

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

**Sa Majesté la Reine**     *Appelante*

*c.*

**James Keegstra**                     *Intimé*

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*

répertorié: r. c. keegstra

N° du greffe: 21118.

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

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

en appel de la cour d'appel de l'alberta

---

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

*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 criminel viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? -- Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?*

*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 criminel 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?*

*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 "véracité" 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 manifestée directement par un préjudice corporel. La propagande haineuse n'est pas analogue

à la violence. Elle transmet un message offensant, mais le caractère offensant tient au contenu du message et non à sa forme. Quant aux menaces de violence, elles ne sont pas exclues de la définition de l'expression envisagée à l'al. 2*b*).

Il n'y a pas lieu, pour déterminer la portée de l'al. 2*b*), 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. 2*b*) 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. 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.

Le paragraphe 319(2) du *Code* ne porte pas indûment atteinte à la liberté d'expression. Il ne pèche 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 étayent 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. 2*b*). 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 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.

Ni les art. 15 et 27 de la *Charte* ni les conventions internationales signées par le Canada qui interdisent le racisme 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 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 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 contrepoids. 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) *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 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. 11*d*) 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. 11*d*). 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.

*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**

Citée par le juge en chef Dickson

**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); *Glimmerveen c. Pays-Bas*, Comm. Eur. D. H., Requêtes n<sup>os</sup> 8348/78 et 8406/78, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187; *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n<sup>o</sup> 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n<sup>o</sup> 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; *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, Comm. Eur. D. H., Requête n<sup>o</sup> 9235/81, 16 juillet 1982, D.R. 29, p. 194; *Lowes c. Royaume-Uni*, Comm. Eur. D. H., Requête n<sup>o</sup> 13214/87, 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. 000; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 000.

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); *Glimmerveen c. Pays-Bas*, Comm. Eur. D. H., Requêtes n<sup>os</sup> 8348/78 et 8406/78, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187; Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, arrêt du 29 avril 1976, série A n<sup>o</sup> 24; *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n<sup>o</sup> 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n<sup>o</sup> 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; *Saskatchewan Human Rights Commission v. Waldo* (1984), 5 C.H.R.R. D/2074; *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. 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. 000; *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. 000; *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, 181, 298, 300, 318(4), 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.

*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).

### **Doctrines citées**

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

Association du Barreau canadien. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. Par Ken Norman, John D. McAlpine et Hymie Weinstein, 1984.

Beckton, Clare. "Liberté d'expression". Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*. 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.

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.

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. Chambre des communes. Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne. *L'égalité ça presse!* Ottawa: Approvisionnement et Services, 1984.
- 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.
- Commission canadienne des droits de la personne. *Rapport annuel 1989.* Ottawa: Ministre des Approvisionnement et 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.
- Fish, Arthur. "Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences" (1989), 11 *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. *Le Procès.* Traduit par Alexandre Vialatte. Paris: Gallimard, 1964.
- 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 *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*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 817.
- 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".
- 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.
- 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.
- Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, "hatred", "violence".
- Sieghart, Paul. *The International Law of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 1983.
- Stein, Eric. "History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz' -- and other -- 'Lies'" (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 277.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1, 87 A.R. 177, 43 C.C.C. (3d) 150, 65 C.R. (3d) 289, 39 C.R.R. 5, [1988] 5 W.W.R. 211, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'avoir volontairement fomenté la haine en contravention du par. 319(2) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

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

*Douglas H. Christie*, pour l'intimé.

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

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

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

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

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

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

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

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

*Kathleen Mahoney 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.*

*//Le juge en chef Dickson//*

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. 000, et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 000. 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(3)a) du *Code* qui permet d'invoquer la "véracité" 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.

## I. Les faits

M. 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.

Dans ses enseignements, M. Keegstra prêtait aux juifs diverses tares. Ainsi, il les décrivait à ses élèves comme "perfides", "subversifs", "sadiques", "cupides", "avidés 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, affirmait-il, contrairement aux chrétiens francs et honnêtes, les juifs sont surnois, dissimulateurs et foncièrement mauvais. M. 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. 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*?
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*?

### 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, fomenté volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable:

*a)* soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

*b)* soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

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

*a)* il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

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

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

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

. . .

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

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

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

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

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

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

**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;

Et afin d'explicitier 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;

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. Les jugements des tribunaux albertains

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

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).

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 favorise. La protection résultant de l'interdiction tend en effet à écarter l'appréhension qui pourrait autrement 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 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.

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. 11*d*). 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] "le 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. 2*b*) ne s'appliquait pas à l'expression que son auteur savait fausse. Le paragraphe 319(2) ne visait pas que les communications sciemment fausses pour englober toutes les déclarations fausses même faites innocemment et par négligence. La question pertinente à se poser aux fins de l'al. 2*b*) 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. 2*b*) 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. 2*b*) 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 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 débilitant 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 fomente 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 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 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.

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

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

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.

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.

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

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. 2*b*) 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 souhaite faire quelques observations sur la nature de la garantie de l'al. 2*b*). 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. 2*b*), car les valeurs que favorise cette liberté aident non seulement à définir la portée de l'al. 2*b*), 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. 2*b*) 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 *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 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. 2*b*), 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. 2*b*) 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. 2*b*). Ces aspects de l'arrêt découlent dans une large mesure de l'analyse en deux étapes utilisée pour déterminer s'il y a violation de l'al. 2*b*), 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 *Collège 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. 2*b*). 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 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.

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*.

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 fomenter la haine contre des groupes identifiables. Je conclus en conséquence que le par. 319(2) viole la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) 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 fomenter la haine ne relèvent pas de l'al. 2*b*). 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. 2*b*) 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 piqueurs 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 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.]

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 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.

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

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

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 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 une dérogation à un droit ou à une

liberté protégés 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 important".

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 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.

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

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

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

#### B. *Le recours à la jurisprudence constitutionnelle américaine*

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.

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 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 {oe}il 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 imminente 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, "Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory" (1979), 43 *Law & Comtemp. 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 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 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 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 Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation" (1988/89), 37 *Buffalo L. Rev.* 337, aux pp. 344 et 353 respectivement).

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.

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) 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 extrêmes, 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 antifrancophones. 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 permettront de se confondre avec la majorité. Ces conséquences sont 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 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, endurcir 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 le comité, résultait de l'expression qui fomentent 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'élargissement 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 de la haine raciale et religieuse au Canada étayent 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.

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. 2*b*), 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 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, 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 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/2397.)

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; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, Comm. Eur. D. H., Requête n° 9235/81, 16 juillet 1982, D.R. 29, p. 194; et *Lowes c. Royaume-Uni*, Comm. Eur. D. H., Requête n° 13214/87, 9 décembre 1988, décision inédite). Dans la décision de principe rendue par la Commission, cependant, l'article 17 de la Convention a été invoqué pour justifier des lois interdisant la propagande haineuse (*Glimmerveen c. Pays-Bas*, Comm. Eur. D. H., Requêtes n°s 8348/78 et 8406/78, 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 bien dans les droits internationaux de la personne que dans la *Charte*.

(iii) Autres dispositions de la *Charte*

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 *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 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*.

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 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: "[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 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 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 énoncée à l'art. 15. Le juge McIntyre dit, à la p. 171:

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.

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 G.-A. Beaudoin et E. 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).

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 de l'al. 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 étayaient 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. *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, *op. cit.*; Arthur 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 R. S. Abella et M. L. 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, 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.]

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. 2*b*) 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 pourvoi 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 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 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. 2*b*) 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. 2*b*). 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. 2*b*), et ce lien tient dans une large 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 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 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 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.

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.

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

Pour ce qui est du recours à des lois interdisant la propagande haineuse en Allemagne, avant la Seconde Guerre mondiale, je suis sceptique quant à la pertinence de l'observation selon laquelle des dispositions analogues au par. 319(2) ont été inefficaces pour contenir le racisme des nazis. Personne ne prétend que les lois interdisant la propagande haineuse peuvent par elles-mêmes prévenir une tragédie comme l'Holocauste; des conditions particulières à l'Allemagne ont rendu possible l'essor de l'idéologie nazie en dépit de l'existence et de l'application de ces lois (voir A. Doskow et S. B. Jacoby, "Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany" (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498, à la p. 509). Par contre les lois en matière de propagande haineuse sont seulement un aspect des efforts d'une société libre et

démocratique visant à empêcher la propagation du racisme et c'est dans ce contexte que doit être considéré le lien rationnel qu'elles peuvent avoir avec cet objectif. Certes, l'Allemagne de l'Ouest n'a pas réagi à l'échec des lois en vigueur avant la guerre en cherchant à les abolir et, en fait, une nouvelle série d'infractions criminelles a été créée aussi récemment qu'en 1985 (voir E. Stein, "History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz' -- and other -- "Lies"" (1987) 85 *Mich. L. Rev.* 277). De plus, comme je l'ai déjà signalé, la communauté internationale n'a pas considéré la promulgation de lois réprimant la propagande haineuse comme vaine ou néfaste aux objectifs visés. En fait, on a attiré l'attention de notre Cour sur le fait qu'il existe dans un grand nombre de pays des dispositions législatives analogues à celles que nous avons au Canada (voir, par exemple, Angleterre et Pays de Galles, *Public Order Act 1986* (R.-U.), 1986, ch. 64, art. 17 à 23; Nouvelle-Zélande, *Race Relations Act 1971* (N.-Z.), n° 150, art. 25; Suède, *Code pénal*, ch. 16, art. 8; Pays-Bas, *Code pénal*, art. 137c), 137d) et 137e); Inde, *Code pénal*, art. 153-A et 153-B et, d'une manière générale, l'*Étude sur l'application de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale des Nations Unies*). L'expérience allemande représente ce que le racisme peut avoir de plus abominable et révèle jusqu'à quel point un nombre considérable de gens peuvent se laisser séduire par des idées fausses et brutales. Un seul aspect de cette expérience n'est toutefois pas déterminant quant à l'efficacité de lois interdisant la propagande haineuse.

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

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

Les partisans de l'invalidation du par. 319(2) font valoir principalement qu'il crée une possibilité réelle que soit punie une expression qui n'est pas de la propagande haineuse. On soutient que la portée de la disposition est excessive, ses termes étant assez larges pour comprendre une expression n'ayant aucun rapport avec l'objectif du Parlement, et qu'elle est en outre indûment vague en ce sens qu'à cause du manque de clarté et de précision dans son texte il est impossible d'en dégager le sens avec exactitude. Dans l'un et l'autre cas, on prétend que le par. 319(2) a pour effet de limiter l'expression d'idées qui ne sont qu'impopulaires ou non conformistes. Il se peut que de telles communications ne présentent aucun risque d'occasionner le préjudice que le législateur cherche à prévenir et soient étroitement liées aux valeurs se trouvant au cœur de l'al. 2*b*). Cette portée trop large et cette imprécision pourraient en conséquence permettre à l'État d'avoir recours au par. 319(2) pour porter une atteinte excessive à la liberté d'expression ou, plus vraisemblablement, elles pourraient avoir un effet paralysant de sorte que des personnes pouvant tomber sous le coup du par. 319(2) se soumettraient à l'autocensure. Ceux qui contestent la validité du par. 319(2) font donc valoir que cette disposition supprime d'une manière inacceptable ce débat vif sur les grandes questions politiques et sociales auquel une société qui chérit la diversité des idées attache tant d'importance.

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

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

En examinant la constitutionnalité du par. 319(2), particulièrement en ce qui concerne les arguments relatifs à la portée excessive et à l'imprécision, on voit immédiatement que les déclarations faites "dans une conversation privée" ne sont pas comprises dans l'expression criminalisée. Cette disposition n'interdit pas les opinions exprimées avec l'intention de fomenter la haine si elles sont faites en privé, et cela indique que le Parlement s'est attaché à ne pas violer la vie privée des particuliers. En réalité, le fait que la disposition exclut la conversation privée au lieu d'inclure les communications faites dans un forum public porte à croire que l'expression de la haine dans un endroit accessible au public ne suffit pas pour provoquer l'application de la disposition (voir Fish, *loc. cit.*, à la p. 115). Cette observation est étayée par une comparaison du texte du par. 319(2) avec celui de l'interdiction, énoncée au par. 319(1), de l'incitation à la haine lorsque cette incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix. Le paragraphe 319(1) vise les déclarations communiquées "en un endroit public", ce qui indique qu'une interdiction de portée plus large était envisagée là où le danger

présenté par les déclarations avait un caractère immédiat, tandis qu'il se dégage du par. 319(2) que les conversations privées dans des endroits publics ne sont pas frappées d'interdiction. De plus, il est raisonnable d'inférer l'existence d'une exigence subjective de *mens rea* à l'égard du type de conversation visé au par. 319(2), inférence appuyée par la définition de l'expression "communication privée" à l'art. 183 du *Code criminel*. Par conséquent, une conversation ou une communication qui se veut privée ne satisfait pas aux exigences de la disposition en cause si, accidentellement ou par négligence, l'expression par un individu de sa haine envers un groupe identifiable est rendue publique.

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

Un deuxième élément important du par. 319(2) est son exigence que la fomentation de la haine soit "volontaire". La nature de cet élément moral a été examinée par le juge Martin dans l'affaire *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, les deux accusés avaient été inculpés en vertu du par. 319(2) (alors le par. 281.2(2)) après avoir distribué des tracts contenant des déclarations attaquant les Canadiens français du comté d'Essex. À l'époque en question, la minorité francophone du comté tentait de faire construire par le conseil scolaire une école secondaire de langue française. Les accusés s'identifiaient aux Canadiens français et réagissaient à l'opposition suscitée par la construction de l'école. D'après eux, le tract se voulait satirique et visait à amener une solution rapide en provoquant une réaction de la part du gouvernement et en exerçant ainsi une pression sur le conseil scolaire. Malgré cette explication, ils ont été déclarés coupables au procès.

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

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

Plus précisément, le juge Martin explique ensuite, plus en détail, le sens du mot "volontairement", concluant que cet élément moral n'existe que lorsque l'accusé souhaite la fomentation de haine ou prévoit qu'elle résultera certainement ou presque certainement d'un acte accompli en vue d'atteindre un autre but (pp. 384 et 385). Dans l'affaire *Buzzanga*, le juge du procès avait informé le jury que le mot "volontairement" pouvait être considéré comme équivalant à l'intention de causer [TRADUCTION] "une controverse, un esclandre et un tollé" (p. 386). Cette interprétation était visiblement incompatible avec l'exigence du juge Martin que la fomentation de la haine soit intentionnelle ou qu'elle soit prévue comme presque certaine. Par conséquent, la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

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

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

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

On a toutefois soutenu que même une exigence sévère de *mens rea* ne donne pas au par. 319(2) une portée acceptable du point de vue constitutionnel. Le problème, dit-on, réside dans le fait que l'infraction n'exige pas la preuve que la communication a effectivement engendré la haine, l'argument étant que seule une telle preuve permet d'établir un préjudice assez grave pour justifier la restriction de la liberté d'expression en vertu de l'article premier.

C'est surtout parce qu'il n'exige pas cette preuve de la haine effectivement engendrée que le juge Kerans a conclu en Cour d'appel que le par. 319(2) viole la *Charte*.

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

Une autre particularité de l'article en cause qui doit retenir notre attention ensuite est l'expression "fomente [. . .] la haine contre un groupe identifiable". Étant donné que la disposition vise à criminaliser la dissémination de la haine au sein de la collectivité, j'estime que le mot "fomente" qui signifie "susciter ou attiser un sentiment ou une action néfaste" exprime le soutien actif ou l'instigation. Le verbe anglais "*promotes*" comporte donc davantage que simplement encourager ou favoriser. Le fomentateur de la haine doit avoir l'intention d'exciter directement et activement la haine contre un groupe identifiable ou prévoir cette conséquence comme presque certaine. Pour ce qui est de l'expression "groupe identifiable",

le par. 318(4) dit qu'elle "désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique". L'acte proscrit est donc l'instigation volontaire de la haine contre des membres particuliers de notre société, par opposition à un individu.

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

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

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

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

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

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

Il ressort des facteurs susmentionnés que le par. 319(2) ne restreint pas indûment la garantie prévue à l'al. 2*b*). Les conditions de l'infraction, telles que je les ai définies, indiquent plutôt que le par. 319(2) comporte une définition restrictive qui assure qu'il ne touchera qu'une activité expressive qui s'oppose ouvertement à l'objectif visé par le législateur et vise donc uniquement le mal qui fait l'objet de l'interdiction. Je cite de nouveau les moyens de défense expressément prévus, qui précisent davantage la portée de l'infraction:

**319. . . .**

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

*a*) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

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

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

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

Il se dégage d'une lecture attentive des moyens de défense prévus au par. 319(3) qu'ils englobent des types d'activité expressive qui ne relèveraient pas en règle générale de la "fomentation volontaire de la haine", selon ma définition de cette expression. Ainsi, les trois moyens de défense qui comportent des éléments de bonne foi ou de croyance sincère, savoir les al. 319(3)*b*), *c*) et *d*), semblent jouer de manière à écarter directement la *mens rea* requise pour l'infraction, car rares sont les cas où une personne qui a l'intention de fomenter la haine agit de bonne foi ou est mue par une croyance sincère. Ces moyens de défense servent donc

à aider à préciser de façon plus explicite la portée de la fomentation volontaire de la haine; ils indiquent clairement aux personnes se livrant au genre d'expression ainsi décrite que cette activité échappe à la portée de l'infraction. Il en résulte une diminution appréciable du danger, s'il en est, que le par. 319(2) soit de portée trop large ou démesurément vague, ou qu'il soit ainsi perçu. Pour autant qu'il justifie l'accusé dont l'activité, autrement, serait visée par l'infraction de fomentation volontaire de la haine, le par. 319(3) traduit la volonté de ne pas restreindre la liberté d'expression d'un particulier dans des cas limites. La ligne de démarcation entre les heurts d'un débat public et les attaques brutales, négatives et préjudiciables contre des groupes identifiables est donc ajustée de manière à laisser une certaine latitude pour l'exercice de la liberté d'expression.

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

On a soutenu énergiquement devant nous que le moyen de défense de véracité est une protection insuffisante contre une disposition en matière de propagande haineuse dont la portée

est trop large. Dans cet ordre d'idées, on signale à juste titre qu'un bon nombre (sinon la majorité) des communications relevant du par. 319(2) ne se prêtent pas à une classification vrai - faux, car il s'agit d'idées ou d'opinions dans l'esprit de la personne qui communique. L'accusé pourrait donc croire sincèrement à la valeur de son point de vue tout en étant dans l'impossibilité de se prévaloir du moyen de défense accordé par l'al. 319(3)a). On prétend en outre que, même lorsqu'une déclaration peut être qualifiée de vraie ou de fausse, la personne qui se trompe en toute bonne foi sur la légitimité de sa position (même si cette personne est innocente) est laissée sans protection, ce qui restreint dangereusement la liberté d'expression par l'effet "paralysant" qu'elle peut avoir sur ceux qui exercent l'autocensure parce qu'ils craignent que leurs déclarations soient fausses. En dernier lieu, on peut se demander si les tribunaux ne s'aventurent pas sur un terrain dangereux en tentant de distinguer entre le vrai et le faux. Le risque de partialité, qu'elle soit intentionnelle ou subconsciente, dans une telle décision est un danger fréquemment mentionné par les théoriciens de la liberté d'expression (ce risque se manifeste également à l'al. 319(3)c) dans la mesure où les idées sont appréciées en fonction du caractère "raisonnable" et de l'"intérêt du public").

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

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

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

possibilité qu'une idée soit vraie ou qu'elle présente un avantage quelconque diminue au point de disparaître, et que la déclaration en question a des conséquences préjudiciables qui entrent en conflit avec les valeurs les plus fondamentales d'une société libre et démocratique, il n'est pas excessivement difficile de se prononcer dans un sens qui impose des restrictions à l'expression.

Avant d'examiner l'effet d'autres réactions éventuelles à la propagande haineuse sur la proportionnalité du par. 319(2), quelques observations s'imposent sur un dernier argument avancé à l'appui de l'invalidation du par. 319(2) pour cause de portée excessive ou d'imprécision. On prétend que l'existence de cette disposition a amené les autorités à s'ingérer dans une gamme variée d'expressions politiques, éducatives et artistiques et que cela démontre bien trop clairement comment la portée excessive et l'imprécision peuvent entraîner un envahissement indu et la menace de persécution. À ce propos, on mentionne de nombreux incidents où les autorités paraissent avoir fait des excès de zèle dans leur interprétation de la loi, y compris l'arrestation de personnes qui distribuaient des tracts engageant les Américains à quitter leur pays et la retenue temporaire à la frontière d'un film intitulé *Nelson Mandela* ainsi que le roman *Les versets sataniques* de Salman Rushdie (voir, par exemple, Borovoy, *loc. cit.*, à la p. 141; notez que dans les deux derniers exemples il ne s'agit pas du par. 319(2) mais de dispositions analogues du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 49, art. 114, et annexe VII, Code 9956b)).

Il est certes inquiétant que le par. 319(2) ait pu, dans le passé, amener les autorités à restreindre une expression qui faisait un apport utile aux arts, à l'enseignement ou à la politique au Canada. J'espère toutefois qu'il ressort nettement de mes observations relatives à sa portée que le par. 319(2) ne s'applique qu'aux formes d'expressions les plus intentionnellement extrêmes. Dans cette optique, on peut affirmer sans crainte que les incidents mentionnés plus

haut ne démontrent pas la portée excessive et l'imprécision de cette disposition, mais constituent plutôt des exemples de mesures que l'État ne peut légalement prendre en vertu du par. 319(2). À l'évidence, la possibilité d'un harcèlement policier illégal influe très peu sur la proportionnalité que peut avoir une loi en matière de propagande haineuse avec les objectifs légitimes du Parlement. Il faut donc rejeter l'argument fondé sur ce harcèlement.

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

L'un des arguments les plus puissants pour prétendre que le par. 319(2) viole de manière inacceptable la garantie énoncée à l'al. 2b) est qu'aucune sanction pénale n'est nécessaire pour atteindre l'objectif du législateur. Donc, même si le texte du par. 319(2) et la nature des moyens de défense pouvant être allégués n'exposent une personne à une déclaration de culpabilité que dans des circonstances bien précises et clairement définies, on prétend que le préjudice occasionné par la propagande haineuse peut être combattu plus efficacement par des moyens qui ne relèvent pas du droit criminel. De façon plus générale, on dit que l'information et l'éducation vantant les mérites de la tolérance et de la coopération entre les groupes raciaux et religieux sont la meilleure réponse aux idées discriminatoires. Quant à l'interdiction de la propagande haineuse, on souligne que des lois en matière de droits de la personne sont une réaction à la fois moins sévère et plus efficace que le droit criminel. Non seulement ces lois exposent celui qui diffuse la propagande haineuse à des stigmates et à une sanction moins graves, mais constituent une façon moins conflictuelle d'éliminer ce genre d'expression. Cette approche plus conciliatoire serait préférable à la sanction pénale car celui qui diffuse la propagande haineuse serait encouragé à prêter son concours aux tribunaux des droits de la personne et ainsi à améliorer son comportement.

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

Dans l'appréciation de la proportionnalité d'une disposition législative avec un objectif gouvernemental valable, toutefois, l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

Quoique la meilleure façon de favoriser une attitude tolérante parmi les Canadiens soit la combinaison de diverses mesures, le préjudice causé par la propagande haineuse peut exiger

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

d. *Conclusion relative à l'atteinte minimale*

Pour résumer l'analyse qui précède, vu la grande importance de l'objectif visé par le législateur et la valeur réduite de l'expression en cause, je conclus que le texte du par. 319(2) crée une infraction aux limites étroites, qui ne pèche ni par une portée excessive ni par l'imprécision. Cette interprétation découle dans une large mesure de ce que, selon moi, cette disposition pose une exigence rigoureuse concernant la *mens rea*, savoir l'intention de fomenter la haine ou la connaissance de la forte probabilité d'une telle conséquence; cette interprétation est en outre fortement appuyée par la conclusion que le sens du mot "haine" se limite à l'opprobre le plus marqué et le plus profondément ressenti. De plus, la conclusion que le

par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression est étayée par le fait qu'il exclut la conversation privée de son champ d'application, qu'il exige que la fomentation de la haine vise un groupe identifiable et qu'il est prévu divers moyens de défense au par. 319(3). Quant à l'argument selon lequel l'existence d'autres moyens de lutte contre la propagande haineuse élimine la nécessité d'une disposition criminelle, il est éminemment raisonnable de recourir à plus d'un type d'instrument législatif pour chercher à empêcher la diffusion de l'expression raciste et le préjudice qui en résulte. S'il est vrai qu'une disposition criminelle est plus difficile à justifier en vertu de l'article premier, j'estime que la justification requise a été établie dans le cas du par. 319(2).

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

(iv). Les effets de la restriction

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

J'ai examiné de près l'importance des valeurs inhérentes à la liberté d'expression qui sont menacées par le par. 319(2) et de l'objectif sous-jacent à l'interdiction criminelle. Il est maintenant bien évident que je ne considère pas la violation de l'al. 2*b*) par le par. 319(2)

comme une restriction très grave. L'activité expressive visée par cette disposition tombe dans une catégorie spéciale, qui n'a qu'un faible lien avec les valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression. En outre, la portée restreinte du par. 319(2) ainsi que les moyens de défense prévus empêchent l'interdiction de l'expression qui ne relève pas de cette catégorie restreinte. Par conséquent, la suppression de la propagande haineuse par le par. 319(2) ne représente pas une atteinte des plus graves à la liberté d'expression de l'individu.

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

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

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

frappant la propagande haineuse est une violation de la *Charte* et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce point.

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

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

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

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

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

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

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

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Un procès en matière criminelle ne peut être divisé en étapes bien définies de sorte que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé à une étape intermédiaire et le fardeau ultime au ministère public.

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

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

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

Mes observations générales concernant le rôle de l'article premier et le critère de l'arrêt *Oakes* s'appliquent évidemment à la question de la justification du moyen de défense de véracité comme restriction raisonnable dans une société libre et démocratique. Est également pertinente une bonne partie de ce que j'ai dit dans mon analyse du par. 319(2), bien qu'il soit

encore nécessaire d'entreprendre un examen distinct de la validité du renversement du fardeau de la preuve selon l'al. 319(3)a).

La raison d'être de l'al. 319(3)a) représente en quelque sorte une exception aux objectifs généraux sous-tendant le par. 319(2). Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'infraction de fomentation volontaire de la haine repose sur la volonté nationale et internationale d'assurer la liberté d'expression, l'égalité et le respect de la dignité humaine et du multiculturalisme. Sans écarter ce large fondement, l'al. 319(3)a) vise un objectif qui tient à l'importance attachée par le législateur fédéral à l'expression de la vérité (voir le rapport du comité Cohen, *op. cit.*, à la p. 68, et la Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, à la p. 41). Plus précisément, le moyen de défense de véracité permet à un accusé d'échapper à la responsabilité puisqu'il est possible que ses déclarations, quoique destinées à fomenter la haine, acquièrent néanmoins un plus grand mérite (en regard des valeurs de la libre expression) parce qu'elles sont vraies.

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

l'objet du par. 319(2), je conclus en conséquence que l'objectif visé par le législateur en prévoyant le renversement du fardeau de la preuve à l'al. 319(3)*a*) est urgent et réel.

Passant à l'examen de la proportionnalité de la mesure établissant le renversement du fardeau de la preuve par rapport à l'objectif législatif visé, la première question à se poser est de savoir si l'al. 319(3)*a*) a un lien rationnel avec l'objet de prévenir le mal causé par l'expression fomentant la haine. À mon avis, ce lien existe manifestement. Le renversement du fardeau de preuve qu'opère le moyen de défense de véracité joue de manière à ce qu'il soit plus difficile de se soustraire à une déclaration de culpabilité dans un cas où la fomentation volontaire de la haine a été établie hors de tout doute raisonnable. Comme la fomentation volontaire de la haine va à l'encontre des buts visés par le législateur, le fait d'imposer une telle charge à l'accusé est rationnellement lié à un objectif qui est valable aux fins de l'article premier.

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

soit, que ses déclarations, reconnues diffamatoires à l'endroit de groupes cibles, aient quelque utilité sociale dans le cadre d'un dialogue public légitime.

Dans le contexte global du par. 319(2), il est donc évident que c'est dans le but d'établir un équilibre entre deux préoccupations légitimes que le Parlement a eu recours à la disposition portant renversement du fardeau de la preuve. Exiger de l'accusé qu'il prouve la véracité de ses déclarations selon la norme applicable en matière civile, fait partie intégrante de cet équilibre et un fardeau moins lourd provoquerait un grave déséquilibre. Si la fausseté était incluse comme élément du par. 319(2), par exemple, ou même si l'accusé était simplement tenu de faire naître un doute raisonnable en ce qui concerne la véracité des déclarations, l'efficacité du par. 319(2) pour atteindre son objet serait fortement compromise. Dans le premier cas, il serait fait directement obstacle à l'objectif du Parlement, car nombreuses sont les déclarations qui ne peuvent être qualifiées de vraies ou de fausses. Dans les deux cas, cependant, s'il existait un doute raisonnable quant à la fausseté des déclarations de l'accusé, il serait acquitté. Pour qu'un tel résultat puisse être accepté, il faudrait convenir que cette possibilité relativement mince de véracité l'emporte sur le mal causé par la fomentation volontaire de la haine. J'estime toutefois que l'objectif vital poursuivi par le législateur justifie l'exigence d'une preuve plus convaincante de la véracité possible des déclarations d'un fomentateur de haine, étant donné qu'un moyen de défense invoqué avec succès fournit une excuse en dépit de l'existence du mal que l'on cherche à supprimer (voir Rauf, *loc. cit.*, aux pp. 368 et 369). Que l'accusé soit tenu d'établir la véracité selon la prépondérance des probabilités représente une précaution compréhensible et légitime contre une justification trop facile d'un tel préjudice. Cela étant, je conclus que le renversement du fardeau de preuve à l'al. 319(3)a) porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence.

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

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

Dans l'arrêt *Whyte*, ce n'est qu'après avoir fait l'historique de la législation en matière d'alcool au volant et reconnu à la fois le grave danger que représentait l'alcool au volant pour la société et les difficultés que susciterait l'obligation pour le ministère public de prouver l'intention de conduire, que notre Cour a jugé que la présomption légale attaquée était justifiée malgré son incidence sur la présomption d'innocence. Comme je l'ai déjà fait remarquer, des facteurs similaires jouent pour justifier la disposition portant renversement du fardeau de preuve, contestée dans le présent pourvoi, soit notamment l'importance particulière attachée à la prévention du mal causé par l'expression fomentant la haine et le fait que le moyen de défense de véracité peut être invoqué en dépit de l'existence d'un tel préjudice. La violation

de l'al. 11*d*) se produit donc dans un contexte légal et pratique où il est irréaliste d'exiger que le ministère public prouve la fausseté des déclarations en cause et, pour reprendre la formule employée dans l'arrêt *Whyte*, je conclus que le renversement du fardeau de preuve par l'al. 319(3)*a*) accorde à l'accusé un moyen de défense qu'autrement il ne pourrait invoquer.

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

En résumé, m'étant fondé sur l'arrêt *Whyte* de notre Cour pour décider que l'al. 319(3)*a*) viole à première vue l'al. 11*d*) de la *Charte*, je conclus néanmoins que la disposition attaquée est justifiée aux termes de l'article premier. Le renversement du fardeau de la preuve que comporte le moyen de défense de véracité est la seule façon pour le Parlement d'offrir ce moyen de défense tout en proscrivant efficacement l'expression fomentant la haine par des dispositions pénales. Exiger que l'État prouve hors de tout doute raisonnable la fausseté d'une déclaration reviendrait à excuser une bonne partie de l'activité expressive nocive que vise le par. 319(2) même en présence d'une preuve minime de sa valeur. À mon avis, la justification de ce renversement du fardeau de la preuve doit résider dans le fait qu'elle joue uniquement dans les cas où le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'intention de fomenter une haine préjudiciable, et dans la reconnaissance qu'en s'arrêtant trop à la possibilité qu'une déclaration soit vraie, on risquerait de faire obstacle à l'objectif du législateur.

**IX. Conclusion**

Pour autant qu'il vise à interdire l'expression de certaines idées, le par. 319(2) du *Code criminel* viole la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Vu l'importance du but du législateur d'empêcher la diffusion de la propagande haineuse et compte tenu de la faiblesse du lien entre cette expression et les valeurs sous-jacentes à l'al. 2*b*), je

conclus toutefois que la disposition de portée restreinte qu'est le par. 319(2) est justifiable en vertu de l'article premier. De même, bien que le renversement du fardeau de la preuve par l'al. 319(3)a) entre en conflit avec la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d), elle peut être considérée comme un moyen justifiable d'excuser des déclarations vraies sans miner l'objectif de prévenir le mal causé par la fomentation intentionnelle de la haine.

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

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

Réponse: Oui.

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

Réponse: Oui.

3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

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

Réponse: Oui.

Je suis en conséquence d'avis d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et d'accueillir le pourvoi. L'affaire devrait être renvoyée à la Cour d'appel pour le règlement des questions qui n'ont pas été examinées en raison de sa décision d'invalider les dispositions attaquées.

*//Le juge La Forest//*

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) -- Je souscris aux motifs du juge McLachlin sur les questions relatives à la liberté d'expression. Je trancherais donc le présent pourvoi et je répondrais aux deux premières questions constitutionnelles de la façon qu'elle propose. J'estime inutile d'examiner les questions relatives au droit d'être présumé innocent et donc de répondre aux deux autres questions constitutionnelles.

*//Le juge McLachlin//*

Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) --

## Introduction

La question dans le présent pourvoi est de savoir si les par. 319(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui créent l'infraction de fomentation de la haine, devraient être invalidés pour le motif qu'ils violent la garantie de la liberté d'expression et la présomption d'innocence consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

M. Keegstra, un professeur d'école secondaire à Eckville, une petite ville de l'Alberta, a été reconnu coupable d'avoir fomenté la haine en contravention du par. 319(2). D'après la preuve, il avait systématiquement dénigré les juifs et le judaïsme dans ses classes. Il désignait les juifs par des épithètes telles que "révolutionnaristes", "perfides", "imposteurs", "communistes", "dissimulés", "sournois", "manipulateurs" et "fourbes". Il enseignait que les juifs sont "barbares", "subversifs", "sadiques", "matérialistes", "cupides" et "avidés de pouvoir". Il soutenait que tout juif devait être mauvais et que les gens mauvais devaient être juifs. Non seulement faisait-il ces affirmations, mais il disait aussi à ses élèves qu'ils devaient accepter ses opinions comme exactes, à moins de pouvoir les contredire. Il s'attendait en outre à ce que ses élèves reprennent ces idées dans leurs compositions et examens. S'ils le faisaient, ils avaient de bonnes notes. S'ils ne le faisaient pas, ils avaient de mauvaises notes.

Avant son procès, M. Keegstra avait demandé à un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta d'ordonner l'annulation de l'accusation pour le motif que le par. 319(2) du *Code criminel* porte atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*. Cet argument a été rejeté par le juge Quigley: (1984), 19 C.C.C. (3d) 254. Il considérait ce paragraphe non pas comme une restriction de la liberté d'expression mais comme une disposition protectrice favorisant la liberté d'expression. Selon lui, "liberté d'expression" à l'al. 2b) de la *Charte* ne signifiait aucunement la liberté absolue conférant un droit illimité de s'exprimer. Il a ajouté

que, si sa conclusion que le par. 319(2) ne portait pas atteinte à l'al. 2b) était erronée, il conclurait qu'il s'agissait d'une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

La Cour d'appel a cependant infirmé cette décision et annulé la déclaration de culpabilité inscrite au procès: (1988), 43 C.C.C. (3d) 150. À son avis, le par. 319(2) du *Code criminel* violait la *Charte* à deux titres. Premièrement, en faisant de la véracité des déclarations tendant à fomenter la haine un moyen de défense tout en imposant à l'accusé le fardeau de la prouver, il portait atteinte à la présomption d'innocence. Deuxièmement, il constituait une violation de la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*. Le juge Kerans, au nom de la cour, dit que [TRADUCTION] "la fomentation imprudente de la haine relève de la définition de la liberté d'expression" (p. 162) aux fins de cet alinéa, et que les erreurs de fait commises par ceux qui s'expriment -- même par ceux dont l'erreur n'a aucun fondement raisonnable -- bénéficient de la protection de la *Charte*.

De plus, selon la Cour d'appel, la violation en question ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. [TRADUCTION] "[C]ette règle a une portée trop large" fait remarquer le juge Kerans en soulignant que le paragraphe en cause n'exige pas que la fomentation de la haine par l'auteur de l'infraction amène effectivement quelqu'un à haïr un membre du groupe protégé. Il convient que la réglementation de la propagation de la haine contre des groupes cibles peut être justifiable, mais conclut que le fait que la loi criminalise de simples tentatives sans admettre le moyen de défense de l'erreur involontaire exclut sa justification comme mesure raisonnable justifiée dans une société démocratique. Le juge Kerans estime en outre que les valeurs du multiculturalisme et de l'égalité consacrées dans la *Charte* ne rendent pas raisonnable au sens de l'article premier la limite imposée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. L'article 15 ne vise que l'action

gouvernementale, tandis que le par. 319(2) vise l'expression individuelle -- celle que protège l'al. 2b) de la *Charte*. Selon le juge Kerans, rien dans la *Charte* ne laisse supposer l'existence en matière d'expression d'une orthodoxie à laquelle on peut être légalement astreint. Au contraire, notre adhésion à la notion du marché des idées nous interdit de présumer que les fomentateurs de haine parviendront à provoquer cette haine chez la majorité des Canadiens. De plus, la liberté d'expression est une liberté individuelle à ce point capitale que seul peut l'emporter sur elle un objectif public d'une importance exceptionnelle. La Cour d'appel a décidé en dernière analyse que la *Charte* protège même la fomentation imprudente de la haine jusqu'au point où elle provoque réellement chez certains auditeurs de la haine pour les groupes visés.

Le ministère public se pourvoit devant notre Cour.

### Les dispositions législatives

L'intimé a été inculpé en vertu du par. 319(2) du *Code criminel*, dont voici le texte:

#### **319. . . .**

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

*a)* soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

*b)* soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

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

*a)* il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

L'expression "groupe identifiable" est ainsi défini :

**318. . . .**

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

On peut constater que ce qui est interdit c'est la fomentation *volontaire* de la haine contre des groupes identifiables. De simples lapsus ne donnent pas lieu à des poursuites. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que les déclarations aient réellement pour effet de fomenter la haine. La véracité est un moyen de défense, mais c'est à l'accusé qu'il incombe de l'établir.

La disposition en cause doit être examinée à la lumière des principes énoncés dans la *Charte*, notamment aux articles suivants:

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

...

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

11. Tout inculpé a le droit:

...

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

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

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

### Les questions en litige

Le litige porte sur les questions suivantes:

1. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* viole-t-il l'al. 2b) de la *Charte*?
2. Les paragraphes 319(2) et (3) du *Code criminel* violent-ils l'al. 11d) de la *Charte*?

3. Si la réponse à l'une ou l'autre des deux premières questions est affirmative, les violations peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Ces questions sont reflétées dans les questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson:

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

## Analyse

### I. *Contexte*

Cette instance soulève des questions très importantes et très difficiles. Afin de les situer dans un contexte approprié, je présente en guise de préface à mon analyse des questions en

litige un bref aperçu philosophique et historique du rôle de la liberté d'expression dans notre société, tant d'un point de vue général que par rapport à la propagande haineuse.

A. Une vue philosophique de la liberté d'expression et la Charte

Il existe diverses justifications philosophiques de la liberté d'expression. Certaines placent la liberté d'expression parmi les moyens d'atteindre d'autres fins. D'autres la voient comme une fin en soi.

Parmi les justifications de la liberté d'expression qui tombent dans la première catégorie, la plus remarquable soutient que cette liberté contribue à favoriser le libre échange d'idées qui est indispensable à la démocratie et au fonctionnement des institutions démocratiques. C'est ce qu'on appelle parfois la justification fondée sur le processus politique: voir A. W. MacKay, "Freedom of Expression: Is it All Just Talk?" (1989), 68 *R. du B. can.* 713. L'énoncé classique de cette justification se trouve dans A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948).

Le point de vue selon lequel la liberté d'expression s'impose en raison de son rôle dans le processus politique a pour corollaire que seule mérite la protection constitutionnelle l'expression se rapportant au processus politique. Toutefois l'expression, dit-on, bénéficie d'une protection absolue à l'intérieur de ces limites. La justification fondée sur le processus politique a joué un rôle important dans l'évolution de l'interprétation du Premier amendement aux États-Unis, et plusieurs juges de la Cour suprême des États-Unis (qui n'ont cependant jamais été majoritaires) ont adopté la théorie du caractère absolu de la protection de l'expression dans ces limites précises. L'importance de cette justification a également été affirmée par des tribunaux canadiens, avant comme après l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Une variante de la théorie relative au processus politique attribue à la liberté d'expression un rôle crucial en ce qu'elle serait la liberté clé dont dépendent toutes les autres. En effet, sans la liberté de commenter et de critiquer, d'autres droits et libertés fondamentaux pourraient être anéantis par l'État. Cet argument privilégie donc la liberté d'expression par rapport aux autres droits.

La légitimité de la justification de la liberté d'expression fondée sur le processus politique est incontestable. Elle a toutefois ses limites. Elle ne justifie en fait qu'un aspect relativement restreint de la liberté d'expression -- bien plus restreint que ce qui semble se dégager du texte du Premier amendement ou de l'al. 2b) de la *Charte*.

Une autre vénérable justification de la liberté d'expression (qui remonte au moins à de l'*Areopagitica* de Milton en 1644) dit qu'elle est un préalable essentiel de la recherche de la vérité. Ce modèle, comme celui basé sur le processus politique, part d'un point de vue instrumentaliste. La liberté d'expression est perçue comme un moyen de favoriser un "marché des idées" où des idées rivales se disputent la suprématie afin de faire surgir la vérité. La métaphore du "marché des idées" a été forgée par le juge Oliver Wendell Holmes dans sa célèbre dissidence de l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). On a toutefois reproché à cette justification qu'elle n'offre aucune garantie que la libre expression d'idées conduira vraiment à la vérité. En fait, comme l'Histoire le démontre, il est très possible que des idées dangereuses, destructrices et fondamentalement fausses prévalent, du moins à court terme.

Malgré sa force, cette critique ne détruit pas la justesse essentielle de la notion de la valeur du marché des idées. Si la liberté d'expression ne donne aucune garantie que la vérité l'emportera toujours, on peut tout de même soutenir qu'elle contribue, de façons qui seraient

impossibles en son absence, à favoriser la recherche de la vérité. Il suffit de prendre le cas de sociétés qui ont restreint la liberté d'expression pour constater combien en souffrent à la fois la vérité et la créativité humaine. Ce n'est pas par coïncidence que, dans des sociétés où la liberté d'expression est sévèrement limitée, la vérité fait souvent place à la propagation forcée d'idées qui peuvent n'avoir que peu de rapport avec les problèmes réels de ces sociétés. Ce n'est pas une coïncidence non plus que le développement industriel et économique ainsi que la créativité scientifique et artistique soient freinés dans ces sociétés.

On peut soutenir par ailleurs que c'est une erreur de limiter la justification de la liberté d'expression à la promotion de la vérité, car pour importante que la vérité puisse être, il est impossible de prouver que certaines opinions sont vraies ou fausses. Maintes idées et expressions qui ne peuvent être vérifiées ont néanmoins de la valeur. Ces considérations me convainquent que la liberté d'expression peut se justifier, en partie du moins, par le fait qu'elle favorise le "marché des idées" et permet ainsi la création d'une société plus actuelle, plus dynamique et plus progressive.

La liberté d'expression peut toutefois être perçue comme davantage qu'un moyen d'atteindre d'autres fins. Nombreux sont ceux qui affirment en effet que la liberté d'expression est une fin en soi, une valeur essentielle au type de société que nous souhaitons préserver. Suivant ce point de vue, la liberté d'expression [TRADUCTION] "est dérivée de la prémisse généralement acceptée en Occident que la véritable finalité de l'homme est l'épanouissement de son caractère et la réalisation de toutes ses possibilités d'être humain". Il découle de cette prémisse que chacun a le droit de former ses propres croyances et opinions et de les exprimer. [TRADUCTION] "Car l'expression est partie intégrante du développement des idées, de l'exploration intellectuelle et de l'affirmation de soi": T. I. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), *72 Yale L.J.* 877, à la p. 879. C'est dévaloriser la

liberté d'expression et c'est une erreur selon les tenants de ce point de vue, de concevoir ce droit en fonction uniquement des fins qu'il peut nous aider à atteindre. [TRADUCTION] "Le fait qu'un exercice particulier du droit peut être considéré favoriser ou retarder la réalisation d'autres buts collectifs n'est pas la mesure générale de la liberté d'expression d'une personne" (p. 880). La liberté d'expression vaut la peine d'être sauvegardée en raison de sa valeur intrinsèque.

Ceux qui affirment que la liberté d'expression vaut la peine d'être protégée pour sa valeur intrinsèque comme moyen de réaliser l'épanouissement tant de celui qui s'exprime que de l'auditeur, ont tendance à lier cette justification à d'autres. (Voir, par exemple, Emerson, *loc. cit.*, at pp. 879 et 880, et L. Tribe, *American Constitutional Law* (2<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 785 à 789.) Prise isolément, cette justification de la libre expression est peut-être trop large et trop imprécise pour fonder un principe constitutionnel. En outre, elle n'explique pas pourquoi l'expression mérite un statut constitutionnel particulier et non certaines autres activités d'épanouissement personnel. Néanmoins, l'importance donnée à la valeur intrinsèque de la liberté d'expression est un complément utile aux justifications de caractère plus utilitaires qui admettent, par exemple, certaines formes d'expression artistique que certains pourraient autrement être tentés d'exclure.

Dans la pensée de F. Schauer (*Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982)), les arguments fondés sur la valeur intrinsèque se marient à ceux fondés sur les conséquences pratiques. Plutôt que d'évaluer l'expression pour voir pourquoi elle pourrait mériter la protection, Schauer considère les raisons susceptibles d'amener un gouvernement à essayer de limiter l'expression. L'histoire démontre, souligne Schauer, que les tentatives de restriction de l'expression figurent en nombre disproportionné parmi les bévues gouvernementales -- de la condamnation de Galilée pour avoir affirmé que la Terre est ronde jusqu'à la suppression de grandes œuvres

d'art jugées "obscènes". Le professeur Schauer explique cette curieuse incapacité des gouvernements qui pratiquent la censure d'éviter les erreurs par le fait qu'en limitant l'expression les gouvernements se constituent souvent juge et partie. Ils ont intérêt à faire taire les critiques à leur endroit, ou même à augmenter leur propre popularité en étouffant l'expression impopulaire. Ces mobiles les mettent souvent dans l'impossibilité de bien peser le pour et le contre de la suppression. Cela ne veut pas dire qu'il est toujours illégitime de la part des gouvernements d'imposer des restrictions à l'expression, mais toute tentative de ce genre de la part d'un gouvernement doit à première vue éveiller la suspicion.

Le raisonnement de Schauer nous rappelle qu'aucune justification n'est définitive en matière de liberté d'expression. En fait, il est probable que des théories relatives à la liberté d'expression continueront à se développer.

En quoi ces diverses justifications de la liberté d'expression se rapportent-elles à l'al. 2b) de la *Charte*? On peut souligner d'abord que la portée large du texte de l'al. 2b) de la *Charte* est peut-être incompatible avec une justification fondée sur une seule facette de la liberté d'expression. Cela laisse supposer qu'il n'est pas besoin d'adopter une justification définitive de la liberté d'expression. Différentes justifications de la liberté d'expression peuvent prendre divers degrés d'importance dans différentes situations. Toutefois, chacune des justifications susmentionnées peut nous éclairer sur la portée et le contenu de l'al. 2b).

L'interprétation qui a été donnée à l'al. 2b) de la *Charte* confirme la pertinence des justifications de la liberté d'expression selon sa valeur tant instrumentale qu'intrinsèque. Notre Cour interprète les droits et libertés garantis par la *Charte* en fonction de l'objet visé. Dans le contexte de l'histoire judiciaire de la liberté d'expression au Canada, cela permet de penser qu'il y a lieu, dans la détermination de sa portée et du caractère justifiable de sa restriction, de

tenir compte des fins pouvant être servies par la liberté de parole. Ces fins comprennent le maintien de nos droits démocratiques et les avantages de la créativité et de la recherche de la vérité dans les sciences, dans l'art, dans l'industrie et dans d'autres domaines. En même temps, l'importance que notre Cour a attachée à la dignité intrinsèque de l'individu en interprétant les droits et libertés garantis par la *Charte* indique que la justification qu'est l'épanouissement personnel doit jouer un rôle de premier plan dans les décisions fondées sur l'al. 2b) de la *Charte*.

En conformité avec cette approche éclectique, notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, a énuméré trois valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*: la recherche de la vérité; la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique; et l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

Pour toutes ces raisons et chacune d'elles, la liberté d'expression est une valeur fondamentale dans notre société. Cette valeur n'est pourtant pas absolue. Comme d'autres libertés auxquelles nous attachons tant de prix, la liberté d'expression doit dans certaines circonstances céder le pas à des considérations opposées. Il s'agit toujours d'une question d'équilibre. La liberté d'expression protège certaines valeurs que nous tenons pour fondamentales -- la démocratie, une culture vivante, dynamique et créative, et la dignité de l'individu. Il se peut néanmoins que la liberté d'expression compromette d'autres valeurs. Elle peut en effet nuire à des réputations et inciter à la violence. On peut en abuser dans le but de saper nos institutions politiques fondamentales et de miner l'harmonie raciale et sociale. Le législateur peut légitimement porter atteinte à la liberté d'expression dans un cas où les risques inhérents à cette liberté l'emportent sur sa valeur.

Les rédacteurs de la *Charte* ont reconnu à la fois le caractère fondamental de la liberté d'expression et la nécessité d'y imposer parfois des limites lorsque les risques qu'elle pose sont trop grands pour être tolérés par la société. Son importance est reflétée dans la définition large et sans restriction du mot "expression" à l'al. 2*b*). La garantie de liberté d'expression, à la différence de certains autres droits conférés par la *Charte* (par exemple, l'art. 8 de la *Charte*) ou contrairement aux garanties analogues énoncées dans la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (1950), et dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966), n'est assujettie à aucune limitation découlant de son texte même. La garantie de liberté d'expression dans ces documents autorise explicitement une grande variété de restrictions à cette liberté -- restrictions que la personne invoquant le droit à la libre expression doit respecter. La garantie canadienne de la liberté d'expression, au contraire, est plus globale. La disposition prévoit une garantie très large et toute expression bénéficie à première vue d'une protection. Toute dérogation doit être justifiée par l'État en vertu de l'article premier. De plus, comme je le fais observer ci-après, la liberté d'expression avait acquis un statut quasi constitutionnel au Canada, bien avant d'être consacrée expressément par la *Charte*. Tout cela permet de penser que les rédacteurs de la *Charte* ont envisagé la liberté d'expression comme un droit fondamental de vaste portée et de grande importance.

La *Charte* permet néanmoins la restriction de la liberté d'expression par une règle de droit lorsque cela se justifie par la nécessité de protéger des valeurs opposées plus importantes. Ainsi, la garantie large de la liberté d'expression à l'al. 2*b*) de la *Charte* est assujettie à l'article premier qui permet que ce droit soit restreint dans des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

## B. La perspective historique

La liberté d'expression et la liberté de la presse avaient acquis un statut quasi constitutionnel bien avant l'adoption de la *Charte* en 1982. Dans une série d'arrêts concernant des mesures législatives prises par des régimes provinciaux répressifs, la Cour suprême a donné son aval à la thèse selon laquelle le droit d'exprimer des idées politiques ne pouvait être limité par les législateurs provinciaux: voir MacKay, *loc. cit.*, aux pp. 715 et 716.

Ces arrêts visaient principalement le partage des compétences entre les provinces et le gouvernement fédéral. Le renvoi relatif à la presse albertaine (*Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100) en est un bon exemple. Le litige portait sur un projet de loi déposé devant la législature de l'Alberta, qui visait à contraindre les journaux à divulguer les sources de leurs nouvelles et à publier les déclarations du gouvernement corrigeant des articles antérieurs. Ce projet de loi a été déclaré invalide au motif que la province n'avait pas compétence sur le libre fonctionnement des institutions politiques de l'État. L'expression politique, vitale pour l'ensemble du pays, ne pouvait être limitée par un texte législatif provincial.

Cette position à l'égard de la liberté d'expression a été acceptée et développée par certains juges de notre Cour dans les arrêts *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, et *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285. Les juges Rand et Abbott ont parlé d'une déclaration des droits implicite tirée de la disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyant "une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni".

Ces arrêts viennent confirmer l'importance fondamentale de la liberté d'expression et de la liberté de la presse au Canada. Toutefois, la conception de la liberté d'expression que renferment ces arrêts se limitait pour l'essentiel à un modèle de processus politique. Des arrêts postérieurs, tels *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, laissent transparaître une certaine réticence à favoriser une conception large de la liberté d'expression.

De plus, avant la *Charte*, il avait été reconnu en dernière analyse que les notions fondamentales de la liberté de parole étaient assujetties à des restrictions législatives. L'idée d'une déclaration implicite des droits, avancée dans les arrêts *Saumur* et *Switzman*, a été rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, et le pouvoir prépondérant des législatures de définir les limites de la liberté d'expression a été confirmé dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307.

Il y a néanmoins dans toute cette jurisprudence une constante: la reconnaissance que la liberté d'expression est une valeur fondamentale au Canada.

D'autres arrêts antérieurs à la *Charte* traduisent une approche plus globale de la portée de la liberté de parole. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, notre Cour a confirmé l'importance fondamentale de la liberté de parole non seulement dans notre système politique, mais aussi dans l'ensemble de la société. Le juge Rand écrit, à la p. 288:

[TRADUCTION] La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés. [. . .] Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives controverses; dans certains domaines l'hérésie tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un puritanisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre.

L'adoption de l'al. 2b) de la *Charte* représentait à la fois la continuité dans ces traditions et un nouvel essor de l'importance de la liberté d'expression au sein de la société canadienne.

Comme le dit le professeur MacKay, *loc. cit.*, à la p. 714:

[TRADUCTION] La liberté d'expression n'a pas été inventée par la Charte des droits et libertés, mais elle a pris de nouvelles dimensions par suite de sa constitutionnalisation.

L'idée de continuité a été soulignée dans des arrêts comme *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre, à la p. 583, reconnaît que la liberté d'expression est profondément enracinée dans la société canadienne et qu'elle a joué un rôle-clé dans notre évolution démocratique:

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

En même temps, gardant à l'esprit la large portée du libellé de la garantie à l'al. 2*b*), ainsi que la nécessité d'une interprétation large et libérale susceptible d'assurer la réalisation des objets de cette garantie, notre Cour a manifesté sa préférence pour l'interprétation large exposée par le juge Rand dans l'arrêt *Boucher*. Écartant l'idée que la garantie de liberté d'expression contenue dans la *Charte* se borne au domaine de la politique, notre Cour a jugé dans les arrêts *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, et *Irwin Toy*, précité, que la *Charte* s'applique à l'expression commerciale. Toute activité qui transmet ou tente de transmettre une signification relève à première vue de la garantie: *Irwin Toy*, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Dans le cadre de ce principe général, toutefois, certaines justifications classiques de la protection de la liberté d'expression se sont vu attribuer un rôle limité dans l'interprétation de l'al. 2*b*). Lorsqu'une mesure gouvernementale limite une activité expressive, non par dessein, mais par ses effets, le plaignant doit, pour établir une violation de l'al. 2*b*), démontrer que l'activité expressive est reliée aux valeurs qui, d'après

l'arrêt *Irwin Toy*, sous-tendent la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*: la recherche de la vérité; la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique; et l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

C. La propagande haineuse et la liberté d'expression -- un aperçu

Avant de s'engager dans l'étude de la question de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est incompatible avec la *Charte* et, partant, invalide, il pourrait être utile d'examiner les valeurs opposées sous-jacentes à la question de l'interdiction des écrits haineux et la façon dont cette question a été abordée dans d'autres ressorts.

Les écrits haineux sont en conflit avec notre conception de la valeur de la liberté d'expression. Leur contenu offensant attaque souvent directement un grand nombre d'autres principes chers à notre société. La tolérance, la dignité et l'égalité de tous; ces valeurs et d'autres valeurs sont toutes affaiblies par la diffusion des sentiments de haine. Ce problème n'est pas proprement canadien; il est universel. Partout où vivent ensemble des groupes qui diffèrent par leur race ou leur culture, on trouve des gens, normalement une faible minorité de la population, qui se permettent de dénigrer les membres d'un groupe autre que les leurs. Le Canada n'est pas exempt de ce phénomène. Notre histoire abonde en exemples de communications discriminatoires. Les Canadiens d'origine asiatique, les Noirs, les autochtones ont à une époque fait l'objet de communications tendant à provoquer la haine. En l'espèce, ce sont les juifs qu'on a décidé de calomnier.

Que la propagande haineuse soit répréhensible ne fait aucun doute. Elle fait souffrir les membres du groupe visé et les humilie. Pour autant qu'elle puisse amener d'autres personnes au même point de vue, elle risque de menacer la stabilité sociale. Elle est de plus choquante

en soi aux yeux des personnes -- majoritaires dans la plupart des pays démocratiques -- qui croient en l'égalité de tous indépendamment de la race ou des croyances.

Pour ces raisons, les gouvernements ont légiféré contre la diffusion de propagande visant des groupes raciaux et ces mesures législatives ont parfois été contestées devant les tribunaux. Pour le Canada, c'est peut-être l'expérience des États-Unis qui est la plus pertinente puisque la Constitution américaine, comme la nôtre, attache une valeur élevée à la liberté d'expression, mettant en relief le conflit entre la liberté d'expression et les valeurs de la dignité individuelle et de l'harmonie sociale qui lui font contrepoids. Comme l'al. 2*b*), le Premier amendement exprime la garantie en termes larges, non restrictifs, quand il prévoit que [TRADUCTION] "le Congrès n'adoptera pas de lois [. . .] qui limitent la liberté de parole ou la liberté de la presse". La pertinence de certains aspects de l'expérience américaine en l'espèce est soulignée par les mémoires et les arguments des parties, qui s'inspirent largement d'idées provenant des États-Unis.

Les protections accordées par le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, et notamment la liberté de parole, ont toujours revêtu une importance particulière dans le système constitutionnel américain, étant considérées comme la pierre angulaire de toutes les autres libertés démocratiques. Comme le dit le juge Jackson dans la décision *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), [TRADUCTION] "s'il existe chez nous un principe constitutionnel intangible c'est celui que nul fonctionnaire, indépendamment de son rang, ne peut prescrire l'orthodoxie en matière de politique, de nationalisme, de religion ou dans d'autres questions d'opinion ni forcer les citoyens à confesser par des paroles ou par des gestes leur croyance à cette orthodoxie" (p. 642). La Cour suprême des États-Unis, surtout au cours des dernières années, a affirmé énergiquement la nécessité de protéger l'expression même aux dépens d'autres valeurs importantes qui lui font concurrence.

Toutefois la tolérance à l'égard de l'expression impopulaire et surtout à l'égard de celle qui était perçue comme menaçant des intérêts vitaux en matière de sécurité, n'était pas initialement l'image de marque de la Cour suprême des États-Unis. En effet, quand le dirigeant syndical socialiste Eugene Debs a prononcé un discours critiquant la participation des États-Unis à la Première Guerre mondiale, la cour s'est contentée de maintenir le verdict de culpabilité d'avoir [TRADUCTION] "volontairement provoqué ou tenté de provoquer [. . .] l'insubordination, la déloyauté, la mutinerie ou le refus de servir dans l'armée ou dans la marine [. . .] ou [d'avoir] volontairement entravé [. . .] le recrutement ou l'enrôlement": *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919). Un arrêt connexe énonce le critère classique pour déterminer si la restriction de la liberté de parole est justifiable:

[TRADUCTION] La question dans chaque cas est de savoir si de par les circonstances dans lesquelles ils ont été tenus et de par leur nature les propos créent un danger clair et présent d'occasionner les maux concrets que le Congrès est en droit de prévenir.

(*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), à la p. 52.)

Ce critère a été renforcé dans les célèbres dissidences du juge Holmes dans l'affaire *Abrams v. United States*, précitée, à la p. 628. ([TRADUCTION] "le danger présent d'un mal immédiat ou l'intention de l'occasionner") et du juge Brandeis (avec l'appui du juge Holmes) dans l'affaire *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), aux pp. 377 et 378:

[TRADUCTION] Nul homme courageux et indépendant ayant confiance dans le pouvoir du raisonnement libre et sans crainte exercé dans le cadre du gouvernement populaire, ne peut estimer clair et présent un danger suscité par le discours à moins que le tort appréhendé ne soit tellement imminent qu'il risque de se produire sans laisser d'occasion pour une discussion complète. S'il est possible d'exposer au grand jour, au moyen de la discussion, ce qui est faux et erroné et de dénoncer le tort en recourant au processus de l'éducation, le remède à appliquer est de permettre la parole et non d'imposer le silence . . .

D'autre part, pas même le danger imminent ne peut justifier l'interdiction de ces fonctions essentielles à une démocratie efficace, à moins que le tort appréhendé ne soit relativement grave [. . .] Il doit exister la probabilité que l'État subira un préjudice grave.

C'est cette formulation plus stricte du critère du "danger clair et présent" qui a été finalement acceptée comme la norme de l'atteinte justifiée à la liberté de parole, mais elle souffrait elle aussi des interprétations variées. Dans l'atmosphère de crise de la guerre froide, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), a maintenu des verdicts de culpabilité d'avoir comploté en vue de préconiser le renversement du gouvernement des États-Unis, rendus contre des communistes. Sous couleur d'appliquer le critère précité, la cour a donné son approbation à la formulation suivante (à la p. 510):

[TRADUCTION] Dans chaque cas, les tribunaux doivent se demander si la gravité du "mal", compte tenu de son improbabilité, justifie les atteintes à la liberté de parole qui sont nécessaires pour éviter le danger.

Voilà où en étaient les choses lorsque la cour a été saisie pour la première fois de la question de la propagande haineuse.

Dans l'affaire *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), la cour, à très faible majorité, a déclaré constitutionnelle une loi qui présentait une certaine ressemblance avec le par. 319(2) du *Code criminel* canadien et interdisait de montrer dans un lieu public une publication représentant [TRADUCTION] "comme dépravé, criminel, intempérant ou débauché un groupe de citoyens se différenciant par leur race, couleur, croyance ou religion, [qui expose ces citoyens] au mépris, à la dérision ou à l'opprobre ou qui incite à la violation de la paix publique ou à des émeutes". Le juge Frankfurter, qui a rédigé les motifs de la cour, a dit que la loi en cause interdisait les déclarations diffamatoires visant des groupes et que le Premier amendement ne s'appliquait pas à ces déclarations. Citant l'arrêt *Chaplinski v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), il dit (aux pp. 255 à 257):

[TRADUCTION] Aujourd'hui tous les états américains [sanctionnent] la diffamation de particuliers. Il est certains types d'expression bien définis et étroitement circonscrits dont l'interdiction et la sanction n'ont jamais été considérées comme posant un problème constitutionnel. Il s'agit notamment de paroles lubriques, obscènes, blasphématoires et diffamatoires, de paroles injurieuses ou hostiles, bref, les paroles dont la seule articulation porte préjudice ou tend à inciter à troubler immédiatement la paix publique. On a dit avec raison que de telles paroles ne sont nullement essentielles à l'exposition d'idées et que leur valeur sociale dans la recherche de la vérité est tellement minime que tout avantage pouvant en être tiré cède manifestement le pas à l'intérêt qu'a la société dans l'ordre et la moralité . . .

Ce n'est toutefois qu'après l'arrêt *Beauharnais* que la doctrine du Premier amendement a pris tout son essor. La jurisprudence subséquente est venue affaiblir cet arrêt à un point tel que beaucoup le tiennent pour renversé. Premièrement, la Cour suprême des États-Unis a reconnu que les lois en matière de diffamation posent effectivement "des problèmes constitutionnels". L'arrêt *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), a statué qu'un fonctionnaire public ne pouvait intenter une action en diffamation que s'il établissait qu'il était personnellement visé par la déclaration diffamatoire et que l'auteur de la déclaration savait qu'elle était fausse. Deuxièmement, le critère du "danger clair et présent" a subi encore une autre métamorphose. L'arrêt *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), a invalidé une loi interdisant de [TRADUCTION] "prôner le devoir, la nécessité ou la légitimité du crime, du sabotage, de la violence ou des méthodes de terrorisme illégales comme moyens de réaliser la réforme industrielle ou politique", dans le cadre de poursuites engagées contre un membre du Ku Klux Klan qui avait présenté un film dénigrant les Noirs et les juifs et laissant entendre qu'il fallait prendre revanche sur eux. Le critère qui se dégage de l'arrêt *Brandenburg* est beaucoup plus strict que les formulations antérieures: le fait de préconiser le recours à la force ou la violation des lois ne peut être proscrit [TRADUCTION] "que lorsque les paroles en cause visent à inciter ou à susciter de façon imminente des actes illégaux et risquent d'inciter ou de susciter de tels actes" (p. 447).

La Cour suprême des États-Unis a par la suite refusé d'accorder un *certiorari* dans deux autres causes récentes qui mettaient en doute l'arrêt *Beauharnais*. Dans *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), une cour fédérale a invalidé une ordonnance qui interdisait la diffusion de toute matière (y compris les expositions publiques ayant une signification symbolique) favorisant la haine raciale ou religieuse et y incitant, dans un cas où des néo-nazis voulaient défiler pacifiquement en arborant la croix gammée dans le village de Skokie (Illinois) dont la population était majoritairement juive. Dans *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), une ordonnance qui interdisait l'étalage de représentations [TRADUCTION] "claires et sexuellement explicites de l'asservissement de femmes" a été déclarée inconstitutionnelle. Ces arrêts ont eu pour effet de miner l'autorité de l'arrêt *Beauharnais*, précité. Comme le dit Tribe, *op. cit.*, à la p. 861, note 2:

[TRADUCTION] La question de savoir si l'arrêt *Beauharnais* s'applique toujours, est loin d'être réglée. Voir, p. ex., *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916, 919 (1978) (le juge Blackmun, dissident relativement au refus d'accorder le *certiorari*, faisant remarquer que l'arrêt *Beauharnais* "n'a pas été renversé ni sa portée formellement limitée"). Au cours des dernières années, les tribunaux ont donné à l'arrêt *Beauharnais* une interprétation très restrictive. Dans l'arrêt *Collin v. Smith*, [. . .] le Septième circuit a dit: "On peut se demander à la suite d'arrêts tels que *Cohen v. California*, (403 U.S. 15 (1971)), *Gooding v. Wilson*, (405 U.S. 518 (1972)), et *Brandenburg v. Ohio*, (395 U.S. 444 (1969) (la cour)), si, du point de vue constitutionnel, le critère de la tendance à inciter à la violence, implicitement approuvé dans l'arrêt *Beauharnais*, serait acceptable aujourd'hui." [. . .] Dans l'arrêt *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut* [. . .] le Septième circuit a dit que la jurisprudence subséquente "avait tellement rongé les fondations de l'arrêt *Beauharnais* qu'il ne pouvait plus être considéré comme faisant autorité".

Il est utile d'exposer quelques théories sur la liberté d'expression qui font partie du raisonnement adopté dans les arrêts américains et qui sont invoqués dans les mémoires. L'une d'elles est la hiérarchie de limitations pouvant être imposées à la liberté de parole. On a distingué en effet entre les textes législatifs interdisant le contenu de l'expression et ceux qui viennent limiter l'expression d'autres manières, les premiers étant soumis à un examen judiciaire plus attentif. Par exemple, s'il y a traditionnellement eu une certaine latitude dans

la réglementation [TRADUCTION] "du moment, du lieu et du moyen" de l'expression, une ordonnance interdisant aux alentours des écoles tout piquetage autre que celui d'ouvriers a été invalidée parce qu'elle faisait une distinction fondée sur le contenu de l'expression: *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972). Les restrictions de l'expression fondées sur le point de vue, c'est-à-dire celles par lesquelles le gouvernement fait un choix entre différents points de vue, sont rarement justifiables. Il est probablement plus exact de dire que le par. 319(2) du *Code criminel* vise le contenu plutôt que le point de vue, car le gouvernement lui-même ne choisit pas directement entre des points de vue. Par exemple, l'assertion qu'une race est supérieure n'est pas préférée à l'affirmation de la hiérarchie inverse. Au contraire toute discussion de la supériorité d'une race déterminée sur une autre peut être suspecte. Cette disposition visant le contenu est similaire à cet égard à une loi interdisant des manifestations contre des gouvernements étrangers dans un rayon de 500 pieds des ambassades, qui a été invalidée dans l'arrêt *Boos v. Barry*, 108 S.Ct. 1157 (1988). Quoique moins choquantes que celles fondées sur le point de vue, les restrictions de l'expression fondées sur le contenu ont été soumises à [TRADUCTION] "un examen extrêmement minutieux" par la Cour suprême des États-Unis, qui ne les a jugées valides que si elles étaient [TRADUCTION] "nécessaires pour servir un intérêt impérieux de l'État et [. . .] formulées soigneusement, pour atteindre cette fin": *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983), à la p. 45.

La distinction entre les restrictions de la liberté d'expression fondées sur le contenu et celles fondées sur la forme a été incluse, quoique sous une forme différente, dans l'analyse fondée sur l'al. 2b) de la *Charte*: *Irwin Toy*, précité.

Deux autres concepts utilisés aux États-Unis dans des affaires relatives à l'interdiction de diffuser des écrits racistes ont été invoqués au cours des débats devant nous. Il s'agit des

notions de portée excessive et d'imprécision. Tribe, *op. cit.*, à la p. 1056, définit ainsi la portée excessive:

[TRADUCTION] Les lois qui délèguent inconditionnellement aux fonctionnaires chargés de leur administration le pouvoir de décider comment et quand des sanctions sont infligées ou des permis délivrés ont une portée excessive en ce qu'elles accordent à ces fonctionnaires le pouvoir d'agir d'une manière discriminatoire -- de réaliser indirectement par une application sélective une censure du contenu des communications qui serait manifestement inconstitutionnelle si elle était réalisée par des moyens directs.

Si les actes légitimes protégés par le Premier amendement étaient visés par la loi, celle-ci pourrait être frappée d'invalidité. Même lorsque les actes de la partie au litige ne méritent pas en soi la protection, cette partie peut néanmoins invoquer le vice constitutionnel qu'est la portée excessive. Subsidiairement, l'argument de la portée excessive peut parfois être réfuté par une interprétation de la loi qui la circonscrit clairement dans les limites de la constitutionnalité, à supposer qu'il existe une telle interprétation (c.-à-d. une interprétation atténuée). Dans l'hypothèse contraire, cependant, la loi est manifestement invalide.

L'imprécision diffère de la portée excessive et ses conséquences sont différentes en droit constitutionnel américain. Citons de nouveau Tribe, *op. cit.*, aux pp. 1033 et 1034:

[TRADUCTION] L'imprécision est un vice constitutionnel conceptuellement distinct de la portée excessive d'une loi en ce qu'une loi trop large n'est pas forcément dépourvue de clarté ou de précision et qu'une loi imprécise ne s'applique pas forcément à des actes protégés par le Premier amendement. Du point de vue de l'équité de la procédure, une loi est manifestement nulle si elle est à ce point imprécise que des personnes "d'intelligence ordinaire se voient dans la nécessité de conjecturer quant à son sens et ont des opinions divergentes quant à son application". Une telle imprécision se produit lorsqu'une législature formule ses proscriptions dans des termes si vagues que la ligne de démarcation entre la conduite innocente et la conduite défendue devient affaire de conjecture . . .

Mais l'imprécision ne peut être établie avec exactitude [. . .] [L]a Cour suprême n'invalide pas normalement une loi du fait que certains défauts marginaux peuvent encore être compris dans son libellé. La conclusion qu'une loi est trop imprécise et, partant,

nulle pour des raisons d'équité de la procédure ne sera donc probablement pas tirée en l'absence de deux constatations: que la personne contestant la loi compte vraiment parmi les innocents frappés de la sanction et que, dans la pratique, il aurait été possible au législateur de rédiger avec une plus grande précision. [Citations omises.]

Donc l'imprécision d'une loi n'est une défense que dans des circonstances plus restrictives: lorsque la loi est imprécise dans son application à la conduite de la partie au litige ou qu'elle l'est dans toutes ses applications possibles. Un exemple de ce dernier cas est celui d'une ordonnance rendant illégal le fait pour [TRADUCTION] "trois personnes ou davantage de s'assembler sur un trottoir et de s'y conduire de manière à gêner les passants", invalidée dans la décision *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971).

L'invalidation de lois imprécises ou de portée excessive (même dans le cas où la conduite de la partie n'est manifestement pas protégée par le Premier amendement) a été expliquée par l'effet paralysant qu'elles ont sur l'expression légitime. En effet, la protection de la liberté de parole est considérée comme valeur tellement solide qu'une loi visant des fins légitimes et ne servant dans la pratique qu'à la réalisation de ces fins légitimes peut être déclarée invalide si elle tend aussi à entraver l'expression protégée.

Aux États-Unis, une disposition analogue au par. 319(2) du *Code criminel* a été invalidée dans l'affaire *Collin v. Smith*, précitée, au motif que sa portée était fatalement excessive. De plus, la Seventh Circuit Court of Appeals a laissé entendre que la disposition en question pouvait également être invalide pour cause d'imprécision. L'ordonnance en cause dans l'affaire *Collin* interdisait:

[TRADUCTION] . . . [l]a diffusion dans le village de Skokie de toute matière qui favorise la haine à l'endroit de certaines personnes en raison de leur race, de leur origine nationale ou de leur religion, qui y incite, et qui est conçue à ces fins.

La cour a décidé que l'activité projetée dans cette affaire -- une manifestation néo-nazie à Skokie (Illinois) -- était une forme d'expression protégée par le Premier amendement. L'ordonnance, a conclu la cour, avait une portée excessive, car [TRADUCTION] "elle pourrait théoriquement être appliquée pour rendre criminelles, à Skokie, la diffusion du *Marchand de Venise* ou la tenue d'une vive discussion sur la valeur de la discrimination raciale inversée" (p. 1207).

Des textes législatifs interdisant la diffusion de la propagande raciale ont été contestés aussi en vertu de divers instruments internationaux, avec des résultats opposés à ceux constatés aux États-Unis. La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* contient les dispositions suivantes:

#### *Article 10*

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

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

La Commission européenne des droits de l'homme a conclu sans beaucoup de difficulté que cet article autorise des poursuites pour la diffusion d'idées et d'écrits racistes: voir, par exemple, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, Comm. Eur. D. H., Requêtes n<sup>os</sup> 8348/78 et 8406/78, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187. Vu la portée de la clause restrictive, qui mentionne expressément la protection "de la santé ou de la morale" et "de la réputation ou des droits

d'autrui", cela n'est pas étonnant. Dans d'autres contextes, on s'est parfois montré décidément tiède à l'égard de la protection de la liberté d'expression en vertu de cet article, ce qui convient d'ailleurs dans le cas d'un instrument international destiné à limiter le moins possible la souveraineté des nations signataires. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a aussi maintenu des poursuites engagées contre un libraire en Irlande du Nord pour avoir diffusé *The Little Red Schoolbook*, un livre éducatif sur la sexualité, à l'intention d'adolescents âgés de 12 à 18 ans, au motif que ces poursuites visaient "la protection de la santé ou de la morale": Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24.

D'autres instruments internationaux vont plus loin et exigent que les États parties interdisent certaines formes de propagande haineuse. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont le Canada est signataire, porte notamment:

*Article 19. . . .*

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression . . .

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

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

*Article 20. . . .*

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

Le Comité des droits de l'homme de l'ONU a rejeté une plainte portée contre le Canada par M. Taylor (qui a aussi formé un pourvoi devant notre Cour), le motif du rejet étant que le

Canada ne faisait que s'acquitter de ses obligations internationales en poursuivant M. Taylor pour la propagation de la haine contre des groupes ethniques: voir *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.

Des obligations semblables sont énoncées dans une autre convention à laquelle le Canada est partie. Il s'agit de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, R.T. Can. 1970 n° 28, dont l'article 4 prévoit que chaque État partie s'engage:

#### ARTICLE 4

...

- a) À déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement;
- b) À déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités;
- c) À ne pas permettre aux autorités publiques ni aux institutions publiques, nationales ou locales, d'inciter à la discrimination raciale ou de l'encourager.

Ces instruments internationaux traduisent une conception de la liberté d'expression qui est bien différente de celle qui se dégage de la jurisprudence portant sur le Premier amendement américain. Les décisions internationales traduisent les priorités très explicitement exprimées dans ces documents en ce qui concerne les rapports entre la liberté d'expression et l'objectif

d'éliminer le discours faisant appel à la haine raciale et culturelle. On semble donner à la liberté d'expression une interprétation suffisamment atténuée pour assurer la validité du texte législatif interdisant l'expression en question.

Les méthodes américaine et internationale reconnaissent l'une et l'autre que la liberté d'expression n'est pas absolue et doit dans certaines circonstances céder le pas à d'autres valeurs. La divergence tient au mode de détermination des limites. Suivant la méthode internationale, l'objectif de la suppression de la haine paraît suffisant pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression. Aux États-Unis, il faut aller plus loin et démontrer l'existence d'un danger clair et présent avant de pouvoir porter atteinte à la liberté d'expression.

La *Charte* adopte la méthode américaine, faisant de la liberté d'expression un droit fondamental de large portée et envisageant de soupeser d'une part, des valeurs protégées par la liberté d'expression et inhérentes à celle-ci et, d'autre part, l'avantage conféré par le texte législatif qui limite cette liberté en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cela est conforme à la solide tradition libérale en faveur de la liberté de parole dans notre pays -- tradition qui a mené à attribuer un statut quasi constitutionnel à la libre expression avant toute déclaration des droits ou avant la *Charte*. Cependant les critères appliqués ne sont pas nécessairement les mêmes qu'aux États-Unis.

Ayant présenté un aperçu de l'expérience américaine et internationale en matière de propagande haineuse, je termine par un bref historique des tentatives de restriction de ce genre d'expression au Canada.

Au Canada, deux crimes d'origine ancienne ont été jugés pertinents en matière de propagande haineuse. Dans l'affaire *Boucher v. The King*, précitée, le ministère public avait

tenté d'inculper du crime de libelle séditieux (prévu actuellement à l'art. 59 du *Code criminel*) un témoin de Jéhovah, qui reprochait aux Québécois et aux catholiques de persécuter les témoins de Jéhovah. Notre Cour a toutefois conclu que l'intention d'engendrer entre différentes classes des sujets de Sa Majesté des sentiments de haine et d'inimitié ne constituait pas une intention séditeuse. Il en fallait davantage, par exemple, l'intention de troubler la paix publique ou de désobéir aux autorités publiques.

L'autre infraction d'application générale qui a été jugée pertinente en matière de propagande haineuse est celle de la diffusion de fausses nouvelles (prévue actuellement à l'art. 181 du *Code criminel*). La raison d'être initiale de ce crime, qui tire son origine de l'infraction *De Scandalis Magnatum* (1275), était de réprimer la diffusion de fausses rumeurs tendant à semer la discorde entre le roi et les grands du royaume. Le tract qui, dans l'affaire *Boucher*, avait été jugé ne pas constituer un libelle séditieux, faisait l'objet de poursuites pour la diffusion de fausses nouvelles dans l'affaire *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (B.R. Qué.) La cour, concluant que la portée de l'art. 181 était circonscrite d'une façon analogue et ne pouvait s'appliquer à un tract qui n'était pas destiné à occasionner des désordres, a rendu un verdict d'acquiescement. Plus récemment, toutefois, dans l'affaire *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.), l'art. 181 a été appliqué dans le cas d'attaques contre les juifs que, a-t-on décidé, l'accusé savait fausses. Son application à la propagande haineuse, comme les infractions relatives à la propagande haineuse elles-mêmes, est controversée.

Ces dispositions, compte tenu surtout de la jurisprudence qui vient en limiter la portée, ont été jugées insuffisantes par beaucoup pour faire face au problème que semblait poser la propagande haineuse. En réaction aux arguments avancés par différents groupes et à la suite de ce qu'on disait être un accroissement d'activités néo-nazies au début des années 60 au Canada, aux États-Unis et en Grande-Bretagne, le ministre de la Justice a établi en 1965 un

comité spécial chargé d'étudier la propagande haineuse (le comité Cohen). Dans son rapport, produit en 1966, le comité a recommandé que de nouvelles infractions soient ajoutées au *Code criminel*. En 1970, après que Pierre-Elliott Trudeau, ancien membre du comité, fut devenu Premier ministre, on a donné suite à ces recommandations. On a donc ajouté au *Code criminel* les nouvelles infractions d'encouragement au génocide (art. 318), d'incitation publique à la haine susceptible d'entraîner une violation de la paix (par. 319(1)) et de fomentation volontaire de la haine (par. 319(2)).

Les stratégies visant à enrayer la propagande haineuse ne se limitent pas au *Code criminel*. En 1934 déjà, le par. 19(1) de la *Loi sur la diffamation* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. D20 (alors l'art. 13A de la *Libel Act* du Manitoba), prévoyait une réparation sous forme d'injonction pour les membres d'un groupe racial ou religieux visé, lorsque la diffamation était [TRADUCTION] "de nature à exposer à la haine, à l'outrage ou au ridicule les personnes appartenant à cette race ou professant cette croyance, et susceptible de provoquer l'inquiétude ou le désordre parmi la population". Par la suite, des dispositions pouvant théoriquement s'appliquer à la propagande haineuse ont été incluses dans diverses lois relatives aux droits de la personne. La première de ces lois a été la *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, ch. 51, art. 1, de l'Ontario, qui interdisait de publier ou d'exposer [TRADUCTION] "des affiches, des écriteaux, des insignes, des emblèmes, des symboles ou autres représentations indiquant une discrimination ou une intention de discrimination à quelque fin que ce soit à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes en raison de la race ou des croyances de cette personne ou catégorie de personnes". Graduellement, tous les ressorts canadiens ont adopté des dispositions analogues, dont la plus récente et celle qui a la portée la plus large est l'art. 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 (maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6), contesté dans le pourvoi connexe *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 000.

Les dispositions de lois provinciales interdisant de publier "des affiches, des écriteaux, des insignes, des emblèmes, des symboles ou autres représentations" s'appliquent par définition à des écriteaux portant des inscriptions telles que "Interdit aux Noirs". On a essayé de les appliquer à la propagande haineuse, mais les tribunaux ont rejeté une interprétation aussi large. Dans l'affaire *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474 (B.R. Man.), la disposition manitobaine a été jugée inapplicable à une série d'articles de journaux allégués discriminatoires et un éditorial (avec caricatures) injurieux envers les femmes publié dans un journal étudiant a été jugé ne pas constituer une [TRADUCTION] "représentation" au sens du par. 14(1) du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, dans la décision *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. xiv. Outre qu'elles sont d'une portée limitée, nombre de ces dispositions prévoient une exception pour la "liberté de parole" ou pour la "libre expression d'opinions": voir, par exemple, le *Saskatchewan Human Rights Code*, par. 14(2).

L'article 13 de la loi fédérale est unique parmi les dispositions relatives aux droits de la personne. Il porte que constitue un acte discriminatoire le fait d'utiliser un téléphone de façon répétée pour aborder "des questions susceptibles d'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe identifiable pour un motif de distinction illicite". Il ne contient aucune exception explicite pour la liberté de parole ou d'expression. Son application est assurée au moyen d'une ordonnance "d'interdit" qui peut être enregistrée auprès de la Cour fédérale et dont la violation peut donner lieu à des procédures pour outrage au tribunal.

## II. La portée de l'al. 2b) de la Charte

L'alinéa 2*b*) de la *Charte* garantit dans notre pays la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. Il le fait dans des termes larges. La question que nous abordons sous cette rubrique est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* impose une limite à cette liberté de large portée.

Je commence par les principes juridiques régissant l'interprétation de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le principe posé dans l'arrêt *Dolphin* et dans les arrêts subséquents comporte deux volets. La garantie de liberté d'expression énoncée dans la *Charte* est considérée selon l'interprétation "large et libérale" qui est justifiée par son histoire et qu'il convient de donner aux droits conférés par la *Charte*. La liberté d'expression n'est toutefois pas absolue. Elle peut devoir céder le pas à d'autres droits et intérêts dans certaines situations.

Une suite d'arrêts de notre Cour traite des implications de ces propositions: Quelle est la portée de la liberté d'expression garantie par la *Charte*? À quelles sortes d'expressions s'applique-t-elle? Dans quelles circonstances d'autres droits ou intérêts l'emportent-ils?

Notre Cour a donné à l'al. 2*b*) une large portée. Tout d'abord, elle a donné une définition large au terme "expression". Toutes les activités qui transmettent ou tentent de transmettre une signification relèvent à première vue de la garantie: *Irwin Toy*, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Deuxièmement, elle a dit que la garantie s'applique indépendamment de la nature du contenu de l'expression. La nature de son contenu ne peut jamais entraîner l'exclusion de l'expression de la protection de la *Charte*. Comme on le dit dans l'arrêt *Irwin Toy*, aux pp. 968 et 969:

La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [. . .] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles.

...

Nous ne pouvons [. . .] écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. [Je souligne.]

De même, le juge Lamer affirme dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1180:

Des activités ne peuvent être exclues du champ de la liberté d'expression garantie en raison du message ou du contenu transmis.

Notre Cour a affirmé aussi que la liberté d'expression n'est pas absolue. On peut légitimement y imposer des restrictions, ce qui peut se faire de plusieurs manières. En premier lieu, certaines formes d'expression peuvent être distinguées de leur contenu et exclues du champ de l'al. 2b) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, on a indiqué dans des opinions incidentes que la violence et les menaces de violence seraient exclues de la protection de l'al. 2b). En outre, dans l'arrêt *Irwin Toy*, à la p. 970, notre Cour affirme que "l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi".

En deuxième lieu, il n'y a violation de l'al. 2b) que si l'on peut démontrer que l'acte gouvernemental en cause (en l'occurrence le par. 319(2) du *Code criminel*) a pour objet ou pour effet de limiter la liberté d'expression. Dans un cas où le gouvernement ne vise pas à imposer des restrictions à la liberté d'expression et ne le fait qu'accessoirement à sa tentative d'atteindre un autre but, alors la personne qui se plaint de la violation est tenue de prouver que cela a eu pour effet de porter atteinte à la liberté que lui garantit la Constitution. En l'espèce, la justification composite de la liberté d'expression, proposée notamment par Emerson, s'est vu

attribuer un rôle limité. Pour établir la violation de l'al. 2b) lorsque l'atteinte par le gouvernement à la liberté d'expression est accessoire à sa recherche d'un autre but, il incombe au plaignant de prouver l'atteinte à une des valeurs données pour sous-jacentes à la garantie. Ces valeurs sont au nombre de trois. D'abord, "la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi". Deuxièmement, "la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée". Troisièmement, "la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné": *Irwin Toy*, à la p. 976. Un acte gouvernemental qui ne vise pas à supprimer la liberté d'expression ne constitue donc une violation que si le plaignant peut démontrer qu'une de ces valeurs entre en jeu pour protéger son expression.

Dans l'application de ces principes, l'étape initiale d'une analyse fondée sur l'al. 2b) de la *Charte* consiste à déterminer si l'acte ou le texte législatif attaqué, compte tenu de sa forme et de son contenu, relève du champ de la conduite protégée par la garantie de liberté d'expression. Dans l'affirmative, il faut se demander ensuite si l'acte gouvernemental a pour objet ou effet de restreindre la liberté d'expression. Si la réponse à ces deux questions est affirmative, la violation de l'alinéa est établie et il faut examiner si l'acte gouvernemental ou le texte législatif est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Ceci m'amène d'abord à la question de savoir si l'expression en cause dans ce pourvoi relève du champ de la conduite protégée par la garantie de liberté d'expression énoncée dans la *Charte*. Comme l'a affirmé notre Cour à maintes reprises, le contenu d'une déclaration ne peut la priver de la protection de l'al. 2b), si offensant qu'il puisse être. Le contenu des assertions de M. Keegstra est extrêmement offensant et avilissant; néanmoins, suivant les principes posés

par notre Cour, cela ne semble pas suffisant pour leur faire perdre la protection garantie par la *Charte*.

Trois arguments sont avancés pour soutenir que des déclarations qui enfreignent le par. 319(2) ne relèvent pas de la sphère de protection donnée à la liberté d'expression par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le premier argument est que la forme des déclarations n'est pas protégée parce qu'elles s'apparentent à de la violence ou à des menaces de violence et sont en conséquence exclues de l'application de l'al. 2*b*). Le deuxième argument consiste à dire que, pour diverses raisons et notamment à cause d'autres dispositions de la *Charte* et des obligations internationales du Canada, l'al. 2*b*) ne devrait pas s'interpréter comme couvrant ce type d'expression. Selon le troisième argument, la fomentation de la haine est un acte répréhensible qui est dépourvu de toute valeur pouvant le racheter et qui ne mérite donc aucune protection. J'examine à tour de rôle chacun de ces arguments.

#### A. L'argument relatif à la violence

Selon le premier argument, la fomentation de la haine équivaut à des menaces de violence et revêt ainsi une forme qui est exclue du champ de protection de l'al. 2*b*). Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, notre Cour a jugé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, que la liberté d'expression ne va pas jusqu'à protéger les menaces ou les actes de violence. On a fait valoir, sur le fondement de cette jurisprudence, que, dans la mesure où elles fomentent la haine, les déclarations de M. Keegstra s'apparentent à des menaces de violence et, par conséquent, ne sont pas protégées.

Cet argument exige l'élargissement de la catégorie des exceptions à l'al. 2*b*), car il est évident que les déclarations de M. Keegstra ne sont ni une "menace" ni un "acte de violence".

La "menace" est ainsi définie par Ivamy dans *Mozley & Whiteley's Law Dictionary* (10<sup>e</sup> éd. 1988):

[TRADUCTION] Toute menace qui, par sa nature et sa portée, trouble l'esprit de la personne visée et enlève à ses actes le caractère libre et volontaire qui seul constitue le consentement.

Quoique beaucoup puissent trouver inquiétantes les idées de M. Keegstra, on ne prétend pas qu'elles sont avancées avec l'intention, ou qu'elles ont pour effet, d'astreindre les juifs ou qui que ce soit d'autre à une certaine conduite. Elles n'incitent pas non plus à la violence contre les juifs. Or, c'était le contexte dans lequel le terme "menace" avait été employé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*. Les communications de M. Keegstra sont offensantes et tiennent de la propagande, mais elles ne constituent pas des menaces au sens courant du terme.

Les propos de M. Keegstra ne revêtent pas davantage le caractère de la violence. En effet, d'après le *Shorter Oxford English Dictionary* (3<sup>e</sup> éd. 1987), le mot violence a pour sens principal [TRADUCTION] "l'usage de la force physique de manière à infliger des lésions à des personnes ou des dommages à des biens". C'est dans cette acception que le mot est employé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, comme l'indique clairement le passage suivant, à la p. 588:

Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale.

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.

J'en conclus que les déclarations de M. Keegstra ne constituent ni de la violence ni des menaces de violence. Reste donc à examiner l'argument subsidiaire que des déclarations destinées à fomenter la haine s'apparentent à des menaces de violence et devraient pour ce motif être exclues du champ d'application de l'al. 2*b*).

D'une manière générale, en l'absence de démonstration claire d'une nécessité sociale ou logique, j'hésiterais à élargir la portée d'une exception à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Cette nécessité existe quand il y a de la violence ou des menaces de violence. Mais existe-t-elle également dans le cas de la propagande haineuse?

Je ne le crois pas. Que la violence soit exclue des formes d'expression protégées se justifie non pas simplement par le fait que la violence est préjudiciable à la victime, mais plutôt par le fait qu'elle est contraire à la notion de primauté du droit dont dépendent tous les droits et libertés. Il en va de même des menaces de violence. Coercitives, ces menaces détruisent le libre choix et sapent la liberté d'action. Mais plus fondamentalement, elles sapent l'une des justifications essentielles de la libre expression, c'est-à-dire le rôle de la libre expression dans la promotion de la liberté de choisir entre différentes idées (l'argument relatif à la vérité) ou entre différentes lignes de conduite (l'argument relatif à la démocratie). Comme elles sont diamétralement opposées aux valeurs sous-tendant la garantie de la liberté d'expression, il est logique et convenable que la violence et les menaces de violence ne soient pas comprises dans le champ de la garantie.

Qu'en est-il de la fomentation de la haine? Dans certains contextes, elle ne nuit aucunement au bon fonctionnement de la démocratie. Par exemple, dans le feu d'un débat politique, les protagonistes livrent souvent des attaques outrées qu'on pourrait facilement décrire comme "fomentant la haine". On traite ses adversaires d'incompétents, de corrompus ou d'imbéciles

-- ou pis encore. Des groupes d'adversaires -- par exemple les membres du cabinet ou du parti opposé -- peuvent être vilipendés sans ménagement. Pourtant, même à supposer l'existence d'une intention de fomenter la haine contre les membres de ces groupes ou même la prévision que la haine peut en résulter, rien dans la forme de ces déclarations ne subvertit la démocratie ou nos libertés fondamentales de la manière que peuvent le faire la violence ou les menaces de violence. Il peut évidemment y avoir une différence énorme entre de telles déclarations et l'expression visée au par. 319(2), mais il s'agit d'une différence de contenu plutôt que de forme.

On a prétendu que la propagande haineuse mine la garantie de liberté d'expression en attaquant le crédit de membres de groupes vilipendés qui s'expriment, nuisant ainsi à leur capacité de communiquer efficacement: voir A. Fish, "Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences" (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111. Cet argument présente plusieurs difficultés. En premier lieu, il repose sur la supposition que la liberté d'expression comporte le droit d'être cru. Or, je ne connais aucun fondement historique ou philosophique à cette proposition. Le postulat de la justification de la liberté d'expression fondée sur le "marché des idées", et de la justification fondée sur des considérations d'ordre politique, est qu'un grand nombre d'idées seront rejetées. Même la justification qu'est l'épanouissement personnel ne fonde pas un droit à être entendu et cru. La liberté d'expression garantit le droit de diffuser ses idées; elle ne garantit pas le droit d'être écouté ou cru.

Une deuxième difficulté présentée par cet argument est qu'elle justifierait la suppression d'une expression très utile. Il est impossible de concevoir un vif débat politique sur une question controversée dans lequel les participants ne tentent pas de faire douter de la crédibilité des idées, des conclusions et du jugement de leurs adversaires. Ce genre de débat est pourtant indispensable au maintien et au bon fonctionnement de nos institutions démocratiques. On pourrait affirmer à l'appui de cet argument que l'expression justifiable

devrait se limiter à la discussion rationnelle des questions faisant l'objet du débat et ne devrait pas s'étendre à des attaques irrationnelles contre la crédibilité de l'adversaire. Mais à qui de décider ce qui est ou ce qui n'est pas une discussion rationnelle? De plus, il devrait être permis dans le cadre d'un débat vif de ne pas se borner à des arguments rationnels sur le fond et d'attaquer le crédit de son adversaire. Le manque de crédibilité du tenant d'une idée est un motif important et justifiable de rejeter son point de vue. Bref, prétendre que l'al. 2b) de la *Charte* ne s'applique pas à l'expression qui mine le crédit de personnes qui s'expriment appartenant à des groupes déterminés revient à priver de la protection de la *Charte* une quantité énorme d'expressions dont l'importance et la valeur sont reconnues depuis longtemps. Je ne puis admettre que la portée de l'al. 2b) soit ainsi limitée.

Je conclus que les déclarations fomentant la haine ne s'apparentent pas à la violence ni à des menaces de violence et qu'il y a lieu de rejeter l'argument tendant à les exclure pour cette raison de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*.

#### B. Les arguments tenant à l'interprétation

Suivant ces arguments, l'al. 2b) de la *Charte* ne doit pas s'interpréter comme s'appliquant aux déclarations qui contreviennent au par. 319(2) du *Code criminel*. Ces arguments sont fondés sur trois considérations distinctes: l'art. 15 de la *Charte*; l'art. 27 de la *Charte*; et les obligations internationales du Canada.

##### (1) *L'argument fondé sur l'art. 15 de la Charte*

Le premier argument allègue que l'art. 15 de la *Charte* vient limiter la portée de l'al. 2b). Cet argument est fondé sur le principe d'interprétation selon lequel les dispositions d'une loi

doivent, autant que faire se peut, être interprétées ensemble afin d'éviter les conflits. L'expression qui dénigre un groupe ethnique ou religieux particulier, prétend-on, viole la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15. Les valeurs concurrentes des deux articles peuvent donc être conciliées en insufflant au contenu de l'al. 2b) les valeurs de l'art. 15. Cela étant, la garantie de liberté d'expression doit recevoir une interprétation restreinte de manière à exclure de la catégorie de l'expression protégée les déclarations dont le contenu favorise ce genre d'inégalité.

Il importe de préciser au départ la nature du conflit potentiel entre l'al. 2b) et l'art. 15 de la *Charte*. Ce n'est pas un cas de collision entre deux droits qu'un cas précis fait entrer en conflit. Il n'y a pas de violation de l'art. 15 en l'espèce puisque aucune loi ni aucun acte de l'État ne met en cause la garantie d'égalité. Le droit conféré par l'art. 15 c'est celui d'être à l'abri de toute inégalité ou discrimination infligée par l'État. Ce droit n'a pas été violé en l'espèce. Ce dont il s'agit n'est donc pas un conflit entre des droits, mais bien entre des philosophies.

Deux considérations importantes militent contre l'argument fondé sur l'art. 15. D'abord, il est important de tenir compte de la nature des deux garanties en cause. D'une part, l'al. 2b) confère à chacun la liberté d'expression, non restreinte par la réglementation ou l'action gouvernementale, et il n'est assujéti qu'à une restriction éventuelle en vertu de l'article premier. D'autre part, l'art. 15 confère le droit de ne pas être assujéti à l'inégalité et à la discrimination qui serait le fait de l'État. Vu que la protection en vertu de l'al. 2b) vise à protéger les individus contre l'atteinte à leur liberté d'expression par le gouvernement, ce serait une application erronée des valeurs de la *Charte* de limiter la portée de la garantie donnée à l'individu avec une argumentation fondée sur l'art. 15 qui vise également à circonscrire les pouvoirs de l'État.

Je ne veux pas dire par là que divers articles de la *Charte* sont sans pertinence dans la tâche de définition du contenu des garanties individuelles. En fait, les principes sous-tendant ses diverses dispositions reflètent de nombreuses valeurs fondamentales de la société canadienne. Dans certains cas, l'interprétation d'un article donné peut être facilitée par le recours aux valeurs exprimées dans d'autres dispositions afin de placer la garantie en cause dans une perspective historique et philosophique appropriée. En l'espèce, je ne suis pas d'accord pour dire que la protection fournie par l'art. 15 contre l'action gouvernementale devrait être utilisée pour éroder la protection donnée à l'expression individuelle.

Cette conclusion est étayée par un second facteur qui milite contre une restriction de la portée de la liberté d'expression qui serait fondée sur la garantie de l'art. 15. Les arrêts dans lesquels la Cour a étudié le sens de l'al. 2b) ont expressément rejeté l'idée que certaines déclarations devraient être privées de la protection en raison de leur contenu. Notre Cour a affirmé plusieurs fois que, si offensant ou déplaisant que soit le contenu de l'expression, ce n'est pas une raison de lui retirer la protection de l'al. 2b) de la *Charte*: *Irwin Toy et Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précités. L'argument fondé sur l'art. 15 s'oppose clairement à ce principe car il propose de priver de protection l'expression dont le contenu est en conflit avec les valeurs sous-tendant la garantie de l'art. 15.

S'il était possible de surmonter ces difficultés, on se trouverait devant la perspective de la réduction d'une liberté garantie par la *Charte*, pour la raison que l'exercice de cette liberté peut aller à l'encontre de la philosophie qui sous-tend un autre article de la *Charte*. Le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, traite de l'impossibilité de faire un choix dans l'abstrait entre des valeurs concurrentes consacrées dans la *Charte* et elle souligne la nécessité d'apprécier les valeurs opposées dans le contexte de l'affaire. C'est précisément ce genre de difficultés qui surgiraient si on soupesait l'al. 2b) de

la *Charte* et l'art. 15. La violation alléguée de l'al. 2*b*) peut être placée dans un contexte factuel. Mais comme il n'y a aucune violation de l'art. 15, l'autre valeur à soupeser ne peut être placée dans un contexte factuel. Cela rendrait extrêmement difficile l'évaluation relative des valeurs opposées.

À supposer que cette évaluation se fasse, se poserait alors la question de savoir s'il conviendrait mieux de la faire en vertu de l'article premier qu'en vertu de l'al. 2*b*). Le refus de notre Cour de réduire la portée de l'al. 2*b*) en raison du contenu, dans des arrêts comme *Irwin Toy*, les considérations d'ordre contextuel invoquées par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal* et la question de savoir à qui devrait incomber le fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit de restreindre des droits et libertés, sont autant de facteurs qui indiquent qu'il convient peut-être mieux en effet que ce soit en vertu de l'article premier qu'on impose des restrictions à la définition large de liberté d'expression qu'on trouve à l'al. 2*b*).

Je conclus que notre Cour ne devrait pas se fonder sur l'art. 15 de la *Charte* pour réduire la portée de l'expression protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte*.

(2) *L'argument fondé sur l'art. 27 de la Charte*

Aux termes de l'art. 27, toute interprétation de la *Charte* doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Les considérations applicables à cet argument sont semblables à celles appliquées à celui fondé sur l'art. 15 de la *Charte*. Pas plus que dans le cas de l'argument fondé sur l'art. 15, il ne s'agit ici d'un conflit de droits, car l'art. 27 ne confère pas un droit ou une liberté mais énonce un principe d'interprétation. Et comme dans le cas de l'argument fondé sur l'art 15, le moyen fondé sur l'art. 27 revient à proposer que la protection de l'al. 2*b*) soit refusée à certaines

déclarations à cause de leur contenu, idée qui a été rejetée par notre Cour. Le recours à l'art. 27 pour limiter la protection garantie par l'al. 2b) donne également prise à l'objection que cela laisserait sans protection un large champ de débat social et politique pouvant être considéré comme légitime. À tout cela vient s'ajouter la difficulté qu'il y a à soupeser, d'une part, des valeurs abstraites telles que le multiculturalisme et, d'autre part, la liberté d'expression.

On peut facilement concevoir d'autres difficultés. Différentes personnes peuvent avoir des idées différentes de ce qui mine le multiculturalisme. La question est vague en soi et elle est, dans une certaine mesure, une affaire d'opinion personnelle. Par exemple, on pourrait prétendre que la déclaration que le Canada ne devrait pas admettre d'immigrants venant d'une certaine partie du monde est incompatible avec le maintien et la valorisation du multiculturalisme. La portée de l'al. 2b) doit-elle alors être restreinte afin qu'une telle déclaration ne soit pas protégée, compte tenu de la divergence d'opinions à laquelle on peut s'attendre sur ce genre de questions? On pourrait soutenir d'ailleurs qu'une société multiculturelle, où différents groupes se disputent des ressources limitées, comporte nécessairement une certaine latitude dans l'expression d'opinions désobligeantes à l'égard d'autres groupes.

Par exemple, dans *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), un cas de poursuites engagées en vertu du par. 319(2), les déclarations haineuses alléguées se rapportaient à la question de l'opportunité de construire une école française dans un quartier principalement anglophone. Des déclarations de ce genre sont déplorables. Mais avant de conclure qu'il faut leur refuser toute protection constitutionnelle dans toutes les circonstances -- la conséquence de leur exclusion de l'al. 2b) -- il faut se poser des questions sérieuses. La répression de telles opinions renforcerait-elle les préjugés irrationnels au lieu de les atténuer?

L'idéal de tolérance, fondamental à notre conception traditionnelle de la liberté d'expression, n'est-il pas également l'essence du multiculturalisme, et peut-on promouvoir le multiculturalisme par la négation de cet idéal? Étant donné qu'une expression soustraite de la portée de l'al. 2b) est privée de toute protection peu importe les circonstances, convient-il dans le cas de tels débats d'exclure de la portée de l'al. 2b) les déclarations qui, à ce qu'on prétend, minent le multiculturalisme? Ce genre de questions font ressortir jusqu'à quel point il est difficile de déterminer avec quelque exactitude quelles déclarations seraient exclues de l'application de l'al. 2b) parce qu'elles nuisent à notre patrimoine multiculturel.

Avant de conclure sur ce point j'ajouterais qu'il n'a aucunement été démontré qu'en fait la législation contestée contribue à la promotion et à la préservation du multiculturalisme au Canada. Le recours à l'art. 27 pour modeler ou restreindre autrement la protection garantie par l'al. 2b) risque donc de porter atteinte à une liberté fondamentale sans garantie de gains tangibles en retour. À mon avis, il est plus approprié de soupeser les intérêts et valeurs implicites dans des questions comme celles-ci dans le cadre de l'article premier de la *Charte*.

(3) *L'argument fondé sur le droit international*

Le troisième argument tenant à l'interprétation est fondé sur le droit international. On soutient que l'exclusion de la propagande haineuse de la garantie de liberté d'expression est compatible avec diverses conventions internationales, dont certaines ont été signées par le Canada. Bien que notre Cour ne soit pas liée par le droit international dans son interprétation des droits et libertés garantis par la *Charte* (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313), on a fait valoir que nous devrions interpréter l'al. 2b) d'une manière qui concorde avec la position internationale.

J'ai déjà fait mention des différentes philosophies relatives à la liberté d'expression qui informent la tradition internationale d'une part et la tradition américaine d'autre part. La tradition internationale tend à définir la liberté d'expression d'une manière qui permet à l'État d'adopter des textes législatifs imposant des limites à la propagande haineuse, ce qui exclut d'avance tout débat sur la question de savoir si de telles mesures portent atteinte à la liberté d'expression et, dans l'affirmative, si elles sont justifiées. Or, j'ai déjà indiqué que ce modèle ne s'applique pas à la *Charte* canadienne, qui, conformément au statut quasi constitutionnel donné à la liberté d'expression dans ce pays avant la *Charte*, prévoit à l'al. 2b) un droit large et illimité à l'expression ne pouvant être réduit qu'en vertu de l'article premier si l'État démontre que la restriction imposée ou l'atteinte portée au droit en question peut raisonnablement se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Tout à fait indépendamment de cette différence de points de vue, il y a une autre raison de penser, à mon avis, qu'on aurait tort de limiter la portée de l'al. 2b) parce que le Canada a signé des traités inconciliables avec la protection de la propagande raciale.

Cette raison est que cet argument, comme ceux fondés sur les art. 15 et 27 de la *Charte*, exigerait la réduction de la protection offerte par l'al. 2b) de la *Charte* en fonction du contenu des déclarations qu'on veut faire protéger. Il refuserait à certaines déclarations la protection constitutionnelle du fait que leur contenu est destiné à promouvoir la discrimination et la haine à l'endroit de certains groupes de la collectivité. C'est un parti que notre Cour a expressément rejeté.

Les obligations internationales du Canada et les accords négociés entre gouvernements nationaux peuvent être utiles pour élargir le contexte de l'évaluation de la *Charte*. Des principes reconnus par des sociétés libres et démocratiques peuvent informer la compréhension

de certaines de ses garanties. Ce serait toutefois une erreur de considérer que ces obligations permettent de définir ou de limiter la portée de ces garanties. Les dispositions de la *Charte*, quoiqu'inspirées par une philosophie politique et sociale partagée avec d'autres sociétés démocratiques, sont particulières au Canada. En conséquence, ces considérations peuvent mener, comme en l'espèce, à une conclusion concernant une violation de droits qui n'est pas nécessairement en accord avec ces conventions internationales.

J'ajoute que je ne suis pas d'avis que des mesures prises pour mettre en {oe}uvre des obligations internationales en vue de lutter contre la discrimination raciale et la propagande haineuse, sont nécessairement inconstitutionnelles. Les obligations énoncées dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (d'interdire par la loi "tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence") et dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (de "déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale") sont de nature générale. Il n'y a aucune précision quant aux méthodes à employer. Rien dans ces instruments n'oblige l'adoption du par. 319(2) plutôt que d'autres dispositions de lutte contre le racisme.

Je conclus qu'aucun des arguments avancés en faveur d'une interprétation restrictive de l'al. 2b) de la *Charte*, qui exclurait de la protection de cet alinéa les déclarations qui enfreignent le par. 319(2) du *Code criminel*, ne peut être retenu.

### C. L'absence de valeur intrinsèque

Les arguments invoqués sous cette rubrique partent de cette prémisse fondamentale que seule l'expression justifiée ou méritoire bénéficie de la protection de l'al. 2*b*). Ces arguments revêtent plusieurs formes.

On soutient tout d'abord que la protection de la fomentation volontaire de la haine n'a jamais été envisagée par les rédacteurs de la *Charte* et peut en conséquence être criminalisée sans qu'il soit besoin de satisfaire à la norme de justification établie par l'article premier. C'est là un argument qui s'appuie sur les propos tenus dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, et dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, d'où il ressort que les droits garantis par la *Charte* doivent s'interpréter en fonction de l'objet qu'ils visent, à la lumière des intérêts qu'ils sont destinés à protéger, et dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. On souligne que la liberté d'expression, quoique reconnue historiquement comme une valeur importante dans la société canadienne, n'a jamais été absolue. Toujours selon cette argumentation, les lois en matière de diffamation ainsi que les articles du *Code criminel* relatifs à la fomentation de la haine ont été acceptés comme restrictions de la liberté d'expression avant l'adoption de la *Charte* et devraient continuer de l'être.

Cette argumentation revient à dire que le droit à la liberté d'expression consacré dans la *Charte* ne doit pas dépasser la portée des règles qui s'appliquaient à la liberté de parole avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. En général, notre Cour n'a pas interprété aussi restrictivement les droits et libertés garantis par la *Charte*, mais a préféré une interprétation large et libérale, en harmonie avec le caractère général et fondamental des principes consacrés dans la *Charte*. L'interprétation de ces droits peut s'inspirer de l'esprit de la jurisprudence antérieure à la *Charte*, mais sans limiter indûment le développement de principes qui pourraient mieux traduire l'esprit large et progressif de la *Charte*.

De plus, la jurisprudence antérieure à la *Charte* réfute elle-même ces arguments. Par exemple, en common law britannique la fomentation de l'inimitié et de l'hostilité entre sujets constituait l'infraction de sédition criminelle. Dans l'arrêt *Boucher*, précité, cependant, notre Cour a dit que le principe de la liberté de parole exigeait que la portée de la définition traditionnelle de la sédition criminelle soit réduite de manière à ne comprendre que l'intention d'inciter les gens à commettre réellement des actes de violence, des atteintes à la paix publique ou des actes illégaux. Donc, même avant la *Charte*, notre Cour n'était pas disposée à accepter que l'expression soit soumise à des restrictions juridiques historiques lorsque celles-ci entraient en conflit avec la conception canadienne plus large de la liberté de parole.

Une variante de cet argument invoque les justifications généralement admises pour la protection de la liberté de parole -- telles que la vérité, la démocratie et l'épanouissement personnel -- et demande en quoi la "fomentation de la haine" sert à promouvoir ces valeurs.

La première difficulté que présente cet argument est qu'aucun arrêt antérieur de notre Cour portant sur la liberté d'expression n'a suivi cette démarche. Dans l'arrêt *Ford*, comme je l'ai déjà fait remarquer, la Cour a refusé d'appliquer ce genre d'analyse à l'al. 2b) pour le motif qu'elle convenait davantage à l'appréciation de réclamations concurrentes en vertu de l'article premier. Les arguments tirés de la vérité, de la démocratie et de l'épanouissement personnel ont eu un rôle limité dans l'interprétation de l'al. 2b) dans l'arrêt *Irwin Toy*, mais seulement dans les situations où le gouvernement ne vise pas manifestement à restreindre la liberté d'expression. L'expression en cause dans l'affaire *Irwin Toy* n'avait que peu de valeur intrinsèque susceptible de la racheter. C'est pourquoi le gouvernement l'avait proscrite, acte législatif que notre Cour a déclaré justifié au sens de l'article premier. La Cour est néanmoins arrivée sans beaucoup de difficulté à la conclusion que la restriction de ce genre d'expression violait la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*.

L'argument est par ailleurs essentiellement tautologique. En effet, si l'on part de la prémisse que l'expression visée au par. 319(2) est dangereuse et sans valeur, il est facile alors de conclure qu'aucune des justifications couramment avancées pour la protection de la liberté d'expression ne s'y applique.

Autre problème inhérent à ce raisonnement tient à la difficulté qu'il y a à déterminer quand l'expression a une valeur intrinsèque susceptible de la racheter. Dans des cas comme l'espèce, il peut être facile d'arriver à un consensus presque unanime que les déclarations en cause n'apportent rien de positif à notre société. Cependant la proposition qui sous-tend cet argument ne se limite pas à de tels cas. Pour que leur argument soit retenu, ceux qui l'avancent doivent établir notamment que toute expression pouvant théoriquement relever du par. 319(2) du *Code criminel* est dénuée de toute pertinence à l'égard du fonctionnement de la démocratie représentative. Pour donner lieu à d'éventuelles poursuites en vertu du par. 319(2), il suffit que l'expression dénigre volontairement un groupe identifiable. (Or, celui qui s'exprime agit "volontairement" s'il se fixe sciemment le but de fomenter la haine ou s'il prévoit que telle en sera la conséquence certaine ou très probable: *Buzzanga*. Ce but ou cette prévision peut toutefois s'inférer facilement dans les cas où il s'agit d'une expression hautement controversée.) Est-il inconcevable que des questions intéressant l'ordre public engendrent ce type d'expression? L'Association canadienne des libertés civiles donne l'exemple d'un dirigeant autochtone qui, frustré par le refus du gouvernement de reconnaître les revendications territoriales, tient des propos amers contre les Blancs. Un débat acrimonieux sur la langue de l'enseignement a donné lieu à des poursuites en vertu du par. 319(2): *Buzzanga*. L'expérience montre que, dans la pratique, il peut être difficile de tracer une ligne de démarcation entre l'expression qui a une valeur pour la démocratie ou la discussion de questions sociales, et celle qui n'en a pas.

Les tentatives de restriction de la garantie de liberté d'expression seulement au contenu qui est considéré avoir une valeur positive ou être conforme avec des valeurs acceptées, frappent l'essence même de la valeur de la liberté, en réduisant le champ de protection des débats à ce qui ne dérange pas ou à ce qui est compatible avec les idées actuelles. Si la garantie de libre expression doit avoir un sens, elle doit protéger l'expression qui conteste même les conceptions fondamentales de notre société. Un engagement réel à l'égard de la liberté d'expression n'exige pas moins.

D. La portée de l'al. 2b) -- résumé

Je ne puis retenir les arguments avancés au soutien de la proposition selon laquelle l'al. 2b) ne protège pas les déclarations fomentant volontairement la haine visées au par. 319(2) du *Code criminel*. Je reviens plutôt à l'affirmation dans l'arrêt *Irwin Toy* que si l'activité faisant l'objet de réglementation a un contenu expressif et qu'elle ne transmet pas une signification par des moyens violents, elle bénéficie à première vue de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. Pourvu qu'on établisse en outre que l'action gouvernementale en question a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression, la violation de l'al. 2b) est prouvée. En l'espèce, l'une et l'autre condition a été remplie. Le paragraphe 319(2) vise le contenu de certaines déclarations. Il s'applique dans des cas où la signification est transmise par des moyens non violents. En dernier lieu, son objet est d'imposer des restrictions à ce qu'on peut dire.

La violation de l'al. 2b) est donc établie et nous devons passer à l'analyse de sa justification en vertu de l'article premier de la *Charte*.

III. *L'alinéa 11d) -- la présomption d'innocence*

Le paragraphe 319(3) du *Code criminel* prévoit plusieurs moyens de défense, dont la véracité à l'al. 319(3)a). Cette défense tire ses origines du rapport du comité Cohen, qui a mené à l'adoption du par. 319(2). On disait dans ce rapport que la véracité devait constituer un moyen de défense opposable à l'accusation d'avoir fomenté la haine.

Aux termes de l'al. 319(3)a), lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable, il est exonéré s'"il établit que les déclarations communiquées étaient vraies". En ce qui concerne cette défense, qui est la première et la plus importante des défenses prévues au par. 319(3), il est évident que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé. Il faut se demander s'il y a ainsi violation de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*.

À mon sens, la réponse à cette question se trouve dans notre arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, où le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, a décidé que le crime de conduire un véhicule à moteur ou d'en avoir la garde ou le contrôle avec facultés affaiblies, assorti d'une disposition prévoyant qu'une personne qui occupe la place du conducteur est réputée avoir la garde et le contrôle du véhicule, violait l'al. 11d) de la *Charte*. Le Juge en chef a répété l'opinion qu'il avait exprimée précédemment dans l'arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, à la p. 935, savoir: "Selon le principe fondamental de la *common law*, l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense." Il dit à la p. 18:

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

Le principe fondamental suivant lequel un accusé ne peut être obligé de prouver un moyen de défense sans que cela entraîne une violation de l'al. 11*d*) n'a pas été changé, selon moi, par notre arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443. La majorité dans l'affaire *Schwartz* a accepté le principe énoncé dans l'arrêt *Whyte*, mais a estimé que la production d'un certificat d'enregistrement d'arme à feu par l'accusé ne constituait pas un moyen de défense, et a conclu qu'on "n'impose pas la charge de la preuve à l'accusé", car "[il] n'a pas à prouver l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction" (p. 485).

Il suffit de signaler, aux fins de l'espèce qu'il n'en va pas de même ici. Le Parlement a expressément fait de la fausseté un élément de l'infraction en prévoyant que la véracité est un moyen de défense. Dire que la fausseté n'est pas un élément de l'infraction c'est affirmer que l'infraction est établie indépendamment de la véracité ou de la fausseté de la déclaration. De toute évidence, telle n'était pas l'intention du législateur fédéral. Il a fait de la véracité une défense. En imposant à l'accusé la charge d'établir la véracité, il a manqué au principe de base selon lequel l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense.

Quant à l'argument voulant qu'il soit impraticable d'exiger que le ministère public prouve la fausseté des déclarations que l'on prétend contraires au par. 319(2) du *Code criminel*, il est plus approprié de l'étudier dans le contexte de l'article premier que dans celui de l'al. 11*d*).

Je conclus que l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* viole l'al. 11*d*) de la *Charte*.

#### IV. *L'analyse en vertu de l'article premier*

##### A. L'article premier et l'atteinte à la liberté d'expression

Le rôle d'un tribunal aux fins de l'article premier de la *Charte* consiste à soupeser et à apprécier. Avant même d'entreprendre l'analyse qu'exige l'article premier, le tribunal doit avoir déjà décidé que la loi en question porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Cette seule atteinte ne détermine cependant pas l'invalidité de la loi. En effet, pour peu que la limite qu'elle impose au droit violé soit "raisonnable" et que sa "justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique", la loi est valide. La démonstration de cette justification, dont la charge incombe à l'État, exige la preuve de l'existence d'autres droits ou intérêts qui, dans les circonstances, l'emportent sur le droit auquel il a été porté atteinte.

L'article premier donne essentiellement aux juges une tâche d'appréciation. D'une part, il y a la violation ou restriction d'un droit fondamental ou d'une liberté fondamentale; de l'autre, il y a un objectif opposé que l'État prétend plus important que le plein exercice du droit ou de la liberté en question, d'une importance suffisante pour que la restriction soit raisonnable et que sa "justification puisse se démontrer". Cette tâche très délicate oblige le juge à faire des jugements de valeur. Dans cet exercice, la logique et les précédents ne sont que d'un secours limité. Ce qui est déterminant en dernière analyse c'est le jugement du tribunal, fondé sur une compréhension des valeurs constituant le fondement de notre société et des intérêts en jeu dans l'affaire. Comme le fait observer le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, ce jugement ne peut pas être formé dans l'abstrait. Plutôt que de parler de valeurs comme s'il s'agissait d'idéaux platoniques, le juge doit faire son analyse en fonction des faits de l'affaire dont il est saisi, soupesant dans ce contexte les différentes valeurs en question. On ne saurait donc affirmer que la liberté d'expression l'emportera toujours sur l'objectif de la dignité individuelle et de l'harmonie sociale, ou vice versa. Le résultat dans un cas particulier dépendra de l'appréciation de l'importance de l'atteinte portée à la liberté d'expression par la loi en cause par rapport à l'importance des objectifs y faisant contreponds, à la probabilité que

la loi permettra d'atteindre ces objectifs et à la proportionnalité de la portée de la loi à ces objectifs.

Le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, guide l'analyse requise par l'article premier et reflète les étapes de la tâche principale qui est de soupeser des valeurs contradictoires dans le contexte de l'espèce. Deux conditions doivent être remplies pour qu'une loi imposant des restrictions à des droits et libertés garantis par la Constitution soit maintenue en vertu de l'article premier. D'abord, il faut que l'objectif visé par la restriction ait une importance suffisante pour justifier l'atteinte à un droit protégé par la Constitution. Ensuite, si l'existence d'un tel objectif est établie, la partie qui invoque l'article premier doit prouver que les moyens choisis pour réaliser l'objectif sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Avant de conclure que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer, le tribunal doit être convaincu de trois choses:

1. Les mesures conçues pour réaliser l'objectif législatif (en l'occurrence le par. 319(2) du *Code criminel*) doivent avoir un lien rationnel avec cet objectif;
2. Les moyens employés doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question;
3. Il doit y avoir proportionnalité entre l'effet des mesures qui limitent le droit ou la liberté garantis par la *Charte* et l'objectif législatif visé par la limitation de ces droits. Cela implique qu'on soupèse l'atteinte portée à des droits garantis par la *Charte* et l'objectif de la limitation de ces droits.

(1) *L'objet du par. 319(2) du Code criminel*

Dans l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, dit que le premier point à considérer dans une analyse en vertu de l'article premier est de savoir si l'objectif est "suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution" (p. 138). Citant l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, il fait observer que la norme doit être sévère afin que des objectifs peu importants ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. L'objectif doit avoir un caractère urgent et réel, sans quoi il ne peut être qualifié de suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte*.

Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* a pour objet d'empêcher la fomentation de la haine contre des groupes identifiables dans notre société. Comme le dit le procureur général du Canada, il s'agit d'une disposition législative qui vise [TRADUCTION] "notamment à protéger des groupes raciaux, religieux et autres contre la fomentation volontaire de la haine à leur endroit, à empêcher la propagation de la haine, à prévenir la discorde raciale et sociale, et "à éviter la destruction de notre société multiculturelle"". Ces objets sont compris sous les deux valeurs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle.

Ce sont là des buts louables et sérieux. Ils sont manifestement importants. Compte tenu de l'histoire des conflits raciaux et religieux dans le monde des cinquante dernières années, on peut aussi les qualifier d'urgents, bien qu'on ne prétende pas que la situation en soit une d'urgence au Canada. Le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* (1966), pp. 11 à 16 (le rapport Cohen), fournit un fondement empirique pour le point de vue selon lequel la diffamation de groupes particuliers est une préoccupation urgente et réelle au Canada. Une preuve de la préoccupation publique actuelle et permanente à l'égard de la tension raciale et religieuse au Canada en général et, en particulier, à l'égard de la matière

traitée au par. 319(2), se trouve dans *L'Égalité ça presse!* (1984), le rapport du Comité spécial de la Chambre des communes sur la participation des minorités visibles à la société canadienne, aux pp. 1 à 7 et 75 à 81.

Le fait que les communications haineuses continuent d'exister au Canada est un symptôme de la triste réalité actuelle: les Canadiens se font souvent gloire de préserver une société tolérante et accueillante, mais doivent aussi faire face à des divisions raciales et religieuses persistantes. Le conflit est préjudiciable tant pour les individus et les groupes touchés par les préjugés, que pour l'ensemble de la société. Certains membres de groupes minoritaires sont enclins à se considérer eux-mêmes comme des étrangers dans leur pays et peuvent être découragés d'apporter une contribution à la mesure de leurs souhaits et de leurs capacités. La perte de ces talents et de ces capacités en puissance menace de priver le Canada des compétences et des talents de ceux qui se sentent exclus ou rejetés. De plus, l'animosité créée par l'ignorance et la haine exacerbe encore les divisions du pays.

Le problème n'est pas nouveau, mais il ne disparaît pas vite non plus. Comme le souligne très clairement le *Rapport annuel 1989* (1990) de la Commission canadienne des droits de la personne, l'intolérance parmi les Canadiens envers les membres de groupes différents demeure un problème grave (à la p. 24):

Les démons des préjugés raciaux et culturels n'ont jamais été ni officiellement ni officieusement exorcisés de notre société. Il se peut que nous ayons été, à l'occasion, un tout petit peu plus éclairés que nos voisins du Sud, mais notre passé regorge d'histoires de racisme et d'intolérance, dont il n'est d'ailleurs pas difficile de retrouver des traces dans nos quotidiens.

Compte tenu du problème des préjugés raciaux et religieux dans notre pays, je suis convaincue que l'objectif visé par les dispositions législatives en cause est suffisamment

important pour pouvoir justifier des restrictions imposées à des droits et libertés garantis par la Constitution.

(2) *La proportionnalité*

a) Généralités

La véritable question en l'espèce, selon moi, est celle de savoir si le moyen -- l'interdiction pénale de la fomentation volontaire de la haine -- est proportionnel et adapté à l'objet de la suppression de la propagande haineuse afin d'assurer le maintien de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. L'objectif visé par les dispositions législatives en cause est très important, à telle enseigne d'ailleurs qu'il peut prendre le pas sur les valeurs fondamentales protégées par la *Charte*. La question ultime est de savoir si cet objectif a une importance suffisante pour justifier la restriction imposée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. Pour répondre à cette question, non seulement le tribunal doit-il prendre en considération l'importance du droit ou de la liberté en cause et l'importance de la restriction apportée, mais encore doit-il examiner si la façon dont la restriction est imposée peut se justifier. Quelle est la gravité de la violation de la liberté garantie par la Constitution, en l'occurrence la liberté d'expression? Dans la pratique, la mesure restrictive permettra-t-elle vraisemblablement d'atteindre l'objectif visé? La mesure restrictive a-t-elle une portée trop large ou est-elle plus envahissante qu'il ne le faut? En dernière analyse, eu égard à tous ces facteurs, l'avantage à tirer du texte législatif l'emporte-t-il sur la gravité de l'atteinte? Telles sont les considérations pertinentes à la question de la proportionnalité de la loi restrictive.

J'ai dit qu'il s'agit en l'espèce de départager le droit fondamental à la liberté d'expression, d'une part, et les valeurs que représentent l'harmonie sociale et la liberté individuelle, d'autre

part. Devant la tâche difficile de déterminer ce qui doit primer dans le contexte de la présente instance, il importe de ne pas se laisser détourner par le contenu offensant d'une bonne partie de l'expression en question. Comme notre Cour l'a souvent dit, même les propos les plus répréhensibles ou déplaisants bénéficient à première vue de la protection de l'al. 2b). Ce ne sont pas les déclarations de M. Keegstra qui sont en cause en l'espèce, mais bien la constitutionnalité du par. 319(2) du *Code criminel*. C'est là-dessus que nous devons porter notre attention.

Une autre considération générale pertinente dans l'appréciation de valeurs pour les fins du critère de proportionnalité en l'espèce concerne directement la nature de la liberté d'expression. La liberté d'expression est unique parmi les droits et libertés garantis par la *Charte*, et ce, à deux titres.

La première façon dont la liberté d'expression peut être unique a déjà été évoquée dans le contexte de l'examen de la base philosophique de la liberté d'expression. Le droit d'exprimer complètement et ouvertement ses vues sur des questions sociales et politiques est fondamental à notre démocratie et, partant, à tous les autres droits et libertés garantis par la *Charte*. Sans liberté d'expression, il ne peut y avoir ce vif débat sur les politiques et les valeurs qui est sous-jacent au gouvernement participatif. Sans liberté d'expression, des droits peuvent être limités sans recours possible devant le tribunal de l'opinion publique. Or, certaines restrictions imposées à la liberté d'expression peuvent être nécessaires et justifiées et tout à fait compatibles avec une société libre et démocratique. Cependant les restrictions qui touchent au cœur même du débat social et politique appellent un examen particulièrement minutieux en raison des dangers inhérents à toute censure à laquelle l'État pourrait soumettre un tel débat. Cela prend une importance particulière sous le régime de l'article premier de la *Charte*, qui

exige expressément que le tribunal examine si les restrictions sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Une seconde caractéristique propre à la liberté d'expression est que les restrictions qui lui sont imposées tendent à avoir une incidence sur d'autres expressions que celle visée. C'est ce qu'on appelle aux États-Unis l'effet paralysant. Il y aura toujours des limitations inhérentes à l'utilisation de mots, mais cela ne doit pas empêcher la recherche de la plus grande précision possible dans la rédaction, à défaut de quoi l'interdiction pourrait dissuader non seulement l'expression visée mais également l'expression légitime. Le citoyen respectueux des lois qui ne veut pas commettre d'infraction décidera de ne pas courir le risque dans un cas douteux. La créativité et l'échange bénéfique d'idées en souffriront. Cet effet paralysant doit être pris en considération quand on procède à l'appréciation requise aux fins de l'analyse en vertu de l'article premier. Cela veut dire que dans l'appréciation du caractère envahissant d'une restriction imposée à la liberté d'expression, l'enquête ne peut pas se limiter à ceux qui pourraient finalement être déclarés coupables d'une violation de la restriction, mais doit englober ceux que l'incertitude quant à la possibilité d'être reconnus coupables pourrait dissuader de l'expression légitime.

Je mentionne un dernier point avant d'aborder les critères précis de proportionnalité proposés dans l'arrêt *Oakes*. Pour déterminer si une restriction particulière imposée à un droit ou à une liberté est justifiée aux termes de l'article premier, il importe non seulement de prendre en considération la proportionnalité et l'efficacité de la loi en question, mais aussi d'examiner s'il existe d'autres moyens d'atteindre l'objectif. C'est particulièrement important à la deuxième étape (l'atteinte minimale) et à la troisième étape (l'appréciation de la violation par rapport à l'objectif visé) de l'analyse de la proportionnalité proposée dans l'arrêt *Oakes*.

Dans ce contexte, je passe aux trois considérations qui sont cruciales pour déterminer si le par. 319(2) du *Code criminel* impose à la liberté d'expression une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

b) Le lien rationnel

La première question est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est soigneusement conçu pour atteindre les objectifs qu'il vise ou présente un lien rationnel avec ceux-ci. Il y a deux façons possibles d'aborder cette question.

Le premier consiste à se demander si le législateur fédéral a soigneusement conçu le par. 319(2) pour atteindre les objectifs visés.

Malgré l'existence d'indications claires qu'on a eu soin d'établir un lien entre le par. 319(2) et ses objectifs, on prétend que sa portée est excessive, allégation que j'examinerai plus en détail en traitant de la question de savoir si le par. 319(2) porte "le moins possible" atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il est clair néanmoins que la loi, sur un plan au moins, contribue au but visé par le Parlement. La poursuite d'individus en raison des déclarations offensantes visant un groupe particulier peut affermir chez les membres de ce groupe la conviction qu'ils sont appréciés et respectés dans leur collectivité et que le point de vue de quelques personnes malveillantes ne reflète pas l'opinion de l'ensemble de la population. Il se peut qu'une telle utilisation du droit criminel permette de consolider certaines valeurs et priorités réelles et importantes.

Il faut toutefois aller plus loin et prendre en considération non seulement l'intention du Parlement, mais se demander également si, compte tenu de l'effet réel de la loi, il existe un lien

rationnel entre elle et les objectifs qu'elle vise. Il se peut en fait qu'une mesure législative destinée à atteindre un objectif y fasse obstacle. Dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, notre Cour a examiné l'effet réel de dispositions législatives en matière d'avortement destinées à protéger la vie et la santé des femmes et a conclu qu'en imposant des exigences procédurales et des retards déraisonnables ces mesures avaient l'effet contraire à ce qu'elles visaient. Notre Cour a tenu particulièrement compte de ce que, dans la pratique, ces exigences avaient pour effet d'augmenter considérablement les risques pour la santé de femmes enceintes, surtout dans certaines localités. Le juge en chef Dickson a traité de ce point dans le contexte du lien rationnel, disant que "dans la mesure où le par. 251(4) est conçu pour la protection de la vie et la santé des femmes, la procédure qu'il établit peut, en fait, mettre cet objectif en échec" (p. 76).

On reconnaît par là que l'article premier de la *Charte* pourrait facilement être affaibli si l'intention du gouvernement d'agir dans l'intérêt d'un groupe défavorisé suffisait dans tous les cas pour établir l'existence du lien rationnel requis entre la mesure législative et son objectif. Dans certains cas, le lien entre l'intention du législateur et la réalisation de l'objet peut être évident. Dans d'autres, on peut douter que la mesure législative atteindra en fait son but; dans la résolution de ce doute, il faut agir avec déférence à l'égard des législateurs fédéral et provinciaux. Toutefois, dans des cas comme l'affaire *Morgentaler*, où il appert non seulement que la mesure législative risque de ne pas atteindre son objet, mais qu'elle peut avoir l'effet opposé, le tribunal est justifié de conclure à l'absence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif. C'est une simple question de bon sens. En effet, comment une mesure qui est jusqu'à un certain point privative d'une liberté conférée par la Constitution peut-elle être raisonnable et justifiable sans quelque probabilité qu'elle permettra d'atteindre l'objectif sur lequel repose sa justification? Lorsque, au lieu de cette probabilité, il y a lieu de croire que

la mesure peut en fait aller à l'encontre des objectifs visés, l'absence de lien rationnel entre la mesure et l'objectif est évidente.

À mon avis, le par. 319(2) du *Code criminel* tombe dans cette dernière catégorie. Il se peut bien que le par. 319(2) ait un effet paralysant sur l'expression défendable de citoyens respectueux des lois. En même temps, il est loin d'être certain qu'il représente un moyen efficace de tenir en bride les fomentateurs de haine. En fait, beaucoup prétendent que cette disposition pourrait aider leur cause. Les médias ont fait beaucoup de tapage autour des poursuites intentées en vertu du *Code criminel* pour des déclarations racistes. Zundel, poursuivi non pas en vertu du par. 319(2) mais pour le crime de diffusion de fausses nouvelles (art. 181), prétendait que son procès lui avait procuré [TRADUCTION] "un million de dollars de publicité": *Globe and Mail*, 1<sup>er</sup> mars 1985, p. P1. Certains des écrits qui ont donné lieu aux poursuites en cause dans le pourvoi connexe *Andrews* laissent transparaître un soupçon de joie du martyr:

[TRADUCTION] Le mensonge de l'holocauste est maintenant gravé si profondément dans l'esprit des détestés "goyim", que dans certains pays [. . .] le fait de le contester peut entraîner une peine d'emprisonnement.

(*R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, à la p. 165 (C.A.).)

Non seulement le processus criminel fournit à l'accusé de la publicité pour ses causes douteuses, mais il peut aussi lui attirer de la sympathie. Le processus criminel est présenté comme un conflit entre l'accusé et l'État, conflit dans lequel l'accusé peut paraître sous son jour le plus sympathique. Cette remarque de Franz Kafka n'était pas totalement fantaisiste: "Quand on sait voir, on trouve réellement que tous les accusés sont beaux" (*Le procès* (1964), à la p. 248).

L'argument selon lequel les poursuites criminelles contre ce type d'expression réduiront le racisme et favoriseront le multiculturalisme suppose que certains auditeurs sont assez crédules pour ajouter foi aux propos en question s'ils en prennent connaissance. Mais si l'hypothèse est valable, il est peut-être tout aussi probable que ces auditeurs croiront qu'il y a du vrai dans l'expression raciste puisque le gouvernement essaie de la supprimer. Des théories sur l'existence d'un grand complot entre le gouvernement et certains éléments de la société, perçus à tort comme malveillants, peuvent devenir attrayantes si le gouvernement les valorise en interdisant totalement leur expression. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la criminalisation de la propagande haineuse et l'exercice de poursuites en vertu des dispositions législatives à cet effet aient soulevé une si vive controverse au Canada.

On trouve aussi dans l'Histoire des raisons de juger avec suspicion l'assertion que les lois relatives à la propagande haineuse servent la cause du multiculturalisme et de l'égalité. Cette preuve est résumée par A. A. Borovoy dans *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties* (1988), à la p. 50:

[TRADUCTION] Fait remarquable, l'Allemagne préhitlérienne avait des lois fort semblables à la loi canadienne contre la haine. Ces lois ont en outre été appliquées assez énergiquement. Au cours des quinze années qui ont précédé l'accession d'Hitler au pouvoir, il y a eu plus de deux cents poursuites pour propos antisémites. Et, de l'avis du principal organisme juif de l'époque, dix pour cent de ces causes tout au plus ont souffert de l'incurie des autorités. Or, comme en témoigne si douloureusement l'histoire subséquente, ce genre de législation s'est avérée inefficace précisément là où elle était réellement indiquée. En fait, il y a lieu de croire que les nazis de l'Allemagne préhitlérienne ont su exploiter judicieusement leurs procès criminels afin de grossir le nombre de leurs partisans. Ils se servaient des procès comme tribunes pour la propagation de leur message.

Du point de vue de l'effet réel, on peut prétendre que le lien rationnel entre le par. 319(2) et les objets qu'il vise est ténu. Certes, on ne saurait affirmer l'existence d'un lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et son élimination.

c) L'atteinte minimale

La deuxième question à aborder pour déterminer si la violation que constituent les dispositions législatives en cause est proportionnée à l'objet qu'elles visent, est celle de l'atteinte minimale au droit en question.

Ceux qui plaident en faveur du par. 319(2) du *Code criminel* insistent sur le fait qu'il ne s'applique qu'à la fomentation volontaire de la haine et ne vise pas l'incitation à des émotions moins fortes. La haine, soutiennent-ils, est à la fois la plus extrême et la plus répréhensible des émotions humaines. Ils soulignent en outre que le par. 319(2) prévoit plusieurs moyens de défense, dont la véracité des déclarations, l'examen dans l'intérêt du public d'une question d'intérêt public (pourvu qu'il y ait eu des motifs raisonnables de croire que les déclarations étaient vraies), et l'expression de bonne foi d'une opinion sur un sujet religieux. Ils affirment également que le par. 319(2) ne fait que remplir les obligations internationales du Canada et qu'il existe des dispositions analogues dans d'autres démocraties occidentales.

Les tenants de l'inconstitutionnalité du par. 319(2) font valoir que l'émotion subjective qu'est la haine est une notion de portée excessive et vague, que les juges et les jurys prononceront des verdicts de culpabilité quand l'expression est seulement impopulaire, et qu'il peut y avoir responsabilité criminelle même si la déclaration n'a incité personne à la haine ou à quelque autre émotion. D'autre part, le fait que le fardeau de prouver la véracité de sa déclaration incombe à l'accusé veut dire que même des déclarations vraies peuvent entraîner des déclarations de culpabilité.

Deux questions sont pertinentes pour déterminer si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression. La première est de savoir si le par. 319(2) est rédigé dans des

termes trop larges de manière à englober plus de conduites expressives que ne le justifie l'objectif de la promotion de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. La seconde est de savoir si la criminalisation de la fomentation de la haine peut constituer en soi une réaction excessive au problème, compte tenu des autres possibilités dont on dispose. J'aborderai tout à tour chacune de ces questions.

Malgré les restrictions que comporte le par. 319(2), on peut soutenir avec des arguments puissants que sa portée est trop large en ce que sa définition de l'expression illicite peut atteindre de nombreuses expressions qui devraient être protégées.

La première difficulté est celle que pose les différentes acceptions possibles du mot "haine". Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit la haine comme: [TRADUCTION] "La situation ou l'état de relations où une personne en hait une autre; l'émotion de haine; antipathie active, détestation; hostilité, inimitié, malveillance." Cette définition fait ressortir nettement la vaste gamme d'émotions diverses que peut dénoter le mot "haine". Ceux qui défendent son emploi au par. 319(2) du *Code criminel* soulignent un extrême de cette gamme -- le terme haine, selon eux, désigne la plus puissante des émotions virulentes, qui dépasse les bornes de la décence humaine et qui limite en conséquence l'application du par. 319(2) aux cas extrêmes. Ceux qui s'opposent à son utilisation mettent l'accent sur l'autre extrême de la gamme et insistent sur le fait qu'une "antipathie active" n'est pas une émotion dont la fomentation devrait entraîner la répression criminelle. Ces arguments prouvent d'eux-mêmes que le mot "haine" a une large portée susceptible d'englober une grande diversité d'émotions.

Il n'y a pas que la vaste portée du terme "haine" qui présente des dangers; il y a aussi sa subjectivité. La "haine" est prouvée par inférence -- l'inférence du jury ou du juge siégeant en tant que juge des faits -- et des inférences sont plus probables lorsqu'il s'agit de propos

impopulaires. La nature subjective et émotive du concept de la fomentation de la haine accroît la difficulté qu'il y a à assurer que seuls donnent lieu à des poursuites les cas où elles sont justifiées et que seules sont reconnues coupables les personnes dont la conduite vise à dissoudre les liens sociaux.

Mais la "haine" ne doit pas être considérée isolément. Pour être condamnable, elle doit avoir été "foment[ée] volontairement". Cette exigence limite-t-elle suffisamment le terme en question pour réfuter l'argument que la portée du par. 319(2) est excessive?

Dans l'arrêt *R. v. Buzzanga and Durocher*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a dit que l'exigence de la "fomentation volontaire" peut être remplie de l'une de deux façons: (1) par la preuve de l'intention ou du but conscient de fomenter la haine; ou (2) par la preuve que l'accusé a prévu que la fomentation de la haine contre un groupe identifiable est la conséquence certaine ou "moralement certaine" de la communication en cause.

On soutient que l'exigence de la "fomentation volontaire" fait échapper à l'application du par. 319(2) les déclarations faites dans des buts légitimes, par exemple, dire ce que l'on considère comme la vérité ou participer à un débat politique ou social. Le problème avec cet argument tient à ce que ces objets sont compatibles avec l'intention (ou la présumée intention en raison de la prévisibilité) de fomenter la haine. La conviction que ce qu'on dit au sujet d'un certain groupe est vrai et constitue un apport important à un débat politique et social est en effet parfaitement conciliable avec l'intention de fomenter une antipathie active contre ce groupe et peut même inspirer cette intention. Une telle conviction est tout aussi compatible avec la prévision que les déclarations pourront avoir pour conséquence de fomenter cette antipathie. Il en résulte que des personnes qui font des déclarations surtout pour des raisons

qui n'ont aucun caractère répréhensible risquent d'être déclarées coupables de fomentation volontaire de la haine.

L'absence de toute obligation de démontrer qu'il y a réellement eu préjudice ou incitation à la haine élargit davantage la portée du par. 319(2) du *Code criminel*. Tel était, de l'avis de la Cour d'appel, son vice principal. En réalité, cette disposition érige en crime non seulement le fait d'inciter effectivement à la haine mais aussi de tenter de le faire. La Cour d'appel a retenu l'argument que ces crimes étaient, du moins potentiellement, des crimes sans victimes. De l'avis du juge Kerans, si l'interdiction de l'expression qui propage réellement la haine est justifiée, l'interdiction de tentatives de propager la haine ne l'est pas.

Quoique considérant cette largeur de portée comme un facteur pertinent, j'hésiterais à la juger déterminante sur le plan constitutionnel. Dire que la propagande haineuse "ne fait pas de victime" quand il n'est pas prouvé qu'elle a incité ses destinataires à la haine c'est faire abstraction de l'effet déchirant qu'elle peut avoir sur les membres du groupe cible eux-mêmes. Chez les juifs, nombre desquels ont été personnellement touchés par les conséquences terribles de la dégénérescence d'une société apparemment civilisée vers une barbarie sans parallèle, des déclarations comme celles de Keegstra peuvent faire naître des craintes très réelles que l'Histoire se répète. Par ailleurs, il n'est simplement pas possible de déterminer avec exactitude les effets que l'expression d'un message donné aura sur tous ceux qui finiront par l'entendre. Le processus qui consiste à "prouver" que les auditeurs ont été incités à la haine a quelque chose d'irréel. Ces considérations mettent en doute la notion que nous pouvons tirer une ligne de démarcation très nette entre les dispositions qui sont justifiables parce qu'elles exigent la preuve que la haine a réellement été provoquée et celles qui sont injustifiables parce qu'elles n'exigent que l'intention de fomenter la haine.

Les moyens de défense viennent restreindre dans une certaine mesure la portée du par. 319(2). Y échappent les déclarations faites de bonne foi sur des sujets religieux et les déclarations concernant des questions d'intérêt public que l'accusé, pour des motifs raisonnables, croyait vraies, ainsi que les déclarations faites dans le but de supprimer la haine.

Indépendamment du fait que c'est à l'accusé qu'il incombe d'établir chacun de ces moyens de défense, il est loin d'être évident que, dans la pratique, ils limitent sensiblement la portée du par. 319(2) du *Code criminel*. La défense la plus importante est celle de la véracité -- si l'accusé prouve que ses déclarations sont vraies, il n'y a pas de violation du par. 319(2). Par ailleurs, comme je l'ai déjà fait remarquer, l'accusé peut être reconnu coupable pour des déclarations vraies, étant donné que c'est à lui qu'incombe le fardeau de la preuve. De plus, les concepts de "véracité" et de "croyance raisonnable à la véracité" ne s'appliqueront peut-être pas dans tous les cas. Il peut en effet être impossible de qualifier de vraies ou de fausses des déclarations d'opinion puisqu'elles ne communiquent pas tant des faits que des sentiments et des croyances. Souvent les déclarations polémiques ne se prêtent pas à la démonstration de leur véracité ou de leur fausseté. Pour ce qui est de la défense de la croyance raisonnable, comment un tribunal doit-il évaluer le caractère raisonnable de diverses théories, politiques ou autres? La défense relative aux déclarations faites dans l'intérêt public pose des problèmes analogues. Comment un tribunal doit-il déterminer ce qui est dans l'intérêt public vu la vaste gamme d'opinions pouvant exister sur des questions auxquelles pourrait s'appliquer le par. 319(2)?

Non seulement la définition de la catégorie d'expression visée par le par. 319(2) est large, mais l'application de la définition de l'expression illicite, c.-à-d. les circonstances dans lesquelles les déclarations offensantes sont interdites, est presque illimitée. Seules sont à l'abri de l'examen de l'État les conversations privées. Le paragraphe 319(2) a pour objet

l'interdiction absolue de l'expression d'idées offensantes dans tout endroit public par quelque moyen que ce soit. Les discours sont visés. Les orateurs de carrefour sont réduits au silence. Livres, films, {oe}uvres d'art -- tout est soumis à l'examen du censeur en raison du par. 319(2) du *Code criminel*.

La véritable réponse au débat sur la portée excessive du par. 319(2) se dégage des antécédents de cette disposition. Bien que relativement récent, ce paragraphe a donné lieu à de nombreuses actions contestables de la part des autorités. À l'exception des présentes affaires, aucune déclaration de culpabilité n'est constatée dans les recueils de jurisprudence. Mais il ressort nettement du dossier que des déclarations outrancières au sujet de groupes identifiables, particulièrement si elles représentent un point de vue impopulaire, peuvent provoquer l'intervention de l'État ou des appels à l'action policière. On demande l'interdiction de romans tels que *Le Hadj*, roman pro-sioniste de Léon Uris: *Toronto Star*, 26 septembre 1984, p. A6. D'autres ouvrages, notamment *Les versets sataniques* de Salman Rushdie, ne peuvent entrer au Canada pour le motif qu'ils enfreignent le par. 319(2). Des films peuvent être temporairement exclus, comme cela est arrivé au film *Nelson Mandela*, commandé pour des fins éducatives par le Ryerson Polytechnical Institute en 1986: *Globe and Mail*, 24 décembre 1986, p. A14. On procède même à des arrestations pour la distribution de tracts contenant les mots "Yankee Go Home": *Globe and Mail*, 4 juillet 1975, p. 1. L'expérience révèle que bien des cas ont été écartés par l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public et grâce à d'autres facteurs. Elle révèle également, toutefois, qu'au départ le par. 319(2) s'applique à beaucoup de sortes d'expressions.

Même dans les cas où aucune enquête n'est lancée ni aucune poursuite engagée, l'imprécision et la subjectivité inhérentes au par. 319(2) du *Code criminel* justifient la crainte que l'effet paralysant de cette disposition soit considérable. Plus la formulation de

l'interdiction est imprécise, plus le danger est grand que des citoyens bien-pensants ne limitent l'étendue de leur expression afin de ne pas courir le risque de contrevenir à la loi. Le danger dont il s'agit ici n'est pas tant que les dispositions législatives en cause serviront à dissuader ceux qui ont la ferme intention de fomenter la haine -- pour autant que tel soit leur effet (ce sur quoi je demeure sceptique) leur portée n'est peut-être pas excessive. Le danger est plutôt que ces dispositions législatives aient un effet paralysant sur des activités légitimes qui sont importantes pour notre société en soumettant des personnes innocentes à des contraintes nées de la peur du processus criminel. Étant donné l'imprécision de l'interdiction de l'expression au par. 319(2), on peut se demander comment ceux qui s'expriment vont savoir quand leurs propos pourront être considérés comme entrant dans le domaine interdit. La réaction est prévisible. La combinaison de la portée excessive et de la criminalisation pourrait amener des gens désireux d'éviter même le moindre démêlé avec la justice criminelle à se protéger du mieux qu'ils peuvent -- en limitant leur expression à des sujets non controversés. Les romanciers pourraient se tenir loin d'évocations controversées de caractéristiques ethniques, telles que la représentation de Shylock par Shakespeare dans *Le Marchand de Venise*. Les scientifiques pourraient hésiter à entreprendre des recherches tendant à établir l'existence de différences entre des groupes ethniques ou raciaux et à publier les résultats de telles recherches. Vu la gravité des conséquences de poursuites criminelles, ce n'est pas pure conjecture de supposer qu'un frein pourrait être mis même aux débats politiques sur des questions vitales comme l'immigration, les droits linguistiques en matière d'enseignement, la propriété étrangère d'entreprises et le commerce. Ce sont là des questions qui touchent au cœur des justifications traditionnelles de la protection de la liberté d'expression.

Voilà qui m'amène au deuxième aspect de l'atteinte minimale. Les exemples que je viens de mentionner permettent de penser que le fait même de la criminalisation représente une réaction excessive au problème de la propagation de la haine. Les procédures et les sanctions

du droit criminel sont comparativement sévères. Compte tenu des stigmates qui en résultent et de la liberté qui est en jeu, la lutte entre le particulier et l'État que représente le procès criminel doit être considérée comme extrêmement difficile et pénible. La gravité de la peine d'emprisonnement que peut entraîner une déclaration de culpabilité se passe de commentaires. En outre, l'effet paralysant des interdictions frappant l'expression est le plus prononcé lorsqu'on recourt au droit criminel pour les imposer. C'est en effet cet aspect de la loi plus que tout autre que cherche à éviter le citoyen ordinaire, respectueux des lois. La sanction supplémentaire du droit criminel peut n'avoir qu'un faible effet dissuasif sur un fomentateur convaincu de la haine, qui pourra d'ailleurs se réjouir de la publicité qu'elle lui procure; elle pourrait toutefois dissuader le citoyen ordinaire.

On peut aussi se demander si la criminalisation de l'expression destinée à fomenter la haine raciale est nécessaire. Il est possible en effet que d'autres recours conviennent mieux et soient plus efficaces. La discrimination fondée sur la race et la religion mérite d'être supprimée. Les lois en matière de droits de la personne, qui mettent l'accent sur la réparation plutôt que sur le châtement, ont pu, avec un succès considérable, décourager ce genre de conduite. C'est ce que conclut Borovoy, *op. cit.*, aux pp. 221 à 225. Ayant fait remarquer que les codes des droits de la personne mettent l'accent sur l'amélioration de la conduite et que, sous leur régime, il est généralement possible de parvenir à des règlements avant l'audience, Borovoy traite de la proposition que [TRADUCTION] "ceux qui pratiquent la discrimination raciale soient poursuivis sans possibilité de s'amender" (p. 223). Il conclut que non seulement les poursuites criminelles ne sont pas nécessaires, mais que leur effet peut être contraire à celui souhaité. Elles ne sont pas nécessaires parce que les procédures engagées en vertu des codes des droits de la personne réussissent dans une large mesure à atteindre leur objet essentiel, soit la réduction de la discrimination. Leur effet peut être contraire à celui recherché en ce sens (1) que les personnes qui pratiquent la discrimination raciale et qui sont menacées de poursuites

n'auront peut-être que peu ou pas d'intérêt à prêter leur concours aux commissions des droits de la personne en changeant volontairement leur comportement (p. 223); et (2) qu'elles ouvrent la voie à l'argument selon lequel [TRADUCTION] "quand l'exercice de poursuites criminelles est prévu, l'État est tenu de recourir en premier lieu à ce moyen" (p. 225), ce qui écarte d'emblée la possibilité d'une amélioration volontaire de la conduite. Pour ces raisons, Borovoy conclut que: [TRADUCTION] "Mises à part les questions accessoires comme celle de l'entrave à l'enquête sur une plainte, on peut sans inconvénient éliminer le processus criminel du domaine des droits de la personne" (p. 225).

Il est vrai que la plupart des lois sur les droits de la personne sont axées sur les actes plutôt que les paroles. Mais s'il est peu approprié et inefficace de criminaliser la conduite discriminatoire, la criminalisation de l'expression discriminatoire qui ne constitue pas une conduite est forcément injustifiable.

Finalement, on peut soutenir que le droit criminel commande une plus grande précision que, par exemple, la législation en matière de droits de la personne, et ce, en raison de la nature différente des procédures dans les deux cas. Les conséquences de l'allégation d'une violation du par. 319(2) du *Code criminel* sont directes et extrêmement graves. Dans le processus suivi dans le domaine des droits de la personne, le tribunal jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer quels messages ou quelles conduites devraient être interdits et il peut, dans son ordonnance en préciser davantage la nature, tout cela avant que le contrevenant ne subisse quelque conséquence.

En résumé, le par. 319(2) du *Code criminel* vise une large gamme d'expressions qu'il interdit globalement, ne faisant échapper à l'examen que les conversations privées. De plus, le processus de mise en {oe}uvre de l'interdiction -- le droit criminel -- est le plus sévère que

notre société puisse imposer et sans être nécessairement indispensable étant donné l'existence d'autres recours. Je conclus que, compte tenu de ses objectifs, la criminalisation des déclarations haineuses ne porte pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression.

d) L'importance relative du droit et de l'avantage conféré

Le troisième point à considérer pour déterminer si la violation résultant des dispositions législatives en cause est proportionnée aux buts visés est l'importance relative de la violation du droit en question par rapport à l'avantage conféré par ces dispositions législatives. Il s'agit essentiellement d'une analyse coûts-avantages. D'une part, quelle est la gravité de la violation du droit fondamental ou de la liberté fondamentale en question? D'autre part, quelle est l'importance de l'avantage conféré par les dispositions attaquées? En soupesant ces considérations opposées, l'État s'est-il acquitté de l'obligation qui lui incombe d'établir que la limite imposée à la liberté ou au droit garantis par la Constitution est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

J'aborde en premier la question de la gravité de la violation de la liberté garantie par la Constitution en l'espèce. Vue dans la perspective de notre société dans son ensemble, la violation en cause de la garantie de la liberté d'expression est grave. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* ne fait pas que réglementer la forme ou le ton de l'expression -- il vise directement son contenu et les points de vue de particuliers. Il vise en outre des points de vue relevant de domaines très divers, tant artistique, que social ou politique. Il peut s'appliquer non seulement à des déclarations comme celles en cause, mais aussi à des {oe}uvres d'art et aux déclarations outrancières faites dans le feu d'une controverse sociale. Même si peu d'entre elles sont poursuivies jusqu'à des déclarations de culpabilité en vertu du par. 319(2), nombreuses sont celles auxquelles s'applique sa large interdiction. Ces dangers sont aggravés

par le fait que le par. 319(2) vise toute expression publique. Bref, la restriction que le par. 319(2) du *Code criminel* impose à la liberté d'expression met en cause toutes les valeurs sur lesquelles repose l'al. 2b) de la *Charte* -- la valeur qui consiste à favoriser une société dynamique et créative au moyen du marché des idées; la valeur représentée par le débat vif et ouvert essentiel au gouvernement démocratique et à la sauvegarde de nos droits et libertés; et la valeur d'une société qui encourage l'épanouissement personnel et la liberté de ses membres.

Considérées du point de vue de l'individu touché, les conséquences de l'atteinte portée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel* sont tout aussi graves. L'exercice de la liberté d'expression contrairement à ses dispositions peut entraîner une déclaration de culpabilité et une peine maximale de deux ans d'emprisonnement. Exception faite de la description que renferme le par. 319(2) lui-même (laquelle comporte nécessairement des éléments subjectifs), aucune indication n'est donnée quant au genre de discours pouvant donner lieu à des poursuites. Par ailleurs, l'expression d'individus qui ne sont pas visés pourrait être restreinte par la crainte d'enfreindre une loi vague et subjective.

Ces considérations établissent l'existence d'une violation extrêmement grave de la garantie de liberté d'expression -- bien plus grave, par exemple, que celle qu'a maintenue notre Cour en vertu de l'article premier dans l'arrêt *Irwin Toy* où l'unique valeur pouvant être invoquée au soutien de la liberté d'expression était le droit au profit. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel*, au contraire, touche des valeurs qui sont vitales pour la sauvegarde du gouvernement démocratique, de nos droits et libertés fondamentaux et aussi de notre droit à l'épanouissement personnel. De plus, en raison de sa large portée, l'atteinte qu'il porte est grave non seulement de par sa nature mais de par son ampleur. Une atteinte aussi grave ne peut se justifier que par l'existence d'un intérêt très impérieux de l'État qui lui fait contrepoids.

Cela m'amène donc à l'autre plateau de la balance, c'est-à-dire à l'avantage à tirer du maintien de la restriction de la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. Comme je l'ai déjà indiqué, il est incontestable que les objectifs qui sous-tendent les dispositions en cause sont des plus valables. Malheureusement, les prétentions quant aux gains à obtenir au prix de la violation de la liberté d'expression par le par. 319(2) sont douteuses. Il est loin d'être certain que cette disposition n'aide pas la cause des extrémistes qui fomentent la haine, ni qu'elle ne fait pas davantage obstacle à l'amélioration volontaire de conduite qu'elle ne décourage la diffusion de la propagande haineuse. Si on admet l'importance que revêtent pour notre société les objectifs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle, du multiculturalisme et de l'égalité, il est difficile de concevoir en quoi le par. 319(2) sert à les promouvoir.

À mon avis, le résultat est clair. Tout avantage hypothétique découlant des dispositions législatives en cause cède le pas à l'atteinte grave portée par le par. 319(2) du *Code criminel* à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression.

(3) *Conclusion -- l'article premier et l'atteinte à la liberté d'expression*

La restriction que le par. 319(2) du *Code criminel* apporte à la liberté d'expression est-elle raisonnable et sa justification peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* ne satisfait à aucun des trois critères de proportionnalité énoncés dans l'arrêt *Oakes* -- l'existence d'un lien rationnel entre le texte législatif et ses objectifs, l'atteinte minimum à des droits et l'évaluation relative de la gravité de l'atteinte à la liberté d'expression et de l'avantage conféré par le texte législatif. Tenant pour acquis que les objectifs visés par cette disposition sont valides et importants et qu'ils pourraient en principe l'emporter sur la garantie de liberté d'expression, je ne puis conclure que les

moyens choisis pour les atteindre, savoir la criminalisation de la fomentation éventuelle ou prévisible de la haine, y sont proportionnés.

B. L'article premier et la violation de la présomption d'innocence

Ma conclusion sur la violation de l'al. 11*d*) de la *Charte* est identique à ma conclusion sur la violation de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Dans ce cas également, l'existence de la proportionnalité nécessaire entre la violation et les buts à atteindre est douteuse.

En effet, il est difficile de voir un lien rationnel entre les objets de l'al. 319(3)*a*) et son exigence que l'accusé prouve la véracité de ses déclarations. On prétend que sans le renversement du fardeau de la preuve, il serait difficile, voire impossible, dans la plupart des cas d'obtenir des déclarations de culpabilité pour la tenue de propos tendant à fomenter la haine. Si l'on objecte qu'il est simplement difficile de prouver que les déclarations sont vraies ou fausses, la réponse est que le fardeau incombe à l'État parce qu'il dispose de plus grands moyens. Si par contre l'objection est qu'il est impossible de savoir si les déclarations sont vraies ou fausses (c.-à-d. qu'il s'agit d'une véritable opinion), alors la réponse est qu'il n'est pas exclu que ces déclarations soient plus utiles que nuisibles, si nous reconnaissons la valeur fondamentale de l'échange d'idées exprimant la vérité. Il se dégage des mêmes considérations que la violation de la présomption d'innocence par l'al. 319(3)*a*) n'est ni minime ni suffisante, compte tenu de la gravité de la violation dans le contexte de poursuites engagées en vertu du par. 319(2), pour l'emporter sur l'avantage douteux découlant d'une telle disposition.

Des considérations analogues jouent relativement à la question de savoir si le par. 319(3) du *Code criminel* porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*). On dit qu'il est hautement improbable que des déclarations tendant à fomenter la

haine contre des groupes identifiables soient vraies. Mais cela n'aide en rien un accusé qui aurait pu se prévaloir de ce moyen de défense mais qui, en raison de ses moyens limités ou pour quelque autre raison, n'a pu en apporter la preuve. La présomption d'innocence ne devrait pas dépendre du pourcentage de cas dans lesquels la défense en question peut être invoquée. On fait valoir en outre que la fomentation de la haine est autant dans la façon dont les déclarations sont faites que dans leur contenu, et que c'est une saine politique d'exiger que les individus qui choisissent la persuasion par des moyens inacceptables soient certains de l'exactitude de ce qu'ils avancent. Toutefois, le par. 319(2) ne s'applique pas uniquement à l'expression qui revêt une forme inacceptable. Il criminalise l'expression non pas en raison de sa forme, mais en raison de son contenu. Finalement, on pourrait prétendre dans ce contexte également qu'il vaut mieux imposer le fardeau de la preuve à l'accusé parce qu'il est difficile de prouver la fausseté d'assertions médisantes au sujet de groupes identifiables. Mais, comme je l'ai déjà fait observer, il peut être tout aussi difficile de prouver la véracité de telles déclarations. L'accusé, qui n'a pas les moyens dont dispose l'État, peut être moins bien placé que le ministère public pour prouver la véracité de ses affirmations.

Le dernier volet du critère de proportionnalité entre les effets de la violation et les objectifs qu'elle vise se heurte à d'autres difficultés. Nous devons partir de la proposition que le Parlement a voulu que la véracité soit un moyen de défense, et que la fausseté soit un élément important de l'infraction que crée le par. 319(2) du *Code criminel*. Ce fait, conjugué à l'importance capitale de la présomption d'innocence dans notre droit criminel, permet de penser que la violation ne pourrait se justifier que par un intérêt étatique très impérieux qui lui ferait contrepoids. Toutefois, comme je l'ai dit en traitant de la violation de la garantie de liberté d'expression, on conçoit mal quels avantages le par. 319(2) confère lorsqu'il s'agit d'endiguer la propagande haineuse et de promouvoir l'harmonie sociale et la dignité individuelle. C'est ainsi que Fish, *loc. cit.*, en défendant la proportionnalité de la violation à

l'avantage reçu, est finalement obligé de nier la défense elle-même, car il conclut, à la p. 121: [TRADUCTION] "La défense de la véracité ne présume pas tant la fausseté que le fait que la véracité ne dispense pas de la fomentation de la haine." Je conclus que l'al. 319(3)a) n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

### Conclusion

Le paragraphe 319(2) viole la garantie de la liberté d'expression consacrée dans la *Charte*. De plus, le moyen de défense prévu à l'al. 319(3)a) viole le droit de l'accusé d'être présumé innocent. Des objectifs comme la suppression de la discrimination et de la violence raciale et la promotion du multiculturalisme revêtent une telle importance qu'une atteinte limitée et mesurée à la liberté d'expression peut être justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*, pourvu que les moyens choisis soient proportionnés. Toutefois, la criminalisation globale de la quasi-totalité de l'expression qui pourrait être considérée comme fomentant la haine, au par. 319(2) du *Code criminel*, ne constitue pas, selon moi, un moyen proportionné et approprié d'atteindre les objets visés par ce paragraphe. L'ampleur de l'expression visée, le caractère absolu de l'interdiction dont il frappe cette expression, les conséquences criminelles draconiennes qu'il entraîne ainsi que l'existence de recours préférables et, en dernier lieu, son effet réel contraire à l'effet souhaité, tous ces aspects du par. 319(2) du *Code criminel* se combinent pour en faire un moyen inadéquat de protéger notre société contre le mal de la propagande haineuse.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

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

Réponse: Oui.

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

Réponse: Non.

3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

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

Réponse: Non.

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.*

*Procureur de l'intimé: Douglas H. Christie, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard, Marise Visocchi et Gilles Laporte, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada: Cooper, Sandler & West, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Interamicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes:  
Kathleen Mahoney, Calgary; Code Hunter, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Greenspan,  
Rosenberg, Toronto.*