

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**James Keegstra** *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. KEEGSTRA

File No.: 21118.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

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

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**James Keegstra** *Intimé*

a

et

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

d RÉPERTORIÉ: R. c. KEEGSTRA

N° du greffe: 21118.

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

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

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

f

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

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

\* Chief Justice at the time of hearing.

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

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

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

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

(1) *Freedom of Expression*

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

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

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

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

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

(1) *La liberté d'expression*

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

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

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

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

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

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

tée directement par un préjudice corporel. La propagande haineuse n'est pas analogue à la violence. Elle transmet un message offensant, mais le caractère offensant tient au contenu du message et non à sa forme.

a Quant aux menaces de violence, elles ne sont pas exclues de la définition de l'expression envisagée à l'al. 2b).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) *Presumption of Innocence*

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

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

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

(2) *La présomption d'innocence*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Cases Cited

By Dickson C.J.

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

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

### Jurisprudence

<sup>a</sup>

Citée par le juge en chef Dickson

<sup>b</sup>

**Arrêts appliqués:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; **arrêts mentionnés:** *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), certiorari refusé, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); Comm. Eur. D. H., Requêtes n° 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187; *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252;

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

By McLachlin J. (dissenting)

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

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

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

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

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

### Statutes and Regulations Cited

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

### Authors Cited

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

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

### Lois et règlements cités

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

### Doctrine citée

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Douglas H. Christie*, for the respondent.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Douglas H. Christie*, pour l'intimé.

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

<sup>g</sup> *Gregory J. Fitch*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

<sup>h</sup> *Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

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

<sup>i</sup> *John I. Laskin*, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

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

<sup>j</sup> *Joseph Nuss, c.r.*, *Irwin Cotler* et *Ann Crawford*, pour l'intervenant Interamicus.

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

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

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

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

## I. Facts

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

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

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

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

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

## h I. Les faits

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

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

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

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

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

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

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

## II. Issues

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

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

## III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

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

### *Criminal Code*

#### 319. ...

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

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

## II. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 1<sup>er</sup> août 1989:

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

## III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

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

### *Code criminel*

#### 319. ...

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

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

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

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

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

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

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

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

(7) In this section,

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

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

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

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

318. ...

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

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

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

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

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

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

318. ...

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

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

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

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

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

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

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

(d) freedom of speech;

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

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

11. Any person charged with an offence has the right

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

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

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

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

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

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

d) la liberté de parole;

### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

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

11. Tout inculpé a le droit:

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

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

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

IV. Judgments of the Alberta Courts

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

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

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

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

IV. Les jugements des tribunaux albertains

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### V. The History of Hate Propaganda Crimes in Canada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## VII. Section 1 Analysis of Section 319(2)

### A. *General Approach to Section 1*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*B. The Use of American Constitutional Jurisprudence*

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

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

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

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

<sup>e</sup> *B. Le recours à la jurisprudence constitutionnelle américaine*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### C. Objective of Section 319(2)

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

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

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

### <sup>f</sup> C. L'objet du par. 319(2)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(ii) International Human Rights Instruments

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### ARTICLE 4

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

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

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

Article 19. ...

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

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

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

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

#### ARTICLE 4

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

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

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

Article 19. ...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Article 10*

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

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

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

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

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

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

*Article 10*

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

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

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

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

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

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

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

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

(iii) Other Provisions of the Charter

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

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

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

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

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

(iii) Autres dispositions de la Charte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. *Proportionality*

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

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

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

D. *La proportionnalité*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### (ii) Rational Connection

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

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

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

#### (ii) Le lien rationnel

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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