la propriété aux fins de l'expression en question se justifie en vertu de l'article premier. On devrait alors se préoccuper surtout de soupeser et d'évaluer les intérêts opposés—l'intérêt qu'a le citoyen à utiliser le forum en cause à des fins d'expression par rapport à l'intérêt qu'a l'État à restreindre l'expression dans ladite propriété.

Dans ce contexte, j'aborde maintenant le problème de la définition du genre de propriété gouvernementale qui, à première vue, devrait être considéré comme pouvant servir de forum pour l'expression publique en vertu de la Constitution.

Le critère de l'arrêt Irwin Toy

À mon avis, la méthode énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, prescrit le critère d'application de la protection constitutionnelle de l'expression dans une propriété d'État donnée. L'arrêt *Irwin Toy* établit une distinction entre deux catégories de restrictions de la liberté d'expression: celles qui ont pour but d'empêcher la transmission de certains messages et celles qui ne visent pas le contenu mais qui ont pour effet de restreindre l'expression. La Cour a cité le passage suivant de l'ouvrage d'Archibald Cox (*Freedom of Expression* (1981), aux pp. 59 et 60):

[TRADUCTION] La ligne de démarcation [. . .] entre les restrictions apportées à la publication et la réglementation quant au temps, au lieu et au mode d'expression liés au contenu, d'une part, et la réglementation du temps, du lieu ou du mode d'expression sans égard au contenu d'autre part, illustre la différence entre l'effort généralement injustifié de l'État de supprimer des informations, des idées ou des émotions «nuisibles» et le désir souvent justifié de l'État de protéger d'autres intérêts contre les

intrusions that accompany speech, regardless of the information, ideas, or emotions expressed.

As this passage makes clear, limitations on forum may fall into either of the two fundamental categories of restrictions on expression distinguished in *Irwin Toy*. A restriction on the forum for expression may be content-based. For example, a ban on anti-war messages on Parliament Hill might be viewed as essentially content-based. In a place where political messages of all sorts are traditionally tolerated, a restriction is placed on one particular type of message because of its content. To borrow once more the phraseology of Cox, this would be a restriction on place "tied to content." Or to use the language of *Irwin Toy*, the government's main purpose would be to limit the content of speech. On the other hand, many restrictions on forums for public expression are content-neutral. The government's purpose is not, in the words of *Irwin Toy*, "to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed" (p. 974). Its purpose is rather to avoid the "harmful consequence of the particular conduct in question" (*Irwin Toy*, at p. 975); for example, to prevent interference with the proper and orderly functioning of government-owned property.

The test for whether s. 2(b) applies to protect expression in a particular forum depends on the class into which the restriction at issue falls. If the government's purpose is to restrict the content of expression through limiting the forums in which it can be made, then this, as Cox says, is "usually impermissible". The result, under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is that s. 2(b) applies. If, on the other hand, the restriction is content-neutral, it may well not infringe freedom of expression at all. In this case, the jurisprudence laid down in *Irwin Toy* requires that the claimant establish that the expression in question (including its time, place and manner) promote one of the purposes underlying the guarantee of free expression. These were defined in *Irwin Toy* (at p. 976) as: (1) the seeking and obtaining of truth; (2) participation in social and political decision-making;

effets du bruit et des intrusions physiques qui accompagnent la parole, sans égard aux informations, aux idées ou aux émotions exprimées.

Comme l'illustre clairement ce passage, les restrictions relatives au forum peuvent tomber dans l'une ou l'autre des deux catégories fondamentales de restrictions de l'expression établies dans l'arrêt *Irwin Toy*. Une restriction apportée à l'utilisation du forum à des fins d'expression peut être liée au contenu. Par exemple, l'interdiction de la transmission sur la colline parlementaire de messages contre la guerre pourrait être considérée comme essentiellement liée au contenu. Dans un lieu où les messages politiques de toutes sortes sont traditionnellement tolérés, une restriction est imposée à un genre particulier de message à cause de son contenu. Selon l'expression de Cox, toujours, il s'agirait d'une restriction du lieu «lié[e] au contenu». Ou pour reprendre les propos tenus dans *Irwin Toy*, l'objectif principal du gouvernement serait de restreindre le contenu du message. Par contre, bien des restrictions imposées à l'utilisation de forums à des fins d'expression publique ne sont pas liées au contenu. Le gouvernement n'a pas pour objectif, selon les termes de l'arrêt *Irwin Toy*, «de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis» (p. 974). Il a plutôt pour objectif d'éviter une «conséquence préjudiciable de la conduite visée» (*Irwin Toy*, à la p. 975); par exemple, empêcher que l'on entrave le bon fonctionnement d'une propriété d'État.

Le critère utilisé pour déterminer si l'al. 2b) s'applique pour protéger l'expression dans un forum particulier dépend de la catégorie où se trouve la restriction en litige. Si l'objectif du gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en limitant les forums où elle peut avoir lieu, cela est alors [TRADUCTION] «généralement injustifié», comme l'affirme Cox. Il s'ensuit qu'en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'al. 2b) est applicable. Par contre, si la restriction n'est pas liée au contenu, il est fort possible qu'elle ne porte aucunement atteinte à la liberté d'expression. Dans ce cas, la jurisprudence établie dans *Irwin Toy* prévoit que le requérant doit démontrer que l'expression en cause (y compris l'heure, le lieu et le mode d'expression) sert à promouvoir l'un des objectifs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression. Ces derniers sont ainsi

and (3) the encouragement of diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing by cultivating a tolerant, welcoming environment for the conveyance and reception of ideas. Only if the claimant can establish a link between the use of the forum in question for public expression and at least one of these purposes is the claimant entitled to the protection of s. 2(b) of the *Charter*.

I note in passing that it is at this point that I differ from L'Heureux-Dubé J. who, at p. 187 of her concurrent reasons, concludes that the mere fact that the government limit has the effect of limiting expression means that s. 2(b) is violated. As I read *Irwin Toy*, *supra*, a further enquiry into the purpose served by the expression in question must be made before it can be found that s. 2(b) applies. In a case where the restriction involves a state-owned property, that examination will focus on whether the forum's relationship with the particular expressive activity invokes any of the values and principles underlying the guarantee. The effect of that inquiry is to screen out many potential claims to the use of government property as the forum for public expression.

I digress briefly on a semantical point. As Cox and this Court in *Irwin Toy* recognized, the true distinction is between limits directed at restricting the content of expression and limits which are directed at the consequences of the expression, both of which are capable of being effected by restrictions which relate to "time, place and manner." However, in much of the American literature, the adjectival phrase "time, place and manner" is often used in contra-distinction to the phrase "content-based", as shorthand for restrictions directed not at the content but at the consequences of expression. I proceed on the basis that restrictions as to forum (i.e. place) may have as their purpose either the controlling of content, or the avoidance of the consequences of expression regardless of its content.

définis dans *Irwin Toy* (à la p. 976): (1) la recherche de la vérité, (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique, et (3) l'encouragement de la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels dans une société tolérante et accueillante à l'égard de la transmission et de la réception des idées. Le requérant n'aura droit à la protection de l'al. 2b) de la *Charte* que s'il peut faire la preuve de l'existence d'un lien entre son utilisation du forum en cause, à des fins d'expression publique, et au moins l'un de ces objectifs.

Je souligne au passage que c'est ici que je ne sous-cris plus à l'opinion du juge L'Heureux-Dubé qui, à la p. 187 de ses motifs concordants, conclut que le simple fait que la restriction imposée par le gouvernement a pour conséquence de limiter l'expression signifie qu'il y a violation de l'al. 2b). Suivant mon interprétation de l'arrêt *Irwin Toy*, précité, il faut également procéder à l'examen de l'objectif servi par l'expression en cause avant de conclure à l'application de l'al. 2b). Dans le cas où la restriction vise une propriété d'État, l'examen consiste à déterminer si le lien existant entre le forum et l'activité d'expression en cause soulève l'une des valeurs ou des principes qui sous-tendent la garantie. Cet examen a pour effet d'éliminer bien des revendications potentielles du droit d'utiliser une propriété gouvernementale comme forum pour l'expression publique.

Je m'écarte brièvement du sujet pour soulever une question de sémantique. Comme Cox et notre Cour, dans *Irwin Toy*, l'ont reconnu, ce qu'il faut distinguer ce sont les limites ayant pour but de restreindre le contenu de l'expression et les limites axées sur les conséquences de l'expression, toutes deux pouvant comporter des restrictions relatives «aux heures, au lieu et au mode d'expression». Toutefois, dans une grande partie de la doctrine américaine, l'expression qualificative «aux heures, au lieu et au mode d'expression» est souvent opposée à l'expression «lié au contenu», et ce, pour désigner sommairement des restrictions axées non pas sur le contenu mais sur les conséquences de l'expression. Je tiens pour acquis que les restrictions relatives au forum (c'est-à-dire au lieu) peuvent avoir pour objet soit de contrôler le contenu, soit d'éviter les conséquences de l'expression, peu importe son contenu.

It follows from what I have said that the first step in determining whether s. 2(b) applies is to determine whether the government's purpose in imposing the forum restriction is to regulate content of expression or merely to regulate its consequences, regardless of its content. In distinguishing between the two categories of restrictions in the context of forum, the guidelines set out in *Irwin Toy* are apposite. The Court summarized the test at pp. 975-76:

... the characterization of government purpose must proceed from the standpoint of the guarantee in issue. With regard to freedom of expression, if the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity.

Where the restriction is aimed at the content of speech, the infringement of s. 2(b) is established and the analysis proceeds immediately to s. 1 of the *Charter*. Where the restriction is aimed not at content but at avoidance of undesirable consequences of the expression, the claimant may establish a violation by establishing a link between expressing himself or herself in the forum in question and one of the purposes of the guarantee of free speech.

Questions will doubtless arise as to the exact ambit of the pursuit of truth, participation in the community and the conditions necessary for individual fulfillment and human flourishing. It would be wrong to attempt to comprehensively define these values at the outset. Apart from the difficulties of such a venture, there would be a risk of foreclosing constitutional protection for expression which should be protected. As indicated in *Irwin Toy*, "[t]he precise and complete articulation of what kinds of activity promote these principles is ... a matter for judicial appreciation to be developed on a case by case basis" (p.

Il résulte de ce qui précède que la première chose à faire pour déterminer si l'al. 2b) est applicable est de décider si l'objectif poursuivi par le gouvernement, en imposant la restriction relative au forum, est de réglementer le contenu de l'expression ou simplement de réglementer ses conséquences, sans égard au contenu. Les indications de l'arrêt *Irwin Toy* sont pertinentes lorsqu'il s'agit de distinguer les deux catégories de restrictions, dans le contexte du forum. La Cour résume le critère applicable, aux pp. 975 et 976:

... la qualification de l'objet du gouvernement doit se faire du point de vue de la garantie en cause. Pour ce qui concerne la liberté d'expression, si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. D'autre part, s'il vise seulement à prévenir les conséquences matérielles d'une conduite particulière, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité.

Lorsque la restriction vise le contenu du discours, la violation de l'al. 2b) est établie et l'analyse passe immédiatement à l'étape de l'article premier de la *Charte*. Lorsque la restriction vise non pas le contenu mais à éviter les conséquences indésirables de l'expression, le requérant peut faire la preuve de la violation en démontrant l'existence d'un lien entre son expression dans le forum en cause et l'un des objectifs visés par la garantie de liberté de parole.

Il y aura certainement des questions quant à la portée exacte de la recherche de la vérité, de la participation au sein de la société et des conditions nécessaires à l'enrichissement et à l'épanouissement personnels. On aurait tort de tenter dès le début de définir ces valeurs de façon détaillée. Outre les difficultés inhérentes à ce genre d'exercice, cela risquerait d'enlever toute protection constitutionnelle à des modes d'expression qui devraient être protégés. Comme on l'a souligné dans *Irwin Toy*, « [l]a délimitation complète et précise des types d'activités qui favorisent ces principes relève [...] d'un examen judiciaire qui doit

977). The result of this process will be an increasingly certain and complete body of law which reflects the experience and emerging judgment of society and the courts on the difficult question of when freedom of expression is violated.

While the periphery of the right to use public property for the purpose of expression may remain uncertain, at least for a time, the central elements of the test are relatively clear and capable of ready application. The pursuit of truth, as that notion has developed in the context of freedom of expression, relates to the function of free and open discussion in arriving at the truth. The encouragement of "social and political decision-making" (*Irwin Toy*, at p. 976), which is the essence of the value of "community participation", recognizes the value of public discussion and debate on social and political matters. Finally, the encouragement of a tolerant and welcoming environment which promotes diversity in forms of self-fulfillment and human flourishing recognizes the role of expression in maximizing human potential and happiness through intellectual and artistic communication.

It would be difficult to contend that these purposes are served by "public" expression in the sanctum of the Prime Minister's office, an airport control tower, a prison cell or a judge's private chambers, to return to examples where it seems self-evident that the guarantee of free expression has no place. These are not places of public debate aimed at promoting either the truth or a better understanding of social and political issues. Nor is expression in these places related to the open and welcoming environment essential to maximization of individual fulfillment and human flourishing.

It is equally clear that the purposes of the guarantee of free expression are served by permitting expression in other forums and that s. 2(b) should apply to them. To borrow the language of the American "public forum" doctrine, the use of places which have by tradition or designation been dedicated to public expression for purposes of discussing political

être fait dans chaque cas» (p. 977). Cela donnera lieu à des règles juridiques de plus en plus définitives et complètes, à l'image de l'expérience et du jugement naissant de la société et des tribunaux sur la difficile question de savoir quand y a-t-il atteinte à la liberté d'expression.

Bien que les limites du droit d'utiliser la propriété publique à des fins d'expression puissent demeurer incertaines, du moins pour un certain temps, les éléments principaux du critère sont relativement clairs et susceptibles d'être appliqués promptement. La recherche de la vérité, selon l'évolution de ce concept dans le contexte de la liberté d'expression, porte sur le rôle des discussions libres et ouvertes dans la poursuite de la vérité. L'encouragement de la «prise de décisions d'intérêt social et politique» (*Irwin Toy*, à la p. 976), qui est l'essence de la valeur de «participation au sein de la société», reconnaît l'importance des discussions et des débats publics en matière sociale et politique. Enfin, la promotion d'une société tolérante et accueillante qui encourage la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels reconnaît le rôle de l'expression pour ce qui est de maximiser le potentiel et le bonheur personnels au moyen de la communication intellectuelle et artistique.

Il serait difficile de prétendre que ces objectifs sont servis par l'expression «publique» dans le sanctuaire qu'est le bureau du Premier ministre, une tour de contrôle du trafic aérien, une cellule de prison ou le cabinet privé d'un juge, pour reprendre des exemples où il semble évident en soi que la garantie de liberté d'expression n'a pas sa place. Ce ne sont pas des lieux de débat public ayant pour but de promouvoir la vérité ou une meilleure compréhension des questions sociales et politiques. Dans ces lieux, l'expression n'est pas non plus liée à la société ouverte et accueillante, essentielle à la maximalisation de l'enrichissement et de l'épanouissement personnels.

Il est tout aussi clair que l'on satisfait aux objectifs de la garantie de liberté d'expression lorsqu'on autorise l'expression dans d'autres forums, et que l'al. 2b) devrait leur être applicable. Pour reprendre le vocabulaire de la théorie américaine de «forum public», l'utilisation de lieux qui, par tradition ou désignation, ont été consacrés à l'expression publique, aux fins de

or social or artistic issues would clearly seem to be linked to the values underlying the guarantee of free speech.

I conclude that notwithstanding the need for further definition of the values of free expression in future cases, the test which I have proposed for determining when a right arises to use government property for public expression is sufficiently clear and precise to permit determination of when s. 2(b) applies without undue difficulty.

Finally, the test offers sufficient flexibility to permit development of a legal doctrine sensitive to emerging concerns and new situations. The approach I have advocated conforms to the philosophical and doctrinal structures fundamental to free expression which this Court enunciated in *Irwin Toy*. Moreover, it meets the general requirements for a public forum test which I set out earlier in these reasons. It represents a value-based approach to determining the content of the guarantee of freedom of expression, focusing on the interests served by permitting a particular type of expression in a particular place. It strikes a middle ground between the extremes of the right to expression on all government property and the right to expression on none. The line it draws reflects the purpose of the guarantee of free expression. The guarantee extends only so far as can be justified having regard to these purposes, beyond which the Crown is not called upon to justify its legislation or conduct under s. 1. Claims which clearly do not raise the concerns central to the guarantee are eliminated at the start, avoiding the danger that the right may be trivialized while the burden imposed on members of the public seeking to invoke *Charter* protection is not unduly onerous.

Application of the Test to the Case

The first question is whether the purpose of the government officials in refusing the respondents the right to distribute their material and solicit in the airport was to prohibit the expression of particular con-

la discussion de questions politiques, sociales ou artistiques, semblerait nettement liée aux valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté de parole.

^a Je conclus que, même s'il faudra à l'avenir définir plus précisément les valeurs de la liberté d'expression, le critère que j'ai proposé pour décider dans quels cas il existe un droit d'utiliser la propriété gouvernementale à des fins d'expression publique est assez clair et précis pour permettre de déterminer sans trop de difficulté dans quels cas l'al. 2b) est applicable.

^c Enfin, le critère est assez souple pour permettre de concevoir une théorie juridique qui soit sensible aux préoccupations naissantes et aux situations nouvelles. Le point de vue que je préconise est conforme aux structures philosophiques et doctrinales essentielles à la liberté d'expression que notre Cour a relevées dans *Irwin Toy*. En outre, il respecte les exigences générales du critère du forum public que j'ai déjà formulées dans les présents motifs. Il représente une façon de déterminer le contenu de la garantie de liberté d'expression qui est fondée sur des valeurs et axée sur les intérêts que l'on sert en autorisant un certain genre d'expression dans un endroit particulier. Il s'agit d'un compromis entre les positions extrêmes que sont le droit de s'exprimer dans toute propriété gouvernementale et l'absence de tout droit de s'exprimer. La solution qu'il comporte reflète l'objet de la garantie de la liberté d'expression. La garantie n'existe que dans la mesure où elle peut se justifier compte tenu de ces objectifs, sinon l'État n'est pas tenu de justifier sa loi ou sa conduite en vertu de l'article premier. Les revendications qui, de toute évidence, ne portent pas sur les préoccupations fondamentales de la garantie sont éliminées dès le départ, ce qui permet d'éviter le risque que le droit à la liberté soit banalisé, sans pour autant imposer un fardeau trop lourd aux citoyens qui cherchent à invoquer la protection de la *Charte*.

ⁱ *Application du critère à l'espèce*

Tout d'abord, il s'agit de déterminer si l'objectif poursuivi par les fonctionnaires du gouvernement, en refusant aux intimés le droit de distribuer leur documentation et de faire de la sollicitation à l'aéroport,

tent, or whether it was directed at consequences of the expression unrelated to its particular content.

The evidence is scant as to the purpose of the airport officials. However, their stated policy was to prohibit all political propaganda. Given that there appears to have been no intention to favour one philosophy or idea over another, I would characterize the restriction as content-neutral, aimed at the consequences of such expression rather than the particular messages communicated.

The next question is whether the restriction in question had the effect of limiting expression. I agree with L'Heureux-Dubé J. that it did. I disagree with her, however, that this establishes that s. 2(b) of the *Charter* has been breached. For the reasons expressed earlier, the test enunciated in *Irwin Toy* requires a further step to be taken before it can be said that s. 2(b) applies. The limiting effect having been shown, we must ask whether the expression in question promotes any of the purposes of the guarantee of free expression. Is there a link between using airports as a forum for political messages and solicitation, and the values embodied in the pursuit of truth, the participation in political or social issues in the community, or individual self-fulfillment or human flourishing?

It is not necessary to go beyond the second value to answer the question. The respondents in this case were seeking to present political views in a location frequented by many members of the community passing *en route* from one place to another, a location which can be considered to be a modern equivalent of the streets and by-ways of the past. This establishes a relationship between the respondents' use of the airport for expression and one of the purposes of the free expression guarantee. I conclude that the government's action constituted a limitation of the respondents' rights under s. 2(b) of the *Charter*.

At this point, the onus shifts to the Crown to establish that the limitation on expression is demonstrably

était d'interdire l'expression d'un contenu particulier ou s'il était axé sur les conséquences de l'expression, peu importe son contenu.

^a La preuve présentée relativement à l'objectif visé par les fonctionnaires de l'aéroport est mince. Toutefois, leur politique officielle était d'interdire toute propagande politique. Puisqu'il semble qu'il n'y avait aucune intention de favoriser une philosophie ou une idée au détriment d'une autre, je conclurais que cette restriction n'est aucunement liée au contenu, qu'elle vise les conséquences de l'expression plutôt que les messages transmis.

^c Ensuite, il s'agit de déterminer si la restriction en cause avait pour effet de limiter l'expression. Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que c'était le cas. Cependant, contrairement à cette dernière, je ne crois pas que cela prouve qu'il y a eu violation de l'al. 2b) de la *Charte*. Pour les motifs déjà énoncés, le critère formulé dans l'arrêt *Irwin Toy* exige que l'on passe à une étape supplémentaire avant de pouvoir conclure à l'application de l'al. 2b). L'effet restrictif ayant été démontré, nous devons nous demander si l'expression en cause sert à promouvoir l'un des objectifs de la garantie de liberté d'expression? Y a-t-il un lien entre l'utilisation des aéroports comme forum à des fins de discours et de sollicitation politiques et les valeurs consacrées par la recherche de la vérité, la participation aux questions politiques et sociales dans la société ou l'enrichissement ou l'épanouissement personnels?

^g Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que la deuxième valeur pour répondre à cette question. Les intimés en l'espèce tentaient de présenter leurs opinions politiques dans un endroit fréquenté par de nombreux membres de la société, en route d'un point à un autre, un endroit qui peut être considéré comme l'équivalent moderne des rues et des chemins d'autrefois. Il y a donc un lien entre l'utilisation de l'aéroport à des fins d'expression par l'intimé et l'un des objectifs de la garantie de liberté d'expression. Je conclus que l'acte du gouvernement constituait une restriction des droits que confère aux intimés l'al. 2b) de la *Charte*.

^j Désormais, il incombe à Sa Majesté de prouver que la justification de la restriction de l'expression

justifiable in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

II. Section 1 of the Charter

Limit Prescribed by Law

Lamer C.J. concludes that s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, does not apply to the conduct of the respondents. This leads him to conclude that there is no limit prescribed by law capable of justification under s. 1 of the *Charter*. L'Heureux-Dubé J., on the other hand, finds that the regulation does apply.

I prefer the view of L'Heureux-Dubé J. on this point. In particular, the words "advertise" and "solicit" in s. 7(b) are broad enough to cover non-commercial publicity (for example, the "advertising" of political candidates or beliefs) and non-commercial solicitation. In the case at bar the respondents were advertising their political position and most certainly were soliciting memberships to their organization. I cannot avoid the conclusion that their conduct falls within the regulation. I note in passing that I cannot agree with Lamer C.J. that the presumption of constitutionality supports the view that the regulation does not apply. Interpreting the regulation as applicable does not render it unconstitutional; it may well be saved under s. 1.

Even if the respondents' conduct did not fall within the regulation, I would incline to the view that the act of the airport officials in preventing them from handing out leaflets and soliciting members constitutes a limit prescribed by law because the officials were acting pursuant to the Crown's legal rights as owner of the premises.

The purpose of restricting s. 1 to limits "prescribed by law" is to eliminate from s. 1 purview conduct

peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte*.

a II. Article premier de la Charte

Limite prescrite par une règle de droit

b Le juge en chef Lamer conclut que l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, ne s'applique pas à la conduite des intimés. Cela l'amène à conclure qu'il n'existe pas de limite prescrite par une règle de droit qui soit justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Par contre, le juge L'Heureux-Dubé estime que le règlement est applicable.

c Je préfère l'opinion du juge L'Heureux-Dubé sur cette question. Notamment, l'expression «faire [...] de la publicité ou de la sollicitation», à l'al. 7b), est assez générale pour comprendre la publicité non commerciale (par exemple, la «publicité» relative à des candidats ou à des convictions politiques) et la sollicitation non commerciale. En l'espèce, les intimés affichaient leurs opinions politiques et faisaient très certainement de la sollicitation d'adhésions à leur organisation. Je ne puis que conclure que leur conduite entre dans le champ d'application du règlement en cause. Je souligne au passage que je ne saurais souscrire à l'opinion du juge en chef Lamer selon laquelle la présomption de constitutionnalité étaye le point de vue que le règlement ne s'applique pas. Le fait que le règlement soit jugé applicable ne le rend pas inconstitutionnel; il peut très bien être sauvegardé en vertu de l'article premier.

d Même si la conduite des intimés ne tombait pas dans le champ d'application du règlement, je serais encline à croire que le geste des fonctionnaires de l'aéroport qui les ont empêchés de distribuer des dépliants et de solliciter des adhésions constitue une limite prescrite par une règle de droit parce que les fonctionnaires agissaient conformément aux droits dont jouit l'État en vertu de la loi, en sa qualité de propriétaire des lieux.

e L'objet de la restriction de l'application de l'article premier aux limites prescrites «par une règle de droit» est de soustraire à la portée de l'article premier la conduite purement arbitraire. Comme l'a affirmé le

which is purely arbitrary. As Le Dain J. stated in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645:

The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

On the same approach, a common law rule was subjected to s. 1 in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573,

Under the *Civil Code* of Quebec (or the common law of other provinces) the Crown as property owner is entitled to withdraw permission from an invitee to be present on its property, subject always to the *Charter*. The act of the airport administrator in limiting expression pursuant to that power constitutes the exercise of a discretion conferred on his or her employer by the Code. The limit, in other words, results from the application of the Code. It follows that it is "prescribed by law" within the test set out by Le Dain J. in *Therens*.

From a practical point of view, it would be wrong to limit the application of s. 1 to enacted laws or regulations. That would require the Crown to pass detailed regulations to deal with every contingency as a pre-condition of justifying its conduct under s. 1. In my view, such a technical approach does not accord with the spirit of the *Charter* and would make it unduly difficult to justify limits on rights and freedoms which may be reasonable and, indeed, necessary.

The Balance Under s. 1

It is under s. 1 of the *Charter* that the respective interests of the individual in free expression and the state in limiting that expression are addressed. The exercise is one of balancing. The balancing must be done contextually, having regard to the facts and val-

juge Le Dain dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 645:

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

Dans la même veine, l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 a assujéti une règle de common law à l'application de l'article premier.

En vertu du *Code civil* du Québec (ou de la common law des autres provinces), le gouvernement a le droit, à titre de propriétaire, de retirer à un invité la permission de se trouver sur sa propriété, toujours sous réserve de la *Charte*. Le geste accompli par le directeur de l'aéroport lorsqu'il a restreint l'expression conformément à ce pouvoir constitue l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le Code confère à son employeur. En d'autres termes, la restriction résulte de l'application du Code. Il s'ensuit qu'elle est «prescrite par une règle de droit» au sens du critère établi par le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*.

D'un point de vue pratique, il serait mal venu de limiter l'application de l'article premier aux lois et aux règlements adoptés par le législateur. L'État serait alors tenu d'adopter des règlements détaillés portant sur toutes les éventualités imaginables, avant de pouvoir justifier sa conduite en vertu de l'article premier. À mon avis, une approche aussi technique n'est pas conforme à l'esprit de la *Charte* et rendrait indûment difficile la justification des restrictions apportées aux droits et libertés qui peuvent être raisonnables et, de fait, nécessaires.

L'évaluation en vertu de l'article premier

C'est en vertu de l'article premier de la *Charte* que sont abordés les intérêts respectifs du citoyen en matière de liberté d'expression et de l'État en matière de restriction de cette expression. Il s'agit d'un exercice d'évaluation qui doit se faire selon le contexte,

ues of the particular case before the Court: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, per Wilson J. at pp. 1355-56.

The question is whether the Crown's refusal to permit the respondents to distribute their pamphlets and solicit memberships for their organization from members of the public in Dorval Airport is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society." Thus, onus lies on the Crown of establishing this.

I propose to discuss first the question of how the balancing required by s. 1 can best be achieved in a case such as this. I will then turn to a more specific look at the values and interests to be considered in striking the balance in the case of a limit on the use of state-owned property for public expression.

The *Charter* recognizes that the exercise of constitutional rights inevitably raises conflicts. Sometimes the conflict is with another right. Sometimes the conflict is with another interest, usually public. As a result, rights cannot be viewed as absolute. Sometimes a right must yield to another, conflicting right; sometimes a right must give way to an overriding objective of public importance. The difficult question is where the balance between the conflicting rights or interests should be struck.

It follows from the fact that the right in question is constitutionally guaranteed as fundamental in our society that it should be entrenched on no more than is clearly necessary and justified. Only if certain conditions are established can a limit on a fundamental right or freedom be justified. First, the state should be required to demonstrate a compelling reason for the limitation. Second, the limit on the right should not go beyond what is necessary to achieve that objective—it should not be overbroad, and should contain sufficient safeguards to ensure that as the law is applied, the right in fact will not be infringed more than necessary. This latter danger may occur, for example, if too much discretion is granted to admin-

compte tenu des faits et des valeurs en jeu dans le litige soumis au tribunal: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, le juge Wilson, aux pp. 1355 et 1356.

^a Il s'agit de déterminer si la décision de l'État de refuser aux intimés l'autorisation de distribuer leurs brochures et d'inviter les membres du public présents à l'aéroport de Dorval à adhérer à leur organisation constitue une limite «raisonnable» «dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Il incombe donc à Sa Majesté d'en faire la preuve.

^b Je vais tout d'abord étudier la question de savoir comment l'évaluation requise par l'article premier peut le mieux se faire dans un cas comme celui-ci. J'examinerai ensuite plus spécifiquement les valeurs et les intérêts qu'il faut considérer pour atteindre l'équilibre dans le cas d'une restriction de l'utilisation d'une propriété d'État à des fins d'expression publique.

^c La *Charte* reconnaît que l'exercice des droits garantis par la Constitution soulève inévitablement des conflits. Il y a conflit parfois avec un autre droit, parfois avec un autre intérêt, habituellement d'ordre public. En conséquence, les droits ne peuvent être considérés comme absolus. Un droit doit parfois céder le pas à un autre qui lui est opposé; un droit doit parfois céder le pas devant un objectif primordial d'importance publique. La question difficile est de savoir où se situe l'équilibre entre les droits ou les intérêts opposés.

^d Puisque le droit en cause est garanti par la Constitution comme un droit fondamental dans notre société, on ne devrait pouvoir y déroger que dans la mesure où cela est nettement nécessaire et justifié. La restriction d'une liberté ou d'un droit fondamentaux ne peut se justifier qu'à certaines conditions. Premièrement, l'État devrait être tenu de faire la preuve d'une raison sérieuse d'apporter la restriction. Deuxièmement, la restriction imposée au droit ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif—elle ne devrait pas être de portée trop générale et devrait comprendre des garanties suffisantes pour assurer que l'application de la règle de droit ne portera pas atteinte plus que nécessaire au

istrators charged with applying the limit or law in question.

These concerns are reflected in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, where this Court laid down guidelines to assist judges in determining whether a limit on a *Charter* right or freedom was “reasonable” and “demonstrably justified in a free and democratic society.” It was there held that two conditions must be met if a limit on a right is to be justified. First, the objective which the limit is designed to serve must be of 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. It was suggested in *Oakes* that the second condition is met if the Court is satisfied: (1) that the limit is rationally connected to the objective; (2) that the means impairs the right or freedom in question as little as possible; and (3) that the effect of the limit is proportionate to the legislative objective.

Counsel for the Attorney General for Ontario urged us to avoid a mechanical application of the *Oakes* criteria. He expressed concern that the *Oakes* test, applied literally, might preclude virtually all limitations by the state on expression on government property, since it would be difficult if not impossible in most cases to demonstrate that the measure impaired the speaker’s rights as little as possible.

I share this concern with an overly mechanical application of the *Oakes* criteria. Without undermining the fundamental requirement that a limit on a right must not be overbroad and must contain sufficient safeguards to prevent unwarranted intrusions on individual rights in the application of the law, the practical limitations of legislation must also be recognized. The reality is that the government must develop rules and policies which apply to many cases. It may be impossible to tailor a rule to fit the

droit en question. Ce dernier risque peut exister, par exemple, si les administrateurs chargés d’appliquer la restriction ou la règle de droit en cause jouissent d’un trop grand pouvoir discrétionnaire.

a

L’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, traite de ces préoccupations. Notre Cour y a énoncé des lignes directrices pour aider les juges à décider si une restriction imposée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* constituait une limite «raisonnable» «dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». On y a conclu qu’il faut remplir deux conditions pour justifier la restriction d’un droit. Premièrement, l’objectif que vise à servir la restriction doit être suffisamment important pour justifier la suppression d’un droit garanti par la Constitution. Deuxièmement, si la preuve de l’existence d’un tel objectif a été faite, la partie qui invoque l’article premier doit démontrer que les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. On a dit dans *Oakes* que la deuxième condition est remplie si le tribunal est convaincu (1) qu’il existe un lien rationnel entre la restriction et l’objectif, (2) que les moyens choisis sont de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question, et (3) que l’effet de la restriction est proportionnel à l’objectif visé par la loi.

f

L’avocat du procureur général de l’Ontario nous exhorte à éviter une application machinale du critère de l’arrêt *Oakes*. Il s’est inquiété du fait que l’application littérale du critère de l’arrêt *Oakes* pourrait pratiquement empêcher l’État de restreindre l’expression sur une propriété gouvernementale puisque, dans la plupart des cas, il serait difficile, voire impossible, d’établir que la mesure adoptée porte le moins possible atteinte aux droits de la personne qui s’exprime.

h

L’application trop machinale du critère de l’arrêt *Oakes* me préoccupe tout autant. Sans vouloir diminuer l’importance du fait qu’une restriction imposée à un droit ne doit pas avoir une portée trop générale et qu’elle doit contenir des garanties suffisantes pour empêcher les empiètements injustifiés sur les droits individuels dans l’application de la règle de droit, il faut aussi reconnaître les limites pratiques d’une mesure législative. En réalité, le gouvernement doit concevoir des règles et des politiques qui s’appli-

i

j

precise circumstances of each individual case, with the result that with the benefit of hindsight a less restrictive limit can be conceived for a particular situation. As this Court pointed out in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, some deference must be paid to the legislators and the difficulties inherent in the process of drafting rules of general application. A limit prescribed by law should not be struck out merely because the Court can conceive of an alternative which seems to it to be less restrictive. What is required by s. 1 is that the limit be reasonable and justifiable in a free and democratic society. If the limit represents a reasonable legislative choice tailored so as to limit the right in question as little as possible the minimum impairment requirement is met. What must be guarded against are the evils of vagueness and overbreadth, the broad sweep that catches more conduct than is justified by the government's objective.

Against this background, I turn to the values and interests which are engaged by limits on free expression on government property. The state may have either of two dominant objectives in regulating expression on government property. First, its primary aim may be seeking to control the content of the expression, as where particular messages are banned in a public forum. Alternatively, its purpose may be merely to control the consequences of public expression on the property in question, regardless of the meaning conveyed by the expression. In the latter case, the major consideration from the state's point of view is generally the compatibility of the property's purpose or function with the expressive activities in question.

It is sometimes observed that content-neutral restrictions may be easier to justify than content-based restrictions. This follows from the fact that content-neutral restrictions are likely to be (a) more closely tied to the function or purpose of the place in question, and/or (b) less objectionable than content restrictions. Thus the balance will more often fall on

quent à bien des cas. Il peut être impossible de concevoir une règle adaptée aux circonstances particulières de chaque cas, de sorte qu'avec le recul il est possible d'imaginer une restriction moins large dans une situation donnée. Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, il convient d'avoir de l'égard pour les législateurs et les difficultés inhérentes au processus de rédaction des règles d'application générale. Il ne faudrait pas annuler une limite prescrite par une règle de droit tout simplement parce que le tribunal peut concevoir une autre solution qui lui semble moins restrictive. L'article premier exige que la limite soit raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique. Si la restriction constitue un choix législatif raisonnable, conçu de façon à limiter le moins possible le droit en question, cela satisfait à l'exigence d'atteinte minimale. Ce contre quoi il faut se prémunir, ce sont les fléaux de l'imprécision et de la portée excessive, ce large éventail qui couvre plus de conduites que ce qui est justifié par l'objectif du gouvernement.

Dans ce contexte, j'examinerai maintenant les valeurs et les intérêts que soulèvent les restrictions imposées à la liberté d'expression dans une propriété gouvernementale. Lorsqu'il décide de réglementer l'expression dans sa propriété, l'État peut viser l'un ou l'autre de deux objectifs principaux. Tout d'abord, il peut avoir pour objectif premier de contrôler le contenu de l'expression, comme c'est le cas lorsque des messages particuliers sont interdits dans un forum public. De façon subsidiaire, il peut tout simplement avoir pour objectif de contrôler les conséquences qu'a l'expression publique sur la propriété en cause, peu importe le message transmis. Dans ce dernier cas, l'État se préoccupe surtout, de façon générale, de la compatibilité de l'objectif ou de la fonction de sa propriété avec les activités d'expression en cause.

On remarque parfois qu'il est plus facile de justifier des restrictions qui ne sont pas liées au contenu que celles qui le sont. Cela découle du fait que les restrictions non liées au contenu sont susceptibles a) d'être associées de plus près à la fonction ou à l'objectif du lieu en cause ou b) d'être moins inacceptables que les restrictions liées au contenu. Ainsi, la

the side of the state. But care must be taken to avoid the trap of acceding to limits on expression on the basis that they relate to content-neutral consequences rather than content. Denial of a particular time, place or manner of expression regardless of content may effectively mean denial of the right to communicate. Conversely, as abhorrent as arbitrary or unfair content-related limitations may be, it must be conceded that when carefully tailored they may be integrally tied to important government purposes outweighing any interest a speaker may have in communicating a conflicting message. Restrictions on content may be capable of being justified on the basis that certain messages are incompatible with the purpose or function of a particular government institution. Pornography or literature promoting drug use, for example, might be legitimately banned at a school or a children's festival in a government park. The point is that generalizations are of little assistance. What is essential is that the court in each case undertake the process of balancing and weighing the true interests at stake with a view to determining whether the limit on free expression in question is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society."

It may be useful to elaborate on the concept of the function or use of government property in the context of the second category, that of content-neutral restrictions. Purpose or function may extend beyond the mechanical aspects of the task to which the location is dedicated, to embrace considerations such as decorum or fairness that affect its overall long-term functioning. For example, political placards might be barred from a courtroom, not because they would be likely to disrupt or influence the judge, but rather because they interfere with the dignity and decorum of the courtroom. In reducing the aura of impartiality which is sought to be maintained in the courtroom, they may in a larger sense detract from its purpose and impact on its function.

balance penchera souvent du côté de l'État. Mais il faut prendre soin d'éviter le piège que présente l'acceptation des restrictions imposées à l'expression pour le motif qu'elles ont trait à des conséquences non liées au contenu plutôt qu'au contenu lui-même. L'exclusion de certaines heures, d'un certain lieu ou d'un certain mode d'expression, peu importe le contenu, peut en effet signifier la négation du droit de communiquer. À l'inverse, aussi répugnantes et arbitraires ou injustes que puissent être les restrictions liées au contenu, il faut admettre que, lorsqu'elles sont bien conçues, elles peuvent être intégralement liées à des objectifs gouvernementaux supérieurs à tout intérêt que la personne qui s'exprime peut avoir à communiquer un message discordant. Les restrictions imposées au contenu peuvent se justifier en ce que certains messages sont incompatibles avec l'objectif ou la fonction d'une institution particulière du gouvernement. Il pourrait être légitime, par exemple, d'interdire la pornographie ou la documentation favorisant l'usage de drogues dans une école ou lors d'un festival pour enfants tenu dans un parc gouvernemental. Essentiellement, il est peu utile de généraliser. Ce qui importe, c'est que, dans chaque cas, le tribunal procède à l'évaluation et à l'appréciation des véritables intérêts en jeu, en vue de déterminer si la restriction apportée à la liberté d'expression est une limite «raisonnable» «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

Il peut être utile d'approfondir la notion de fonction ou d'utilisation de la propriété gouvernementale dans le contexte de la deuxième catégorie, c'est-à-dire celle des restrictions non liées au contenu. L'objectif ou la fonction peuvent aller au-delà des aspects mécaniques de la vocation de l'endroit en question, pour comprendre d'autres facteurs comme les convenances ou l'équité, qui touchent son fonctionnement global à long terme. Par exemple, il pourrait être interdit d'installer des affiches politiques dans un prétoire, non pas parce qu'elles sont susceptibles de déranger ou d'influencer le juge, mais parce qu'elles nuisent à la dignité et au décorum de la salle d'audience. En réduisant l'impression d'impartialité que l'on cherche à maintenir dans le prétoire, elles peuvent, de façon plus générale, nuire à son objet et influencer sur sa fonction.

I have discussed the government interest in placing restrictions on various forums for public expression. On the other side of the balance lies the interest of the individual in effectively communicating his or her message to members of the public. It is this interest which s. 2(b) is aimed at protecting. Considerations include the following. How suitable is the location for the effective communication of the message to the public? Does the property in question have special symbolic significance for the message being communicated? Are there other public arenas in the vicinity in which the expression can be disseminated? In short, what does the claimant lose by being denied the opportunity to spread his or her message in the form and at the time and place asserted?

I return to the facts of this case and the two conditions set out in *Oakes* for justification under s. 1. First, is the state's objective of sufficient importance that it is capable of overriding a *Charter* right? Second, are the means chosen to effect the objective "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society"? In my view, the Crown has failed to establish either of these criteria in the case at bar. I turn first to the objective of the restriction. The government's objective in imposing the limit amounts to little more than the assertion—more as an article of faith than a rationally supported proposition—that an airport is not an appropriate place for this type of communication. The Crown points to nothing in the function or the purpose of an airport which is incompatible with the respondents' conduct. It follows that the Crown has failed to establish an objective of sufficient importance to override a *Charter* right.

Even if the objective were sufficient, the means chosen to implement it would preclude justification of the restriction under s. 1 of the *Charter*. They cannot be described as either reasonable or proportionate to the respondents' interest in conveying their message pursuant to their right under s. 2(b) of the *Charter*. The practice of airport authorities of preventing

J'ai traité de l'intérêt qu'a le gouvernement à imposer des restrictions à l'utilisation de différents forums à des fins d'expression publique. Sur l'autre plateau de la balance se trouve l'intérêt qu'a le citoyen à communiquer efficacement son message au public. C'est cet intérêt que l'al. 2b) vise à protéger. Il faut tenir compte notamment des facteurs suivants. Dans quelle mesure l'endroit convient-il à la communication efficace du message au public? La propriété en question a-t-elle une signification symbolique particulière en ce qui a trait au message transmis? Y a-t-il d'autres tribunes publiques dans les environs qui peuvent servir à la dissémination du message? Bref, que perd le requérant s'il est privé de l'occasion de propager son message sous la forme, au moment et à l'endroit choisis?

Je reviens aux faits de l'espèce et aux deux conditions énoncées dans l'arrêt *Oakes* pour qu'une limite soit justifiée en vertu de l'article premier. Premièrement, l'objectif de l'État est-il suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*? Deuxièmement, les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont-ils des moyens «raisonnables» «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»? À mon avis, Sa Majesté n'a fait la preuve ni de l'un ni de l'autre de ces critères en l'espèce. Examinons tout d'abord l'objectif de la restriction. Lorsqu'il impose cette restriction, le gouvernement n'a pas vraiment d'autre but que d'affirmer—bien plus sous forme d'article de foi que de proposition logique—qu'un aéroport ne constitue pas un lieu convenable pour ce genre de communication. Sa Majesté n'a indiqué aucun élément de la fonction ou de l'objectif d'un aéroport qui soit incompatible avec la conduite des intimés. Il s'ensuit que Sa Majesté n'a pas fait la preuve de l'existence d'un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*.

Même si l'objectif était suffisant, les moyens choisis pour l'atteindre écarteraient toute justification de la restriction en vertu de l'article premier de la *Charte*. Ils ne sauraient être considérés comme raisonnables ou proportionnels à l'intérêt qu'ont les intimés à transmettre leur message, conformément au droit que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte*. La pra-

all "political propaganda activities" constitutes a blanket exclusion of political solicitation in the airport unrelated to concerns for its function and devoid of safeguards to protect against over-reaching application. A broader, less sensitive prohibition is difficult to conceive. The airport policy makes no concession whatever to the convincing reasons which the respondents advance in support of their right to disseminate their message in Dorval Airport. Few places offer as convenient a means for reaching a wide cross-section of the public, especially for groups and individuals lacking the resources to communicate through the established media. In short, the proportionality required to establish that the limit is "reasonable" and "demonstrably justified" is entirely lacking.

I conclude that the limitation in question is overbroad and hence is not saved by s. 1.

III. Conclusion

I would dismiss the appeal and answer the questions as proposed by L'Heureux-Dubé J.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the respondents: Gérard Guay, Hull.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General for the province of Ontario, Toronto.

Solicitors for the interveners Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little and Thomas Richard Jones: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.

tique suivie par les autorités de l'aéroport, interdisant toutes les «activités de propagande politique», constitue une exclusion générale de la sollicitation politique à l'aéroport qui n'a rien à voir avec les préoccupations relatives à sa fonction et ne contient aucune garantie de protection contre une application excessive. Il est difficile de concevoir une interdiction plus large, moins subtile. La politique de l'aéroport ne laisse aucune place aux motifs convaincants qu'avancent les intimés à l'appui de leur droit de transmettre leur message à l'aéroport de Dorval. Peu d'endroits offrent une façon aussi pratique de rejoindre un échantillon aussi varié de la population, surtout pour les groupes et les individus qui n'ont pas les moyens de faire appel aux médias établis. Bref, la proportionnalité requise pour démontrer s'il s'agit d'une limite «raisonnable» «dont la justification puisse se démontrer» n'existe absolument pas.

Je conclus que la restriction en question est trop générale et qu'elle n'est donc pas sauvegardée par l'article premier.

e III. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.

Procureur des intimés: Gérard Guay, Hull.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général de la province d'Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little et Thomas Richard Jones: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.