

R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731

Ernst Zundel

Appelant

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada,
le procureur général du Manitoba,
l'Association canadienne des libertés civiles,
la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada
et le Congrès juif canadien**

Intervenants

Répertorié: R. c. Zundel

N° du greffe: 21811.

1991: 10 décembre: 1992: 27 août.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin et Iacobucci JJ.

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

*Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Liberté d'expression --
Publication de fausses nouvelles -- Le Code criminel interdit la publication volontaire*

de fausses déclarations ou nouvelles que l'auteur sait fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public (art. 181) -- L'article 181 du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? -- Dans l'affirmative, l'art. 181 peut-il être justifié en vertu de l'article premier de la Charte? -- Imprécision -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) -- Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 181.

Code criminel -- Publication de fausses nouvelles -- Liberté d'expression -- Le Code criminel interdit la publication volontaire de fausses déclarations ou nouvelles que l'auteur sait fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public (art. 181) -- L'article 181 du Code viole-t-il la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? -- Dans l'affirmative, la limite que l'art. 181 impose à l'art. 2b) peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) -- Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 181.

L'accusé a été inculpé d'avoir publié des fausses nouvelles en contravention de l'art. 181 du *Code criminel*, qui dispose qu'"[e]st coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement [. . .] quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public". L'accusation découle de la publication par l'accusé d'une brochure intitulée *Did Six Million Really Die?* L'accusé avait ajouté une préface et une postface à un document original qui avait déjà été publié par d'autres aux États-Unis et en Angleterre. La brochure, qui fait partie de la littérature appelée "histoire révisionniste", laisse entendre notamment

qu'il n'a pas été prouvé que six millions de juifs ont été tués avant et durant la Seconde Guerre mondiale et que l'Holocauste est un mythe résultant d'un complot juif mondial. L'accusé a été reconnu coupable après un long procès. La Cour d'appel a confirmé le verdict de culpabilité en ce qui concerne les motifs d'ordre constitutionnel mais l'a annulé en raison d'erreurs qui s'étaient glissées dans l'admission de la preuve et dans les directives données aux jurés. L'affaire a été renvoyée à un nouveau procès. L'accusé a, encore une fois, été déclaré coupable et la Cour d'appel a confirmé sa déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si l'art. 181 du *Code* viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si l'art. 181 peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (les juges Gonthier, Cory et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. L'article 181 du *Code criminel* est inconstitutionnel.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin: L'article 181 du *Code* viole la liberté d'expression. L'alinéa 2b) de la *Charte* protège le droit de la minorité d'exprimer son opinion, quelque impopulaire qu'elle puisse être. Toutes les communications qui transmettent ou tentent de transmettre un message sont protégées par l'al. 2b), à moins que la forme physique sous laquelle se fait la communication (par exemple, un acte de violence) n'exclue la protection. La teneur de la communication n'a pas d'importance. La garantie vise à permettre la liberté d'expression dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l'accomplissement de soi. Cet objet s'étend à la protection des croyances minoritaires que la majorité des gens considèrent comme erronées ou fausses.

L'article 181, qui peut exposer une personne à une condamnation criminelle et à l'emprisonnement à cause de mots qu'elle a publiés, a indéniablement pour effet de restreindre la liberté d'expression et impose par conséquent une limite à l'al. 2b).

Vu l'interprétation large et fondée sur l'objet de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b), ceux qui publient délibérément des faussetés ne peuvent pas être empêchés, pour cette seule raison, de se prévaloir des garanties constitutionnelles relatives à la liberté de parole. Avant qu'on puisse nier à une personne la protection de l'al. 2b), il faut être sûr que rien ne justifie qu'on lui offre une protection. Le critère de la fausseté ne permet pas d'atteindre cette certitude, vu qu'une fausse déclaration peut parfois avoir une certaine valeur et vu la difficulté de déterminer de façon concluante sa fausseté totale.

Contrairement à l'art. 319 en cause dans l'arrêt *Keegstra*, l'art. 181 du *Code* ne peut pas être justifié en vertu de l'article premier. Pour déterminer l'objectif d'une mesure législative aux fins de l'article premier, la Cour doit examiner quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption ou de la modification de l'article. Elle ne peut pas attribuer d'objectifs ni en inventer de nouveaux selon l'utilité, telle qu'elle est perçue actuellement, de la disposition contestée. Bien que l'application et l'interprétation des objets puissent varier avec le temps, on ne devrait pas inventer d'objets nouveaux et entièrement différents. En l'espèce, l'art. 181 peut servir des fins légitimes, mais le législateur n'a fait part d'aucun problème social, bien moins encore d'une préoccupation urgente, pour le justifier. La disposition était initialement axée sur la prévention des déclarations diffamatoires délibérées contre la noblesse du royaume pour préserver l'harmonie politique dans le pays. Si l'on

prétend maintenant que son objet est de lutter contre la propagande haineuse ou le racisme, on va au-delà de son historique et de son libellé et on adopte l'analyse fondée sur l'"objet changeant", que notre Cour a rejetée. Il semble en outre que l'on puisse difficilement décrire un tel objectif comme une "nuisance", rubrique sous laquelle le législateur a placé l'art. 181, ni comme un simple "tort" à quelque intérêt public prévu par l'infraction. De plus, si la simple détermination du but (sans teneur) de protéger le public contre toute atteinte pouvait constituer un objet "urgent et réel", presque toute loi satisferait au premier volet de l'obligation imposée au ministère public en vertu de l'article premier. La justification en vertu de l'article premier exige plus que l'objectif général de la protection contre les préjudices communs à toutes les dispositions législatives de nature pénale; elle exige un but précis urgent et réel au point de pouvoir passer outre aux garanties offertes par la *Charte*. L'absence de tout objet manifeste en ce qui concerne l'art. 181 a amené la Commission de réforme du droit du Canada à recommander l'abrogation de l'article, en le qualifiant d'"anachronique". Il est également révélateur que le ministère public n'ait pu mentionner aucun autre pays libre et démocratique qui ait une disposition pénale de ce genre. Le fait que l'art. 181 ait rarement été utilisé malgré sa longue existence vient étayer l'opinion selon laquelle il n'est guère essentiel au maintien d'une société libre et démocratique. Le maintien de l'art. 181 n'est pas nécessaire pour que soit respectée toute obligation internationale assumée par le Parlement. Faute d'un objectif suffisamment important pour justifier une atteinte à la liberté d'expression, l'art. 181 ne peut être maintenu en vertu de l'article premier de la *Charte*. D'autres dispositions, telles que le par. 319(2) du *Code*, traitent plus équitablement et efficacement de la propagande haineuse. D'autres encore semblent traiter adéquatement des questions de sédition et de sécurité de l'État.

Même si la Cour devait attribuer à l'art. 181 l'objectif de promouvoir la tolérance sociale et raciale et conclure que l'objectif était urgent et réel au point de permettre de porter atteinte à une liberté fondamentale, encore là il ne respecterait pas le critère de proportionnalité qui a prévalu dans l'arrêt *Keegstra*. En premier lieu, en supposant qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif de promouvoir l'harmonie sociale et l'art. 181, celui-ci est trop vaste et plus envahissant que nécessaire pour atteindre cet objectif. L'expression "une déclaration, une histoire ou une nouvelle", bien qu'elle puisse ne pas s'étendre au domaine de l'opinion véritable, inclut manifestement un large éventail d'événements historiques et sociaux et va bien au-delà de ce qui est évident ou prouvable pour la raison en tant que "fait réel". Ce qui est une affirmation de fait, par opposition à une expression d'opinion, est une question très difficile, et la question de la fausseté d'une déclaration est souvent un sujet de controverse. Mais, le plus grand danger que présente l'art. 181 vient de la portée indéterminée de l'expression "une atteinte ou du tort à quelque intérêt public", qui peut s'étendre presque à l'infini. Faire correspondre l'expression "intérêt public" à la protection et à la préservation de certains droits ou certaines valeurs de la *Charte*, comme ceux qui sont reconnus aux art. 15 et 27, résulte d'une interprétation large inadmissible de sa teneur qui ne tient pas compte de l'ensemble de la mesure législative. L'éventail des moyens d'expression que peut englober le libellé large et imprécis de l'art. 181 s'étend à pratiquement toutes les déclarations controversées de faits apparents qu'on pourrait considérer être fausses et de nature à causer du tort à quelque intérêt public, indépendamment du fait de savoir si elles favorisent les valeurs qui sous-tendent l'al. 2b). Non seulement l'art. 181 a une portée étendue, mais il est tout particulièrement envahissant, car il opte pour les sanctions les plus draconiennes pour réaliser ses fins -- la poursuite pour un acte criminel en vertu du

droit pénal. Il y a donc un danger que l'art. 181 puisse avoir un effet paralysant sur des groupes minoritaires ou des particuliers qui peuvent être empêchés de dire ce qu'ils veulent, de peur d'être poursuivis. En second lieu, lorsqu'on compare l'objet de l'art. 181 à sa portée potentiellement envahissante, la restriction de la liberté d'expression n'est pas proportionnée à l'objet envisagé. Nul n'est besoin de commenter plus à fond la valeur de la liberté de parole, l'une des libertés fondamentales protégées par la *Charte*. Par contre, l'objet de l'art. 181, dans la mesure où on peut lui en attribuer un, est loin de constituer un intérêt compensatoire de la nature la plus contraignante. De plus, on ne pourrait justifier la criminalisation de l'expression en vertu de l'art. 181 que si la sanction se limitait strictement à des situations graves.

Les juges Gonthier, Cory et Iacobucci (dissidents): La publication délibérée de déclarations que l'auteur sait être fausses et qui transmettent une signification sous une forme non violente relève de l'al. 2b) de la *Charte*. Le domaine de l'expression protégée par l'article a été très largement défini de façon à comprendre tout contenu d'expression sans tenir compte de la signification particulière que l'on cherche à transmettre, à moins que l'expression soit communiquée sous une forme physiquement violente. La liberté d'expression est si importante pour la démocratie au Canada qu'on doit faire entrer dans le champ d'application de l'al. 2b) même les déclarations à la limite extrême du droit protégé. Par l'adoption de l'art. 181 du *Code*, le législateur a visé à restreindre non pas tous les mensonges mais seulement ceux qui sont publiés volontairement et qui sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt public. Bien que l'expression cible soit

extrêmement limitée, la disposition a effectivement pour objet de restreindre la liberté d'expression. L'article 181 viole donc l'al. 2b).

L'article 181 du *Code* est suffisamment précis pour constituer une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. Le citoyen sait que, pour s'exposer à un risque sous le régime de cet article, il doit publier volontairement une fausse déclaration qu'il sait être fausse. En outre, la publication de ces déclarations doit causer ou être de nature à causer une atteinte à l'intérêt public. Le fait que l'expression "intérêt public" ne soit pas définie par la loi importe peu. Les tribunaux jouent un rôle important dans la définition des mots et des expressions utilisés dans le *Code* et dans d'autres textes législatifs. L'expression "intérêt public" est souvent employée dans des lois tant fédérales que provinciales et on doit l'interpréter en tenant compte de l'évolution législative de la disposition particulière dans laquelle elle figure et des contextes législatif et social dans lesquels elle est utilisée. Dans le cadre de l'art. 181, l'expression "intérêt public" devrait se limiter aux droits que la *Charte* reconnaît comme fondamentaux pour la démocratie canadienne. Elle n'a pas à s'étendre au-delà. À titre d'exemple, pour définir un intérêt public, il faudrait prendre en considération les droits prévus aux art. 7, 15 et 27 de la *Charte*. Un "intérêt public" auquel une violation de l'art. 181 est susceptible de nuire est l'intérêt public d'une société libre et démocratique soumise à la primauté du droit. Une société libre est une société fondée sur des débats raisonnés auxquels tous les membres ont le droit de participer. En tant que document fondamental qui énonce des caractéristiques essentielles de notre vision de la démocratie, la *Charte* nous fournit des indications sur les valeurs qui vont au cœur même de notre structure politique. Une société démocratique capable de donner effet aux garanties

accordées par la *Charte* s'efforce également de créer une collectivité qui s'engage à poursuivre l'égalité, la liberté et la dignité humaine. C'est donc seulement lorsque les déclarations fausses et délibérées sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits et libertés mentionnés dans la *Charte* qu'il y a violation de l'art. 181. Cet article constitue donc un guide suffisant quant aux conséquences juridiques d'un comportement donné et on ne peut donc pas dire qu'il est trop vague.

L'article 181 du *Code* peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif visé par le législateur, soit celui d'empêcher le préjudice qui résulte de la publication volontaire de mensonges blessants, est suffisamment urgent et réel pour justifier une restriction limitée de la liberté d'expression. L'objet de l'art. 181 ressort clairement de son texte, qui interdit la publication d'une déclaration que l'accusé sait fausse et "qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte". Cet objectif précis permet aussi de promouvoir l'intérêt public visant à favoriser la tolérance raciale, religieuse et sociale. Il existe un besoin urgent et réel de protéger les groupes identifiables selon l'art. 15 de la *Charte*, et donc la société dans son ensemble, du préjudice grave qui peut résulter d'une telle "expression". Les travaux de nombreux groupes d'étude révèlent que le racisme est un mal actuel dans notre pays. C'est un cancer bien vivant. L'article 181, qui accorde, au moyen d'une sanction pénale, une protection à tous les groupes minoritaires à tous les particuliers vulnérables contre les préjudices causés par des mensonges délibérés et blessants, joue encore un rôle important et utile en favorisant la tolérance raciale et sociale qui est si essentielle au bon fonctionnement d'une société démocratique et multiculturelle. L'article 181 vise principalement les fausses déclarations de fait

manipulatrices et blessantes déguisées en recherche authentique. Les textes internationaux, dont le Canada est signataire, proscrivant la haine fondée sur la nationalité, la race ou la religion, les différentes dispositions analogues à l'art. 181 que l'on retrouve dans d'autres pays libres et démocratiques, la tragédie de l'Holocauste et l'engagement du Canada envers les valeurs de l'égalité et du multiculturalisme énoncées aux art. 15 et 27 de la *Charte* sont autant d'éléments qui soulignent l'importance du but de l'art. 181.

L'objet prêté à l'art. 181 n'est pas nouveau. Les dispositions qui l'ont précédé ont toujours visé la prévention du préjudice causé par les faux discours et, partant, la protection de la sûreté et de la sécurité de la collectivité. Bien qu'à l'origine la protection contre les préjudices causés à l'intérêt public était axée sur la prévention des déclarations diffamatoires délibérées contre la haute noblesse du royaume afin de préserver la sécurité de l'État, au cours des ans le but a évolué de manière à étendre les protections contre un préjudice causé par les faux discours visant des groupes sociaux vulnérables et, par conséquent, à protéger l'intérêt public contre l'intolérance sociale et l'inquiétude publique. Ainsi, au lieu de créer un objet nouveau et différent, on a maintenu l'objet de l'article. Le libellé de l'art. 181 comprend toutefois un changement acceptable de l'accent mis dans la disposition avec son critère qui est fondé sur l'atteinte causée à l'intérêt public. Si l'on revient à l'inclusion de l'infraction dans le *Code* et à la dernière modification apportée à l'article, on peut raisonnablement conclure qu'il y a eu un changement dans les valeurs qui sous-tendent l'intérêt public en question. Comme ce changement a été incorporé dans le libellé de l'article même, il est donc acceptable. Le critère en vue de définir l'"atteinte [. . .] à quelque intérêt public" tient compte des valeurs

changeantes de la société canadienne. Ces valeurs englobent le multiculturalisme et l'égalité, préceptes expressément prévus dans la *Charte*.

L'article 181 du *Code* est une mesure qui présente un degré acceptable de proportionnalité avec l'objectif du législateur. En premier lieu, la suppression de la publication de mensonges délibérés et blessants a un lien rationnel avec l'objet, visé par le législateur, qui est de protéger la société contre les préjudices découlant de faussetés préméditées et, partant, de promouvoir la sûreté et la sécurité de la collectivité. Lorsque l'intolérance raciale et sociale est fomentée par la manipulation délibérée de personnes de bonne foi au moyen d'inventions sans scrupule, la restriction de l'expression de pareils propos a un lien rationnel avec son élimination.

En deuxième lieu, l'art. 181 ne porte pas indûment atteinte au droit à la liberté d'expression. Sous le régime de l'art. 181, l'accusé n'est pas jugé sur le caractère impopulaire de ses croyances. Ce n'est que lorsque la publication délibérée de faits erronés est susceptible de porter gravement atteinte à un intérêt public que l'article contesté est invoqué. Toute incertitude quant à la nature du discours profite à l'accusé. On peut attribuer l'utilisation peu fréquente de l'art. 181 au fardeau extrêmement onéreux qui incombe au ministère public de démontrer chaque élément de l'infraction. Toutefois, le fait qu'il soit rarement utilisé ne devrait pas être invoqué à l'encontre de son utilité. En outre, la portée de l'art. 181 n'est pas trop large. L'application des critères appropriés permet d'établir une distinction cohérente entre les déclarations d'opinion et les affirmations de fait. Appliqués à la brochure en cause en l'espèce, ces critères indiquent que les déclarations qualifiées d'"histoire révisionniste" peuvent être interprétées comme des allégations de fait plutôt que

comme l'expression d'une opinion. Compte tenu des directives que lui a données le juge du procès, le jury était manifestement apte à faire cette distinction. Il est certes vrai qu'aucune théorie historique ne peut être démontrée ou réfutée, mais l'accusé n'a pas été déclaré coupable parce qu'il a mal interprété des documents relatifs à des faits mais parce qu'il a entièrement et délibérément faussé leur contenu, manipulant et inventant des faits établis afin d'appuyer ses théories. Les tribunaux traitent tous les jours de la question de la véracité et de la fausseté de déclarations. Si l'on se réfère à des documents historiques fiables, la véracité ou la fausseté de "faits historiques" peut également être démontrée dans le contexte de l'art. 181, article bien adapté pour répondre au préjudice causé par des campagnes de diffamation déguisées en pseudo-science. Enfin, le fait que le législateur ait adopté des dispositions contre la propagande haineuse ne rend pas l'art. 181 invalide. Le gouvernement peut légitimement utiliser diverses mesures pour atteindre son objectif. Les dispositions législatives en matière de droits de la personne peuvent, dans certaines circonstances, être suffisantes pour traiter d'un problème particulier dans ce domaine, mais la force du droit pénal est nécessaire pour les cas extrêmes, comme l'espèce, et y est réservée, le tout dans le but d'envoyer un message clair et de décourager et punir ceux qui publient sciemment des faussetés susceptibles de porter atteinte à un intérêt public.

En troisième lieu, l'interdiction de la publication volontaire de ce que l'auteur sait être des mensonges délibérés est proportionnelle à l'importance de la protection de l'intérêt qu'a le public dans la prévention des préjudices causés par les faux discours et, partant, dans la promotion de la tolérance raciale et sociale dans une démocratie multiculturelle. Tout au plus, l'art. 181 ne restreint que l'expression qui se trouve à la limite des valeurs fondamentales protégées par l'al. 2b) de la *Charte*.

Le genre de faussetés visées par l'art. 181 ne sert qu'à faire obstacle et à porter atteinte au débat démocratique. Cet article est libellé de façon restreinte de manière à porter atteinte le moins possible à l'al. 2*b*). De plus, il assure une protection maximale à l'accusé.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; **arrêts appliqués:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés:** *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *United States c. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929); *R. c. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75; *R. c. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286.

Citée par les juges Cory et Iacobucci (dissidents)

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osborne* (1732), 2 Swans. 532, 36 E.R. 717; *R. c. De Berenger* (1814), 3 M. & S. 67, 105 E.R. 536; *Gathercole's Case* (1838), 2 Lewin 237, 168 E.R. 1140; *Scott's Case* (1778), 5 New Newgate Calendar 284; *R. c. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226; *R. c. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75; *R. c. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 000; *R. c. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Springer* (1975), 24 C.C.C. (2d) 56; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *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; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422; *Garrison c. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ollman c. Evans*, 750 F.2d 970 (1984), *certiorari* refusé, 471 U.S. 1127 (1985); *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160; *Kane c. Church of Jesus Christ Christian -- Aryan Nations*, [1992] A.W.L.D. No. 302; *R. c. Zundel*, C. prov. Ont., 18 septembre 1987; *R. c. Leese*, *London Times*, 22 septembre 1936, p. 11.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 15, 27.

Code criminel (Allemagne de l'Ouest), art. 130, 131, 185, 194(1).

Code criminel (Danemark), art. 140, 266b).

Code criminel (Italie), art. 656.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 140, 181, 361 à 363, 400, 686(1)b)(iii).

Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 136.

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 177, 613(1)b)(iii).

Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 166.

Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 126.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale,
660 R.T.N.U. 213, Préambule, Art. 4.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 187, Art. 20(2), 27.

Public Order Act, 1936 (R.-U.), 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, ch. 6.

Statute Law Revision Act, 1887 (R.-U.), 50 & 51 Vict., ch. 59.

Doctrine citée

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

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1987.

Burbridge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1890.

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.

- Canada. Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Livre IV, *L'apport culturel des autres groupes ethniques*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1970.
- Carr, Edward Hallett. *What is History?* London: MacMillan & Co., 1961.
- Dawidowicz, Lucy S. "Lies About the Holocaust" (1980), 70:6 *Commentary* 31.
- Holdsworth, William, Sir. *A History of English Law*, vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942.
- Kallen, Evelyn. "Multiculturalism, Minorities, and Motherhood: A Social Scientific Critique of Section 27". In *Multiculturalism and the Charter: A Legal Perspective*. Toronto: Carswell, 1987, 123.
- Lasson, Kenneth. "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11.
- Matsuda, Mari J. "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320.
- Pace, Alessandro. "Constitutional Protection of Freedom of Expression in Italy" (1990), 2 *Revue européenne de droit public* 71.
- Partlett, David. "From Red Lion Square to Skokie to the Fatal Shore: Racial Defamation and Freedom of Speech" (1989), 22 *Vand. J. Transnat'l L.* 431.
- Royaume-Uni. Law Commission. Working Paper No. 84. *Criminal Libel*. London: H.M.S.O., 1982.
- Scott, F. R. "Publishing False News" (1952), 30 *R. du B. can.* 37.
- Seidel, Gill. *The Holocaust Denial: Antisemitism, Racism & the New Right*. Leeds, England: Beyond the Pale Collective, 1986.
- Spencer, J. R. "Criminal Libel -- A Skeleton in the Cupboard", [1977] *Crim. L.R.* 383.
- Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel*, 3rd ed. By Henry Coleman Folkard. London: Butterworths, 1869.
- Stein, Eric. "History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz" -- and other -- "Lies"" (1986), 85 *Mich. L. Rev.* 277.
- Stephen, James Fitzjames, Sir. *Digest of the Criminal Law*. St. Louis: Thomas, 1878.
- Veeder, Van Vechten. "The History and Theory of the Law of Defamation I" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546.
- Veeder, Van Vechten. "The History and Theory of the Law of Defamation II" (1904), 4 *Colum. L. Rev.* 33.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 53 C.C.C. (3d) 161, 37 O.A.C. 354, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'avoir volontairement et sciemment publié une fausse déclaration, en contravention de l'art. 181 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier, Cory et Iacobucci sont dissidents.

Douglas H. Christie, pour l'appelant.

W. J. Blacklock et *Jamie C. Klukach*, pour l'intimée.

Graham R. Garton et *James Hendry*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Aaron L. Berg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Mark J. Sandler et *Marvin Kurz*, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

Neil Finkelstein, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

//Le juge McLachlin//

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN -- Quatre questions constitutionnelles ont été formulées par le juge en chef Lamer en ce qui a trait au présent pourvoi; il s'agit de savoir si l'art. 181, la disposition du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 177), relative aux "fausses nouvelles", viole l'al. 2*b*) ou l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette violation constitue une limite raisonnable à ces droits garantis par la *Charte* au sens de l'article premier. Voici le libellé de l'art. 181:

181. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

Ces questions constitutionnelles ne concernent pas directement les croyances reconnues offensantes de l'appelant, M. Zundel, ni la publication précise relativement à laquelle il a été accusé en vertu de l'art. 181. Le présent pourvoi ne porte pas sur la diffusion de propos haineux, qui est au centre de l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, rendu par notre Cour ainsi que des motifs de mes collègues les juges Cory et Iacobucci en l'espèce. Dans l'arrêt *Keegstra*, notre Cour a statué que les dispositions du *Code criminel* qui interdisent la diffusion de propos haineux violent la liberté d'expression mais sont sauvegardées par l'article premier de la *Charte*. En l'espèce, la Cour se trouve devant la question de savoir si une sorte de discours beaucoup plus générale et imprécise -- des fausses déclarations jugées

de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public -- peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. Permettre l'emprisonnement de personnes, ou même le risque d'emprisonnement, pour le motif qu'elles ont fait une déclaration que 12 de leurs concitoyens considèrent être fausse et nuisible à quelque intérêt public non défini, c'est réprimer toute une gamme de discours, dont certains sont considérés depuis longtemps comme légitimes voire bénéfiques à notre société. Je ne dis pas que le législateur ne peut pas ériger en crime la diffusion d'insinuations racistes et de propagande haineuse. Toutefois, je dis effectivement que de telles dispositions doivent être rédigées de façon suffisamment détaillée pour garantir qu'elles ne seront pas utilisées abusivement pour réprimer une large gamme de discours légitimes et valables.

L'historique de l'affaire

L'accusation découle de la publication par l'appelant d'une brochure de 32 pages apparemment intitulée *Did Six Million Really Die?*, qui avait déjà été publiée par d'autres aux États-Unis et en Angleterre. La plus grande partie de la brochure, à l'exception de l'avant-propos et de la postface rédigés par l'appelant, se veut un examen critique de certaines publications. À partir de cet examen, on y laisse entendre notamment qu'il n'a pas été prouvé que six millions de juifs ont été tués avant et durant la Seconde Guerre mondiale et que l'Holocauste est un mythe résultant d'un complot juif mondial.

Notre Cour a été saisie de l'affaire après la tenue de deux procès, qui ont chacun abouti à une déclaration de culpabilité. Bien que la première déclaration de culpabilité ait été infirmée, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la prétention de l'appelant que l'art. 181 viole la *Charte* et a renvoyé l'affaire en vue de la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi est formé contre la déclaration de culpabilité prononcée au second procès. Notre Cour a autorisé le pourvoi seulement en ce qui concerne la question générale relative à la *Charte*, soit la constitutionnalité de l'art. 181 du *Code criminel*.

Les questions en litige

Ainsi qu'il a été mentionné, il s'agit de déterminer si l'art. 181 du *Code criminel* viole la *Charte*. On soutient qu'il viole l'al. 2*b*) et l'art. 7 et que ces atteintes ne sont pas justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Advenant que la déclaration de culpabilité soit maintenue, se pose alors la question subsidiaire de savoir si les conditions de la mise en liberté sous caution de l'appelant sont trop générales.

Analyse

1. *L'article 181: son historique, son objet et sa portée*

L'article 181 remonte au Statut de Westminster de 1275, qui a créé l'infraction *De Scandalis Magnatum* ou *Scandalum Magnatum*. Il prévoyait

[TRADUCTION] "que désormais personne ne sera intrépide au point de diffuser ou de publier 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". L'infraction criminelle a été appliquée par le Conseil du roi, et ensuite par la Chambre Étoilée, jusqu'au XVII^e siècle, au moment où les tribunaux de common law en ont assumé l'application. L'article visait principalement 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 *R. c. Keegstra*, précité, à la p. 722, le juge en chef Dickson; voir également F. R. Scott, "Publishing False News" (1952), 30 *R. du B. can.* 37, aux pp. 38 et 39. Comme le raconte Holdsworth, [TRADUCTION] "[c]e n'était pas une crainte futile à une époque où le notable offensé n'était que trop enclin à recourir aux armes pour redresser un tort imaginaire": *A History of English Law* (5^e éd. 1942), vol. III, à la p. 409. Néanmoins, l'infraction *De Scandalis Magnatum* n'est pas considérée comme ayant été un instrument très efficace. Holdsworth fait mention d'un [TRADUCTION] "tout petit nombre de [. . .] cas" à partir du XVI^e siècle; au moment de son abolition en 1887 (*Statute Law Revision Act*, 1887 (R.-U.), 50 & 51 Vict., ch. 59), elle était tombée en désuétude depuis longtemps.

Bien que l'infraction consistant à diffuser de fausses nouvelles ait été abolie en Angleterre en 1887 et qu'elle ne subsiste pas aux États-Unis, elle a été adoptée au Canada dans le *Code criminel*, 1892. On ne connaît pas la raison pour laquelle l'infraction a été conservée au Canada. Scott laisse entendre que ce ne fut peut-être rien de plus qu'un oubli, personne au Canada n'étant au courant que la disposition anglaise avait été abolie quatre ans auparavant: voir Scott, *loc. cit.*, à la

p. 40. Chose certaine, Burbridge, le rédacteur du *Code* de 1892, n'était pas enthousiasmé par l'infraction et faisait remarquer dans son *Digest of the Criminal Law in Canada* de 1890 que sa [TRADUCTION] "définition est très imprécise et la doctrine extrêmement douteuse": voir Scott, *loc. cit.*, à la p. 39. Quoi qu'il en soit, l'infraction a été conservée à l'origine sous la rubrique "Des séditions" (*Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 126; S.R.C. 1927, ch. 36, art. 136) et, plus récemment, parmi les "Nuisances" (S.C. 1953-54, ch. 51, art. 166). Jusqu'à sa refonte en 1955, la disposition du *Code criminel* était rédigée ainsi:

136. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un an d'emprisonnement, celui qui publie, de propos délibéré et sciemment, des nouvelles ou histoires fausses qui font ou sont propres à faire quelque tort ou dommages à des intérêts publics.

Les éléments de fond de l'infraction sont restés les mêmes après que le Parlement eut transféré la disposition en 1955 à l'article du *Code* relatif aux "nuisances", mais la peine a été augmentée à deux ans. On n'a présenté aucune preuve documentaire ni aucun témoignage de vive voix pour expliquer pourquoi l'article a été conservé au Canada alors qu'il a été abandonné ailleurs ou pourquoi l'infraction est passée des infractions relatives à la "sédition" à celles qui se rapportent à la "nuisance". Ce qui constitue maintenant l'art. 181 a fait l'objet d'un examen par les tribunaux canadiens à trois reprises seulement, à part la présente affaire; la jurisprudence à ce sujet est pratiquement inexistante.

Après avoir étudié l'historique plutôt dépouillé de la disposition, les juges Cory et Iacobucci ont conclu, à la p. 000:

. . . l'étude de l'historique de la loi en ce qui concerne le traitement des fausses nouvelles reflète bien le rôle qu'elle a joué pour interdire la diffusion de faux renseignements qui portent atteinte à des intérêts importants de la société dans son ensemble. L'article 181 perpétue l'une des fonctions principales de l'infraction *De Scandalis* en interdisant de susciter la peur générale et les hostilités réciproquement destructives entre les groupes sociaux.

Malgré tout le respect que je leur dois, je ne trouve rien dans l'historique de la disposition qui vienne étayer une telle conclusion. La seule leçon que l'on puisse tirer de l'historique de l'art. 181 est que l'infraction visait à protéger la primauté du droit et la sécurité de l'État, représenté par le détenteur du pouvoir, que ce soit le roi ou, par la suite, le gouvernement: voir le juge Drouin dans l'arrêt *R. c. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75 (B.R. (juridiction criminelle)). Le fait que des déclarations racistes provocantes aient donné lieu de temps à autre au cours des deux cents dernières années à des poursuites, tout comme d'autres infractions criminelles comme le "méfait public" et la "diffamation criminelle", ne jette pas de lumière sur l'objectif visé par l'adoption de la disposition relative aux "fausses nouvelles". En outre, et j'en parle un peu plus loin, les arrêts dont font mention les juges Cory et Iacobucci pour étayer leurs conclusions révèlent en fait la portée excessive de la disposition.

Je passe maintenant de l'historique au libellé et à la portée de l'art. 181, sur la constitutionnalité duquel notre Cour doit se prononcer. L'interprétation de l'art. 181 n'est pas en cause dans la présente affaire, l'autorisation de pourvoi ayant été refusée relativement à ces questions. L'analyse de la constitutionnalité de l'art. 181 doit donc se fonder sur l'interprétation que les juridictions inférieures en ont donnée.

Selon l'interprétation du juge du procès et de la Cour d'appel, l'*actus reus* de l'infraction consiste dans la publication d'"une déclaration, une histoire ou une nouvelle" qui est fausse et qui "cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public". La *mens rea* consiste dans le fait de savoir que la déclaration est fausse. Ainsi, pour avoir gain de cause, le ministère public doit prouver les propositions suivantes hors de tout doute raisonnable:

1. L'accusé a publié une déclaration, une histoire ou une nouvelle fausse;
2. L'accusé savait que la déclaration était fausse;
3. La déclaration cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

Chacun des trois éléments de l'infraction créée par l'art. 181 peut soulever des difficultés considérables d'application dans le cadre d'un procès. La question de la fausseté d'une déclaration est souvent un sujet de controverse, notamment lorsqu'il y a des faits historiques en cause. (Les historiens ont beaucoup écrit sur la difficulté de s'assurer de ce qui s'est vraiment produit dans le passé, vu la difficulté de vérifier et les versions sélectives et parfois révisionnistes que différents témoins et différents historiens peuvent donner des mêmes événements; voir, par exemple, le traité maintenant célèbre de E. H. Carr intitulé *What is History?* (1961)). L'élément de la connaissance, par l'accusé, de la fausseté de la déclaration aggrave le problème en ajoutant l'obligation de tirer une conclusion au sujet de la croyance subjective de l'accusé quant à la véracité ou à la fausseté de la déclaration. Enfin, pour établir si

une déclaration cause ou est de nature à causer une atteinte ou du tort à l'intérêt public, il faut cerner un intérêt public et déterminer si une atteinte lui a été causée ou est susceptible de lui être causée. Dans le cas de chacun des trois éléments de l'infraction, les nombreux problèmes relatifs à l'épistémologie et aux faits sont laissés à la décision du jury sous la rubrique "fait". Ainsi, en raison tant de sa portée que de la nature des critères qu'il énonce, l'art. 181 pose des difficultés qui ne sont normalement pas liées à des interdictions pénales au sujet desquelles le jury n'a habituellement qu'à faire des déductions fondées sur le bon sens à partir de conclusions concrètes sur des questions évidentes.

Aux pages 000 à 000, les juges Cory et Iacobucci résumant et interprètent en détail la procédure suivie en première instance pour ce qui concerne l'art. 181 en l'espèce, le but étant de montrer qu'il n'empêchait pas, ni en théorie ni en pratique, l'accusé Zundel de soulever un doute raisonnable relativement à chacun des éléments de l'infraction -- une exigence essentielle de la justice fondamentale. L'argument, selon ce que je comprends, serait que, si l'art. 181 n'a engendré aucune injustice dans la présente affaire, il ne le fera jamais. On doute de la validité d'une telle déduction, étant donné la constatation qu'il s'agissait d'une affaire claire et simple selon les faits. Mais cela mis à part, je ne partage pas l'opinion de mes collègues selon laquelle, d'un point de vue pratique, la Cour peut être sûre, même dans le présent cas, que le défendeur a obtenu justice sur le plan de la procédure. Au contraire, j'estime que les difficultés éprouvées en l'espèce soulignent les défauts intrinsèques de l'art. 181.

Au procès, les trois éléments de l'infraction ont suscité des difficultés, quant à ce qui constitue soit "une déclaration, une histoire ou une nouvelle",

interprétée comme constituant l'affirmation d'un fait par opposition à une opinion, soit une atteinte ou du tort à quelque intérêt public, soit encore une preuve de la connaissance de la fausseté de la déclaration. Les juridictions inférieures ont tranché la difficile question de la distinction entre une déclaration et une opinion, en la traitant comme une question de fait que le jury devait trancher. Bien que cela soit vrai dans un sens juridique et technique, dans un sens pratique on a dit au jury que la publication en cause était une fausse déclaration. En appliquant la doctrine de la connaissance d'office et en disant aux jurés que [TRADUCTION] "[l]e massacre et l'extermination des juifs en Europe par le régime nazi" constituait un fait (historique) qu'aucune [TRADUCTION] "personne raisonnable" ne pouvait contester, le juge a effectivement réglé la question à leur place. De plus, je ne puis souscrire à l'opinion de mes collègues (voir à la p. 000) selon laquelle le juge du procès a informé les jurés qu'"il incombe au ministère public de faire la distinction entre un fait et une opinion". La directive du juge Thomas selon laquelle le ministère public doit prouver [TRADUCTION] "que, fondamentalement, la brochure est une fausse déclaration de fait" n'impose pas au ministère public l'obligation plus difficile d'expliquer d'abord aux jurés la distinction entre un fait historique et une opinion historique concernant des événements survenus il y a presque cinquante ans et ensuite de les en convaincre. Cela serait excusable, étant donné le caractère évasif de la distinction entre un fait historique et une opinion historique. Mais cela montre le danger d'ériger en crime des "fausses déclarations". On prétend que le fait d'exprimer une opinion n'est pas visé par l'art. 181. En réalité, lorsqu'il s'agit d'une question sur laquelle la majorité du public a des vues bien arrêtées, les opinions peuvent, à toutes fins pratiques, être considérées comme l'expression d'un "fait erroné".

La connaissance de la fausseté a, de la même façon, été considérée comme une question de fait que le jury devait décider. Mais cela non plus n'était pas une question de fait au sens ordinaire. On a dit aux jurés qu'ils pouvaient déduire des directives du juge que, puisque l'Holocauste doit être considéré comme prouvé, l'accusé devait savoir que la preuve en était faite, et ils pouvaient conclure qu'il a publié sa brochure délibérément pour des motifs personnels tout en sachant que son affirmation était fausse. Le juge Thomas a ajouté, bien que ce soit seulement un facteur dans cette évaluation, le principe selon lequel [TRADUCTION] "plus la croyance est déraisonnable, plus il est facile de tirer la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une croyance honnête". Dans le contexte d'un procès en matière d'agression sexuelle une directive de ce genre ne serait pas susceptible d'induire le jury en erreur parce que les questions du consentement et de la perception du consentement sont beaucoup plus fréquentes que les questions de la sincérité de la croyance qu'a un accusé dans des "faits" historiques ésotériques ou bizarres et parce que le jury est susceptible d'être aidé par les témoignages de vive voix du plaignant et de l'accusé pour déterminer s'il y a lieu de déduire que la croyance déraisonnable de l'accusé dans le consentement du plaignant n'était pas honnête. Toutefois, dans le contexte d'une poursuite aux termes de l'art. 181, il est peu probable qu'un jury, à la suite de directives de ce genre, soit en mesure d'évaluer ou d'admettre l'affirmation de l'accusé selon laquelle il croyait en la véracité de ses publications. La logique est inéluctable: tous savent que c'est faux; donc le défendeur devait savoir que c'était faux.

Quant à la dernière question de l'atteinte ou du tort causé à quelque intérêt public, le juge du procès a dit au jury qu'il suffisait qu'il y ait une probabilité

d'atteinte ou de tort à un intérêt public particulier et il l'a entretenu de l'[TRADUCTION]"effet cancéreux que la diffamation raciale et religieuse peut avoir sur l'intérêt qu'a la société à ce que l'harmonie raciale et religieuse règne au Canada". Le juge Thomas a également dit au jury qu'[TRADUCTION] "il ne fait pas de doute [. . .] que le maintien de la tolérance raciale et religieuse est certainement une question d'intérêt public au Canada". Encore une fois, la conclusion du jury a pu découler inévitablement des directives données par le juge du procès.

On est donc amené à conclure que ce n'était pas un procès criminel au sens ordinaire. Le verdict a inévitablement découlé du fait incontestable de la publication de la brochure, de la divergence de sa teneur avec l'histoire reconnue de l'Holocauste ainsi que de l'intérêt public dans le maintien de la tolérance raciale et religieuse. Il y avait peu de chance sur le plan pratique de prouver que la publication était une expression d'opinion, que l'accusé ne savait pas qu'elle était fausse, ni que cela ne causerait pas d'atteinte ou de tort à un intérêt public. La faute ne vient pas du juge du procès ou du jury, qui ont sans doute fait de leur mieux pour donner un contenu significatif aux termes imprécis de l'art. 181. Elle vient plutôt de notions aussi imprécises que la distinction entre un fait et une opinion ou entre la vérité et un mensonge dans le contexte de l'histoire, et de la probabilité d'un "tort" causé à l'"intérêt public".

J'aborderai maintenant la question de savoir si la condamnation et l'emprisonnement de personnes telles que l'appelant en vertu de l'art. 181 violent les droits que lui garantit la *Charte*. Il s'agit en premier lieu de savoir si la garantie offerte par la *Charte* relativement à la liberté de parole protège la publication

contestée. Si l'on répond à cette question par l'affirmative, il faut ensuite se demander si l'interdiction de publier sanctionnée par le droit pénal peut néanmoins être maintenue comme étant une mesure "dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique".

2. *La garantie offerte par la Charte relativement à la liberté d'expression protège-t-elle le droit de M. Zundel de publier la brochure intitulée Did Six Million Really Die?*

L'alinéa 2b) de la *Charte* prévoit:

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;

La Cour doit d'abord se demander si une publication comme celle qui est en cause est un moyen d'expression protégé par l'al. 2b) de la *Charte*. Si oui, la Cour doit se poser l'autre question, qui est de savoir si l'art. 181 a pour objet ou pour effet de restreindre un tel moyen d'expression. Si oui, il sera considéré comme violant l'al. 2b) de la *Charte*: voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Notre Cour a statué qu'il faut donner à l'al. 2b) une interprétation large et fondée sur son objet: *Irwin Toy*, précité. Même avant la *Charte*, notre Cour a reconnu l'importance fondamentale de la liberté d'expression pour la démocratie

canadienne; voir *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, et *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285. Je ne puis faire mieux que de citer les paroles de mon collègue le juge Cory dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336:

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion. C'est sans aucun doute la raison pour laquelle les auteurs de la *Charte* ont rédigé l'al. 2b) en termes absolus, ce qui le distingue, par exemple, de l'art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit plus relatif à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. Il semblerait alors que les libertés consacrées par l'al. 2b) de la *Charte* ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

La garantie vise à permettre la liberté d'expression dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l'accomplissement de soi. Cet objet s'étend à la protection des croyances minoritaires que la majorité des gens considèrent comme erronées ou fausses: *Irwin Toy*, précité, à la p. 968. Les critères de la liberté d'expression mettent souvent en jeu une opposition entre l'opinion majoritaire au sujet de ce qui est vrai ou correct et une opinion minoritaire impopulaire. Comme l'a dit le juge Holmes, il y a plus de soixante ans, le fait que la teneur particulière du message d'une personne puisse [TRADUCTION] "inciter à l'intolérance" n'est pas une raison pour lui refuser la protection car [TRADUCTION] "s'il existe un principe de la Constitution qui exige de façon plus impérative le respect que tout autre c'est le principe de la liberté de pensée -- pas la liberté de pensée pour ceux qui sont d'accord avec nous mais la liberté pour les pensées que

nous haïssons": *United States c. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), aux pp. 654 et 655. La liberté d'expression est donc une garantie qui sert à protéger le droit de la minorité d'exprimer son opinion, quelque impopulaire qu'elle puisse être; adaptée à ce contexte, elle sert à éviter que la perception de la "vérité" ou de l'"intérêt public" de la majorité réprime celle de la minorité. L'opinion de la majorité n'a pas besoin d'une protection constitutionnelle; elle est tolérée de toute façon. Vue ainsi, une loi qui interdit l'expression d'une opinion minoritaire ou d'une opinion "fausse" sous peine de poursuites pénales et d'emprisonnement contrevient, à première vue, à l'objet visé par la garantie de la liberté d'expression.

La jurisprudence vient étayer cette conclusion. Dans l'arrêt *Keegstra*, notre Cour a jugé que la propagande haineuse en question était protégée par l'al. 2b) de la *Charte*. Il n'y a aucune raison de refuser la même protection aux communications en cause dans la présente affaire. Notre Cour a affirmé à plusieurs reprises que toutes les communications qui transmettent ou tentent de transmettre un message sont protégées par l'al. 2b), à moins que la forme physique sous laquelle se fait la communication (par exemple, un acte de violence) n'exclue la protection: *Irwin Toy*, précité, à la p. 970, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Pour déterminer si une communication est visée par l'al. 2b), notre Cour a régulièrement refusé de prendre en considération le contenu de la communication, adoptant le précepte selon lequel c'est souvent la déclaration impopulaire qui a le plus besoin d'être protégée en vertu de la garantie de la liberté d'expression: voir, par exemple, *Keegstra*, précité, à la p. 828, le juge McLachlin; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 488, le juge Sopinka.

L'intimée soutient que la fausseté de la publication en cause la fait échapper au champ d'application de l'al. 2b) de la *Charte*. Il est difficile de concevoir comment cela distingue le présent pourvoi de l'affaire *Keegstra*, dans laquelle les déclarations en cause étaient en grande partie des exposés de faits que la plupart des gens considéreraient comme faux. Cela mis à part, je passe aux arguments avancés sous la rubrique de la fausseté.

Deux arguments ont été avancés. Selon le premier, un mensonge délibéré constitue une "forme" illégitime d'expression, qui, comme dans le cas d'un acte de violence, n'est pas protégée. Un argument similaire a été avancé et rejeté en ce qui concerne la littérature haineuse dans l'affaire *Keegstra*, pour le motif que la "forme" mentionnée dans l'arrêt *Irwin Toy* se rapporte à la forme physique sous laquelle le message est communiqué et ne s'étend pas à son contenu. Le même point est déterminant pour l'argument utilisé en l'espèce.

D'après le second argument, la publication de l'appelant n'est pas protégée parce qu'elle ne sert aucune des valeurs qui sous-tendent l'al. 2b). Un mensonge délibéré, dit-on, ne favorise pas la vérité, la participation politique ou sociale ou l'accomplissement de soi. Il ne mérite donc pas d'être protégé.

Outre que le fait d'admettre cet argument obligerait notre Cour à renoncer à son opinion que la teneur d'une déclaration ne devrait pas déterminer si elle est visée par l'al. 2b), la thèse présente deux problèmes qui, à mon avis, sont insurmontables. Le premier provient de la difficulté de conclure de façon catégorique que tous les mensonges délibérés ne se rapportent nullement aux valeurs

qui sous-tendent l'al. 2b) de la *Charte*. Le second résulte de la difficulté de déterminer quel est le sens d'une déclaration et si elle est fausse.

Le premier problème vient de la prémisse selon laquelle les mensonges délibérés ne peuvent jamais avoir de valeur. On peut soutenir qu'une exagération -- même une falsification évidente -- peut répondre à des fins sociales utiles liées aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. Une personne qui combat la cruauté envers les animaux peut citer sciemment des statistiques fausses à l'appui de ses croyances, dans le but de communiquer un message plus fondamental, par exemple "la cruauté envers les animaux augmente et on doit y mettre fin". Un médecin, dans le but de persuader les gens de se faire vacciner contre une épidémie naissante, peut exagérer le nombre ou la position géographique des personnes qui peuvent être infectées par le virus. Un artiste peut, à des fins artistiques, faire une déclaration qu'une société particulière considère à la fois comme une affirmation de fait et un mensonge manifestement délibéré; prenez le cas des *Versets sataniques* de Salman Rushdie, qui sont considérés par beaucoup de sociétés musulmanes comme proférant des mensonges délibérés contre le Prophète.

On pourrait dire que tous ces modes d'expression ont une valeur intrinsèque, car ils favorisent la participation politique et l'accomplissement de soi. Accepter la proposition que les mensonges délibérés ne peuvent jamais être visés par l'al. 2b), ce serait faire en sorte que des déclarations comme les exemples susmentionnés ne puissent être protégées par la Constitution. Je ne puis admettre que telle était l'intention des rédacteurs de la Constitution.

En fait, les arrêts mêmes sur lesquels se fondent les juges Cory et Iacobucci pour étayer leur position révèlent que l'art. 181 risque de supprimer des critiques ou des satires politiques de valeur. Dans l'arrêt *R. c. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226, cité à la p. 000 de leur jugement, la publication "fausse" affirmait: [TRADUCTION] "Les Américains ne sont pas les bienvenus au Canada". Selon le juge Harvey, l'atteinte à l'intérêt public était que [TRADUCTION] "si [les Américains] se renseignent, ils trouveront des conditions qui les empêcheront d'investir et de s'établir" (*Hoaglin*, précité, à la p. 228). Même si l'on accepte la conclusion que la déclaration était sans aucun doute "fausse", on peut faire valoir qu'elle représentait une contribution de valeur au débat politique sur la politique canadienne en matière d'immigration. Pourtant, l'accusé a été déclaré coupable d'avoir publié de telles déclarations en contravention de l'art. 136 (maintenant l'art. 181). Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *R. c. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (C.A. Qué.), une affaire de poursuite découlant de la publication d'une satire politique dans la Gazette de Montréal (cité à la p. 000 de leur jugement), le juge Hyde a admis que la publication relevait de la tradition en matière de satire de Chaucer, Swift et Addison. En infirmant la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès, il a fait remarquer que l'article peut viser les [TRADUCTION] "mauvais tours" et que le "mauvais tour" en question se situait [TRADUCTION] "très près de la limite permise" (p. 290).

Le second problème résulte de la proposition selon laquelle nous pouvons définir la nature de la communication et déterminer qu'elle est fausse avec suffisamment d'exactitude pour faire de la fausseté un critère équitable pour le refus de la protection constitutionnelle. Dans l'étude de cette question, nous devons nous

rappeler que les critères qui mettent en jeu l'interprétation et la pondération de valeurs et d'intérêts opposés, bien qu'utiles dans le contexte de l'article premier de la *Charte*, peuvent être injustes s'ils servent à refuser une protection à première vue.

Une des difficultés consiste à déterminer la signification que l'on doit juger vraie ou fausse. Une expression donnée peut offrir de nombreuses significations, dont certaines semblent fausses et d'autres, métaphoriques ou allégoriques, peuvent avoir une certaine validité. En outre, la signification n'est pas une donnée autant qu'un processus interactif, qui dépend de l'auditeur autant que de celui qui parle. Diverses personnes peuvent attribuer à la même déclaration des sens différents à des moments différents. La garantie de la liberté d'expression vise à protéger non seulement le sens que l'éditeur voulait communiquer, mais également le ou les sens compris par le lecteur: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 767, et *Irwin Toy*, précité, à la p. 976. Il en résulte qu'une déclaration qui est vraie à un niveau donné ou pour une personne donnée peut être fausse à un autre niveau pour une autre personne.

Même une publication aussi sommaire que celle qui est en cause en l'espèce montre bien la difficulté d'en déterminer la signification. D'après l'intimée, l'affirmation selon laquelle il n'y avait pas de politique nazie d'extermination des juifs durant la Seconde Guerre mondiale transmet un seul et unique message -- c'est-à-dire qu'il n'y avait aucune politique de ce genre, un message qui, comme l'ont souligné à juste titre mes collègues, peut être extrêmement blessant pour ceux qui ont souffert ou qui ont perdu des êtres chers en raison de cette politique. Cependant, d'autres significations peuvent découler de l'activité expressive, par exemple que le

public ne devrait pas adopter trop rapidement des versions "admises" de l'histoire, de la vérité, etc., ou que l'on devrait analyser rigoureusement les représentations courantes des événements passés. De façon encore plus ésotérique, ce que communique le fait même que des personnes comme l'appelant, M. Zundel, peuvent publier et distribuer des documents sans se soucier de leur caractère erroné, est qu'il y a une valeur inhérente à la communication ou affirmation libre de "faits" ou d'"opinions".

Une autre difficulté consiste à déterminer si la signification particulière attribuée à la déclaration est vraie ou fausse, ce qui peut être facile dans beaucoup de cas et même en l'espèce. Mais dans d'autres, notamment lorsque des faits sociaux et historiques complexes entrent en compte, cela peut s'avérer extrêmement difficile.

Il existe dans le *Code criminel* des infractions en vertu desquelles il est possible de poursuivre une personne pour libelle -- diffamatoire, blasphématoire et séditieux (qui semblent toutes avoir rarement été utilisées, pour ne pas dire jamais, et dont la constitutionnalité peut être contestée) --, mais c'est l'action civile en diffamation qui est le seul autre domaine important du droit où l'on demande à un jury de déterminer si une déclaration est vraie ou fausse. Mais on pourrait soutenir que les difficultés suscitées par cette exigence sont beaucoup moins insurmontables dans le cas de la diffamation que relativement à l'art. 181 du *Code criminel*. La diffamation met en cause une déclaration faite au sujet d'une personne donnée. On peut habituellement recourir à la preuve directe en ce qui concerne sa véracité ou sa fausseté. Aucun fait social ou historique complexe n'entre en jeu. Et, ce qui est encore plus important, l'incapacité de prouver la vérité entraîne des

dommages-intérêts civils, et non pas une sanction sévère comme une condamnation criminelle et l'emprisonnement.

Avant de mettre une personne au ban de la Constitution, avant de lui refuser la protection que la loi la plus fondamentale du pays accorde à première vue, il faudrait, à mon avis, être tout à fait sûr que rien ne justifie qu'on lui offre une protection. Le critère de la fausseté ne permet pas d'atteindre cette certitude, vu qu'une fausse déclaration peut parfois avoir une certaine valeur et vu la difficulté de déterminer de façon concluante sa fausseté totale. Appliquant à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) l'interprétation large et fondée sur l'objet admise jusqu'ici par notre Cour, je ne peux pas accepter l'argument que ceux qui publient délibérément des faussetés ne peuvent pas, pour cette seule raison, se prévaloir des garanties constitutionnelles relatives à la liberté de parole. J'affirmerais plutôt que ce mode d'expression est protégé par l'al. 2b) mais, pour ce qui est des arguments concernant sa valeur par rapport à son effet préjudiciable, il faudrait les examiner en vertu de l'article premier.

Le libellé de la *Charte* et le rapport qu'elle établit entre l'article premier et les droits énumérés viennent appuyer une démarche de ce genre. Nous partons de la proposition qu'une loi qui limite les droits énumérés peut être inconstitutionnelle. (Il n'y a pas de présomption de constitutionnalité: *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, à la p. 122, le juge Beetz.) Si l'on détermine qu'il y a limitation des droits, il incombe alors au ministère public de prouver que la loi se justifie en vertu de l'article premier lorsque l'on pondère les avantages et le préjudice associés à la mesure législative. Les arguments de l'intimée

fondés sur l'al. 2b) nécessiteraient une évaluation au premier stade de l'expression qui est limitée. C'est une approche que notre Cour a rejetée jusqu'ici et que je n'épouserai pas.

Pour conclure que la publication dont il est question en l'espèce est protégée par l'al. 2b) de la *Charte*, je me fie en dernière analyse à ce qu'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 765 et 766:

Il faut souligner [. . .] 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*. [. . .] c'est en partie grâce à leur confrontation avec les vues extrêmes et erronées que la vérité et la vision démocratiques conservent toute leur vigueur et tout leur dynamisme [. . .]. [A]pprouver 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.

Après avoir conclu que la publication en cause en l'espèce est protégée par l'al. 2b) de la *Charte*, j'en viens à la question de savoir si l'art. 181 du *Code criminel* a pour objet ou pour effet de restreindre ce genre d'expression.

L'intimée reconnaît avec justesse que le gouvernement avait pour objet en ce qui a trait à l'art. 181, et que cet article a pour effet, de restreindre une activité expressive. L'argument de l'intervenant, le Congrès juif du Canada, selon lequel l'art. 181 n'a pas pour objet ni pour effet de restreindre l'expression mais plutôt d'empêcher les conséquences préjudiciables de publications comme celle qui est en

cause passe à côté de la question. Premièrement, notre Cour n'a jamais insisté sur une conséquence particulière d'un acte interdit en évaluant l'objet de la loi; la Cour examine ce qu'on pourrait appeler l'objet "manifeste" de la technique législative adoptée par le législateur pour réaliser ses fins: voir, par exemple, *Irwin Toy*, précité, aux pp. 973 à 976. Deuxièmement, une disposition législative peut avoir de nombreux effets. L'un des effets démontrés de l'art. 181 en l'espèce est d'exposer M. Zundel à une condamnation criminelle et à l'emprisonnement à cause de mots qu'ils a publiés. Compte tenu de cette réalité, il est indéniable que l'art. 181, quel que soit son objet, a pour effet de restreindre la liberté d'expression.

Je conclus que l'art. 181 viole l'al. 2b) de la *Charte*.

3. *La limite que l'art. 181 du Code criminel impose à la liberté d'expression est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?*

L'article premier de la *Charte* prévoit:

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.

La première question est de savoir si l'art. 181 représente une restriction prévue "par une règle de droit". On a soutenu que la difficulté d'établir ce qui constitue "une déclaration, une histoire ou une nouvelle" par opposition à une opinion, et le caractère imprécis de l'expression "une atteinte ou du tort à quelque intérêt public" font que l'art. 181 est si vague qu'il ne peut pas être considéré comme

une limite légale définissable. Comme je préfère examiner la question au fond, je suppose, sans toutefois trancher, que l'art. 181 satisfait aux exigences minimales de ce critère.

L'article premier exige que nous comparions l'atteinte aux droits représentée par la loi contestée et l'intérêt de l'État dans le maintien de la loi. En l'espèce, cela correspond à comparer l'intérêt de l'État à interdire l'expression qui semble "de nature à causer une atteinte ou du tort à [une question d]'intérêt public" sous peine de sanction pénale et le droit que la Constitution accorde à l'individu d'exprimer ses opinions. Lorsqu'une loi restreint un droit constitutionnel précis, comme en l'espèce, la *Charte* permet que la limite ne soit maintenue que si le ministère public prouve qu'il s'agit d'une restriction "dont la justification puisse se démontrer" dans le cadre d'une "société libre et démocratique" -- c'est-à-dire une société fondée sur la reconnaissance de droits fondamentaux, notamment la tolérance de l'expression d'opinions qui ne sont pas conformes à celles de la majorité.

Je vais traiter, en premier lieu, de l'intérêt de l'État à interdire l'expression en cause dans la présente affaire -- la question de savoir si le ministère public a prouvé l'existence d'un objectif public prépondérant, pour utiliser les termes employés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Pour déterminer l'objectif d'une mesure législative aux fins de l'article premier, la Cour doit examiner quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption ou de la modification de l'article. Elle ne peut pas attribuer d'objectifs ni en inventer de nouveaux selon l'utilité, telle qu'elle est perçue actuellement, de la disposition contestée: voir l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 334, dans lequel notre Cour

a rejeté la théorie américaine de l'objet changeant. Bien que l'application et l'interprétation des objets puissent varier avec le temps (voir, par exemple, *Butler*, précité, aux pp. 494 à 496, le juge Sopinka), on ne devrait pas inventer d'objets nouveaux et entièrement différents. La présente affaire est tout à fait différente de la loi contre l'obscénité évoquée dans l'arrêt *Butler* qui a, historiquement et jusqu'à aujourd'hui, tendu vers le même but -- lutter contre l'"effet nocif" du matériel obscène sur les individus et la société -- même si notre compréhension ou notre conception de cet effet nocif (un changement acceptable de l'accent) a peut-être évolué, comme l'a fait remarquer le juge Sopinka. Mes collègues sont d'avis que le fait que la disposition relative aux fausses nouvelles qui était initialement axée sur "la prévention des déclarations diffamatoires délibérées contre la haute noblesse du royaume" vise maintenant les "atteintes contre les minorités religieuses, raciales ou ethniques" constitue un changement acceptable de l'accent (voir à la p. 000). Toutefois, il ne s'agit pas d'un changement de l'accent en ce qui concerne l'objet de la mesure législative -- il s'agit d'une redéfinition complète non seulement de l'objet de l'interdiction mais également de la nature de l'activité interdite. Transformer l'art. 181 en une disposition visant à favoriser l'harmonie raciale serait aller au-delà de tout changement acceptable de l'accent et effectivement récrire l'article.

On soutient que cette interprétation représente un simple changement de l'accent parce que l'art. 181 et les textes qui l'ont précédé, comme les dispositions relatives à l'obscénité évoquées dans l'arrêt *Butler*, ne révélaient qu'un seul et unique but: "[l]a protection contre les préjudices causés à l'intérêt public" ou contre ce qui est susceptible "de menacer l'intégrité du tissu social" (les motifs des juges Cory et Iacobucci, à la p. 000). Cependant, toutes les dispositions du *Code criminel* -- ainsi

que bien des règlements d'application des lois dans les domaines du droit public et du droit privé -- ont pour but fondamental la protection contre les atteintes à l'intérêt public et le maintien de l'intégrité du tissu social. En fait, on pourrait faire valoir que c'était là l'objet des dispositions relatives à l'obscénité examinées dans l'arrêt *Butler*, mais ce n'est pas ce que la Cour a retenu comme conclusion. Elle s'est plutôt fondée sur un objet précis concernant l'effet du matériel pornographique sur les particuliers et les répercussions sur la société. Si la simple détermination du but (sans teneur) de protéger le public contre toute atteinte constitue un objet "urgent et réel", presque toute loi satisfera au premier volet de l'obligation imposée au ministre public en vertu de l'article premier. Je ne puis croire que les rédacteurs de la *Charte* aient voulu que l'article premier s'applique de cette façon. La justification en vertu de l'article premier exige plus que l'objectif général de la protection contre les préjudices communs à toutes les dispositions législatives de nature pénale; elle exige un but précis urgent et réel au point de pouvoir passer outre aux garanties offertes par la *Charte*. Pour appliquer les termes utilisés par le juge Sopinka dans l'arrêt *Butler* (à la p. 496), on ne peut pas dire que l'art. 181 vise à éviter les publications qui "[vont] sérieusement à l'encontre des valeurs fondamentales de notre société" ni qu'il vise une "préoccupation réelle qui justifie la restriction du plein exercice de la liberté d'expression".

Il est impossible de dire avec quelque assurance quel but poursuivait le législateur quand il a décidé, contrairement à ce qui s'est produit dans d'autres démocraties, de maintenir l'art. 181 dans notre droit pénal. Cinq parties ont présenté des mémoires sur cette question: elles ont avancé cinq objectifs différents. Ceux qui

appuient la loi présentent les trois théories suivantes relativement à l'objet de l'art. 181:

1. empêcher que les affaires qui atteignent un certain niveau d'intérêt public ne soient compromises par des déclarations fausses (l'intimée);
2. favoriser la tolérance raciale et sociale (le Congrès juif du Canada);
3. veiller à ce que les débats utiles ne soient viciés par les effets nocifs de la publication de faussetés qui causent ou sont de nature à causer un préjudice à des intérêts publics au détriment de l'ordre public (le procureur général du Canada).

La difficulté d'attribuer un objet à l'art. 181 vient de deux facteurs: l'absence de toute documentation expliquant pourquoi l'art. 181 a été adopté et maintenu et l'absence de tout objet précis ressortant de la lecture de la disposition. Nous savons que son objet initial au XIII^e siècle était de préserver l'harmonie politique dans le pays en empêchant les gens de faire de fausses insinuations contre le monarque et les autres personnes au pouvoir. Cet objet s'est manifestement perpétué jusqu'au XIX^e siècle. Toutefois, au cours du XX^e siècle, le législateur a rayé l'infraction de l'article du *Code* portant sur la "sédition", qui est politique, et l'a inséré dans l'article consacré à la "nuisance", ce qui laisse entendre qu'il ne le considérait plus comme servant à une fin politique. Il convient également de noter qu'elle ne se trouve pas dans la partie du *Code criminel* qui vise les "Infractions contre la personne et la réputation", dans laquelle se trouvent les dispositions relatives à la propagande haineuse et le libelle diffamatoire. Tout le reste n'est que

supposition. Aucun comité parlementaire n'a fait de remarques sur la question et aucun débat n'a porté sur celle-ci. Le libellé général et imprécis de l'art. 181 ne donne pas non plus d'idées sur l'objet que le législateur aurait pu avoir en vue en l'adoptant et en le conservant.

Tout cela contraste beaucoup avec la disposition du *Code criminel* concernant la propagande haineuse en cause dans l'affaire *Keegstra*, c'est-à-dire le par. 319(2). Tant le libellé de cette disposition que sa longue histoire détaillée sur le plan législatif concernant les obligations internationales du Canada relativement aux droits de la personne, ainsi que le Rapport du Comité Cohen (*Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* (1966)) et le Rapport du Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne (*L'égalité ça presse!* (1984)), ont permis de déterminer promptement l'objet que le législateur avait en vue. Le paragraphe 319(2), qui était contesté dans l'affaire *Keegstra*, faisait partie des modifications apportées au *Code criminel* "pour l'essentiel selon les recommandations du Comité [Cohen] . . ." (*Keegstra*, précité, à la p. 725, le juge en chef Dickson). Le mal concerné était la fomentation de la haine, notamment dans le contexte racial. La disposition en cause dans le présent pourvoi est tout à fait différente. Le législateur n'a fait part d'aucun problème social, bien moins encore d'une préoccupation urgente, pour justifier l'art. 181 du *Code criminel*. Si l'on prétend que l'objet de l'art. 181 est de lutter contre la propagande haineuse ou le racisme, on va au-delà de son historique et de son libellé et on adopte l'analyse fondée sur l'"objet changeant", que notre Cour a rejetée. Il semble en outre que l'on puisse difficilement décrire un tel objectif comme une "nuisance", rubrique sous

laquelle le législateur a placé l'art. 181, ni comme un simple "tort" à quelque intérêt public prévu par l'infraction.

L'absence de tout objet manifeste en ce qui concerne l'art. 181 a amené la Commission de réforme du droit à recommander en 1986 (Document de travail 50: *La propagande haineuse*) l'abrogation de l'article, en le qualifiant d'"anachronique", conclusion qui bat en brèche la proposition selon laquelle l'art. 181 concerne une préoccupation sociale urgente et réelle. Il convient de noter que personne n'a laissé entendre devant notre Cour que les obligations du Canada en vertu des conventions internationales sur les droits de la personne dont il est signataire exigent l'adoption d'une ou de plusieurs dispositions autres que l'article examiné dans l'arrêt *Keegstra*: l'art. 319. Le maintien de l'art. 181 n'est donc pas nécessaire pour que soit respectée toute obligation internationale assumée par le Parlement.

Peut-on dire dans ces circonstances que le ministère public s'est acquitté de l'obligation qui lui incombait de prouver que l'objectif de la loi est urgent et réel, en bref, suffisamment important pour justifier de passer outre à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression? Je ne le crois pas. Il se peut que l'art. 181 puisse répondre à des fins légitimes. Mais aucun objectif d'un caractère urgent et réel n'a été présenté à l'appui de son maintien dans notre *Code criminel*. D'autres dispositions, telles que le par. 319(2) du *Code criminel*, traitent plus équitablement et efficacement de la propagande haineuse. D'autres encore semblent traiter adéquatement des questions de sédition et de sécurité de l'État.

Il ne faudrait pas oublier que le législateur a adopté l'art. 319 du *Code criminel*, une disposition conçue précisément pour lutter contre la propagande haineuse -- fléau que l'art. 181 vise également maintenant, selon mes collègues. La promotion de "la tolérance raciale, religieuse et sociale" et la préservation de "l'intérêt public contre l'intolérance sociale et l'inquiétude publique", buts attribués à l'art. 181 par mes collègues, sont au centre de la proscription, par le *Code*, de la propagande haineuse. Les minorités raciales, en tant que "groupe identifiable" au sens de l'art. 319, ne sont pas des "apatrides" comme les personnes mentionnées dans les remarques énergiques du professeur Mari Matsuda citées dans les motifs des juges Cory et Iacobucci. À l'instar de mes collègues, je reconnais volontiers les effets pernicieux de la propagande haineuse; de tels effets sont vraiment pertinents dans le cas d'une analyse de l'art. 319 fondée sur l'article premier, comme l'a démontré l'arrêt *Keegstra*, précité, rendu par notre Cour. Je souscris également aux remarques incidentes figurant dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, selon lesquelles la *Charte* ne devrait pas être utilisée "pour contester des mesures destinées à protéger les membres les moins favorisés de la société" (p. 233), mais je trouve paradoxale l'application du principe dans le présent contexte. Un des buts fondamentaux de l'al. 2b) de la *Charte* est la protection de la liberté d'expression de la minorité ou des défavorisés, une liberté essentielle à leur pleine participation à une démocratie et à la garantie que leurs droits fondamentaux sont respectés. Initialement la proscription des fausses nouvelles visait la protection des puissants contre la discorde ou la calomnie; rien ne donne à entendre que le législateur avait l'intention de transformer l'art. 181 d'un mécanisme visant à conserver le statu quo en un dispositif visant à protéger les "groupes sociaux vulnérables".

Dans la partie de leur analyse traitant du lien rationnel (aux pp. 000 et 000), les juges Cory et Iacobucci se fondent sur le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*, qui contestait la "croyance du XIX^e siècle" selon laquelle l'homme était une "créature raisonnable" pouvant faire la distinction entre la vérité et le mensonge. On nous dit que, "[d]e nos jours, nous ne saurions partager une opinion si simple" -- ainsi, une restriction de ce genre de discours a un lien rationnel avec l'objectif de la promotion de la tolérance raciale. Il est tenu compte de cette leçon de l'histoire mais on ne semble pas ajouter foi à la leçon (ou à l'avertissement) similaire de l'histoire en ce qui a trait à l'utilisation possible par l'État (ou les puissants) de dispositions, telles que l'art. 181, pour réprimer le discours qu'il juge nocif pour ses intérêts, souvent considérés comme équivalant à l'"intérêt public". L'histoire nous a montré qu'il arrive fréquemment que le discours susceptible d'être réprimé, ou du moins "paralysé", par la poursuite par l'État de l'expression proscrite soit le discours de la minorité ou de groupes traditionnellement défavorisés.

Le fait que l'art. 181 ait été si rarement utilisé malgré sa longue existence vient étayer l'opinion selon laquelle il n'est guère essentiel au maintien d'une société libre et démocratique. De plus, il est révélateur que le ministère public n'ait pu mentionner aucun autre pays libre et démocratique qui estime nécessaire d'avoir une disposition législative comme l'art. 181 dans ses recueils de droit pénal. Il serait négligent de ma part de ne pas tenir compte ici des dispositions que mes collègues ont découvertes dans leurs recherches, sous la rubrique *Mesures législatives adoptées ailleurs* (aux pp. 000 à 000). Un examen de ces exemples révèle qu'ils ont peu de rapport avec le présent pourvoi. En ce qui concerne la disposition italienne, bien

qu'elle ne soit pas reproduite, sa portée se limite clairement à la préservation de la primauté du droit ou de l'ordre juridique par la cour constitutionnelle italienne dont mes deux collègues font mention; rien n'indique que la disposition s'étende à la promotion de l'harmonie raciale. Encore moins pertinentes sont les dispositions du *Code criminel* danois auxquelles les juges Cory et Iacobucci se reportent. Une simple lecture illustre bien que l'art. 140 du *Code* danois ne vise pas les fausses déclarations de fait mais plutôt les remarques insultantes au sujet des pratiques religieuses d'autrui; par ailleurs, l'al. 266b) est aussi manifestement une proscription de la propagande haineuse analogue à l'art. 319 de notre *Code criminel*, confirmée dans l'arrêt *Keegstra*. Quant aux infractions allemandes mentionnées, seule celle qui traite expressément de la négation de l'Holocauste viserait les fausses déclarations de fait, c'est-à-dire une disposition beaucoup plus précise à laquelle des considérations différentes pourraient très bien s'appliquer. Comme je l'ai déjà mentionné, le texte qui a précédé notre art. 181 a été abrogé en Angleterre il y a plus d'un siècle et ne semble avoir laissé aucune lacune dans le droit pénal d'un pays qui a connu sa part de perturbations sociales et politiques depuis. On ne le retrouve apparemment pas aux États-Unis. Comment peut-on dire, devant de tels faits et en l'absence de tout mal précis visé par l'article, que le maintien de l'infraction relative aux fausses nouvelles dans notre pays est une question urgente et réelle qui justifie l'atteinte portée à la liberté d'expression? Dans l'arrêt *Butler*, notre Cour, par l'entremise du juge Sopinka à la p. 497, s'est fondée sur le fait que l'on trouve dans la plupart des sociétés libres et démocratiques une loi du genre de celle qui était en cause, une loi sur la pornographie, pour justifier les restrictions qu'elle impose à la liberté d'expression. C'est le contraire qui se produit avec l'art. 181 du *Code criminel*.

Faute d'un objectif suffisamment important pour justifier une atteinte à la liberté d'expression, l'intérêt de l'État à abolir l'expression qui peut avoir un effet sur un intérêt public ne peut pas l'emporter sur la liberté d'expression que la Constitution garantit, et l'art. 181 ne peut pas être maintenu en vertu de l'article premier de la *Charte*. Même si on devait attribuer à l'art. 181 l'objectif de promouvoir la tolérance sociale et raciale dans la société et aller ensuite plus loin pour conclure que l'objectif était urgent et réel au point de permettre de porter atteinte aux droits insérés dans la Constitution, le ministère public n'aurait pas gain de cause au chapitre de l'article premier de la *Charte* en raison d'un manque de proportionnalité entre la portée possible de l'art. 181, d'une part, et le "mal" qu'il est censé viser, d'autre part.

En supposant qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif de promouvoir l'harmonie sociale et l'art. 181 du *Code criminel*, l'article a une si grande portée qu'il va beaucoup plus loin qu'il ne faut pour atteindre ce but. Si l'on admet que la solution législative n'a pas besoin d'être "parfait[e]", elle doit cependant être "adéquatement et soigneusement adapté[e] au contexte du droit qui est violé": *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. 1138. L'article 181 a pour effet d'empêcher l'expression ou la publication de toutes déclarations qui peuvent être considérées par un jury comme étant factuelles, fausses et de nature à causer une atteinte ou du tort à un intérêt public. On ne peut qualifier autrement que comme étant vaste, le champ d'application de cette interdiction, ainsi que le démontre un bref regard aux expressions clés autour desquelles tournent la responsabilité ou l'innocence d'une personne.

L'expression "une déclaration, une histoire ou une nouvelle", bien qu'elle puisse ne pas s'étendre au domaine de l'opinion véritable (l'endroit où la limite doit être tracée étant en soi une question très difficile), inclut manifestement un large éventail d'événements historiques et sociaux et va bien au-delà de ce qui est évident ou prouvable pour la raison en tant que "fait réel". En fait, l'un des arrêts à l'appui de l'argument selon lequel l'article ne vise que les déclarations de fait et non l'expression d'opinions, *R. c. Hoaglin, supra*, montre comment la distinction peut être subtile. Si l'expression visée dans cette affaire, dans laquelle un Américain mécontent établi en Alberta avait imprimé des affiches dont le message était [TRADUCTION] "Les Américains ne sont pas les bienvenus au Canada; renseignez-vous avant d'acheter des terrains ou de vous établir dans ce pays", est un exemple d'une "fausse déclaration de fait" qui s'inscrit dans le cadre de l'interdiction, on peut frémir quand on considère les autres commentaires qui pourraient être considérés ainsi. Le problème n'est pas simplement non plus de déterminer ce que constitue une affirmation de fait par opposition à l'expression d'une opinion. Ce qui est faux peut, comme l'illustre l'espèce, être déterminé en se reportant à ce qui est habituellement (ou, comme dans l'arrêt *Hoaglin*, officiellement) admis comme vrai, ce qui a pour résultat que la connaissance de la fausseté exigée pour qu'il y ait culpabilité peut se déduire de la mesure selon laquelle l'expression contestée diverge des croyances dominantes ou officiellement admises. Cela rend possible une déclaration de culpabilité pour presque toute déclaration qui n'est pas conforme aux "vérités" couramment acceptées et renforce l'argument selon lequel l'article pourrait être utilisé (ou mal utilisé) à la façon d'un cercle vicieux essentiellement pour permettre la poursuite en justice pour des idées impopulaires. Tout particulièrement en ce qui concerne la dichotomie fait historique-opinion historique, nous ne pouvons pas

être trop attentifs tant au concept changeant de l'histoire qu'à sa manipulation dans le passé afin de promouvoir et de perpétuer certains messages. Le danger ne se limite pas aux États totalitaires comme le régime nazi en Allemagne ou certains régimes communistes du passé qui, de manière flagrante, ont récrit l'histoire. Nous au Canada n'avons pas besoin de regarder plus loin que le portrait de "méchants Indiens" que l'on faisait des autochtones canadiens dans nos livres d'histoire pour les enfants au début du siècle. De la même manière, aux États-Unis, on trouve actuellement une révision de la représentation historique des Afro-Américains, dont la contribution à divers aspects de l'histoire des États-Unis, comme leur contribution à la victoire du Nord dans la guerre de Sécession, ne fait que commencer à être reconnue.

Le plus grand danger que présente l'art. 181 vient peut-être de la portée indéterminée et pratiquement illimitée de l'expression "une atteinte ou du tort à quelque intérêt public". Ni l'intimée ni les intervenants qui l'appuient n'ont présenté de jurisprudence dans laquelle cette expression a été appliquée à un fait donné d'une manière claire et consistante. Mes collègues mentionnent le "préjudice grave" causé par les faussetés délibérées, mais il en découle la question de savoir quel est le genre et le degré de préjudice nécessaire pour entraîner l'application de l'article. En fait, la jurisprudence restreinte présentée relativement à l'art. 181 montre des opinions opposées sur ce qui constitue un "intérêt public" menacé ou lésé de manière à justifier une sanction pénale. Il est difficile de concevoir comment une expression vaste et indéterminée comme "intérêt public" peut, à première vue, constituer une mesure dûment limitée qui porte atteinte au droit transgressé au degré minimal compatible avec la réalisation des objectifs de la disposition législative. Tout

mensonge délibéré (que l'on pourrait définir comme celui qui n'est pas conforme à la vérité admise), qui cause ou est de nature à causer "une atteinte" ou "du tort" à quelque "intérêt public", peut être visé par l'article. L'interprétation donnée à l'expression "intérêt public" en l'espèce n'était peut-être pas inacceptable. Mais là n'est pas la question qui se pose pour déterminer si une restriction législative de certains droits a une portée trop large. La question est de savoir si la disposition permet à l'État de restreindre des droits constitutionnels dans des circonstances et par des moyens qui peuvent ne pas être justifiables. Le libellé large et imprécis de l'art. 181 rend cela possible.

Les juges Cory et Iacobucci proposent de surmonter cette difficulté en définissant l'expression "intérêt public" en conformité avec certaines valeurs de la *Charte*. Ils s'appuient sur deux observations -- que les tribunaux définissent régulièrement des expressions figurant dans des lois et qu'ils n'ont pas jusqu'ici défini de façon satisfaisante l'expression "intérêt public" -- pour justifier une nouvelle tentative de définir cette expression dans le contexte de l'application de l'art. 181 qu'il faudrait supposément faire à l'égard de M. Zundel. Bien que mes collègues disent que l'"évolution législative" de la disposition et des "contextes législatif et social dans lesquels elle est utilisée" régissent le processus de définition, leur interprétation met l'accent sur une gamme choisie de valeurs de la *Charte*, qui ne comprennent pas la liberté d'expression. À l'appui de cette technique, mes collègues se fondent sur les arrêts suivants: *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654. Ces arrêts confirment les propositions fondamentales suivantes: que la common law devrait évoluer en conformité avec les

valeurs de la *Charte* (*Salituro*, précité, à la p. 675) et que, lorsqu'une disposition législative, selon une interprétation raisonnable de son historique et une simple lecture de son texte, est soumise à deux interprétations également convaincantes, la Cour devrait adopter l'interprétation qui concorde avec la *Charte* et les valeurs qui y figurent (*Hills* et *Slaight*, précités). Aucun de ces arrêts ne signifie qu'une vieille disposition dont l'objet et la portée remontent avant l'adoption de la *Charte* peut, depuis 1982, être réinterprétée selon une perception actuelle de son utilité.

La nouvelle interprétation de mes collègues fait correspondre l'"intérêt public" à "la protection et à la préservation des droits et libertés énoncés dans la *Charte* comme étant fondamentaux pour la société canadienne" (p. 000). Par conséquent, chaque fois que le ministère public peut établir que la publication d'une fausse déclaration est susceptible de porter gravement atteinte à la dignité et à l'égalité de ceux que les art. 15 et 27 de la *Charte* visent à protéger, l'infraction est établie. Ainsi, on pourrait soutenir que mes collègues ont créé une nouvelle infraction, jusqu'à présent inconnue en droit pénal. La promotion de l'égalité et du multiculturalisme est un but louable, mais en toute déférence, il ne ressort nullement de l'historique ou du libellé de l'art. 181 que c'est là l'objet qui a motivé son adoption ou son maintien. Une telle application résulterait non pas d'un processus valide d'interprétation législative mais d'une interprétation large inadmissible de sa teneur qui ne tient pas compte de l'ensemble de la mesure législative; la Cour n'a jamais voulu aller si loin en ce qui concerne les arrêts *Salituro*, *Slaight* et *Hills*.

L'article 181 peut servir à interdire des déclarations qui, selon la société, devraient être interdites, comme celles qui dénigrent des groupes vulnérables. Son

danger toutefois est que, en raison de sa portée étendue, il érige en crime un grand nombre d'autres déclarations pour la seule raison qu'elles pourraient être considérées comme causant du tort à un intérêt public, quelle que soit la façon dont les procureurs de la poursuite et les tribunaux successifs voudront peut-être définir ces termes. Le danger s'accroît du fait que l'interdiction concerne non seulement ceux qui sont pris et poursuivis mais également ceux qui s'abstiennent peut-être de dire ce qu'ils souhaiteraient dire de peur d'être poursuivis. Ainsi des groupes minoritaires ou des particuliers honorables peuvent être empêchés de dire ce qu'ils veulent, de peur d'être poursuivis. Devrait-on empêcher une militante de dire que "l'on est en train de détruire la forêt pluviale de la Colombie-Britannique", parce qu'elle craint des poursuites criminelles pour avoir répandu de "fausses nouvelles" si des scientifiques concluent et si un jury reconnaît que la déclaration est fausse et qu'elle est de nature à causer du tort à l'industrie forestière de la Colombie-Britannique? Une citoyenne inquiète devrait-elle craindre d'être poursuivie pour avoir déclaré, dans le cadre d'un débat politique, qu'une centrale nucléaire située dans son voisinage "est en train de détruire la santé des enfants qui vivent à proximité", de crainte que des études scientifiques montrent plus tard que le tort était minime? Devrait-on empêcher un professionnel de la santé de décrire les premiers cas de méningite comme étant une épidémie, de crainte qu'un gouvernement ou un organisme privé concluent et qu'un jury reconnaisse plus tard que sa déclaration est l'affirmation délibérée d'un fait erroné? Devrait-on interdire à un membre d'une minorité ethnique dont les frères sont persécutés à l'étranger de déclarer que le gouvernement a systématiquement méconnu la situation critique que vivent ses compatriotes? Il ressort de ces exemples que l'Association canadienne des libertés civiles est justifiée de soutenir que la portée trop large de l'art. 181 crée un danger

plus grand pour les groupes minoritaires méritant un appui populaire que la protection qu'elle leur accorde.

Ces exemples illustrent le défaut fatal de l'art. 181 -- sa portée trop large. Aux pages 000 à 000, les juges Cory et Iacobucci essaient d'apaiser les craintes associées au problème de la portée trop large en soutenant que le ministère public devra toujours s'acquitter de la lourde charge de démontrer tous les éléments de l'infraction prévus à l'art. 181. Ils soutiennent que tout danger est limité par l'expression "intérêt public" puisque même ceux qui publient délibérément des faussetés ne seront pas poursuivis lorsque leurs mensonges ont un "effet général bénéfique ou neutre". De cette façon, les juges Cory et Iacobucci prétendent que les exemples présentés ci-dessus ne soulèvent aucun problème pratique (voir à la p. 000).

Pour ma part, je ne trouve pas tellement rassurante la garantie selon laquelle la perception qu'un représentant du ministère public a de l'"effet général bénéfique ou neutre" accorde une protection adéquate contre un empiétement indû sur la liberté d'exprimer des faits et des opinions. La consécration des droits dans la *Charte* a pour but général d'accorder une protection individuelle contre la majorité, même bien intentionnée. Justifier un empiétement sur un droit constitutionnel pour le motif que l'on peut croire que les autorités publiques ne le violeront pas indûment sape le fondement même sur lequel repose la *Charte*.

Les juges Cory et Iacobucci ne font pas mention du fait bien réel que la décision de poursuivre doit nécessairement être prise par des représentants de l'État

et que l'affaire doit être tranchée par un juge et un jury dans une région donnée ayant une conception particulière d'un avantage pour le public. Tout ce qu'il faut pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, c'est un juge et douze jurés qui croient que certaines "faussetés" compromettent un intérêt "public" particulier et que l'accusé "devait" savoir qu'il s'agissait de faussetés. Un jury de Port Alberni (C.-B.) peut avoir une opinion très différente des répercussions générales bénéfiques de fausses déclarations de fait qui s'en prennent à l'industrie du bois de sciage que celle qu'aurait un jury de Toronto. Enfin, les juges Cory et Iacobucci n'abordent pas l'allégation selon laquelle le danger soulevé par ces exemples -- l'"effet paralysant" de l'art. 181 -- l'emporte sur son avantage minimal étant donné les autres recours que l'art. 319 du *Code criminel* permet contre le discours préjudiciable à la tolérance raciale.

Non seulement l'art. 181 a une portée étendue, mais il est tout particulièrement envahissant, car il opte pour les sanctions les plus draconiennes pour réaliser ses fins -- la poursuite pour un acte criminel en vertu du droit pénal. Notre droit part du principe que seule l'inconduite grave mérite une sanction pénale. Les torts moindres relèvent de la déclaration sommaire de culpabilité et du droit civil. Les mensonges, dans la plupart des cas, relèvent depuis longtemps du droit civil régissant la diffamation écrite et verbale; c'est le droit de la responsabilité délictuelle qui a assumé la tâche principale de préserver l'harmonie et la justice entre les individus et les groupes lorsqu'il s'agit de paroles ou de mots. Cela ne veut pas dire que le droit pénal ne peut pas imposer de contraintes en ce qui concerne les paroles ou les mots. Mais le préjudice doit être évident et urgent et le crime doit être suffisamment circonscrit de façon à ne pas interdire indûment l'expression d'idées qui n'exigent pas qu'on brandisse la sanction ultime du droit pénal; voir les motifs du

juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 772. Les dispositions du *Code criminel* contre la fomentation de la haine satisfont à ce critère, étant donné qu'elles portent principalement sur des déclarations susceptibles de causer de "la haine contre un groupe identifiable". Par contre, l'expression large et imprécise "du tort à quelque intérêt public" peut s'étendre presque à l'infini.

On prétend que le moyen d'expression dont il est question en l'espèce est de peu de valeur et, par conséquent, mérite moins d'être protégé en vertu de l'article premier que celui qui engage directement les valeurs "fondamentales" associées à la liberté d'expression ainsi qu'il est mentionné dans l'arrêt *Irwin Toy*. La réponse la plus simple à cette prétention est que le moyen d'expression qu'un jury pourrait considérer être un mensonge délibéré susceptible de porter atteinte à un intérêt public et qui serait donc interdit par l'art. 181 peut bien se rapporter aux valeurs "fondamentales" protégées par la garantie, comme le montrent les exemples cités ci-dessus dans les présents motifs. La disposition contestée dans l'arrêt *Keegstra*, c'est-à-dire le par. 319(2) du *Code criminel*, se limite à la propagande haineuse et, par conséquent, restreint seulement le discours de peu de valeur ou négatif. On ne peut pas dire la même chose de l'art. 181, qui peut toucher un large éventail de moyens d'expression, dont on peut soutenir que beaucoup ont de la valeur. J'ajouterai que la question en litige en l'espèce porte sur la valeur de tout discours qui pourrait être limité par la disposition en cause. Pour l'évaluer, la Cour ne doit pas se laisser distraire par le contenu offensant du texte précis qui a donné naissance à la contestation de la disposition législative en vertu de la *Charte*.

En résumé, en raison du large éventail de moyens d'expression touchés par l'art. 181 -- qui s'étend à pratiquement toutes les déclarations controversées de faits apparents qu'on pourrait considérer être fausses et de nature à causer du tort à quelque intérêt public --, combiné aux conséquences graves du casier judiciaire et de l'emprisonnement, il est impossible de dire que l'art. 181 est adéquatement restreint si l'on tient compte du mal que l'on veut enrayer -- qu'il porte une "atteinte minimale" pour utiliser les termes de l'arrêt *Oakes*. L'article 181 est réellement différent, à cet égard, du par. 319(2), la disposition que notre Cour, à la majorité, a maintenue dans l'arrêt *Keegstra* en vertu de l'article premier.

Les mêmes considérations mènent à la conclusion que la gravité de la restriction de la liberté d'expression n'est pas proportionnée à l'objet présumé de l'art. 181. Dans l'arrêt *Keegstra* (le juge en chef Dickson, aux pp. 762 et 763), notre Cour a statué, à la majorité, que, étant donné les objets importants et documentés du par. 319(2) et la contribution minimale aux valeurs sous-tendant la liberté qu'apporte la gamme étroite de moyens d'expression visés par cette disposition, la restriction était proportionnée à la promotion des valeurs démocratiques sur lesquelles est fondée la disposition. Dans le présent pourvoi, le même critère mène au résultat contraire. Tout objet qui peut valablement être lié à l'art. 181 est loin de valoir l'objet documenté et important du par. 319(2). À l'autre extrémité de l'échelle, l'éventail des moyens d'expression touchés par l'art. 181 est beaucoup plus large que la proscription plus précise du par. 319(2). Bref, l'art. 181 ne satisfait pas aux exigences du critère de proportionnalité appliqué dans l'arrêt *Keegstra*.

Lorsqu'on compare l'importance de l'objet de l'art. 181 à la portée potentiellement envahissante de ses dispositions, on est bien obligé de conclure qu'il "va beaucoup trop loin". Il ne satisfait pas aux exigences des critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité grâce auxquels notre Cour a maintenu le caractère criminel de la propagande haineuse visée au par. 319(2) du *Code criminel*. Nul n'est besoin de commenter plus à fond la valeur de la liberté de parole, l'une des libertés fondamentales protégées par la *Charte*. Par contre, l'objet de l'art. 181, dans la mesure où on peut lui en attribuer un, est loin de constituer un intérêt compensatoire de la nature la plus contraignante. Dans l'arrêt *Oakes*, précité, le juge en chef Dickson a précisé que moins l'objet d'une disposition est important, moins un effet défavorable sur la liberté fondamentale est tolérable. On pourrait justifier la criminalisation de l'expression en vertu de l'art. 181 que si la sanction se limitait strictement à des situations graves. En fait, l'art. 181 étend la sanction du droit pénal à pratiquement toute déclaration que l'on juge avoir été faite faussement et qui pourrait être considérée comme causant du tort ou étant de nature à causer du tort à pratiquement tout intérêt public. Je ne puis conclure qu'il s'agit d'un article "dont la justification puisse se démontrer" dans le cadre d'"une société libre et démocratique".

En résumé, la restriction de la liberté d'expression qui résulte de l'art. 181 du *Code criminel*, contrairement à celle imposée par la disposition sur la propagande haineuse contestée dans l'arrêt *Keegstra*, ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* comme étant dans des "limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". À pratiquement chaque étape du critère de l'arrêt *Oakes*, on est frappé par la différence importante qui existe entre l'art. 181 et la disposition

contestée dans l'arrêt *Keegstra*, c'est-à-dire le par. 319(2) du *Code*. Contrairement à la disposition relative à la propagande haineuse (*Keegstra*), la disposition relative aux fausses nouvelles ne peut pas être associée à quelque problème social ou objet législatif existants, encore moins à une préoccupation urgente. C'est une disposition "anachronique", ainsi que l'a conclu la Commission de réforme du droit. Mais même si la Cour devait attribuer à l'art. 181 l'objectif de promouvoir la tolérance raciale et sociale, et conclure qu'un tel objectif est urgent et réel au point de permettre de passer outre à une liberté fondamentale, il ne satisferait toujours pas aux exigences du critère de proportionnalité qui a prévalu dans l'arrêt *Keegstra*. Dans cet arrêt, notre Cour a jugé, à la majorité, que l'objet de la loi était contraignant et que son effet était dûment circonscrit. C'est le contraire en ce qui concerne l'art. 181 du *Code criminel*. Non seulement cet article vise les mensonges délibérés qui encouragent la haine, mais il sanctionne toutes les fausses déclarations que le procureur de la poursuite croit "de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public", indépendamment du fait de savoir si elles favorisent les valeurs qui sous-tendent l'al. 2*b*). Par ailleurs, l'objet de l'art. 181, dans la mesure où on peut lui en attribuer un, est beaucoup moins important que le but législatif en jeu dans l'arrêt *Keegstra*. Quand on compare l'objet de l'art. 181 à sa portée envahissante, il ne peut, à mon avis, y avoir qu'une seule conclusion: la restriction de la liberté d'expression n'est pas proportionnée à l'objet envisagé.

En maintenant l'art. 181 comme limite raisonnable dans leur effort louable en vue de transmettre un message condamnant la fomentation de la haine par des personnes comme l'appelant, mes collègues les juges Cory et Iacobucci ont, à mon avis, commis trois erreurs fondamentales. Premièrement, ils récrivent en fait

l'art. 181 de manière à y ajouter un détail qui ne trouve aucun fondement dans son historique ou dans son application peu fréquente dans le contexte canadien. Deuxièmement, ils sous-estiment la portée expansible de l'art. 181 et sa propension non seulement à engendrer des poursuites et des déclarations de culpabilité injustifiables mais à faire que des personnes s'abstiennent de s'exprimer alors que normalement elles auraient pu exercer leur liberté d'expression. Enfin, ils vont beaucoup plus loin que les principes admis d'interprétation des lois et de la *Charte* dans leur application de l'article premier de la *Charte*. Bien que je partage les préoccupations de mes collègues, je crains que, à l'extrême, de telles techniques puissent rendre inopérante la liberté d'expression garantie par la *Charte*.

Dispositif

Je conclus que l'art. 181 du *Code criminel* viole la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et que cette violation n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Je n'estime pas nécessaire de traiter des arguments fondés sur l'art. 7 de la *Charte*.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'inscrire un acquittement et de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative et à la deuxième par la négative. Par conséquent, je n'ai pas besoin d'examiner si les termes de la mise en liberté sous caution de l'appelant violaient ses droits en vertu de la *Charte*.

//Les juges Cory et Iacobucci//

Version française des motifs des juges Gonthier, Cory et Iacobucci
rendus par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI (dissidents) -- Le présent pourvoi soulève la question de la constitutionnalité de l'art. 181 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 177), qui est ainsi libellé:

181. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

L'appelant, Ernst Zundel, allègue que cette disposition viole l'art. 7 et l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut pas se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le présent pourvoi porte sur la publication volontaire de mensonges délibérés et blessants et sur la disposition législative qui vise à combattre le préjudice grave que causent à l'ensemble de la société ces faussetés préméditées. Notre collègue le juge McLachlin a déclaré que l'art. 181 viole l'al. 2*b*) de la *Charte* et que cette violation n'est pas sauvegardée par l'article premier. Nous sommes d'accord avec sa conclusion -- sans l'être avec son raisonnement -- selon laquelle l'art. 181 viole l'al. 2*b*) de la *Charte*. Toutefois, avec égards, nous ne sommes pas d'accord pour dire que l'article ne peut pas se justifier en vertu de l'article premier.

I. Historique: La brochure en question

Dans les années 1970 et 1980, l'appelant a publié et distribué des brochures, des vidéos et des objets préconisant la suprématie de la race blanche sous les auspices de sa maison d'édition de Toronto, Samisdar Publishers Ltd. Il a été inculqué, sous deux chefs d'accusation, d'avoir répandu de fausses nouvelles en contravention de ce qui est maintenant l'art. 181 du *Code* pour avoir publié deux brochures. Au procès, il a été acquitté en ce qui concerne la publication de la brochure *The West, War and Islam!*, mais il a été reconnu coupable relativement au chef d'accusation portant sur une brochure intitulée *Did Six Million Really Die? C'est* contre cette déclaration de culpabilité qu'il interjette le présent pourvoi.

Comme le raisonnement suivi dans la présente affaire tourne en grande partie autour de la question de savoir si l'expression en cause se veut l'exposé d'un fait ou d'une simple opinion et comme il est difficile de comprendre très bien la signification du langage préjudiciable dans l'abstrait, il ne suffit pas de se référer à la brochure de façon générale pour établir la nature précise de la publication concernée.

La brochure fait partie du genre de littérature anti-sémite connue sous l'euphémisme d'"histoire révisionniste". On indique dans cette brochure que l'auteur en est [TRADUCTION] "Richard Harwood [. . .] écrivain et spécialiste des aspects politiques et diplomatiques de la Seconde Guerre mondiale. Il enseigne actuellement à l'Université de Londres". Toutefois, en réalité, le texte semble avoir été rédigé en Angleterre en 1977 par Richard Verral, directeur du journal néo-nazi British National Front. L'appelant a ajouté une préface et une postface au document original, intitulé *Historical Fact No. 1, Did Six Million Really Die? Truth at Last Exposed.*

Le point principal du texte est que l'Holocauste perpétré par les nationaux-socialistes allemands contre les juifs d'Europe durant la Seconde Guerre mondiale n'a jamais eu lieu. D'après l'appelant, il n'y avait aucun plan concerté en vue d'exterminer la communauté juive européenne, en plus de toutes les autres personnes d'origine raciale, de croyance religieuse, d'origine nationale ou d'orientation sexuelle que les nazis n'approuvaient pas. En indiquant ce qu'il prétend être de nouveaux éléments de preuve, l'appelant soutient qu'un certain nombre de juifs sont morts, comme les gens meurent en temps de guerre, mais que la "Solution finale au problème juif" n'a jamais été plus qu'un plan en vue de faciliter l'émigration vers Madagascar. Il déclare que l'Holocauste est un mythe créé par une conspiration juive-sioniste extrêmement puissante afin d'obtenir de lucratives réparations de guerre de l'Allemagne, de rendre les Allemands honteux, de les faire passer pour des parias aux yeux des autres nations et d'obtenir un appui politique et économique pour l'État d'Israël.

Tandis que l'appelant avance que son intention en rédigeant et en distribuant la publication était de fournir une nouvelle analyse de documents historiques, Richard Verral, lui, précise la véritable importance du "projet révisionniste". Dans le contrecoup de l'Holocauste, la communauté internationale a vu d'un mauvais {oe}il toutes les formes de racisme et s'est engagée à le rejeter et à le supprimer totalement. L'auteur allègue que le "monde anglo-saxon" est en déclin en raison de la présence de non-Aryens et que la leçon des horreurs de l'Holocauste empêche tout débat "rationnel" sur cette tendance. Sous la rubrique [TRADUCTION] "Le problème de la race supprimé", il est mentionné dans la brochure:

[TRADUCTION] Ainsi, non seulement l'accusation relative aux six millions de morts est utilisée pour saper le principe de la nationalité et de la fierté nationale, mais elle menace la survivance de la race elle-même. [. . .] Nombre de pays du monde anglo-saxon, notamment la Grande-Bretagne et les États-Unis, font face aujourd'hui au plus grave danger de leur histoire, le danger que posent les races étrangères en leur sein. Si rien n'est fait en Grande-Bretagne pour mettre un frein à l'immigration et à l'assimilation des Africains et des Asiatiques dans notre pays, nous ferons face dans un avenir prochain, en plus des conflits raciaux sanglants, à la modification et à la destruction, sur le plan biologique, du peuple tel qu'il existe depuis l'arrivée des Saxons. En bref, nous sommes menacés de perdre irrévocablement notre culture européenne et notre héritage racial. Mais qu'arrive-t-il si un homme ose parler du problème racial, de ses répercussions sur les plans biologique et politique? On lui donne l'étiquette infamante de la plus odieuse des créatures, celle de "raciste". Et qu'est-ce que le racisme, naturellement, si ce n'est la marque même des nazis! Ils ont tué (du moins c'est ce qu'on dit) six millions de juifs à cause du racisme, ce doit donc être une très vilaine chose en effet.

Vraisemblablement afin de réprimer la répulsion avec laquelle les gens de bonne volonté réagissent au racisme, la brochure posait comme prémisse qu'il faut rejeter le déroulement brutal de l'Holocauste. À cette fin, la brochure contient de nombreuses allégations de fait qui sont fausses. Il suffit d'en mentionner quelques-unes.

On soutient dans la brochure:

- que les camps de concentration nazis étaient seulement des camps de travail, que les chambres à gaz ont été construites par les Russes après la guerre et que les millions de personnes qui ont disparu en fumée par les cheminées des fours crématoires d'Auschwitz, de Sobibor, de Maidanek et d'ailleurs ont de fait déménagé aux États-Unis et changé de nom;

- que *Le Journal d'Anne Frank* serait une {oe}uvre de fiction;
- que les personnes émaciées que les armées de libération ont trouvées vivantes ou mortes seraient mortes de faim et du typhus;
- que les films et les photographies sont des faux bien réussis;
- qu'il n'y a aucun témoin ni aucun survivant de la tuerie, et toute personne qui a reconnu plus tard sa complicité y a été contrainte.

À la suite d'un long procès, l'appelant a été reconnu coupable d'avoir répandu de fausses nouvelles en contravention de l'art. 181. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le verdict de culpabilité en ce qui concerne les motifs d'ordre constitutionnel mais l'a annulé à cause d'erreurs qui s'étaient glissées dans l'admission de la preuve et dans les directives données aux jurés. L'affaire a été renvoyée à un nouveau procès: (1987), 58 O.R. (2d) 128, 35 D.L.R. (4th) 338, 56 C.R. (3d) 1, 29 C.R.R. 349, 31 C.C.C. (3d) 97. L'appelant a, encore une fois, été déclaré coupable après la tenue d'un procès devant le juge Thomas et un jury. Le deuxième appel interjeté en Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté à l'unanimité: (1990), 37 O.A.C. 354, 53 C.C.C. (3d) 161. L'appelant se pourvoit devant nous sur autorisation en ce qui concerne les questions constitutionnelles seulement, [1990] 2 R.C.S. xii.

II. Les juridictions inférieures

A. *Première instance*

(1) Connaissance d'office

En première instance, le juge Thomas a pris connaissance d'office du fait que des juifs ont été tués par les nazis, mais il n'a pas pris connaissance d'office des faits allégués dans la brochure de l'appelant:

[TRADUCTION] Le massacre et l'extermination des juifs en Europe par le régime nazi durant la Seconde Guerre mondiale sont connus et admis de façon générale de sorte qu'ils ne peuvent pas raisonnablement être mis en doute par des personnes raisonnables. Je vous ai alors donné et vous donne maintenant comme directive d'accepter cela comme un fait. Le ministère public n'était pas tenu de le prouver. C'est en fonction de cette directive que vous devriez examiner la preuve en l'espèce et les questions dont vous êtes saisis.

Par conséquent, l'appelant ne pouvait pas soutenir qu'aucun juif n'est mort durant la Seconde Guerre mondiale, et en effet, ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, il ne le prétendait pas. Dans son exposé final au jury, l'avocat de la défense a analysé le rapport entre la connaissance d'office et l'ouvrage de l'appelant:

[TRADUCTION] Monsieur le juge vous indiquera ce qui, selon lui, peut raisonnablement être contesté par des personnes raisonnables. Toutefois cela ne visera pas les six millions, ni les chambres à gaz, ni le plan officiel. C'est essentiellement ce sur quoi porte ce livre

Cela ne revient pas à contester la tragédie juive du massacre de certains juifs par certains nazis au cours de la Seconde Guerre mondiale que M. le juge vous indiquera comme étant un fait. La connaissance d'office ne va pas plus loin que cela. Ainsi si deux juifs ont été tués par certains nazis, ce ne serait pas un massacre. Ce serait certainement une tragédie. Ce serait mal. Mais ce ne serait pas nécessairement ce que l'on appelle l'Holocauste. [Nous soulignons.]

L'appelant avait toutes les possibilités de défendre les allégations précises à partir desquelles il a étayé son argumentation quant au motif, à l'intention, aux mécanismes, à la portée et aux répercussions du massacre. Il a pu pleinement avancer son argument selon lequel "l'Holocauste", généralement considéré comme une icône historique, était une invention. Le tribunal n'a pas retiré au jury la possibilité d'admettre des éléments de preuve à l'appui de la prémisse fondamentale de Zundel voulant qu'il n'y ait pas eu de plan systématique de génocide et, par conséquent, que le racisme n'est pas aussi dangereux qu'on le prétend. Le juge du procès a également précisé dans ses directives aux jurés qu'ils devaient conclure qu'un certain nombre de juifs sont décédés, mais qu'ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que ces morts équivalaient au cataclysme historique désigné sous le nom d'Holocauste. Dans ses directives au jury, le juge Thomas a résumé la position de la défense:

[TRADUCTION] La publication, dans son essence même, présente la thèse selon laquelle il n'y a pas eu six millions de juifs tués durant la guerre, le régime national-socialiste d'Adolf Hitler n'avait pas de politique ou de plan officiels visant à exterminer les Juifs et il n'y a pas eu de chambres à gaz meurtrières.

(2) Éléments de l'infraction

Le juge Thomas a défini ainsi les éléments de l'infraction que le ministère public devait prouver:

- a) la publication volontaire

b) d'une déclaration de fait plutôt que d'opinion (il incombe au ministère public de faire la distinction entre un fait et une opinion);

c) que l'accusé savait être fausse lorsqu'il l'a publiée; et

d) dont la fausseté est de nature à causer du tort à l'intérêt public (en l'espèce, l'intérêt dans la tolérance raciale et sociale).

(i) *Publication volontaire*

Bien que l'appelant ait reconnu avoir publié la brochure, le ministère public a produit le témoignage du sergent Luby de la police de la communauté urbaine de Toronto selon lequel, au cours de l'enquête relative à la plainte portée contre lui, l'appelant a confirmé qu'il avait écrit la préface et la conclusion, qu'il avait publié la version modifiée de l'ouvrage de Richard Verral et qu'il en avait fait la distribution à l'intérieur et à l'extérieur des frontières canadiennes. En fait, l'appelant décrivait dans la postface les efforts qu'il a déployés pour distribuer la brochure au Canada. Le juge a donné comme directive aux jurés que, s'ils admettaient le témoignage de l'agent de police et l'aveu fait par l'avocat de l'appelant, ils pouvaient conclure que celui-ci avait publié la brochure volontairement. Le juge Thomas a fait remarquer que la date de publication était essentielle pour trancher la question très importante de la connaissance de la fausseté au moment de la publication. Le ministère public a soutenu que la publication avait eu lieu en 1981. Le juge du procès a résumé la preuve sur ce point comme donnant à entendre que la brochure

a été produite entre le début de l'année 1979 et le moment où le sergent Luby s'est rendu à la résidence de l'appelant le 29 mai 1984.

(ii) *Déclaration de fait plutôt que d'opinion*

L'appelant a fait valoir que la brochure ne faisait qu'exprimer une opinion et, subsidiairement, que, si l'on concluait qu'il s'agissait de l'affirmation d'un fait, elle était vérifiable en tant que vérité. Le juge Thomas a statué que le jury devait trancher la question de savoir si la brochure affirmait un fait ou présentait une simple opinion. Il a attiré l'attention sur l'expert de la défense, M. Fann, qui a déclaré qu'il est possible d'établir une distinction entre un fait prétendu et une opinion exprimée puisque le premier peut être contrôlé et vérifié, tandis que les opinions exprimées sont tout simplement subjectives et ne peuvent donc pas être prouvées ou réfutées. À titre d'expert de la défense, M. Botting a témoigné que la brochure consistait en deux tiers de faits et en un tiers d'opinions, mais qu'il la qualifierait d'expression d'une opinion. Le juge du procès a laissé aux jurés la tâche de déterminer s'il fallait admettre cette thèse ou l'argument du ministère public, en leur disant:

[TRADUCTION] Croyez-vous que son opinion a été influencée par sa prétention selon laquelle il n'y a rien qui ne soit un fait, que tout est opinion? Le ministère public demande si, dans la réalité, nous ne devons pas tous les jours établir une distinction entre le fait et l'opinion.

Le témoin expert de la défense, M. Felderer, qui publie des ouvrages niant l'Holocauste, a témoigné également que la brochure était importante car elle contenait des allégations de fait. Le juge Thomas a donné la directive suivante au jury:

[TRADUCTION] Bien qu'il y ait des points ou des passages particuliers de la brochure qui, pris séparément, pourraient être qualifiés d'opinions, je vous informe que vous pouvez conclure que la brochure, envisagée dans son ensemble, mentionnait comme un fait que les juifs n'ont pas été exterminés à la suite d'une politique gouvernementale durant le régime nazi, que l'Holocauste n'a pas eu lieu et que c'est une invention ou une mystification pour permettre à Israël et aux juifs d'obtenir des dommages-intérêts considérables de l'Allemagne.

Le juge a laissé au jury la tâche d'examiner si le ministère public l'avait convaincu hors de tout doute raisonnable de la fausseté vérifiable des affirmations de fait figurant dans la brochure et si l'effet cumulatif de ces erreurs faisait de la brochure dans son ensemble une déclaration ou une histoire fausse.

(iii) *Fausseté des allégations de fait*

Les allégations de fait exprimées par l'appelant dans la brochure ont été divisées en 85 extraits et réfutées l'une après l'autre. Le juge du procès a résumé ces données longuement pour le jury, mais il suffira à cette étape-ci d'indiquer seulement quelques exemples des plus énormes. D'après la brochure une note de service émanant de Joseph Goebbels révélerait que la Solution finale n'a jamais été plus qu'un plan en vue de l'évacuation des juifs vers Madagascar. On a démontré que cette note n'a jamais existé, mais que l'on se référait à une inscription du journal de Goebbels en date du 7 mars 1942. Ce passage du journal a été produit, et il a été prouvé qu'il ne mentionnait rien de la sorte. Le ministère public a ensuite signalé que l'inscription relative au 27 mars 1942 précisait que la Solution finale était, de fait, un génocide:

[TRADUCTION] Il ne restera plus grand chose des juifs. Dans l'ensemble, on peut dire qu'environ 60 p. 100 d'entre eux devront être liquidés, tandis qu'environ 40 p. 100 pourront être employés à des travaux forcés . . .

La brochure indique qu'il n'existe aucune preuve documentaire du plan des nazis en vue de l'extermination des juifs. Le ministère public a produit des discours de Heinrich Himmler, chef des SS, prononcé le 4 octobre 1943 devant ses troupes à Posen et dans lesquels il parle du programme d'extermination des juifs. Himmler a déclaré:

[TRADUCTION] Je veux également vous parler, bien franchement, d'un sujet très grave. On devrait le mentionner bien franchement entre nous, mais toutefois nous n'en parlerons jamais en public . . .

Je veux dire la liquidation des juifs, l'extermination de la race juive
...

L'appelant a soutenu que le mot "exterminer" utilisé dans ce passage voulait dire en réalité "déporter". Le juge a laissé au jury la tâche d'examiner si c'est là une interprétation possible.

Le ministère public a également produit l'inscription du 9 décembre 1942 du journal de Hans Frank, officier des SS en charge de la Pologne, décrivant l'annihilation de 3,5 millions de juifs dans le régime général, ainsi que de nombreux documents produits aux procès de Nuremberg, dont les rapports quotidiens des Einsatzgruppen (groupes d'action) qui énuméraient le nombre de juifs morts en URSS. Dans un rapport destiné à Hitler en date du 20 décembre 1942, Himmler indique que les Einsatzgruppen avaient exécuté 363 211 juifs entre août et novembre 1942.

On prétend dans la brochure, en se fondant prétendument sur un rapport de la Croix rouge, que tous les camps de concentration étaient en réalité des camps de travail où les gens étaient traités avec humanité. Un délégué du Comité international de la Croix rouge, M. Biedermann, a témoigné que le Rapport de la Croix rouge concernait exclusivement les camps de prisonniers de guerre, car les employés de la Croix rouge ne sont pas entrés dans les camps où étaient détenus des civils. Le ministère public a présenté un témoignage du professeur Hilberg selon lequel, alors qu'il y avait des installations de travail annexées à certains camps, Belzec, Treblinka, Sobibor et Chelmno étaient exclusivement des "usines de mort" et que des chambres à gaz étaient en pleine activité à Auschwitz-Birkenau et à Maidanek. Il était possible de vérifier le nombre de juifs tués à partir des dossiers des chemins de fer indiquant les montants que la Gestapo a versés pour chaque personne transportée dans les camps. Ce nombre a été comparé avec le nombre de personnes qui ont quitté les camps ou qui s'y trouvaient après la libération.

Sans discontinuer, le ministère public a prouvé que l'appelant a déformé les travaux des historiens, a mal cité les témoins, a inventé des éléments de preuve et a cité des ouvrages qui n'existaient pas.

(iv) *Connaissance par l'appelant de la fausseté des déclarations*

Le juge du procès a précisé que c'était l'élément le plus important de l'infraction et qu'il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'appelant savait que ces affirmations de fait étaient fausses quand il les a publiées. Le ministère public a soutenu que la publication avait eu lieu en

1981. Il est ressorti des dépositions des témoins de la défense que l'appelant connaissait très bien l'histoire de l'Holocauste et qu'il était au courant des preuves accablantes présentées par des historiens orthodoxes de l'Holocauste selon lesquelles celui-ci a effectivement eu lieu.

Le ministère public a présenté en preuve que l'appelant appuyait les causes de la suprématie de la race blanche et de l'anti-sémitisme et était un admirateur d'Adolf Hitler et du régime nazi. Il a produit une interview radiophonique accordée à Radio-Canada et deux brochures qui auraient été écrites et distribuées par l'appelant sous le pseudonyme de Christof Friedrich (ses deuxième et troisième prénoms), intitulées *The Hitler We Love & Why* et *UFO's: Nazi Secret Weapon*. Le jury était libre de conclure que la preuve du motif tiré de ces documents était pertinente pour ce qui est de la connaissance de la fausseté. Le juge Thomas a déclaré:

[TRADUCTION] Il est vrai que l'accusé n'est pas poursuivi pour ses croyances ni pour avoir publié les pièces 2 et 3. Toutefois, vous êtes libres de conclure que, si l'accusé croyait dans le national-socialisme, il pouvait publier sciemment des faussetés pour entretenir et protéger ses croyances. En d'autres mots, c'est l'utilisation restreinte que vous pouvez faire des pièces 2, 3 et 5 combinées.

Le sergent Luby a témoigné que l'appelant lui a déclaré qu'il écrivait [TRADUCTION] "ce genre de choses" depuis vingt-cinq ans. Des témoins de la défense qui partageaient les opinions de l'appelant ont témoigné que, déjà en 1969, l'appelant croyait que l'Holocauste était un mythe. Un représentant du groupe d'"histoire révisionniste", l'Institute for Historical Review, M. Smith, et M. Faurisson, un "historien révisionniste" reconnu coupable à la suite d'accusations

portées en France relativement à des publications niant l'Holocauste, ont témoigné que, en 1979, l'appelant a assisté à une conférence de l'institut au cours de laquelle les participants ont entrepris de lancer une campagne contre l'Holocauste. Un autre participant à la conférence, M. Walendy, a témoigné qu'il a discuté de la brochure avec l'appelant à cette époque et lui a fait part d'objections et de critiques soulevées ailleurs contre la publication. Le juge a laissé au jury la tâche de conclure si l'appelant n'était pas au courant de la fausseté des ouvrages ou si, bien qu'il sût qu'ils étaient faux, il était disposé à publier des faussetés afin de convertir des gens à sa cause.

Dans ses directives, le juge Thomas a dit au jury que, même si le caractère déraisonnable de la croyance de l'appelant constituait un facteur pertinent pour déterminer s'il avait véritablement cette croyance, il n'était nullement concluant. Conformément à la jurisprudence de notre Cour sur le rôle du caractère déraisonnable des croyances, par exemple dans le moyen de défense de l'erreur de fait, dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, à la p. 156, le juge Thomas a dit:

[TRADUCTION] Si vous concluez que l'accusé croyait honnêtement que la brochure était vraie ou si vous avez un doute raisonnable sur ce point, vous devez l'acquitter. Maintenant, il n'est pas nécessaire que cette croyance honnête soit raisonnable. Le caractère déraisonnable de la croyance n'est qu'un facteur à prendre en considération. En d'autres mots, c'est seulement un élément de la preuve pour étayer une déduction selon laquelle il ne s'agit pas d'une croyance honnête.

(v) *Tort à quelque intérêt public*

L'intérêt public concerné était la tolérance raciale et sociale. Le ministère public a soutenu que celui qui s'attaque à une partie de la société cause un préjudice à son ensemble. Le juge du procès a dit au jury qu'il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que la publication de *Did Six Million Really Die?* constituait une menace à cet intérêt. Le ministère public a avancé que la brochure entretenait la haine et le mépris envers les juifs. Elle le faisait de façon insidieuse, car elle revêtait la forme d'un ouvrage universitaire faisant appel à des experts. Elle le faisait d'une façon particulièrement vicieuse parce que les sujets de l'invention étaient eux-mêmes qualifiés de menteurs diaboliques de sorte que leurs tentatives en vue de clarifier et de réfuter les allégations ne seraient pas crues. Fait peut-être le plus important, le ministère public a fait valoir que la brochure présente la tolérance envers les minorités religieuses comme [TRADUCTION] "un terme offensant" et un manège de dupes.

L'appelant a prétendu que la preuve n'avait pas été faite que la publication avait causé un préjudice, et que le débat public sur des opinions suscitant la controverse augmentait la tolérance sociale et raciale. Il a soutenu qu'il est insultant envers les Canadiens de laisser entendre qu'ils ne sont pas capables de discerner le vrai du faux. Le juge du procès a informé le jury que les mensonges délibérés ne sont pas protégés par l'al. 2b) de la *Charte*, mais il lui a laissé la tâche de trancher la question finale du préjudice. Le jury a prononcé un verdict de culpabilité.

B. *Premier arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97

Bien qu'il s'agisse d'un pourvoi émanant du second procès, il est utile de noter brièvement quel a été le sort de l'appelant à l'occasion de sa première comparution devant la Cour d'appel de l'Ontario. Dans une décision rendue au nom de la Cour d'appel de l'Ontario au complet, celle-ci a confirmé les éléments essentiels de l'infraction tels que le juge du procès les a décrits lors du second procès et tels qu'ils ont été mentionnés précédemment.

La décision a été rendue dans les débuts de l'évolution de la jurisprudence relative à la *Charte* et la cour a fait remarquer qu'il existait peu de précédents qui puissent la guider. Les juges se sont tournés vers la portée réelle du droit reconnu à l'al. 2*b*) et ont conclu que les mensonges délibérés susceptibles d'engendrer de l'intolérance raciale et sociale n'entraient pas dans son champ d'application.

Ce faisant, les juges se sont fondés grandement sur la méthode utilisée aux États-Unis pour fixer une limite à la liberté d'expression qui puisse exclure les discours obscènes, diffamatoires et sciemment faux. Après avoir examiné les diverses justifications prévues dans la jurisprudence américaine pour limiter la liberté d'expression, ils ont conclu, aux pp. 123 et 124:

[TRADUCTION] La diffusion consciente de faussetés est l'antithèse de la recherche de la vérité au moyen du libre échange d'idées. Elle semblerait n'avoir aucune valeur sociale ou morale qui mérite d'être protégée par la Constitution. Elle n'aiderait pas non plus le fonctionnement de la démocratie parlementaire ni ne favoriserait l'accomplissement de soi. À notre avis, l'infraction qui entre dans le champ d'application de l'art. 177 [maintenant l'art. 181] relève du domaine pouvant être réglementé qui n'est pas protégé par la Constitution. Elle n'entre pas dans le reste qui comprend la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la Charte.

Après avoir supposé, pour les fins de la discussion, qu'ils avaient tort et que la disposition constituait une violation de l'al. 2*b*), les juges de la Cour d'appel ont tenu compte de la présence, dans le *Code criminel* du Canada et ceux d'autres États du Commonwealth, de l'infraction de libelle diffamatoire pour déterminer que l'article était important et que sa justification pouvait se démontrer dans les sociétés libres et démocratiques. Ils ont donc conclu que la disposition se justifiait en vertu de l'article premier.

La cour a ensuite examiné la thèse de l'appelant que la disposition était inconstitutionnelle car elle violait l'art. 7 du fait qu'elle était entachée de nullité pour imprécision ou portée trop large. Elle a jugé que le seul élément de l'infraction prévue à l'art. 177 (maintenant l'art. 181) qui puisse être contesté était la catégorie des "intérêts publics" auxquels il pourrait être porté atteinte. Les juges ont considéré que le droit pénal vise toujours à préserver quelque intérêt public et ont conclu que la préservation de l'harmonie raciale constituait certainement un intérêt de ce genre. Ils ont donc décidé qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 7.

Toutefois, la Cour d'appel a ensuite statué que certaines des objections de l'appelant à l'égard de la conduite du juge du procès étaient fondées. Elle a estimé que ces erreurs d'ordre technique étaient trop nombreuses pour justifier l'exercice du sous-al. 613(1)*b*)(iii) (maintenant le sous-al. 686(1)*b*)(iii)) et a ordonné la tenue du nouveau procès déjà mentionné.

L'appelant a interjeté appel de sa seconde déclaration de culpabilité, soulevant 47 moyens d'appel, dont la plupart ont été considérés comme absolument non fondés et n'ont pas été examinés. La cour a effectivement examiné les questions suivantes: la reconnaissance d'office, divers éléments des directives données au jury, l'admissibilité de la preuve versée au dossier, l'interrogatoire de l'appelant au sujet de sa croyance dans les politiques nazies et la production de ses autres publications anti-sémites. La Cour d'appel a longuement étudié les allégations relatives aux préjugés réels et apparents du juge du procès et les a rejetées. La seule conclusion qui se rapporte à la question constitutionnelle dans le présent pourvoi est l'approbation par la cour, à la p. 196, de la qualification par le juge du procès de la promotion du racisme comme étant une pratique contraire à un intérêt public.

[TRADUCTION] [I]l n'est pas dans l'intérêt public qu'une partie de la société soit intolérante sur le plan racial ou religieux envers une autre partie de la société. Les attaques portées contre une partie de la société constituent, de fait, des attaques contre son ensemble. Si une partie de la société n'est pas protégée contre la diffamation criminelle, les accusations d'actes préjudiciables criminels, la fraude criminelle, toute la société est vulnérable parce qu'une partie peut s'en prendre à une autre, et ainsi de suite, jusqu'à ce que la société dans son entier soit détruite.

III. Questions faisant l'objet du présent pourvoi

Par ordonnance en date du 28 janvier 1991, le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 181 (auparavant l'art. 177) du *Code criminel* du Canada est-il contraire à la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication, garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, l'art. 181 (auparavant l'art. 177) du *Code criminel* du Canada est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que requis par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Par ordonnance subséquente en date du 14 juin 1991, le Juge en chef a ajouté deux autres questions constitutionnelles:

3. L'article 181 (auparavant l'art. 177) du *Code criminel* contrevient-il à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu'il constitue une restriction vague et incertaine de la liberté fondamentale d'expression?
4. Dans l'affirmative, l'art. 181 (auparavant l'art. 177) du *Code criminel* est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que requis par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

IV. Analyse

A. *Historique de l'art. 181*

L'article tire son origine de l'infraction *De Scandalis Magnatum* établie en 1275, 3 Edw. 1, *Stat. Westm. prim.*, ch. 34. Elle était libellée ainsi:

[TRADUCTION] Attendu qu'il s'est souventefois trouvé dans le pays des auteurs d'histoires ayant, à maintes reprises, fait naître la discorde ou des possibilités de discorde entre le roi et son peuple ou les grands du royaume, en raison du préjudice qui en est résulté ou qui peut en résulter, ordre est donné que désormais personne ne sera intrépide au point de diffuser ou de publier 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, et celui qui s'en rendra

coupable sera gardé en prison jusqu'à ce qu'il ait fait comparaître devant la Cour celui qui était le premier auteur de l'histoire.

L'adoption de moyens pacifiques prévoyant la réparation des atteintes faites à la réputation semble être apparue avec la société organisée. Les premières lois germaniques telles que la *Loi salique* ainsi que le *Coutumier de Normandie* visaient à empêcher les querelles sanglantes qui, par leur violence persistante, déchiraient les sociétés. Voir V. V. Veeder, "The History and Theory of the Law of Defamation I" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546, à la p. 548, et "The History and Theory of the Law of Defamation II" (1904), 4 *Colum. L. Rev.* 33.

Le professeur Veeder replace l'infraction *De Scandalis* dans son contexte historique. Elle visait en effet la protection des puissants, mais elle faisait partie d'un système de recours dont tous les sujets pouvaient se prévaloir en matière de diffamation. L'existence de tribunaux distincts était imputée, en partie, au fait que les attaques dirigées contre les nobles étaient considérées comme ayant un aspect politique, comme une forme de sédition, tandis que celles dirigées contre les citoyens ordinaires n'étaient pas considérées de la même manière. L'article a été abrogé au Royaume-Uni par la *Statute Law Revision Act*, 1887, 50 & 51 Vict., ch. 59, mais est resté en vigueur au Canada dans le *Code criminel*.

À l'instar de la plupart de nos lois, la fonction des dispositions interdisant de répandre de fausses nouvelles a changé considérablement au cours des 700 dernières années. Dans 2 Ric. 2, st. I ch. 5 de 1378, la disposition a été adoptée de nouveau afin d'étendre la catégorie de ceux dont les intérêts quant à la réputation touchaient l'intégrité de l'État. En vertu des modifications apportées dans 12 Ric. 2,

ch. 11 de 1388, la loi prévoyait également que seraient punis ceux qui répandaient de fausses nouvelles ainsi que ceux qui les inventaient. Voir: Working Paper No. 84 intitulé *Criminal Libel* de la Law Commission du Royaume-Uni, à la p. 10.

Dans le Working Paper No. 84, on considère que l'élaboration d'une gamme toujours plus spécialisée de recours en ce qui concerne les fausses nouvelles révélait un objectif commun: empêcher les gens de perdre confiance dans le gouvernement. Lorsque la Chambre Étoilée a commencé de connaître des poursuites en 1488, peu après la mise au point de la presse à imprimer, qui permettait la publication de documents à l'intention des masses, elle insistait surtout sur la protection de la monarchie chrétienne. Voir Working Paper No. 84, *op. cit.*, aux pp. 12 et 13. La Chambre Étoilée s'est également préoccupée de la protection des droits privés:

[TRADUCTION] . . . la Chambre Étoilée tenait beaucoup à abolir le duel. À cette fin, elle punissait les libelles *diffamatoires* contre des particuliers qui avaient subi un affront, dans l'espoir que ce recours serait plus intéressant pour la personne insultée que de lancer un défi en vue de se battre. [En italique dans l'original.]

(J. R. Spencer, "Criminal Libel -- A Skeleton in the Cupboard", [1977] *Crim. L.R.* 383, à la p. 383.)

Après l'abolition de la Chambre Étoilée en 1641, sa compétence en matière pénale a été attribuée à la Cour du Banc du Roi. Depuis, les tribunaux ont utilisé tour à tour les dispositions relatives aux fausses nouvelles, à la diffamation criminelle et au méfait public pour essayer d'interdire la dissémination de fausses nouvelles susceptibles de nuire à un intérêt public. Voir F. R. Scott, "Publishing False News" (1952), 30 *R. du B. Can.* 37, à la p. 40.

En 1732, une accusation criminelle a été portée contre un nommé Osborne pour la publication d'un libelle diffamatoire selon lequel des membres de la communauté juive portugaise vivant à Londres avaient tué une mère juive ainsi que l'enfant illégitime qu'elle avait eu d'un amant chrétien. Le tribunal a statué que la culpabilité pour diffamation n'avait pas été établie parce que les allégations ne visaient pas une personne identifiable, mais il a toutefois reconnu l'accusé coupable:

[TRADUCTION] En admettant qu'une plainte pour diffamation ne soit pas pertinente, la publication de ce document est toutefois punissable à juste titre dans une dénonciation pour une infraction mineure, et celle de la catégorie la plus élevée; ce genre d'annonces tendant nécessairement à créer des troubles et des désordres chez les gens et à les inciter à un esprit universel de barbarie envers tout un groupe d'hommes, comme s'ils étaient coupables de crimes à peine réalisables et tout à fait incroyables.

(*R. c. Osborne* (1732), 2 Swans. 532, 36 E.R. 717; et 2 Barn. K.B. 138 et 166, 94 E.R. 406 et 425, W. Kel. 230, 25 E.R. 584.)

Dans l'affaire *Gatherhole* (1838), 2 Lewin 237, 168 E.R. 1140, à la p. 1145, un pasteur anglican a été reconnu coupable de libelle diffamatoire pour avoir diffusé des insultes anticatholiques fausses, scandaleuses et malicieuses.

Dans *Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel* (3^e éd. 1869), l'auteur laisse entendre, à la p. 578, que la diffamation criminelle était utilisée pour punir non seulement le blasphème et la sédition mais:

[TRADUCTION] . . . de même, pour ceux qui font des remarques sur des sectes, des catégories, des compagnies ou des groupes de personnes, tout en ne mentionnant aucune personne en particulier; si de telles diffamations tendent d'une manière générale à fomenter la haine des sujets du Roi contre les membres de ces groupes ou à les inciter à violer la paix.

Dans l'affaire *Scott* (1778), 5 New Newgate Calendar 284, l'accusé a été déclaré coupable d'avoir répandu des fausses nouvelles par la confection et l'affichage de pancartes qui portaient les déclarations suivantes:

[TRADUCTION] Conformément au décret de Sa Majesté qui m'a été communiqué, les présentes visent à annoncer publiquement que la guerre contre la France sera déclarée le vendredi 24 prochain, au palais royal St. James à une heure, ce dont tous les hérauts et poursuivants d'armes doivent prendre note et agir en conséquence.

Dans l'arrêt *R. c. De Berenger* (1814), 3 M. & S. 67, 105 E.R. 536 (B.R.), l'accusé a été reconnu coupable de méfait public pour avoir répandu de fausses rumeurs selon lesquelles la guerre avec la France devait bientôt prendre fin, dans le but de faire monter la valeur des obligations du gouvernement et profiter ainsi de la méprise du public. Un tel comportement donne maintenant naissance à des poursuites en vertu des art. 361 à 363 du *Code* relatifs à l'escroquerie et de l'art. 400 relatif aux faux prospectus, tandis que l'infraction de méfait public prévue à l'art. 140 ne s'applique qu'aux fausses allégations de conduite criminelle entravant le travail des policiers.

Les poursuites intentées pour fausses nouvelles en tant que sous-ensemble du méfait public ont continué au Royaume-Uni jusqu'à l'adoption de la *Public Order Act*, 1936 (R.-U.), 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, ch. 6. En 1936, Arnold Leese a été reconnu coupable d'avoir publié dans son magazine, *The Fascist*, un article alléguant que des juifs étaient responsables de meurtres d'enfants non résolus. Il a été reconnu coupable [TRADUCTION] "[d']avoir publié et imprimé diverses déclarations scandaleuses et diffamatoires concernant les sujets juifs de Sa Majesté avec l'intention de susciter de la mauvaise volonté entre les sujets de Sa Majesté de

religion juive et les autres sujets de manière à provoquer un méfait public". Lorsqu'il a déclaré l'accusé coupable, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Je ne suis pas le moindrement préoccupé par toute controverse qui aurait pu avoir découlé de ces questions [. . .] Je suis convaincu que rien ne peut être plus malveillant pour le bien du public que la publication de déclarations de ce genre. Je puis me rendre compte que ce que vous avez fait peut avoir été motivé par une croyance qui dans son intensité, équivaut presque à du fanatisme relativement à la véracité ou à la fausseté de ces déclarations. Je ne peux imaginer que la publication de choses de ce genre -- et je les qualifie délibérément de "choses" -- puisse servir le bien-être du public. Rien ne peut être plus dommageable pour le bien public.

(*London Times*, le 22 septembre 1936, à la p. 11, col. 4.)

De façon plus générale, la fin du XIX^e siècle a vu apparaître une spécialisation de la fonction des différents articles. La disposition relative à la diffusion de fausses nouvelles figure à l'art. 95 du *Digest of the Criminal Law* de Stephen (1878), à la p. 62:

[TRADUCTION] DIFFUSION DE FAUSSES NOUVELLES

Commet une infraction mineure quiconque cite ou publie de fausses nouvelles ou histoires pouvant faire naître la discorde ou des occasions de discorde ou la diffamation entre la reine et son peuple ou les grands du royaume (ou pouvant engendrer d'autres méfaits). [Nous soulignons.]

Scott, *loc. cit.*, fait remarquer, à la p. 39, que c'est sur cette formulation de l'infraction qu'était fondé l'article du *Code criminel* canadien. Adopté en 1892, l'art. 126 du *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, prévoyait:

126. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un an d'emprisonnement celui qui publie, de propos délibéré, des nouvelles ou

histoires fausses qui font ou sont propres à faire quelque tort ou dommage à des intérêts public. [Nous soulignons.]

Même si l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, traitait de l'art. 319, le juge en chef Dickson a eu l'occasion de faire des observations en passant sur l'historique général des infractions relatives à la diffamation criminelle (à la p. 724):

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.

Toutefois, il ressort d'une étude plus approfondie de l'historique des dispositions connexes une nette tendance à s'attarder aux attaques contre des groupes vulnérables. Scott, *loc. cit.*, a examiné le rapport entre l'art. 136 (maintenant l'art. 181) et ses antécédents historiques (aux pp. 40 et 42):

[TRADUCTION] La réputation et le titre du roi étaient largement protégés contre les attaques par diverses lois, et les pairs et autres "magnats" ont progressivement abandonné les recours que leur conférait l'ancienne théorie du *scandalum magnatum* parce que le droit formulé en matière de diffamation écrite et verbale ainsi que l'outrage au tribunal pour les juges répondaient à tous leurs besoins. Il en découle que les peines pour la diffusion de "nouvelles et d'histoires fausses" pourraient avoir été absorbées dans divers domaines spécialisés du droit, et aujourd'hui dans notre droit il pourrait n'avoir subsisté aucune trace d'un crime général de diffusion de fausses nouvelles s'il n'avait eu une origine indépendante dans la notion de méfait public.

...

Cette notion de tort ou de méfait en common law est pertinente en ce qui concerne l'art. 136 du Code canadien parce que le terme "tort" y est inscrit. Il ressort de la jurisprudence anglaise récente que la théorie n'est pas périmée. Le droit canadien fondé sur des textes législatifs est formulé de façon plus claire et va plus loin que toute décision anglaise.

Néanmoins, ses racines se trouvent dans ce qui constitue un principe clé de la common law. Quiconque cause sciemment un tort au public par la publication ou la formulation de mensonges commet un crime. Le mensonge lui-même ne constitue pas le crime. C'est plutôt le fait de porter atteinte à l'intérêt public qui le constitue.

On associe en principe à ces cas de méfait public celui où une diffamation à l'égard d'un groupe de personnes a résulté de la diffusion de fausses nouvelles. La règle en l'espèce se rapproche de la notion de diffamation et de méfait public; ou on pourrait peut-être dire qu'il s'agit d'un autre exemple de méfait public dont la diffamation contre des personnes, qu'ils s'agisse de "magnats" ou de simples citoyens, constitue un genre.

On a rarement utilisé cet article à l'époque moderne. Dans l'affaire *R. c. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226 (C.S.T.-N.-O.), l'accusé était un immigrant américain qui n'avait apparemment pas bien réussi dans notre pays. Il a installé dans la vitrine de sa boutique une affiche indiquant qu'il faisait une vente avant fermeture et conseillant aux Américains d'y penser par deux fois avant de s'établir en Alberta parce que les Américains n'y étaient pas les bienvenus. Le juge du procès l'a reconnu coupable pour le motif que le gouvernement de l'Alberta essayait d'encourager l'immigration américaine. Le juge Harvey a pris soin de souligner que la disposition visait les fausses affirmations de fait et non pas les expressions d'opinions désagréables. Il a dit (à la p. 228):

[TRADUCTION] Les termes eux-mêmes dans certaines circonstances ne constitueraient pas une infraction. Si, dans le cadre d'une discussion sur la politique d'intérêt public du pays, un journal déclarait que les citoyens des États-Unis ne devraient pas venir ici, je ne suis pas d'avis que cette question relèverait à bon droit de cet article du Code.

Dans *R. c. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75 (B.R. (juridiction criminelle)), l'accusé a été acquitté d'avoir diffusé une brochure protestant contre le

traitement réservé aux Témoins de Jéhovah et intitulée "La Haine Ardente du Québec, pour Dieu, pour Christ et pour la Liberté, est un Sujet de Honte pour tout le Canada", pour le motif qu'il avait déjà été acquitté relativement à une accusation de libelle séditionnel découlant des mêmes faits. Pour interpréter l'"intérêt public" atteint par les fausses nouvelles, le juge Drouin a examiné l'évolution de la disposition et a conclu qu'elle visait à réprimer les discours séditionnels qui menaçaient de miner l'autorité légitime. Il a établi un parallèle entre l'intérêt public et la sédition et a conclu que le discours qui fomenta la discorde parmi les citoyens mais qui ne débouche pas sur un autre comportement violent n'était pas contraire à l'intérêt public.

En 1955 (S.C. 1953-54, ch. 51), la disposition a été retirée de la section du *Code* relative à la "Sédition" et a été adoptée de nouveau dans la catégorie "Nuisances". Ce faisant, le législateur fédéral a précisé que, même si l'art. 181 ne visait pas à punir la sédition, il continuait d'avoir un rôle à jouer. L'article 166 prévoyait:

166. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque volontairement publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. [Nous soulignons.]

La nouvelle disposition a été examinée dans l'arrêt *R. c. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (C.A. Qué.). L'appelant était propriétaire d'un journal underground qui avait publié un fac-similé de la une de la Gazette de Montréal dans la dernière page d'un numéro de son journal, qui portait le titre [TRADUCTION] "Le

maire est blessé par un hippie rendu fou par la drogue". Dans l'histoire qui suivait, on mentionnait que le maire Drapeau avait été attaqué par un enragé qui brandissait une seringue, mais qu'il s'en remettait très bien. Pour les fins de la distribution, les journaux avaient été pliés de façon que la page concernée soit vers l'intérieur, mais quelqu'un avait joué un tour aux farceurs et avait plié les journaux de façon que la page de la "Gazette" soit bien à la vue. Le bureau du maire Drapeau a reçu plusieurs appels de la part de citoyens inquiets, et le rédacteur en chef de nuit de la Gazette a reçu quelque 50 appels. En annulant la déclaration de culpabilité, la cour a conclu qu'il n'y avait eu aucune intention de faire passer la satire pour une nouvelle, encore moins une fausse nouvelle, et qu'il n'y avait eu aucune intention de commettre l'infraction en question. La cour a conclu (à la p. 289):

[TRADUCTION] Je puis difficilement m'imaginer que quelqu'un aurait pu être amené à croire que l'histoire était vraie.

...

Bien que je considère que la page soit stupide, sans rime ni raison et de mauvais goût, je ne puis dire que, en soi, il était raisonnablement certain qu'elle causerait du trouble et de l'insécurité. Les inconvénients subis par le rédacteur en chef de nuit de la Gazette ne constituent pas, à mon sens, "une atteinte ou du tort à quelque intérêt public", et le maire lui-même n'a fait part d'aucune inquiétude relativement à l'événement . . .

Ainsi, l'étude de l'historique de la loi en ce qui concerne le traitement des fausses nouvelles reflète bien le rôle qu'elle a joué pour interdire la diffusion de faux renseignements qui portent atteinte à des intérêts importants de la société dans son ensemble. L'article 181 perpétue l'une des fonctions principales de l'infraction *De Scandalis* en interdisant de susciter la peur générale et les hostilités réciproquement

destructives entre les groupes sociaux. Les tribunaux ont jugé à juste titre que l'expression d'une opinion politique différente n'est pas visée par l'article.

Il reste à déterminer si l'art. 181 est valide ou non par suite d'une violation de l'al. 2b) de la *Charte* qui ne peut se justifier en vertu de l'article premier.

B. *Alinéa 2b) de la Charte*

L'alinéa 2b) de la *Charte* prévoit:

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;

L'importance fondamentale de la liberté d'expression pour une société libre et démocratique est incontestable. Il s'agit de savoir si l'art. 181 viole ce droit.

La première étape à franchir dans l'analyse fondée sur la *Charte* est de s'assurer que l'activité de la partie qui allègue une violation de l'al. 2b) entre dans le champ d'application de l'expression protégée. Le domaine de l'expression protégée par l'article a été très largement défini de façon à comprendre tout contenu d'expression sans tenir compte de la signification particulière que l'on cherche à transmettre, à moins que l'expression soit communiquée sous une forme physiquement violente (*R. c. Keegstra*, précité). L'activité de Zundel concernait la

publication délibérée et volontaire de mensonges qui étaient extrêmement préjudiciables pour les membres de la communauté juive, car elle induisait en erreur tous ceux qui lisaient son contenu et était contraire aux valeurs principales d'une démocratie multiculturelle. Le fondement servant à déterminer si ce genre d'"activité" est visée par l'expression protégée a été énoncé dans l'arrêt *Keegstra*, précité. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson a conclu que la propagande haineuse satisfaisait à la première étape de l'analyse fondée sur l'al. 2b) de la *Charte*. Il a écrit (à la p. 730):

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 . . .

De la même manière, la protection constitutionnelle accordée par l'al. 2b) doit donc être étendue à la publication délibérée de déclarations que l'auteur sait être fausses et qui transmettent une signification sous une forme non violente. La liberté d'expression est si importante pour la démocratie au Canada qu'on doit faire entrer dans le champ d'application de l'al. 2b) même les déclarations à la limite extrême du droit protégé.

La deuxième étape du critère consiste à déterminer si la loi contestée a pour objet de restreindre la liberté d'expression. En l'espèce, l'art. 181 a pour objet de restreindre non pas tous les mensonges mais seulement ceux qui sont publiés volontairement et qui sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt public. Bien que l'expression cible soit extrêmement limitée, la disposition a effectivement pour objet

de restreindre la liberté d'expression. Par conséquent, il faut conclure que l'art. 181 viole la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*.

Avant de passer à l'article premier de la *Charte*, il est important de rappeler ce qui a été écrit relativement au poids qu'il faut accorder à d'autres dispositions de la *Charte* et à l'examen des facteurs contextuels. Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a mentionné, à la p. 734:

Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étayent cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier. [Souligné dans l'original.]

C. Analyse fondée sur l'article premier

Afin de déterminer si l'art. 181 peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*, il faut procéder à une évaluation minutieuse d'un certain nombre de facteurs. Pour ce faire, nous nous sommes fondés sur le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

(1) Prescrite par une règle de droit

(i) *La règle générale*

L'une des questions constitutionnelles posées soulève le problème de l'imprécision au regard de l'art. 7 de la *Charte*. En fait, si l'imprécision de la loi contestée est la seule question soulevée, elle est visée à l'art. 7. Néanmoins, le moyen idéal pour examiner cette allégation d'imprécision est de se reporter à l'article premier. Voir *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 000, aux pp. 000 et 000.

L'idée qu'un article d'une loi serait déclaré inopérant en raison de son imprécision est fondée sur la règle valable selon laquelle une personne devrait savoir de façon raisonnablement certaine quelle est la loi et quels actes risquent d'y contrevenir. Il est indubitable qu'un article du *Code criminel* créant une infraction doit prévoir des balises suffisantes pour prédire les conséquences juridiques d'un comportement donné mais une loi ou un texte législatif ne peut faire plus que d'établir des lignes de démarcation qui délimitent une sphère de risque.

C'est le balisage du comportement et non pas son orientation absolue qui est l'objectif approprié de la loi. Une disposition sera trop imprécise si elle ne constitue pas un fondement pour un débat judiciaire. Si elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque, elle ne peut pas fournir à une personne un avertissement au sujet d'un comportement qui peut être criminel ni une limite appropriée au pouvoir discrétionnaire des autorités cherchant à appliquer la disposition. Une telle disposition ne fournit au pouvoir judiciaire aucun fondement pour définir les limites du comportement. Voir *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, aux pp. 000 et 000.

Nous ne pouvons pas dire que l'art. 181 est imprécis. Il fournit des lignes de conduite claires. Le citoyen sait que, pour s'exposer à un risque sous le régime de cet article, il doit publier volontairement une fausse déclaration qu'il sait être fausse. En outre, la publication de ces déclarations doit causer ou être de nature à causer une atteinte à l'intérêt public.

(ii) *La définition de l'expression "intérêt public" utilisée à l'art. 181*

L'appelant soutient que l'expression "intérêt public" est si imprécise que l'article n'est pas valide. Il prétend qu'un gouvernement sans scrupules pourrait l'utiliser pour que soit considéré comme criminel un comportement ou une opinion qu'il ne partage pas.

Le fait que l'expression ne soit pas définie par la loi importe peu. Beaucoup d'expressions et de mots figurant dans le *Code criminel* ont été interprétés par les tribunaux. Le législateur ne peut pas prévoir toutes les éventualités ou définir chaque mot employé. Les textes législatifs doivent avoir une certaine souplesse. Les tribunaux ont, par le passé, joué un rôle important dans la définition des mots et des expressions utilisés dans le *Code* et dans d'autres textes législatifs. Ils devraient continuer de le faire à l'avenir.

Pour les fins qui nous occupent, il suffit de nous reporter à quelques définitions judiciaires seulement de mots et d'expressions figurant dans le *Code criminel*. Dans les affaires d'obscénité, les tribunaux ont considéré avec raison qu'ils avaient pour rôle et devoir de définir des mots comme "indécent", "immoral" ou

"injurieux", qui figurent dans divers articles du *Code* (voir, par exemple, *R. c. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412 (C.A. Ont.), et *R. c. Springer* (1975), 24 C.C.C. (2d) 56 (C. dist. Sask.). Dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, le juge Sopinka a examiné le sens que l'on devrait accordé aux mots "exploitation indue des choses sexuelles", qui n'étaient pas non plus définis dans la loi.

De la même façon, les tribunaux ont examiné et interprété les mots "supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif". Dans l'arrêt *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, notre Cour a conclu que l'expression "autre moyen dolosif" comprenait des moyens qui ne sont pas de la nature du mensonge ou de la supercherie. Elle a plutôt statué que ces mots englobent tous les moyens qui peuvent à juste titre être désignés comme étant malhonnêtes. Elle a en outre conclu dans le même arrêt que, bien qu'il n'y ait pas de définition du mot "frauder" dans le *Code criminel*, la malhonnêteté et la privation sont des éléments essentiels qui doivent être considérés comme faisant partie intégrante du mot.

Il est donc manifeste que les tribunaux peuvent et devraient définir les mots et expressions utilisés dans le *Code criminel*. Il ressort d'une étude des décisions qui ont examiné jusqu'ici les dispositions concernant les fausses nouvelles que les tribunaux n'ont pas encore défini de façon satisfaisante l'expression "intérêt public". Il y a donc lieu d'examiner plus à fond comment il faudrait définir l'expression "intérêt public" dans le contexte de l'art. 181.

Une étude des seules lois fédérales indique que l'expression "intérêt public" est mentionnée 224 fois dans 84 d'entre elles. L'expression apparaît de façon comparable dans des lois provinciales. L'expression n'a pas et ne peut pas avoir une signification uniforme dans chaque loi. On doit l'interpréter en tenant compte de l'évolution législative de la disposition particulière dans laquelle elle figure et des contextes législatif et social dans lesquels elle est utilisée.

Un "intérêt public" auquel une violation de l'art. 181 est susceptible de nuire est l'intérêt public d'une société libre et démocratique soumise à la primauté du droit. Une société libre est une société fondée sur des débats raisonnés auxquels tous les membres ont le droit de participer. L'article 181, y compris sa mention de l'"intérêt public", devrait être interprété, comme l'a souligné notre Cour, en fonction des valeurs garanties par la *Charte*. Voir *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654. En tant que document fondamental qui énonce des caractéristiques essentielles de notre vision de la démocratie, la *Charte* nous fournit quelques indications sur les valeurs qui vont au cœur même de notre structure politique. Une société démocratique capable de donner effet aux garanties accordées par la *Charte* s'efforce également de créer une collectivité qui s'engage à poursuivre l'égalité, la liberté et la dignité humaine. L'intérêt public consiste donc à préserver et à promouvoir ces objectifs.

L'expression, telle qu'elle figure à l'art. 181, devrait se limiter aux droits que la *Charte* reconnaît comme fondamentaux pour la démocratie canadienne. Elle

n'a pas à s'étendre au-delà. À titre d'exemple, pour définir un intérêt public, il faudrait prendre en considération les droits prévus aux art. 7, 15 et 27 de la *Charte*.

L'article 15 de la *Charte* prévoit que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous et que personne ne doit être victime de discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Si la publication volontaire de déclarations que leur auteur sait être fausses cause une atteinte grave à un groupe identifiable selon l'art. 15, un tel acte saperait la structure même de la société canadienne. Il s'ensuit que la publication volontaire de tels mensonges serait contraire à l'intérêt public. Si le ministère public peut prouver hors de tout doute raisonnable qu'il y a un risque que la publication volontaire de déclarations que l'auteur savait être fausses ait causé un préjudice grave à ces droits fondamentaux, il aura rempli cette partie des obligations que lui impose l'article.

Ainsi, l'expression "intérêt public" telle qu'elle figure à l'art. 181 se rapporte à la protection et à la préservation des droits et libertés énoncés dans la *Charte* comme étant fondamentaux pour la société canadienne. C'est seulement lorsque les déclarations fausses et délibérées sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits et libertés mentionnés dans la *Charte* qu'il y a violation de l'art. 181. Cet article constitue donc un guide suffisant quant aux conséquences juridiques d'un comportement donné. On ne peut donc pas dire que l'article manque de précision au point d'être nul.

(2) Objet

(i) *Un but urgent et réel*

L'article 181 a pour but d'empêcher le préjudice qui résulte de la publication volontaire de mensonges blessants. Cela ressort clairement du texte de la disposition elle-même qui interdit la publication d'une déclaration que l'accusé sait fausse et "qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte". Cet objectif précis permet aussi de promouvoir l'intérêt public visant à favoriser la tolérance raciale, religieuse et sociale. Il est incontestable qu'il existe un besoin urgent et réel de protéger les groupes identifiables selon l'art. 15 de la *Charte*, et donc la société dans son ensemble, de tout préjudice grave qui peut résulter d'une telle "expression". Dans l'arrêt *Keegstra*, notre Cour a reconnu clairement les effets odieux et grandement préjudiciables que la propagande haineuse a sur les membres des groupes cibles et sur la société dans son ensemble (voir les pp. 746 à 749). Elle a conclu que les membres de ces groupes, comme il fallait s'y attendre, réagissent à l'humiliation et à l'avalissement engendrés par cette "expression" en étant craintifs et en évitant de participer pleinement à la société. La société dans son ensemble en subit un préjudice parce que cette "expression" a pour effet de miner les valeurs fondamentales de liberté et de démocratie.

Le professeur Mari Matsuda décrit les répercussions que le discours raciste non réprimé a sur les membres des groupes cibles dans "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320, aux pp. 2338 et 2379:

[TRADUCTION] Être haï, méprisé et seul est la crainte ultime de tout être humain. Quelque irrationnel que soit le discours raciste, il frappe

précisément au point sensible où cela fait le plus mal. La solitude vient non seulement du message haineux en soi, mais également de la réaction tolérante du gouvernement. Lorsque [. . .] les tribunaux refusent d'accorder un recours en cas d'insulte raciale et que les attaques racistes sont officiellement rejetées comme étant des farces, la victime devient un apatride.

...

Le refus du gouvernement de reconnaître la qualité d'être humain en refusant un recours juridique peut même être plus douloureux que l'acte haineux lui-même. On peut écarter les groupes haineux comme des organisations de marginaux, mais l'État est l'organisme officiel de la société dans laquelle nous vivons.

De la même façon, il serait impossible de nier le préjudice causé par la publication volontaire de mensonges délibérés qui sont de nature à porter atteinte à l'intérêt public. L'intention de nuire est manifeste dans le caractère trompeur des publications visées par l'art. 181. L'article 181 vise principalement les fausses déclarations de fait manipulatrices et blessantes déguisées en recherche authentique. La publication de tels mensonges rend la notion de multiculturalisme dans une véritable démocratie impossible à réaliser. Ces documents ne font pas que fomenter la discorde et la haine, mais ils y parviennent d'une manière extrêmement fallacieuse. En formulant leur propagande comme le résultat banal d'une recherche désintéressée, les auteurs de ces ouvrages tentent d'endormir les facultés critiques de leur auditoire plutôt que de faire appel à ces dernières. C'est en se reportant à la sorte de littérature niant l'Holocauste en cause en l'espèce que l'on peut le mieux illustrer le préjudice qu'engendre ce genre de publications.

La négation de l'Holocauste a des effets pernicieux sur les Canadiens qui ont souffert, se sont battus et sont morts à la suite de la campagne de bigoterie raciale des nazis ainsi que sur la société canadienne dans son ensemble. Pour les survivants

de l'Holocauste, elle constitue une négation grave et odieuse de l'importance du préjudice qu'ils ont subi et elle rabaisse ainsi leur grande douleur et leurs pertes énormes. Elle prive d'autres personnes de la possibilité de tirer des leçons de l'histoire. Mentir délibérément au sujet de la mort et des souffrances indescriptibles infligées aux juifs par Hitler est la plus infâme des faussetés et l'essence même de la cruauté. La diffusion de rapports malveillants et faux sur les juifs a entraîné des attaques, des tueries, des pogromes et des expulsions au cours de toute leur tragique histoire. Ils ont en effet cruellement souffert de la publication de faussetés sur leur culture.

Le comité Cohen a montré que l'intolérance raciale existait bel et bien au Canada dans les années 1960. En 1984, le Rapport du Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne, *L'égalité ça presse!*, et le *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* de l'Association du Barreau canadien ont tous deux conclu que le racisme et les termes incitant à la haine constituaient des problèmes croissants au Canada et demandé avec insistance que l'on maintienne et renforce les interdictions à leur égard. Les faits de l'affaire récente *Kane c. Church of Jesus Christ Christian--Aryan Nations*, Alta. Bd. Inq., le 28 février 1992, [1992] A.W.L.D. No. 302, indiquent de façon absolument claire que le racisme est un mal actuel dans notre pays. C'est un cancer bien vivant, qui se développe à cause de l'ignorance, de la suspicion, de la crainte et de la jalousie.

L'article 181 accorde, au moyen d'une sanction pénale, une protection non seulement aux juifs canadiens mais à tous les groupes minoritaires et particuliers vulnérables. Il faudrait souligner la caractère salutaire de cet article. Il peut jouer

un rôle important et utile en favorisant la tolérance raciale et sociale qui est si essentielle pour le bon fonctionnement d'une société démocratique et multiculturelle. Il réalise cette fin en exprimant la répugnance de la société canadienne pour la publication volontaire de déclarations que leurs auteurs savent être fausses et qui sont de nature à causer une atteinte ou un tort graves à l'intérêt public qui est défini d'après les valeurs de la *Charte*. En fait, il serait malheureux que l'on utilise la *Charte* pour annuler une disposition qui protège les groupes et les individus vulnérables.

Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, on dit au sujet de cet important principe (à la p. 233):

Notre Cour a fait remarquer à diverses occasions que la *Charte* n'est pas un instrument dont peuvent se servir les personnes favorisées pour écarter les protections législatives adoptées afin de protéger ceux qui sont vulnérables.

...

Ce même principe a été repris et souligné dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 993, et *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1051. Ce principe reconnaît qu'une grande partie de la réglementation adoptée par le gouvernement vise à protéger les personnes vulnérables. En fait, il serait malheureux que la *Charte* puisse être utilisée pour contester des mesures destinées à protéger les membres les moins favorisés de la société qui sont comparativement dénués de pouvoirs.

L'article 181 a pour effet de protéger les membres vulnérables de la société et il constitue donc une préoccupation urgente et réelle. Il est tout particulièrement important vu que, en vertu de notre Constitution, l'égalité et le multiculturalisme doivent être mis en valeur.

(ii) *Textes internationaux*

En essayant de nier l'Holocauste dans le but de faciliter la promotion du racisme, l'appelant a visé avec une précision rigoureuse. La tentative des nazis de perpétrer un génocide contre les juifs et d'autres "non-aryens" qui étaient sous leur contrôle fait partie de l'histoire des persécutions atroces commises par des majorités contre des minorités, qui dure depuis trop longtemps et se répète trop souvent. L'Holocauste est indéniablement un moment critique de l'apogée des conséquences brutales du racisme non réprimé. C'est en réaction contre les horreurs de l'Holocauste que les nations occidentales ont entrepris d'abolir le racisme. Le juge en chef Dickson a noté cette tendance dans ses motifs dissidents dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la 348:

Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, la protection des droits et libertés fondamentaux collectifs et individuels est devenue une question d'intérêt international. Il existe maintenant un droit international des droits de la personne constitué d'un ensemble de traités (ou conventions) et de règles coutumières, en vertu duquel les nations du monde se sont engagées à adhérer aux normes et aux principes nécessaires pour assurer la liberté, la dignité et la justice sociale à leurs ressortissants. La *Charte* est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et elle comporte un bon nombre des principes généraux et prescriptions des divers instruments internationaux concernant les droits de la personne. Les diverses sources du droit international des droits de la personne -- les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières -- doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte*.

Le Canada a signé deux instruments internationaux pertinents. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies (entré en vigueur

au Canada le 19 août 1976), 999 R.T.N.U. 187, Article 20(2), et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (entrée en vigueur au Canada le 13 novembre 1970), 660, R.T.N.U. 213, préambule et Article 4. Les deux documents prévoient que la promotion de la haine fondée sur la nationalité, la race ou la religion qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence sera interdite par la loi (voir l'arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 749 à 755). Ces instruments servent à souligner le but important de l'art. 181 en empêchant le préjudice causé par des faussetés préméditées qui sont de nature à porter atteinte à l'intérêt public à l'égard de la tolérance raciale et sociale.

Dans la présente affaire, les déclarations publiées que l'auteur savait être fausses se rapportaient à l'Holocauste. Il s'est donc avéré nécessaire de mentionner cet épisode des plus funestes de l'histoire, et le peuple juif qui en a été la victime. Cependant, le raisonnement s'applique également à tout groupe minoritaire identifiable à qui a sérieusement porté atteinte la publication volontaire d'une déclaration que l'auteur savait être fausse.

(iii) *Mesures législatives adoptées ailleurs*

À l'instar du Canada, un grand nombre de sociétés libres et démocratiques se sont acquittées de leurs obligations internationales en adoptant des dispositions précises en matière de propagande haineuse équivalentes à notre art. 319, tout en conservant ou en ajoutant des articles qui visent certaines formes connexes de malveillance. Certaines utilisent des dispositions concernant la diffusion de fausses nouvelles. À l'article 656, le *Code criminel* italien élève au rang d'infraction la

publication et la diffusion de nouvelles fausses, exagérées ou trompeuses susceptibles de perturber l'ordre public. La Cour constitutionnelle a confirmé cette disposition dans sa décision n° 191/1962 pour le motif que l'ordre public désigne [TRADUCTION] "l'ordre juridique sur lequel est fondée la co-existence", c'est-à-dire cet ensemble de normes qui garantit l'efficacité de l'ordre juridique. Voir Alessandro Pace, "Constitutional Protection of Freedom of Expression in Italy" (1990), 2 *Revue européenne de droit public* 71, à la p. 84.

Le *Code criminel* danois traite des attaques fondées sur la religion à l'art. 140, tout en interdisant, à l'al. 266b), les discours faux contre un certain nombre de groupes sociaux vulnérables. Voici le texte de l'art. 140 du *Code criminel* danois:

[TRADUCTION] 140. Quiconque ridiculise ou insulte les dogmes ou le culte de toute communauté religieuse légitime dans ce pays sera passible d'une peine de détention simple ou, dans des circonstances atténuantes, d'une amende.

L'alinéa 266b) du *Code criminel* danois crée l'infraction suivante:

[TRADUCTION] . . . quiconque, par la propagation de rumeurs ou accusations fausses, persécute un groupe de la population danoise ou incite à la haine contre celui-ci en raison de sa foi, de sa race ou de sa nationalité sera passible d'une peine de détention simple ou, dans le cas de circonstances aggravantes, d'une peine d'emprisonnement maximale d'un an.

(Voir K. Lasson, "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11, à la p. 15).

Par suite de son expérience directe avec les horreurs découlant du discours raciste non réprimé, la République fédérale d'Allemagne l'a réglementé au

moyen de trois infractions pénales. Deux de celles-ci sont générales et visent toutes les formes de discours haineux alors que la troisième vise expressément à traiter la négation de l'Holocauste comme une catégorie d'insulte. L'article 130 du *Code criminel* de l'Allemagne de l'Ouest interdit les atteintes à la dignité humaine par l'incitation à la haine. L'article 131 interdit les écrits haineux fondés sur la race. L'article 185 crée l'infraction d'insulte. Le paragraphe 194(1) prévoit l'engagement de poursuites par les victimes de persécution pendant la Seconde Guerre mondiale. Voir le professeur Eric Stein, "History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz" -- and other -- "Lies"" (1986), 85 *Mich. L. Rev.* 277. Dans son arrêt de 75 BGHZ 160, 33 NJW 45 (1980), la cour a établi clairement que la peine relative aux fausses allégations concernant l'Holocauste visait non pas les différentes interprétations de l'histoire mais le manque de respect:

[TRADUCTION] Le fait historique même que des humains ont été victimes de ségrégation fondée sur leur origine sous le régime de ce que l'on est convenu d'appeler les lois de Nuremberg, et ont été déchus de leur individualité en vue de leur extermination, confère aux juifs qui vivent dans la République fédérale un rapport personnel spécial avec leurs concitoyens; dans ce rapport le passé est encore présent même aujourd'hui. Ils ont le droit, en vertu de l'image qu'ils ont d'eux-mêmes, d'être considérés comme faisant partie d'un groupe, marqué par le destin, envers lequel tous les autres ont une responsabilité morale, et il s'agit d'un aspect de leur honneur. Le respect de cette image de soi constitue pour chacun d'eux l'une des garanties que la discrimination ne se répétera pas et un fondement de leur vie en République fédérale. Quiconque tente de nier ces événements prive chacun d'eux de la valeur personnelle à laquelle ils ont droit.

(Cité dans Stein, *loc. cit.*, à la p. 303.)

Bien que la présence de dispositions qui se chevauchent dans d'autres ressorts ne soit absolument pas concluante quant à la constitutionnalité de la disposition visée en l'espèce, le fait que des mesures législatives de ce genre existent

dans d'autres pays libres et démocratiques est pertinent pour examiner si l'objectif est suffisamment important pour justifier cette atteinte très limitée à la liberté d'expression.

(iv) *Autres dispositions de la Charte*

a) Disposition d'ordre général: l'art. 15 de la *Charte*

Il faut se rappeler que l'analyse fondée sur l'article premier a lieu dans le contexte de la question de savoir si la limite se justifie dans le cadre d'une "société libre et démocratique" et que, par conséquent, il faut effectuer l'analyse de la violation limitée de l'al. 2*b*) en fonction de l'engagement pris par le Canada en ce qui concerne les valeurs énoncées dans d'autres articles de la *Charte*. Le libellé même de l'art. 181, par la mention de l'"intérêt public", invoque les valeurs de la *Charte*. Ainsi le législateur a-t-il signalé l'importance de l'objectif puisqu'il a précisé le préjudice contre lequel la disposition garantit une protection selon les valeurs qui se rapprochent le plus du fondement de notre société multiculturelle et démocratique.

Les déclarations fausses qui visent à perpétuer une participation et un traitement inégaux de groupes déjà désavantagés selon les motifs énumérés à l'art. 15 ou des motifs analogues ne favorisent pas une pleine participation à la société, elles l'empêchent plutôt. Le pluralisme démocratique tient pour acquis que les membres de la société ne s'organiseront pas simplement autour des seuls intérêts de race, de classe ou de sexe, mais exploreront et discerneront leurs attributs communs, étant d'accord sur certaines questions et divergeant sur d'autres, les configurations

changeant constamment. Les mensonges délibérés qui nient ces attributs communs divisent les groupes qui pourraient normalement s'organiser autour d'intérêts mutuels et forgent plutôt des sentiments de loyauté fondés sur des identifications raciales artificielles et matérialisées qui ne permettent pas à la société de percevoir et de poursuivre ses divers objectifs. Ceux qui font partie du groupe cible perdent la capacité de participer et sont réduits à un seul aspect de leur identité. Ceux qui font partie de la majorité perdent la possibilité de participer de façon significative à une société vraiment ouverte si l'accès aux points de vue des minorités est fermé. Cela se produira chaque fois que la majorité avilit tellement une minorité que l'on ne peut plus accorder à ces points de vue la dignité et l'autorité qu'ils pourraient mériter. Le discours qui, au moyen de la diffusion délibérée de faussetés, a pour effet de promouvoir ou de perpétuer la discrimination et l'exclusion d'un groupe exposé à un désavantage historique sera interdit. En interdisant les faussetés préméditées qui sapent l'égalité des membres des groupes cibles, l'art. 181 met en valeur les buts visés par l'art. 15 de la *Charte*.

Dans cet ordre d'idées, il importe également de reconnaître la portée de l'art. 27 de la *Charte* dans l'évaluation de l'importance de l'objectif de l'art. 181.

b) L'article 27 de la *Charte*

L'article 27 prévoit:

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

L'importance du multiculturalisme a également été reconnue sur le plan international. L'article 27 de la *Charte* est inspiré de l'Article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966, ratifié par le Canada en 1976. Cet article se lit ainsi:

Article 27. Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

Cet article, tout comme l'art. 27 de la *Charte*, souligne l'importance de la tolérance et du respect de la dignité humaine. Des événements survenus récemment au Canada et à travers le monde ont montré comment ces idéaux peuvent être oubliés rapidement et comment il est important de les entretenir.

Que la loi suprême du pays reconnaisse l'existence du multiculturalisme dans notre pays et encourage sa valorisation est peut-être un indice du génie particulier du Canada et des Canadiens. Notre pays a bénéficié et s'est enrichi des efforts et des réalisations de Canadiens de races, de religions et de nationalités différentes. La reconnaissance du multiculturalisme dans la *Charte* est une tentative en vue de parvenir à la quintessence des sociétés démocratiques.

La reconnaissance de ce principe dans la *Charte* n'était pas quelque chose de nouveau. Dans notre pays, le multiculturalisme est reconnu depuis bon nombre d'années grâce à une politique gouvernementale et à l'adoption de textes législatifs. Par exemple, il a été expressément reconnu et cité par les membres de la

Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, dont certaines politiques ont ensuite été appliquées par le gouvernement. Voir le Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Livre IV, *L'apport culturel des autres groupes ethniques* (1970).

Notre Cour a appliqué l'art. 27 dans plusieurs arrêts, en commençant par *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson s'est reporté de nouveau à l'art. 27 relativement à la définition de la liberté de religion. Il a écrit (à la p. 758):

. . . la coercition indirecte par l'État fait partie des maux contre lesquels l'al. 2a) peut accorder une protection. [. . .] Toute interprétation plus restrictive serait, à mon avis, incompatible avec l'obligation qui incombe à la Cour, en vertu de l'art. 27, de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Dans le même arrêt, les juges Wilson et La Forest ont utilisé l'art. 27 pour étayer leur analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* (voir les pp. 804 à 809).

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171, le juge McIntyre a appliqué l'art. 27 pour définir les droits à l'égalité prévus à l'art. 15. Il s'est reporté à l'art. 27 pour montrer que l'objectif de promouvoir l'égalité consiste beaucoup plus que dans la simple élimination de motifs de distinction.

Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, on a invoqué l'art. 27 pour appuyer le caractère raisonnable des limites à la liberté d'expression prévues par les articles du

Code relatifs aux écrits haineux. Le juge en chef Dickson s'est penché sur le sens de l'art. 27 et a écrit (à la p. 757):

. . . j'adopte expressément le principe de la non-discrimination et la nécessité de prévenir les attaques contre les liens qu'un individu entretient avec sa culture et, par conséquent, contre le processus de l'épanouissement personnel (voir Magnet, "Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27", dans Beaudoin et Ratushny, éd., *op. cit.*, à la p. 817).

L'article prévoit le renforcement dans la Constitution de la politique de reconnaissance du multiculturalisme que le Canada pratique depuis longtemps. Il reconnaît que tous les groupes ethniques ont droit à la reconnaissance et à une protection égale. Il appuie la protection des droits collectifs, l'intégrité culturelle et la dignité des groupes ethniques du Canada. Ce faisant, il valorise la dignité et le sens de la valeur personnelle de chacun des membres de ces groupes et, partant, la société dans son ensemble.

L'article 27 de la *Charte* n'est pas seulement le reflet d'un concept populaire passager. C'est plutôt une reconnaissance éclatante de l'histoire du Canada et d'un précepte essentiel en vue de la réalisation de ces objectifs insaisissables de justice et d'égalité véritable. Les gens doivent pouvoir être fiers de leurs racines, de leur religion et de leur culture. C'est seulement alors que les personnes de toute race, couleur, religion et nationalité pourront avoir la certitude qu'elles sont vraiment égales à tous les autres Canadiens. Ainsi, sans inquiétude quant à la reconnaissance de leur dignité foncière, les Canadiens de toute origine ethnique pourront être fiers de leur culture d'origine et plus fiers encore d'être Canadiens. L'article 27 s'efforce

de garantir que, dans notre pays, il y aura à l'égard de tous une tolérance fondée sur une prise de conscience de la nécessité de respecter la dignité de chacun.

Nombre d'auteurs ont écrit sur l'importance du multiculturalisme. Selon Evelyn Kallen, l'intégrité culturelle et la dignité collective des communautés ethniques sont liées de façon inextricable. Chaque groupe ethnique doit être respecté de façon égale et jouir d'une possibilité égale de pratiquer et de transmettre librement d'une génération à l'autre sa propre langue, sa propre religion et sa propre conception culturelle de la vie (voir "Multiculturalism, Minorities, and Motherhood: A Social Scientific Critique of Section 27", dans *Multiculturalism and the Charter: A Legal Perspective*, (1987), 123, à la p. 125).

Kallen soutient avec conviction que l'art. 27 devrait être interprété dans son sens le plus large afin de protéger les droits collectifs, l'intégrité culturelle et la dignité collective des nombreux groupes ethniques du Canada. Elle écrit à la p. 136:

[TRADUCTION] L'article 27 reconnaît et protège l'"héritage multiculturel" des Canadiens. Il importe de prendre en considération ici le fait que l'héritage culturel des Canadiens *faisant partie d'une minorité* englobe presque invariablement une histoire de violations des droits de la personne en raison d'une discrimination collective. Et, assez souvent, la discrimination ethnique collective prend la forme d'une diffamation envers le groupe. Les violations des droits d'une minorité sous forme de persécution raciale et culturelle, allant parfois jusqu'à des politiques de génocide, deviennent une caractéristique importante de l'histoire et de l'héritage culturel d'un groupe ethnique. Les expériences collectives de diffamation, de persécution, d'incarcération et autres méthodes du genre font partie du caractère distinctif d'un groupe ethnique en tant que peuple et culture. Des cérémonies sont élaborées afin de commémorer collectivement ces événements tragiques et traumatisants. Elles deviennent des traditions sacrées, consacrées par le temps, qui servent à rappeler de façon indélébile aux membres des groupes ethniques le *prix collectif qu'ils ont dû payer* pour leur engagement envers le groupe

ethnique et sa propre conception culturelle de la vie. [En italique dans l'original.]

À la lumière de l'histoire du Canada et de la corrélation entre les art. 27 et 15 de la *Charte*, on constate que l'art. 181 a un rôle très utile et très important à jouer dans la société canadienne. Il favorise les objectifs de tolérance et d'égalité pour tous, qui sont énoncés dans la *Charte*, en exprimant la répugnance que la société canadienne ressent à l'égard de la publication volontaire de déclarations fausses qui portent gravement atteinte à l'intérêt public.

(v) *Un changement acceptable de l'accent*

On a prétendu que l'art. 181 est anachronique et que, si on lui attribue l'objectif de protéger la tolérance raciale et sociale, on déclenche la doctrine non valable de l'objet changeant. Il nous faut maintenant aborder ces questions.

Il est vrai que la disposition relative aux fausses nouvelles remonte à l'an 1275. On a soutenu qu'il n'est vraiment pas nécessaire à ce stade-ci de notre histoire de protéger les "grands du royaume", ce qui constituait le fondement de l'article lorsqu'il a été adopté la première fois au XIII^e siècle, et que cette disposition ne sert aucune autre fin. Nous ne pouvons pas admettre cette position. Le législateur fédéral a expressément retenu cet article en 1955. Il a aujourd'hui un rôle très réel et pertinent à jouer dans la société démocratique et multiculturelle du Canada.

Au cours des ans, le but des dispositions qui ont précédé l'art. 181 a évolué de manière à étendre les protections contre un préjudice causé par les faux

discours visant des groupes sociaux vulnérables et, par conséquent, à protéger l'intérêt public contre l'intolérance sociale et l'inquiétude publique. Il est vrai que l'infraction *De Scandalis Magnatum* a été adoptée dans une société féodale qui dépendait, pour ce qui était de son existence, de l'obéissance et de l'allégeance de la classe paysanne au souverain et à la noblesse. La protection contre les préjudices causés à l'intérêt public était axée sur la prévention des déclarations diffamatoires délibérées contre la haute noblesse du royaume. De telles déclarations, pensait-on, pouvaient mener à des querelles au sein de la noblesse qui menaceraient grandement la sécurité de l'État et causeraient donc un préjudice à l'intérêt public. Avec le changement de la nature de l'État, ce sont les atteintes contre les minorités religieuses, raciales ou ethniques qui sont devenues susceptibles de menacer l'intégrité du tissu social. Les siècles ont passé et les formes de gouvernement ont changé, mais le texte législatif continue d'avoir un but et un effet salutaires.

La tragédie de l'Holocauste ainsi que l'adoption de la *Charte* ont servi à souligner l'objectif louable de l'art. 181 consistant à empêcher les effets néfastes des discours faux et ainsi à promouvoir la tolérance raciale et sociale. De fait, ce fut en partie la publication des déclarations néfastes et blessantes que leurs auteurs savaient fausses, au sujet du peuple juif, qui a mené à l'enfer de l'Holocauste. Les réalités de la société multiculturelle canadienne illustrent bien qu'il faut absolument protéger les minorités et préserver la mosaïque des cultures du Canada.

Par conséquent, le public a un intérêt marqué à ce qu'on empêche la publication volontaire de déclarations que leurs auteurs savent être fausses et qui portent gravement atteinte à la dignité fondamentale, et donc, à la sécurité et à

l'égalité d'autrui que les art. 7 et 15 de la *Charte* s'efforcent de garantir. Cet intérêt est maintenant considéré comme compris dans l'un des objets initiaux et permanents de l'art. 181 qui consiste à prévenir le préjudice causé par les mensonges délibérés et ainsi à promouvoir la tolérance raciale et sociale. Par ailleurs, le public a également intérêt à ce qu'on empêche les fausses déclarations qui sont de nature à menacer la sécurité de la nation. Bien que ce ne soit pas essentiel aux présents motifs, nous devons faire observer que l'art. 181 peut, tout aussi bien, s'appliquer à un particulier qui publie volontairement des déclarations qu'il sait être fausses mais qui ne sont pas dirigées contre un groupe, mais causent une atteinte grave à l'intérêt public en ce qui concerne la société dans son ensemble. Par exemple, la diffusion de nouvelles selon lesquelles des missiles intercontinentaux munis d'ogives nucléaires seront lancés sur le Canada dans moins d'une heure, lorsque son auteur sait que c'est faux, entrerait dans le champ d'application de l'art. 181.

Il est maintenant clair que, dans une société multiculturelle, on ne peut pas tolérer que la dissension soit semée par la publication de choses que l'auteur sait être fausses et qui attaquent la dignité humaine fondamentale et donc, la sécurité de chacun. Ces mensonges empoisonnent et détruisent les bases fondamentales d'une société libre et démocratique.

On peut facilement établir une distinction entre la qualification de l'objet de l'art. 181 et l'analyse fondée sur l'objet changeant qui a été critiquée dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité. Premièrement, le but initial de la loi contestée dans l'arrêt *Big M* était incontestablement religieux et, par conséquent, en contravention de l'al. 2a) de la *Charte*. Notre Cour a fait remarquer que l'objet de la

Loi sur le dimanche contestée, rendant obligatoire l'observance du dimanche, était établi depuis longtemps et avait été constamment confirmé par les tribunaux de notre pays (à la p. 331). Par contre, le but initial des textes qui ont précédé celui de l'art. 181 ne pourrait manifestement pas être considéré comme inconstitutionnel. La disposition a toujours visé la prévention du préjudice causé par les discours faux et, partant, la protection de la sûreté et de la sécurité de la collectivité.

Deuxièmement, l'argument qui n'a pas été retenu dans l'arrêt *Big M* préconisait un changement complet d'objet. Au lieu de l'objectif initial de l'observance religieuse, on a soutenu que le nouveau but était de prévoir un jour de repos purement laïque et universel. Par comparaison, l'objet n'a pas changé dans la présente affaire. Au lieu de créer un objet nouveau et différent comme dans l'affaire *Big M*, on a maintenu l'objet de l'article. L'engagement du Canada à enrayer l'intolérance et sa volonté de promouvoir le multiculturalisme et l'égalité soulignent l'importance et la portée de l'intérêt que le public a dans la protection contre le préjudice causé par les discours faux et, partant, dans le maintien de la tolérance raciale et sociale.

L'appui à la proposition selon laquelle un changement de l'accent dans la disposition est acceptable provient de l'arrêt *Butler*, précité. Il y a des siècles, les lois relatives à l'obscénité ont été adoptées afin de prévenir la corruption des mœurs des sujets du roi et, par conséquent, de protéger la paix du roi et du gouvernement (voir *Butler*, à la p. 473). Dans cet arrêt, toutefois, le juge Sopinka a conclu que l'objet des lois relatives à l'obscénité n'est plus la désapprobation morale mais plutôt le désir d'éviter que la société ne subisse un préjudice. Le juge Sopinka

cite, à la p. 495, les mots du juge Charron de la Cour de district dans la décision *R. c. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422, à la p. 443:

[TRADUCTION] Bien que l'on puisse encore trouver, dans la jurisprudence ultérieure à l'adoption du par. (8), un accent sur le respect des normes morales de décence relativement à l'expression en matière sexuelle, il est évident que le Parlement, de par le libellé qu'il a retenu, est, en 1959, allé au-delà de cette préoccupation étroite et a élargi la portée du texte législatif pour inclure d'autres préoccupations ayant trait aux choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur, à la cruauté et à la violence.

C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation indue que cet article vise. Le "préjudice" envisagé par le Parlement en 1959 ne serait peut-être pas exprimé de la même façon aujourd'hui. Le tribunal n'est pas limité, dans la détermination de cette question, à la perspective de 1959. Comme l'indique l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, ([1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 984):

Pour démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer a posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la loi à l'origine (. . .) Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif [. . .] Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l'époque de l'adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l'évolution des circonstances. [Nous soulignons.]

Le juge Sopinka a conclu en ajoutant que l'"accent mis dans la disposition a subi un changement acceptable lorsque les tribunaux, en l'interprétant, ont adopté le critère des normes sociales" (p. 496). De la même façon, en l'espèce, le libellé de l'art. 181 comprend un changement acceptable de l'accent mis dans la disposition avec son critère qui est fondé sur l'atteinte causée à l'intérêt public. Si l'on revient à l'inclusion de l'infraction dans le *Code criminel* et à la dernière modification apportée à l'article en 1955, on peut raisonnablement conclure qu'il y a eu un

changement dans les valeurs qui sous-tendent l'intérêt public en question. Comme dans l'arrêt *Butler*, ce changement a été incorporé dans le libellé de l'article même et il est donc acceptable.

Tout comme le critère des normes sociales qui a été appliqué au droit relatif à l'obscénité "doit nécessairement tenir compte de l'évolution des m{oe}urs" (*Butler*, précité, à la p. 477), le critère en vue de définir l'"atteinte [. . .] à quelque intérêt public" devrait tenir compte des valeurs changeantes de la société canadienne. Ces valeurs englobent le multiculturalisme et l'égalité, préceptes expressément prévus dans les dispositions de la *Charte*.

Un autre appui au changement acceptable de l'accent mis dans la disposition peut venir du libellé initial de la disposition dans *Digest of Criminal Law of Canada* de Burbridge en 1890. Comme nous l'avons déjà souligné, le professeur Scott, *loc. cit.*, soutient que l'inclusion du passage [TRADUCTION] "ou pouvant engendrer d'autres méfaits" dans le libellé initial est un "pont" reliant les emplois historique et prospectif de la disposition (à la p. 40):

[TRADUCTION] La réputation et le titre du roi étaient largement protégés contre les attaques par diverses lois, et les pairs et autres "magnats" ont progressivement abandonné le recours que leur conférait l'ancienne théorie du *scandalum magnatum* parce que le droit formulé en matière de diffamation écrite et verbale, ainsi que l'ouvrage au tribunal pour les juges, répondaient à tous leurs besoins. Il en découle que les peines pour la diffusion de nouvelles et d'histoires fausses" pourraient avoir été absorbées dans divers domaines spécialisés du droit, et aujourd'hui dans notre droit il pourrait n'avoir subsisté aucune trace d'un crime général de diffusion de fausses nouvelles, s'il n'avait eu une origine indépendante dans la notion de méfait public.

En nous fondant sur ce qui précède, nous concluons que l'objet de l'art. 181 est suffisamment urgent et réel pour justifier cette restriction limitée de la liberté d'expression. Le premier critère est donc respecté.

(3) Proportionnalité

L'étape suivante dans l'analyse fondée sur l'article premier consiste à déterminer si les moyens choisis pour réaliser l'objectif sont proportionnés aux fins visées.

(i) *Rapport entre l'expression en cause et les valeurs inhérentes à la liberté d'expression*

C'est à ce stade-ci qu'il faut procéder à un examen de la mesure dans laquelle l'expression en cause dans un cas particulier favorise la liberté d'expression. Dans l'arrêt *Keegstra*, le juge en chef Dickson a fait la mise en garde suivante (à la p. 760):

. . . 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 c{oe}ur de l'al. 2*b*).

Il ressort d'un examen minutieux des fondements philosophiques de notre engagement vis-à-vis de la liberté de parole que l'interdiction des mensonges délibérés qui fomentent le racisme est rendue obligatoire par l'engagement, fondé sur des principes, de favoriser les valeurs inhérentes à la liberté de parole. Selon la

théorie du libéralisme, l'État n'existe pas pour concevoir et imposer une vision unique de la belle vie mais pour fournir un endroit où des intérêts opposés puissent s'affronter dans un combat pacifique et raisonné afin d'élaborer des projets sociaux et individuels. Nous insérons la liberté de parole dans la Constitution parce que c'est une caractéristique essentielle d'humanité que de raisonner et de choisir, et afin de permettre à notre connaissance et à notre vision du bien d'évoluer. On croit que le risque de perdre un grain de vérité qui pourrait se cacher dans une théorie même dans celle qui peut sembler la plus dénuée de valeur justifie la liberté absolue d'expression. Toutefois, lorsqu'il n'y a aucune possibilité que le discours soit vrai parce que même sa source est au courant de sa fausseté, les arguments contre l'intervention de l'État perdent de leur force. Quand il est possible de démontrer positivement qu'un tel discours mine les valeurs démocratiques, ces arguments tombent dans l'oubli.

Notre collègue soutient qu'il peut parfois ne pas y avoir qu'une seule vérité. Dans la mesure où elle se fonde sur cet argument pour inclure même des discours pernicioeux dans le cadre de la protection accordée par l'al. 2b) de la *Charte*, nous sommes d'accord. Toutefois, lorsque vient le moment de concilier des intérêts opposés, aux termes de l'article premier, il convient de se rappeler que la société canadienne considère les déclarations délibérément fausses comme celles qui sont visées en l'espèce à partir de points de vue foncièrement différents.

L'ouvrage de l'appelant peut en fait susciter chez un tiers désintéressé un sain scepticisme à l'égard des ouvrages savants. Celui-ci peut également y trouver

une justification des sentiments de mépris envers les Juifs, les Africains, les Asiatiques ou envers quiconque s'oppose simplement au "racisme".

Pourtant, il existe un autre point de vue extrêmement pertinent concernant le discours, qui ne figure quand même pas dans le compte rendu de notre collègue. Nous sommes avertis, avec raison, qu'il y a de nombreuses leçons à tirer de l'histoire. L'une d'elles est que le marché des idées n'est pas un modèle adéquat; une autre est que les minorités sont vulnérables à la censure lorsqu'elles veulent s'exprimer. En fait, lorsque nous insistons sur le rôle que joue l'art. 181 pour permettre aux minorités de s'exprimer et d'être entendues, nous reconnaissons qu'il faut toujours bien prendre garde de veiller à ce qu'une disposition qui vise à atténuer l'oppression n'en devienne jamais une qui la fait commencer ou se perpétuer.

Toutefois, l'histoire nous enseigne également que les minorités ont plus souvent été la cible que les auteurs de discours. Protéger seulement le droit abstrait de s'exprimer des minorités sans traiter du bruit de fond de la majorité qui empêche de les entendre, c'est s'engager dans une analyse partielle. Cette position ne tient pas compte de l'inégalité qui existe entre ceux qui s'expriment ni du fait que ceux qui écoutent sont portés à croire les messages qui font déjà partie de la culture dominante. Elle reprend la position avancée en dissidence mais rejetée par la majorité dans l'arrêt *Keegstra* selon laquelle la liberté d'expression ne comporte que le droit "de diffuser ses idées" et non pas celui d'être respecté, "écouté ou cru".

Avec égards, nous nous estimons tenus de suivre l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Keegstra* selon laquelle il peut convenir de limiter l'expression que

protège l'al. 2b) aux termes de l'article premier lorsqu'une telle expression menace la dignité des membres du groupe cible et favorise la discrimination qui les exclut d'une pleine participation dans la société. Le professeur David Partlett examine cet équilibre délicat dans "From Red Lion Square to Skokie to the Fatal Shore: Racial Defamation and Freedom of Speech" (1989), 22 *Vand. J. Transnat'l L.* 431, aux pp. 459, 468 et 469:

[TRADUCTION] De plus, considérer le gouvernement comme le méchant revient à faire abstraction de sa capacité de s'exprimer sur les questions morales. Les actions du gouvernement sont accomplies sous le sceau de l'autorité. Le silence et l'action comporte des messages sociaux. Cela représente souvent la source de bien des mesures législatives anti-discriminatoires. Lorsque le gouvernement s'exprime non seulement il a un plus grand pouvoir pour redresser les torts mais il transmet le message moral que le comportement discriminatoire n'a pas sa place dans cette société.

...

Parce que le gouvernement représente une voix puissante, parfois irrésistible, il y a lieu d'en restreindre l'exercice avec grand soin.

Toutefois, il faut pousser l'argument plus loin. Le gouvernement -- dans la défense des intérêts de la tolérance, du pluralisme et de l'autonomie individuelle -- est tenu de s'exprimer sur des questions d'ordre moral pour le compte de ceux, dans la société, qui ne peuvent le faire. Le gouvernement facilite alors l'expression d'idées et il est difficile de contester l'action du point de vue de la liberté d'expression.

Le genre d'"expression" visée par l'art. 181 n'est lié que de façon ténue, et encore, aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. Dans l'arrêt *Keegstra*, le juge en chef Dickson a fait allusion à trois raisonnements pour protéger la liberté d'expression (à la p. 728):

(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; (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.

En ce qui concerne la recherche de la vérité, le juge en chef Dickson appuie la position selon laquelle la publication de faussetés délibérées et blessantes ne contribue pas à atteindre la vérité (aux pp. 762 et 763):

. . . plus il est certain qu'une déclaration est fausse 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.

La publication de mensonges délibérés est manifestement l'antithèse de la vérité. Une telle publication trompe d'une façon cruelle et calculée ceux qui cherchent la vérité.

Les valeurs d'enrichissement et d'épanouissement personnels sont également essentielles aux principes qui sous-tendent l'al. 2*b*). La publication de déclarations que leurs auteurs savent être fausses ne peut jamais permettre d'atteindre l'enrichissement et l'épanouissement personnels. Les fausses déclarations nuisibles interdites en vertu de l'art. 181 ne servent qu'à empêcher, d'une façon des plus

méprisable et avilissante, les membres de la société qui sont l'objet de ces mensonges de jouir de ces valeurs.

Le troisième raisonnement qui sous-tend la liberté d'expression concerne la participation à la prise de décisions sociales et politiques. Comme le déclare le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra* (à la p. 764):

L'expression peut [. . .] avoir l'effet d'affaiblir notre engagement envers la démocratie lorsqu'elle sert à répandre des idées contraires aux valeurs démocratiques.

À notre avis, les faussetés intentionnelles et préjudiciables renient les valeurs démocratiques en refusant le respect et la dignité à certains membres de la société, et par conséquent, à l'intérêt public dans son ensemble.

Il est important de reconnaître que la jurisprudence américaine appuie fortement la position selon laquelle l'État peut restreindre la publication de mensonges délibérés et nuisibles. Dans l'arrêt *Garrison c. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964), le juge Brennan déclare (à la p. 75):

[TRADUCTION] Les faussetés préméditées entrent dans la catégorie des déclarations qui "ne constituent pas une partie essentielle d'un exposé de concepts et ont une valeur sociale si minime en tant qu'étape vers la vérité que tout avantage que l'on pourrait en retirer doit céder le pas à l'intérêt qu'a la société pour la moralité et l'ordre public. . ." *Chaplinsky c. New Hampshire*, 315 U.S. 568, à la p. 572. En conséquence, la déclaration fautive faite sciemment et la déclaration fautive faite avec un mépris insouciant envers la vérité ne jouissent pas de la protection de la Constitution.

En résumé, cette analyse laisse entendre que l'art. 181, tout au plus, ne restreint que l'expression qui se situe à la limite des droits fondamentaux protégés par l'al. 2*b*). Par conséquent, les faussetés délibérées et blessantes telles que la propagande haineuse "ne devrai[en]t pas peser très lourd dans l'analyse fondée sur l'article premier" (le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Keegstra*, à la p. 765). On peut donc conclure que les limites à cette sorte d'expression seraient plus faciles à justifier que d'autres violations de l'al. 2*b*).

(ii) *Lien rationnel*

Il est indubitable que la suppression de la publication de mensonges délibérés et blessants a un lien rationnel avec l'objet de l'art. 181 qui est de protéger la société contre les préjudices découlant de faussetés préméditées et, partant, de promouvoir la sûreté et la sécurité de la collectivité. La possibilité que le discours ait des effets destructeurs a été admise dans le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* de 1966 (et adoptée dans l'arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 747) qui se lit ainsi au premier paragraphe de son avant-propos et à la p. 8:

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.

Aux XVIII^e et XIX^e siècles, on croyait généralement que l'homme était une créature raisonnable et que si son esprit était formé, et libéré de la superstition par le savoir, il finirait toujours par distinguer la vérité de l'erreur, le bien du mal.

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 de la propagande impudente comme celle d'Hitler ont émué sensiblement notre foi en la raison de l'homme. [Nous soulignons.]

Le racisme détruit les liens qui unissent une démocratie. Le législateur s'efforce de faire en sorte que son engagement envers l'égalité sociale ne soit pas simplement un slogan mais une réalité manifeste. Lorsqu'un groupe vulnérable dans la société fait l'objet de menaces à cause de sa position en tant que groupe historiquement opprimé, nous en sommes tous d'autant plus appauvris. On doit évaluer et juger une société selon les protections qu'elle offre aux membres ou groupes vulnérables qui la composent. Lorsque l'intolérance raciale et sociale est fomentée par la manipulation délibérée de personnes de bonne foi au moyen d'inventions sans scrupule, la restriction de l'expression de pareils propos a un lien rationnel avec son élimination.

(iii) *Atteinte minimale*

Même s'il existe un lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté. L'appelant soutient que l'art. 181 est trop général et pourrait viser des moyens d'expression qui ne se rapportent pas à l'objectif du législateur. Il prétend que cette disposition pourrait restreindre les

{oe}uvres de fiction fondées sur des faits, les "romans historiques", un certain journalisme d'opinion et des ouvrages universitaires impopulaires ou non conformistes. Ce sont là des préoccupations relatives à un effet paralysant à l'égard de l'expression.

a) Texte de l'art. 181

Il ressort d'une simple lecture superficielle de l'art. 181 qu'il ne sera jamais facile pour le ministère public d'obtenir une déclaration de culpabilité aux termes de cet article. Il doit être démontré que l'accusé

(1) a volontairement publié une fausse déclaration de fait présentée comme étant la vérité

(2) qu'il savait fausse et

(3) qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

On pourrait croire qu'il serait suffisamment difficile pour le ministère public de démontrer que la déclaration contestée que l'accusé a volontairement publiée était fausse et qu'il savait qu'elle l'était. Toutefois, l'article exige également que le ministère public démontre que la déclaration est de nature à causer une atteinte à quelque intérêt public.

En l'espèce, le ministère public a présenté une preuve claire, forte et accablante pour établir chaque élément de l'infraction. Cette preuve, exposée précédemment, a certainement constitué un fondement solide en vertu duquel le jury pouvait, à bon droit, conclure à la culpabilité de Zundel. À ce stade, il est important de souligner que, comme ce fut le cas en l'espèce, le juge du procès doit, dans ses directives, expliquer au jury que l'accusé ne doit pas être jugé sur le caractère impopulaire de ses croyances.

Pour obtenir un acquittement aux termes de l'art. 181, il suffit qu'il y ait un doute raisonnable relativement à la publication volontaire des déclarations présentées comme étant la vérité, à la fausseté des déclarations, à la connaissance de la fausseté ou à la probabilité d'atteinte à l'intérêt public. Toute incertitude quant à la nature du discours doit profiter à l'accusé. En fait, lorsque le discours en cause n'est pas fondé sur des faits ou est tellement vague qu'il ne présente aucune affirmation claire susceptible d'être confirmée ou niée, il n'est pas visé par cet article. Ces facteurs militent clairement en faveur de l'accusé. Le ministère public, dans son mémoire, a résumé de façon précise les aspects de l'art. 181 qui font en sorte qu'il n'y aura qu'une atteinte minimale à la liberté d'expression:

[TRADUCTION] L'article n'a pas pour objet d'interdire l'expression d'idées ou de simples opinions, même si elles peuvent constituer une menace grave à un intérêt public. Il ne vise que les déclarations de fait dont le ministère public peut démontrer la fausseté hors de tout doute raisonnable. Dans les cas où le ministère public ne peut s'acquitter de cette charge, l'intérêt public est laissé sans protection. L'article ne vise pas toutes les fausses déclarations de fait mais uniquement celles dont l'accusé est au courant de la fausseté. Il ne vise pas toutes les déclarations de fait dont l'accusé est au courant de la fausseté mais seulement celles que l'accusé a délibérément choisi de rendre publiques. Il ne vise pas toutes les déclarations de fait dont l'accusé est au courant de la fausseté qui causent ou sont de nature à causer une atteinte. Une

atteinte, même grave, à un *particulier* en raison de la fausseté n'est pas pertinente aux termes de l'art. 181. La possibilité qu'il y ait une atteinte même à un intérêt *public* échappe également à l'application de l'article car celui-ci exige que l'atteinte à un tel intérêt soit vraisemblable ou en fait qu'elle se produise. [En italique dans l'original.]

Pour que l'accusé soit déclaré coupable aux termes de l'art. 181, il est évident que le ministère public doit s'acquitter d'une charge très lourde qui consiste à démontrer tous les éléments de l'infraction.

Fondamentalement, l'argumentation de l'appelant porte essentiellement sur le fait que l'art. 181 constitue une limite injustifiable à la liberté d'expression. Dans le présent contexte, un tel argument serait plus précisément qualifié d'argument à l'appui de la liberté de mentir de l'appelant. Aux termes de l'art. 181, l'appelant est libre de débiter tous des mensonges qu'il veut en privé. En vertu de cet article, il est libre de publier des mensonges qui ont un effet général bénéfique ou neutre. Ce n'est que lorsque la publication délibérée de faits erronés est susceptible de porter gravement atteinte à un intérêt public que l'article contesté est invoqué. Cette atteinte minimale à la liberté de mentir s'inscrit dans la catégorie générale des infractions du *Code criminel* qui punissent le mensonge. Ces infractions comprennent notamment les dispositions qui traitent de la fraude, des faux, des faux prospectus, du parjure et du libelle diffamatoire.

La possibilité de harcèlement illégal de la part de la police a peu ou pas d'importance à l'égard de l'effet proportionnel entre la disposition législative qui interdit les mensonges délibérés et blessants et les objectifs légitimes du législateur. Il en découle que l'argument fondé sur la possibilité hypothétique de harcèlement

peut être rejeté, comme dans l'arrêt *Keegstra*. Bien que l'appelant et l'Association canadienne des libertés civiles soutiennent que l'art. 181 est trop général, il est important de souligner qu'il n'y a eu que trois autres poursuites en vertu de cet article "général" et seulement une (*Hoaglin*, précité) a eu gain de cause. On peut sans doute attribuer l'utilisation peu fréquente de cet article au fardeau extrêmement onéreux qui incombe au ministère public de démontrer l'infraction. Toutefois, le fait qu'il soit rarement utilisé ne devrait pas être invoqué à l'encontre de son utilité.

b) Les faits par rapport à l'opinion

On a soutenu qu'il n'était pas possible d'établir une distinction cohérente entre les déclarations d'opinion et les affirmations de fait et, par conséquent, que l'art. 181 a une portée excessive. Une déclaration, une histoire ou une nouvelle est une expression qui, prise dans son ensemble et interprétée selon le contexte, transmet une affirmation d'un fait ou de faits et non simplement l'expression d'une opinion. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le juge du procès a exposé au jury que l'élément principal de la distinction est la possibilité de démontrer la fausseté. L'expression qui consiste en une déclaration susceptible d'être prouvée et d'être contredite est une affirmation de fait; l'expression qui offre simplement une interprétation de fait qui peut être adoptée ou rejetée selon sa force ou son intérêt normatif constitue une opinion.

Cette analyse est étayée par les distinctions utilisées dans les lois sur la diffamation au Canada et aux États-Unis (voir R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (1987), vol. 1, à la p. 678, et *Ollman c. Evans*, 750 F.2d 970 (D.C. Cir.

1984) (en banc), *certiorari* refusé, 471 U.S. 1127 (1985)). On a établi quatre critères utiles pour permettre de faire une distinction entre un fait et une opinion: le caractère précis des termes utilisés, la possibilité de vérifier, le contexte linguistique et le contexte social. Tous les critères ont un même thème: l'examen de la réaction d'un lecteur raisonnable.

La déclaration doit avoir une signification suffisamment précise pour transmettre des faits. L'allégation selon laquelle X est corrompu n'est pas une affirmation de fait parce qu'il n'y a aucune allégation précise et parce qu'elle utilise des termes qui n'ont pas de signification précise. Toutefois, une allégation selon laquelle X est corrompu parce qu'il détourne des fonds de son employeur transmet des faits suffisamment sûrs pour qu'elle soit qualifiée de prétention de fait.

La déclaration doit être vérifiable par une preuve ou une réfutation empiriques. Une allégation selon laquelle X est un agent du KGB peut être vérifiée de façon empirique et, par conséquent, il s'agit d'une allégation de fait; une allégation selon laquelle le tempérament d'une personne la destinerait à un tel travail ne peut être vérifiée et, par conséquent, elle constitue l'expression d'une opinion. Une déclaration selon laquelle les hot-dogs produits par une personne sont faits de bœuf à cent pour cent est une prétention de fait vérifiable; une déclaration selon laquelle ils sont délicieux exprime une opinion.

La déclaration doit être faite dans un contexte linguistique dans lequel elle sera comprise comme étant un fait plutôt qu'une opinion. Les allégations qui paraissent dans le contexte d'un article satirique ne sont pas susceptibles d'être

interprétées comme des faits même lorsqu'elles sont exprimées sous une forme factuelle. Quelquefois le contexte lui-même, comme dans le cas du journal underground irrévérencieux dans l'arrêt *Kirby*, précité, fournira au lecteur des indices selon lesquels il ne doit pas considérer le contenu comme étant véridique. Toutefois, les allégations qui sont précédées de mises en garde qu'il s'agit seulement d'opinions peuvent également constituer des prétentions de fait si elles comportent tellement de faits que la mise en garde est faite uniquement dans le but d'éviter la responsabilité relativement à des allégations de fait.

Enfin, la déclaration doit être examinée dans son contexte social plus général. Certaines formes d'expression, comme des périodiques universitaires, obtiennent plus de crédibilité et ont une tradition d'authenticité qui influence leur interprétation, alors que d'autres, comme des affiches politiques ou des pamphlets, ont une tradition de rhétorique hyperbolique. Le lecteur raisonnable accordera beaucoup plus de crédit à des déclarations, comme dans la brochure visée en l'espèce, qui sont déguisées comme étant le résultat d'une recherche documentée.

On a soutenu que l'art. 181 est trop général parce qu'il n'exige pas que le juge du procès expose au jury la distinction entre un fait et une opinion comme question de droit, mais qu'il la laisse plutôt à son appréciation comme question de fait. L'appelant soutient que si les règles formulées dans l'arrêt *Ollman* (c.-à-d. les quatre critères énoncés précédemment) avaient été appliquées aux documents visés en l'espèce, l'affaire n'aurait jamais été soumise à l'appréciation du jury. Il est difficile de voir de quelle façon cet argument peut aider l'appelant. Au contraire, il semble indiquer clairement que les déclarations qualifiées d'"histoire révisionniste"

peuvent être interprétées comme des allégations de fait plutôt que comme l'expression d'une opinion, malgré les protestations au contraire. La brochure *Did Six Million Really Die?* formule des prétentions précises au sujet d'incidents historiques distincts et du contenu de documents historiques publics. Ces déclarations peuvent être vérifiées par l'examen de ces documents. La brochure se veut un ouvrage érudit sérieux. Le travail d'historiens sérieux qui prétendent être arrivés à des conclusions raisonnées après un examen approfondi des sources principales est une forme d'expression à laquelle on accorde beaucoup de crédit. Une application des critères de l'arrêt *Ollman* confirme que le jury était clairement apte à établir une distinction entre un fait et une opinion comme le juge du procès le demandait dans ses directives.

L'appelant soutient que l'histoire n'est qu'une question d'interprétation. Il soutient qu'il n'existe pas de vérité historique objective parce que nous n'interprétons pas les faits d'une façon irréfléchie mais dans une perspective théorique. Par conséquent, l'appelant soutient qu'affirmer que nous pouvons arriver à certaines conclusions sur ce qui s'est réellement produit à un certain moment dans l'histoire c'est faire une prétention épistémologique impossible ou accorder un crédit injustifié à une perspective théorique unique. En fait, il est vrai qu'aucune théorie historique ne peut être démontrée ou réfutée, bien qu'on puisse démontrer qu'elle est plus ou moins irréfutable ou complète. Toutefois, l'appelant cherche à établir une théorie épistémologique complexe pour défendre ce qui n'est, au mieux, qu'une "publication savante" des plus mesquine et, au pire, du pur charlatanisme. L'appelant n'a pas été déclaré coupable parce qu'il a mal interprété des documents relatifs à des faits mais parce qu'il a entièrement et délibérément faussé leur contenu. Lorsqu'il

cite le journal de Goebbels et prétend qu'il dit telle chose quand, en fait, il dit telle autre chose, l'appelant ne donne pas une autre interprétation du document mais fabrique des faits dont la fausseté est démontrée par les documents mêmes auxquels il a fait référence.

Les tribunaux traitent tous les jours de la question de la véracité et de la fausseté de déclarations. Chaque fois qu'il s'agit d'une accusation de fraude ou de fabrication d'un faux prospectus, le tribunal doit déterminer s'il y a eu des fausses déclarations. On peut de même démontrer la véracité ou la fausseté de "faits" historiques dans le contexte de l'art. 181. Peut-on dire que la France n'a pas été occupée par les forces allemandes en 1940; ou que l'évacuation de Dunkerque n'a jamais eu lieu; que la bataille d'Angleterre n'est rien d'autre qu'une illusion; que Londres n'a jamais été bombardée; que les villes allemandes n'ont jamais été attaquées par les forces aériennes alliées; que le débarquement de Normandie de juin 1944 n'est rien de plus qu'un rêve? La fausseté de ces déclarations peut être démontrée hors de tout doute raisonnable si l'on se réfère à des documents historiques fiables comme ceux qui ont été présentés à titre d'éléments de preuve lors du procès de l'appelant. Ce qui peut être démontré comme des fausses déclarations, comme celles que Zundel a publiées tout en sachant qu'elles étaient fausses, peut et doit s'inscrire dans le cadre de l'art. 181.

Dans *The Holocaust Denial: Antisemitism, Racism & the New Right* (1986), à la p. 105, le professeur Gill Seidel souligne la lacune qui existe dans la perspective théorique de ceux qui défendent sans discernement le genre d'"histoire révisionniste" visée en l'espèce. Elle fait remarquer que ceux qui, sans esprit

critique, défendent la liberté d'expression de ceux qui tiennent ce genre de discours n'agissent pas nécessairement de mauvaise foi. Toutefois, il manque un point essentiel à leur analyse:

[TRADUCTION] [E]n favorisant l'éclosion de milliers de versions de l'histoire tout en refusant d'en qualifier une d'acceptable, [Thion] remplace une vision officielle de l'histoire (qu'il a certainement raison de rejeter) par une gamme d'exposés non différenciés et également bien pesés. Le problème est qu'une telle gamme ne tient pas compte des rapports de force. C'est un genre de libre marché de l'histoire.

...

[Toutefois, cette orientation] ne lui permet pas de voir, encore moins d'accepter, que Faurisson et les autres visent à remplacer le climat anti-nazi actuel par un consensus en faveur du nazisme, et que, pour arriver à cette fin, ils jouent des jeux intellectuels en utilisant un langage théorique anti-autoritaire. [Nous soulignons.]

Contrairement à des ouvrages qui visent à récrire des histoires traditionnelles du point de vue des minorités et d'autres groupes qui ne se sont pas fait entendre jusqu'à présent, l'appelant n'a pas adopté une perspective nouvelle, n'a pas mis à jour des sources non traditionnelles et n'a pas donné une nouvelle interprétation à des documents traditionnels. Il a menti. La critique profondément enracinée du "révisionnisme" n'est pas dirigée contre ses opinions sur l'histoire, mais contre sa manipulation et son invention de faits fondamentaux. Cette critique a été exprimée par 34 historiens français dans une lettre adressée au journal *Le Monde* (le 21 février 1979), qui traite de la controverse entourant l'oeuvre de l'historien français Faurisson:

Chacun est libre d'interpréter un phénomène comme le génocide hitlérien selon la philosophie qui est la sienne. Chacun est libre de le confronter ou de ne pas le confronter avec d'autres entreprises de meurtres,

antérieures, contemporaines, postérieures. Chacun est libre de se référer à tel ou tel type d'explication; chacun est libre, à la limite, d'imaginer ou de rêver que ces faits monstrueux n'ont pas eu lieu. Ils ont malheureusement eu lieu et personne ne peut en nier existence sans outrager la vérité.

(Cité par le professeur Lucy S. Dawidowicz, "Lies About the Holocaust" (1980), 70:6 *Commentary* 31, à p. 37.)

L'appelant soutient qu'il est un Galilée des temps modernes sacrifié sur l'autel de l'opinion reçue. En fait, un Galilée ne pourrait être visé par l'art. 181. Galilée a souligné le mouvement apparent des planètes et a soutenu, contrairement au dogme accepté par l'Église et l'État, que la terre n'est pas le centre de l'univers mais qu'elle tourne autour du soleil. Son argument ne constituait pas une falsification délibérée des faits. Il a plutôt soutenu que sa théorie pour expliquer la signification des faits était plus claire et plus complète.

En revanche, l'appelant présente un faux problème qui ne peut être réglé par la conciliation des interprétations contraires de la même preuve précisément parce que, en fait, il n'est pas fondé sur la preuve mais sur une représentation trompeuse ou une pure invention. On ne peut régler par un débat raisonné le conflit entre les affirmations faites par l'appelant et celles des historiens orthodoxes de l'Holocauste. Les historiens orthodoxes mentionnent des sources qui appuient leurs théories; l'appelant et d'autres historiens "révisionnistes" présentent des documents qui n'existent pas ou qui ne disent pas ce qu'ils prétendent qu'ils disent. La brochure *Did Six Million Really Die?* ne s'inscrit pas dans le cadre des opinions reçues relativement à la réalité parce qu'elle ne fait pas partie de la réalité. Au nom de l'intégrité de la connaissance, l'appelant réclame le droit de semer la pagaille dans les mécanismes de la connaissance.

Nous devons souligner à nouveau que l'art. 181 ne porte pas sur les opinions de l'appelant. Même si elles pouvaient être visées par l'art. 319, la disposition relative à la propagande haineuse, il ressort clairement de l'acquittement de l'appelant à l'égard d'une accusation au procès relativement à *The West, War and Islam!* et du retrait d'une accusation subséquente contre lui pour avoir exprimé ces mêmes opinions (*R. c. Zundel*, C. prov. Ont., le 18 septembre 1987, le juge Babe, inédit) que cet article n'est pas utilisé et ne l'a pas été contre ceux qui expriment des points de vue impopulaires, contraires à l'intuition ou socialement indésirables. Ce qui est interdit, c'est la tentative d'amener des personnes à adopter ce point de vue et de porter préjudice à des membres désavantagés de la société par la manipulation la plus éhontée.

L'article ne visera pas un anthropologue qui propose des théories controversées soulignant des faits authentiques défendables mais qui émet des hypothèses erronées ayant des conséquences racistes. Aussi répréhensibles que puissent être le contenu, les déductions ou le motif, ces propos ne pourraient être visés par l'art. 181 en l'absence de preuve hors de tout doute raisonnable de la fausseté des faits établis sur lesquels la théorie est fondée et de la connaissance par l'accusé de cette fausseté. Par exemple, le théoricien qui soutient que des différences objectives dans la capacité crânienne se traduisent par la supériorité intellectuelle des hommes sur les femmes serait contesté dans un débat raisonné par des théoriciens rivaux qui soutiennent des interprétations plus crédibles qui ne sont pas fondées sur un préjugé inexprimé. Par ailleurs, des situations comme l'espèce, où l'accusé fabrique délibérément des faits établis pour appuyer ses théories, rendent impossible la tenue d'un débat rationnel.

L'article 181 ne pourrait pas non plus être invoqué dans les exemples cités par notre collègue. Le juge McLachlin mentionne le cas du médecin qui exagère le nombre de personnes infectées par un virus afin de convaincre les gens de se faire vacciner pour prévenir une épidémie naissante et celui de la personne qui, sciemment, cite des statistiques erronées afin de prévenir la cruauté envers les animaux. Ces deux exemples d'expression non seulement ne soulèvent pas la possibilité d'atteinte à un intérêt public mais, en fait, auraient un effet général bénéfique ou neutre pour la société. Par contre, un accusé ne pourrait être déclaré coupable aux termes de l'art. 181 qu'en l'absence de tout doute raisonnable concernant une atteinte très grave à l'intérêt public.

Les arguments invoqués par l'appelant ne sont pas nouveaux. Les mensonges délibérés qui provoquent le racisme sont des vestiges répugnants de notre histoire collective. Toutefois, même avec des notes en bas de page et des titres de chapitre, le racisme demeure fondamentalement du racisme et devrait être traité comme tel. L'article 181 sert à empêcher le préjudice causé par des mensonges délibérés et blessants. Il est, par conséquent, bien adapté pour répondre au préjudice causé par des campagnes de diffamation déguisées en pseudo-science.

c) Autres moyens de réaliser les objectifs du législateur

Enfin, la présence de mesures législatives en vigueur contre la propagande haineuse ne devrait pas jouer contre la nécessité ou la validité de l'art. 181. On a soutenu que l'art. 181 était une simple répétition des dispositions contre la propagande haineuse du *Code criminel* et qu'il n'était donc pas valide. Un

tel argument ne devrait pas être accepté. Il existe de nombreuses dispositions du *Code criminel* qui se chevauchent dans une certaine mesure mais qui sont néanmoins valides. Par exemple, l'arrêt *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160, traitait d'une accusation en vertu du par. 163(2) du *Code* qui interdisait de participer à une représentation "immorale, indécente ou obscène". Notre Cour a conclu qu'il n'était pas pertinent que le législateur fédéral ait adopté l'infraction distincte d'être nu dans un endroit public. On a fait remarquer que la nudité n'était pas le seul facteur qui permettait de déterminer si la représentation était immorale.

De même, le fait que le législateur ait adopté des dispositions contre la propagande haineuse ne rend pas l'art. 181 invalide. L'article vise à décourager la communication publique de faussetés blessantes. Il convient de rappeler que l'accusé sait que ces déclarations de fait sont des mensonges. Un air de malveillance, envahissant et nocif, entoure leur projet délibéré de manipuler les gens. La nature trompeuse de la publication délibérée de fausses déclarations de fait peut, dans certaines circonstances, être encore plus odieuse que la publication d'opinions haineuses qui au moins expriment les convictions de la personne qui les publie. Ainsi, l'art. 181 joue toujours un rôle important dans une société multiculturelle et démocratique. Il fait ressortir la répugnance de la société canadienne à l'égard de la publication volontaire de choses que l'auteur sait être fausses et qui portent atteinte à l'intérêt public par leurs attaques contre des groupes identifiables aux termes de l'art. 15 de la *Charte* et, par conséquent, contre l'ensemble de la société.

Comme le juge en chef Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Keegstra*, le gouvernement peut légitimement utiliser diverses mesures pour atteindre son

objectif. De manière générale, il est plus facile, par l'information et l'éducation, de promouvoir la tolérance raciale et sociale et de prévenir le préjudice causé par des faussetés préméditées et blessantes. Les dispositions législatives en matière de droits de la personne peuvent, dans certaines circonstances, être suffisantes pour traiter d'un problème particulier dans ce domaine. Néanmoins, la force du droit pénal doit être réservée aux cas extrêmes, comme l'espèce. Dans un tel cas, où existe la possibilité qu'il y ait atteinte grave à l'intérêt public, il est nécessaire d'envoyer un message clair par la répudiation du préjudice causé par l'appelant.

Par exemple, il est vrai que la formation des conducteurs et les peines prévues par les Codes de la route peuvent suffire pour régler la plupart des conducteurs. Néanmoins, le droit pénal est utilisé pour démontrer la répugnance de la société à l'égard du conducteur en état d'ébriété qui est susceptible d'infliger des blessures à autrui. Le droit pénal a également un rôle important à jouer pour décourager et punir ceux qui publient sciemment des faussetés susceptibles de porter atteinte à un intérêt public.

Somme toute, il serait difficile d'imaginer une mesure qui constituerait une atteinte moindre à un genre d'expression qui se situe à la limite extrême du droit protégé. Par conséquent, nous concluons que l'art. 181 ne porte pas indûment atteinte au droit à la liberté d'expression.

(iv) *Proportionnalité entre les effets et l'objectif*

À ce stade de l'analyse fondée sur l'article premier, il convient d'évaluer l'importance de l'objectif de l'État par rapport à l'effet des limites imposées à la liberté. Comme nous l'avons souligné précédemment, l'"expression" visée en l'espèce est défavorable aux valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Le genre de faussetés visées par cet article ne sert qu'à faire obstacle et à porter atteinte au débat démocratique. La disposition contestée, l'art. 181, est libellée de façon restreinte de manière à porter atteinte le moins possible à l'al. 2*b*). Bref, l'interdiction de la publication volontaire de ce que l'auteur sait être des mensonges délibérés est proportionnelle à l'importance de la protection de l'intérêt qu'a le public dans la prévention des préjudices causés par les faux discours et, partant, dans la promotion de la tolérance raciale et sociale dans une démocratie multiculturelle.

(4) Résumé de l'évaluation fondée sur l'article premier et conclusion

À la fin de cette analyse détaillée, il vaut la peine de revenir en arrière et d'examiner ce qui est évalué.

D'une part, il y a l'art. 181, qui porte atteinte de façon minimale à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*). En réalité, on ne saurait dire que l'interdiction de la publication volontaire de fausses déclarations que l'auteur sait être fausses constitue une atteinte aux valeurs fondamentales de l'al. 2*b*). L'atteinte est plutôt à l'extrême limite de ces valeurs. De plus, l'article peut jouer un rôle important pour encourager le multiculturalisme et la tolérance raciale et religieuse en démontrant que la société canadienne a en horreur la diffusion de ce que l'auteur sait

être des mensonges qui portent atteinte aux personnes et groupes minoritaires vulnérables et les dénigrent.

D'autre part, l'art. 181 assure une protection maximale à l'accusé. Il exige que le ministère public démontre hors de tout doute raisonnable que l'accusé a publié volontairement des fausses déclarations de fait présentées comme étant la vérité et que leur publication a porté atteinte ou était susceptible de porter atteinte à l'intérêt public. Toute incertitude quant à la nature du discours doit profiter à l'accusé. Si l'on doit utiliser le processus de pondération en vertu de l'article premier pour démontrer qu'un article du *Code criminel* peut être justifié dans une société libre et démocratique, la présente espèce s'y prête tout particulièrement.

Il y aurait lieu d'appuyer une disposition législative comme celle en cause qui vise la protection du public contre la tromperie et l'agression et qui assure en même temps la plus grande protection possible pour l'accusé. Il serait directement contraire aux principes énoncés par notre Cour d'appliquer la *Charte* pour annuler l'art. 181. L'article peut être justifié dans notre société canadienne libre et démocratique.

V. Dispositif

En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Oui.

2. Oui.

3. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli, les juges GONTHIER, CORY et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureur de l'appelant: W. J. Blacklock, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

*Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai
Brith Canada: Cooper, Sandler, West & Skurka, Toronto; Dale, Streiman & Kurz,
Brampton.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Blake, Cassels &
Graydon, Toronto.*