

Ernst Zundel *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Civil Liberties Association, the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada and the Canadian Jewish Congress *Interveners*

INDEXED AS: R. v. ZUNDEL

File No.: 21811.

1991: December 10: 1992: August 27.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Spreading false news — Criminal Code prohibiting wilful publication of false statement or news that person knows is false and that is likely to cause injury or mischief to a public interest (s. 181) — Whether s. 181 of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 181 justifiable under s. 1 of Charter — Vagueness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 181.

Criminal law — Spreading false news — Freedom of expression — Criminal Code prohibiting wilful publication of false statement or news that person knows is false and that is likely to cause injury or mischief to a public interest (s. 181) — Whether s. 181 of Code infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 181 upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 181.

Ernst Zundel *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **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

^d 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.

^e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

^f *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.*

^g *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.*

The accused was charged with spreading false news contrary to s. 181 of the *Criminal Code*, which provides that "[e]very one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment . . .". The charge arose out of the accused's publication of a pamphlet entitled *Did Six Million Really Die?* The accused had added a preface and afterword to an original document, which had previously been published by others in the United States and England. The pamphlet, part of a genre of literature known as "revisionist history", suggests, *inter alia*, that it has not been established that six million Jews were killed before and during World War II and that the Holocaust was a myth perpetrated by a worldwide Jewish conspiracy. The accused was convicted after a lengthy trial. On appeal, his conviction was upheld on constitutional grounds but struck down for errors in admitting evidence and in the charge to the jury. The matter was sent back for a new trial. The accused was again convicted and his conviction was affirmed by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether s. 181 of the *Code* infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether s. 181 is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Held (Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Section 181 of the *Criminal Code* is unconstitutional.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.: Section 181 of the *Code* infringes the guarantee of freedom of expression. Section 2(b) of the *Charter* protects the right of a minority to express its view, however unpopular it may be. All communications which convey or attempt to convey meaning are protected by s. 2(b), unless the physical form by which the communication is made (for example, a violent act) excludes protection. The content of the communication is irrelevant. The purpose of the guarantee is to permit free expression to the end of promoting truth, political or social participation, and self-fulfilment. That purpose extends to the protection of minority beliefs which the majority regards as wrong or false. Section 181, which may subject a person to criminal conviction and potential imprisonment because of words he published, has undeniably the effect of restricting freedom of expression and, therefore, imposes a limit on s. 2(b).

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).

Given the broad, purposive interpretation of the freedom of expression guaranteed by s. 2(b), those who deliberately publish falsehoods are not, for that reason alone, precluded from claiming the benefit of the constitutional guarantees of free speech. Before a person is denied the protection of s. 2(b), it must be certain that there can be no justification for offering protection. The criterion of falsity falls short of this certainty, given that false statements can sometimes have value and given the difficulty of conclusively determining total falsity.

Section 181 of the *Code*, unlike s. 319 at issue in *Keegstra*, is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. In determining the objective of a legislative measure for the purposes of s. 1, the Court must look at the intention of Parliament when the section was enacted or amended. It cannot assign objectives, nor invent new ones according to the perceived current utility of the impugned provision. Although the application and interpretation of objectives may vary over time, new and altogether different purposes should not be devised. Here, while s. 181 may be capable of serving legitimate purposes, Parliament has identified no social problem, much less one of pressing concern, justifying it. The provision originally focused on the prevention of deliberate slanderous statements against the nobles of the realm to preserve political harmony in the state. To suggest now that its objective is to combat hate propaganda or racism is to go beyond its history and its wording and to adopt the "shifting purpose" analysis this Court has rejected. Such an objective, moreover, hardly seems capable of being described as a "nuisance", the rubric under which Parliament has placed s. 181, nor as the offence's target of mere "mischief" to a public interest. Furthermore, if the simple identification of the (content-free) goal of protecting the public from harm could constitute a "pressing and substantial" objective, virtually any law would meet the first part of the onus imposed upon the Crown under s. 1. Justification under s. 1 requires more than the general goal of protection from harm common to all criminal legislation; it requires a specific purpose so pressing and substantial as to be capable of overriding the *Charter's* guarantees. The lack of any ostensible purpose justifying s. 181 led the Law Reform Commission of Canada to recommend repeal of the section, labelling it as "anachronistic". It is also significant that the Crown could point to no other free and democratic country with criminal legislation of this type. The fact that s. 181 has been rarely used despite its long history supports the view that it is hardly essential to the maintenance of a free and democratic society. The retention

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 commun 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

of s. 181 is not necessary to fulfil any international obligation undertaken by Parliament. In the absence of an objective of sufficient importance to justify overriding the right of free expression, s. 181 cannot be upheld under s. 1 of the *Charter*. Other provisions, such as s. 319(2) of the *Code*, deal with hate propaganda more fairly and more effectively. Still other provisions seem to deal adequately with matters of sedition and state security.

Even if the Court were to attribute to s. 181 the objective of promoting racial and social tolerance and to conclude that such objective was so pressing and substantial as to be capable of overriding a fundamental freedom, s. 181 would still fail to meet the proportionality test which prevailed in *Keegstra*. First, assuming a rational link between s. 181 and the objective of social harmony, the section is too broad and more invasive than necessary to achieve that aim. The phrase "statement, tale or news", while it may not extend to the realm of true opinion, obviously encompasses a broad range of historical and social speech, going well beyond what is patent or provable to the senses as a matter of "pure fact". What is an assertion of fact, as opposed to an expression of opinion, is a question of great difficulty and the question of falsity of a statement is often a matter of debate. But the greatest danger of s. 181 lies in the undefined phrase "injury or mischief to a public interest", which is capable of almost infinite extension. To equate the words "public interest" with the protection and preservation of certain *Charter* rights or values, such as those in ss. 15 and 27, is to engage in an impermissible reading in of content foreign to the enactment. The range of expression potentially caught by the vague and broad wording of s. 181 extends to virtually all controversial statements of apparent fact which might be argued to be false and likely to do some mischief to some public interest, regardless of whether they promote the values underlying s. 2(b). Not only is s. 181 broad in contextual reach; it is particularly invasive because it chooses the most draconian of sanctions to effect its ends. There is thus a danger that s. 181 may have a chilling effect on minority groups or individuals, restraining them from saying what they would like for fear that they might be prosecuted. Second, when the objective of s. 181 is balanced against its potential invasive reach, the limitation of

révéléateur 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

freedom of expression is disproportionate to the objective envisaged. The value of liberty of speech, one of the most fundamental freedoms protected by the *Charter*, needs no elaboration. By contrast, the objective of s. 181, in so far as an objective can be ascribed, falls short of constituting a countervailing interest of the most compelling nature. Further, s. 181 could support criminalization of expression only on the basis that the sanction was closely confined to situations of serious concern.

Per Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. (dissenting): The deliberate publication of statements known to be false, which convey meaning in a non-violent form, falls within the scope of s. 2(b) of the *Charter*. The sphere of expression protected by the section has been very broadly defined to encompass all content of expression irrespective of the particular meaning sought to be conveyed unless the expression is communicated in a physically violent form. Freedom of expression is so important to democracy in Canada that even those statements on the extreme periphery of the protected right must be brought within the protective ambit of s. 2(b). In enacting s. 181 of the *Code*, Parliament sought to restrict, not all lies, but only those that are wilfully published and that are likely to injure the public interest. Although the targeted expression is extremely limited, the provision does have as its purpose the restriction of free expression. Section 181, therefore, constitutes an infringement of s. 2(b).

Section 181 of the *Code* is sufficiently precise to constitute a limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*. The citizen knows that to be at risk under this section, he must wilfully publish a false statement knowing it to be false. Further, the publication of those statements must injure or be likely to injure the public interest. The fact that the term "public interest" is not defined by the legislation is of little significance. The courts play a significant role in the definition of words and phrases used in the *Code* and other enactments. The term "public interest", which is widely used in federal as well as provincial statutes, must be interpreted in light of the legislative history of the particular provision in which it appears and the legislative and social context in which it is used. In the context of s. 181, the term "public interest" should be confined to those rights rec-

sanctions les plus draconiennes pour réaliser ses fins. 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

ognized in the *Charter* as being fundamental to Canadian democracy. It need not be extended beyond that. As an example, the rights enacted in ss. 7, 15 and 27 of the *Charter* should be considered in defining a public interest. A "public interest" likely to be harmed as a result of contravention of s. 181 is the public interest in a free and democratic society that is subject to the rule of law. A free society is one built upon reasoned debate in which all its members are entitled to participate. As a fundamental document setting out essential features of our vision of democracy, the *Charter* provides us with indications as to which values go to the very core of our political structure. A democratic society capable of giving effect to the *Charter's* guarantees is one which strives toward creating a community committed to equality, liberty and human dignity. It is thus only if the deliberate false statements are likely to seriously injure the rights and freedoms set out in the *Charter* that s. 181 is infringed. This section, therefore, provides sufficient guidance as to the legal consequence of a given course of conduct and cannot be said to be too vague.

Section 181 of the *Code* is justifiable under s. 1 of the *Charter*. Parliament's objective of preventing the harm caused by the wilful publication of injurious lies is sufficiently pressing and substantial to justify a limited restriction on freedom of expression. The objective of s. 181 is evident from the clear wording of the provision which prohibits the publication of a statement that the accused knows is false and "that causes or is likely to cause injury". This specific objective in turn promotes the public interest in furthering racial, religious and social tolerance. There is a pressing and substantial need to protect groups identifiable under s. 15 of the *Charter*, and therefore society as a whole, from the serious harm that can result from such "expression". The work of numerous study groups has shown that racism is a current and present evil in our country. It is a cancerous growth that is still alive. Section 181, which provides protection, by criminal sanction, to all vulnerable minority groups and individuals against the harms caused by deliberate and injurious lies, still plays a useful and important role in encouraging racial and social tolerance, which is so essential to the successful functioning of a democratic and multicultural society. The focus of s. 181 is on manipulative and injurious false statements of fact disguised as authentic research. The international instruments against national, racial or

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 et 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 dégui-

religious hatred signed by Canada, the various provisions similar to s. 181 found in other free and democratic countries, the tragedy of the Holocaust and Canada's commitment to the values of equality and multiculturalism in ss. 15 and 27 of the *Charter* emphasize the importance of s. 181's aim.

The purpose attributed to s. 181 is not new. The predecessors of s. 181 were always aimed at preventing the harm caused by false speech and thereby protecting the safety and security of the community. While initially the protection of the public interest from harm focused on the prevention of deliberate slanderous statements against the great nobles of the realm to preserve the security of the state, the purpose has evolved over the years to extend the protections from harm caused by false speech to vulnerable social groups and therefore to safeguard the public interest against social intolerance and public alarm. Thus, rather than creating a new and different purpose, the aim of the section has been maintained. The wording of s. 181, however, includes a permissible shift in emphasis with its test which is based on injury to the public interest. Looking back to the inclusion of the offence in the *Code*, and the last amendment to the section, one can reasonably conclude that there has been a shift in the values that inform the public interest. Since this shift has been incorporated into the language of the section itself, it is therefore permissible. The test of defining "injury . . . to a public interest" takes into account the changing values of Canadian society. Those values encompass multiculturalism and equality, precepts specifically included in the *Charter*.

Section 181 of the *Code* is an acceptably proportional response to Parliament's objective. First, there is a rational connection between the suppression of the publication of deliberate and injurious lies and Parliament's objective of protecting society from the harms caused by calculated falsehoods and thereby promoting the security and safety of the community. Where racial and social intolerance is fomented through the deliberate manipulation of people of good faith by unscrupulous fabrications, a limitation on the expression of such speech is rationally connected to its eradication.

sées 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.

Second, s. 181 does not unduly infringe the right of freedom of expression. Under s. 181, the accused is not judged on the unpopularity of his beliefs. It is only where the deliberate publication of false facts is likely to seriously injure a public interest that the impugned section is invoked. Any uncertainty as to the nature of the speech inures to the benefit of the accused. The infrequent use of s. 181 can be attributed to the extremely onerous burden on the Crown to prove each element of the offence. The fact that the section is seldom used, however, should not militate against its usefulness. Further, s. 181 is not overly broad. An application of the appropriate criteria makes it possible to draw a coherent distinction between statements of opinion and assertions of fact. When applied to the pamphlet at issue in this case, these criteria indicate that statements couched as "revisionist history" may be taken to be allegations of fact rather than submissions of opinion. The jury, as instructed by the trial judge, was clearly capable of drawing that distinction. While it is true that no theory of history can be proved or disproved, the accused has not been convicted for misinterpreting factual material but for entirely and deliberately misrepresenting its contents, manipulating and fabricating basic facts in order to support his theories. Courts deal with the question of truth and falsity of statements on a daily basis. With reference to reliable historical documents, "historical facts" can also be shown to be true or false in the context of s. 181 — a section well suited to respond to the harm caused by vilification campaigns disguised as pseudo-science. Finally, the fact that Parliament has enacted hate propaganda legislation does not invalidate s. 181. The government may legitimately employ a variety of measures in order to achieve its objective. Human rights legislation may, in certain circumstances, be sufficient to deal with a particular problem in this area, but the strength of the criminal law is needed and reserved for the extreme cases, such as the case at hand, to send a clear message and to discourage and punish those who knowingly publish falsehoods that are likely to injure a public interest.

Third, the prohibition of the wilful publication of what are known to be deliberate lies is proportional to the importance of protecting the public interest in preventing the harms caused by false speech and

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

thereby promoting racial and social tolerance in a multicultural democracy. Section 181, at best, limits only that expression which is peripheral to the core values protected by s. 2(b) of the *Charter*. The falsehoods of the type caught by s. 181 serve only to hinder and detract from democratic debate. The section is narrowly defined in order to minimally impair s. 2(b). It also provides maximum protection for the accused.

Cases Cited

By McLachlin J.

Distinguished: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; **applied:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929); *R. v. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75; *R. v. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286.

By Cory and Iacobucci JJ. (dissenting)

R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osborne* (1732), 2 Swans. 532, 36 E.R. 717; *R. v. 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. v. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226; *R. v. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75; *R. v. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Springer* (1975), 24 C.C.C. (2d) 56; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v.*

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. 2b). 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) 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. 606; *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 S.C.R. 154; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ollman v. Evans*, 750 F.2d 970 (1984), *certiorari denied*, 471 U.S. 1127 (1985); *Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160; *Kane v. Church of Jesus Christ Christian — Aryan Nations*, [1992] A.W.L.D. No. 302; *R. v. Zundel*, Ont. Prov. Ct., September 18, 1987; *R. v. Leese*, *London Times*, September 22, 1936, p. 11.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 15, 27.
Criminal Code (Denmark), ss. 140, 266(b).
Criminal Code (Italy), art. 656.
Criminal Code (West Germany), arts. 130, 131, 185, 194(1).
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 136.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 177, 613(1)(b)(iii).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 140, 181, 319, 361 to 363, 400, 686(1)(b)(iii).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 166.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 126.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 172, Arts. 20(2), 27.
International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 U.N.T.S. 212, preamble, Art. 4.
Public Order Act, 1936 (U.K.), 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, c. 6.
Statute Law Revision Act, 1887 (U.K.), 50 & 51 Vict., c. 59.

Authors Cited

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. House of Commons. Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society. *Equality Now!* Ottawa: Supplies and Services, 1984.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 50. *Hate Propaganda*. Ottawa: The Commission, 1986.

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, 319, 361 à 363, 400, 686(1)(b)(iii).
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 166.
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, 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.

Doctrines citées

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

- Canada. Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Book IV, *The Cultural Contribution of the Other Ethnic Groups*. Ottawa: Information Canada, 1970.
- Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
- Canadian Bar Association. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. By Ken Norman, John D. McAlpine and Hymie Weinstein, 1984.
- 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 *European Review of Public Law* 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.
- Scott, F. R. "Publishing False News" (1952), 30 *Can. Bar Rev.* 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.
- United Kingdom. Law Commission. Working Paper No. 84. *Criminal Libel*. London: H.M.S.O., 1982.
- Veeder, Van Vechten. "The History and Theory of the Law of Defamation I" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546.
- dienne. *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 II" (1904), 4 *Colum. L. Rev.* 33.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 53 C.C.C. (3d) 161, 37 O.A.C. 354, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of wilfully and knowingly publishing a false statement contrary to s. 181 of the *Criminal Code*. Appeal allowed, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. dissenting.

Douglas H. Christie, for the appellant.

W. J. Blacklock and *Jamie C. Klukach*, for the respondent.

Graham R. Garton and *James Hendry*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Aaron L. Berg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

Mark J. Sandler and *Marvin Kurz*, for the intervener the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Neil Finkelstein, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin was delivered by

MCLACHLIN J.—Four constitutional questions were stated by Lamer C.J. on this appeal; the questions ask whether s. 181, the "false news" provision of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 177), violates s. 2(b) or s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if it does, whether such violation is a reasonable limit upon these *Charter* rights within the meaning of s. 1. Section 181 reads:

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.

^a 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.

^c *Douglas H. Christie*, pour l'appellant.

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

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

^e *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.

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

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

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

^h 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. 2b) 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. Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

Neither the admittedly offensive beliefs of the appellant, Mr. Zundel, nor the specific publication with regard to which he was charged under s. 181 are directly engaged by these constitutional questions. This appeal is not about the dissemination of hate, which was the focus of this Court's decision in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, and the reasons of my colleagues Cory and Iacobucci JJ. here. In *Keegstra*, this Court ruled that the provisions of the *Criminal Code* which prohibit the dissemination of hate violated the guarantee of freedom of expression but were saved under s. 1 of the *Charter*. This case presents the Court with the question of whether a much broader and vaguer class of speech—false statements deemed likely to injure or cause mischief to any public interest—can be saved under s. 1 of the *Charter*. In my view, the answer to this question must be in the negative. To permit the imprisonment of people, or even the threat of imprisonment, on the ground that they have made a statement which 12 of their co-citizens deem to be false and mischievous to some undefined public interest, is to stifle a whole range of speech, some of which has long been regarded as legitimate and even beneficial to our society. I do not assert that Parliament cannot criminalize the dissemination of racial slurs and hate propaganda. I do assert, however, that such provisions must be drafted with sufficient particularity to offer assurance that they cannot be abused so as to stifle a broad range of legitimate and valuable speech.

The Background

The charge arises out of the publication by the appellant of a 32-page booklet seemingly entitled *Did Six Million Really Die?* which had previously been published by others in the United States and

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

England. The bulk of the booklet, excepting the foreword and postscript authored by the appellant, purports to review certain publications in a critical fashion. On the basis of this review, it suggests, *inter alia*, that it has not been established that six million Jewish people were killed before and during World War II and that the Holocaust is a myth perpetrated by a worldwide Jewish conspiracy.

The case comes to this Court after two trials, each of which resulted in a conviction. Although the first conviction was overturned, the Ontario Court of Appeal rejected the appellant's submission that s. 181 violated the *Charter* and sent the matter back for a new trial. This appeal is brought from the conviction on the second trial. Leave to appeal to this Court was granted on the general *Charter* issue only—the constitutionality of s. 181 of the *Criminal Code*.

The Issues

As stated, the issue is whether s. 181 of the *Criminal Code* violates the *Charter*. It is argued that it violates ss. 2(b) and 7, and that these infringements are not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

In the event the conviction is upheld, a subsidiary issue arises of whether the terms of the appellant's bail are too broad.

Analysis

1. *Section 181: Its History, Purpose and Ambit*

Section 181 dates from the Statute of Westminster in 1275, which introduced the offence *De Scandalis Magnatum* or *Scandalum Magnatum*. It provided “[t]hat from henceforth none be so hardy to tell or publish any false News or Tales, whereby discord, or occasion of discord or slander may grow between the King and his People, or the Great Men of the Realm”. The criminal offence

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. 2b) 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 dif-famation entre le roi et son peuple ou les grands du

1992 CanLII 75 (SCC)

was enforced by the King's Council, and later by the Court of Star Chamber, until the 17th century when its enforcement was taken over by the common law courts. It had as its primary aim the prevention of "false statements which, in a society dominated by extremely powerful landowners, could threaten the security of the state": see *R. v. Keegstra*, *supra*, at p. 722, *per* Dickson C.J.; and F. R. Scott, "Publishing False News" (1952), 30 *Can. Bar Rev.* 37, at pp. 38-39. As Holdsworth recounts, "[t]his was no vain fear at a time when the offended great one was only too ready to resort to arms to redress a fancied injury": *A History of English Law* (5th ed. 1942), vol. III, at p. 409. Nonetheless, *De Scandalis Magnatum* is not thought to have been a very effective instrument. Holdsworth refers to a "thin stream of . . . cases" from the 16th century onwards; by the time of its repeal in 1887 (*Statute Law Revision Act*, 1887 (U.K.), 50 & 51 Vict., c. 59) it had long been obsolete.

Although the offence of spreading false news was abolished in England in 1887, and does not survive in the United States, it was enacted in Canada as part of the 1892 *Criminal Code*. The reason for the offence's retention in Canada is unknown. Scott suggests that it may have been no more than oversight, with no one in Canada being aware that the English provision had been repealed four years previously: see Scott, *supra*, at p. 40. Certainly Burbridge, the drafter of the 1892 *Code*, was no enthusiast of the offence, commenting in his 1890 *Digest of the Criminal Law in Canada* that its "definition is very vague and the doctrine exceedingly doubtful": see Scott, *supra*, at p. 39. Be that as it may, the offence was retained, originally under the rubric of "Seditious Offences" (*Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 126; R.S.C. 1927, c. 36, s. 136) and more latterly as a species of "Nuisance" (S.C. 1953-54, c. 51,

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

s. 166). Until its revision in 1955, the *Criminal Code* provision read:

136. Every one is guilty of an indictable offence and liable to one year's imprisonment who wilfully and knowingly publishes any false news or tale whereby injury or mischief is or is likely to be occasioned to any public interest.

The substantive elements of the offence remained the same after Parliament's 1955 transfer of the provision to the "nuisance" section of the *Code*, but the potential sentence was increased to two years. Neither documentary nor *viva voce* evidence has been proffered to explain why the section was retained in Canada when it had been dropped elsewhere or why it was moved from the offences dealing with "Sedition" to those dealing with "Nuisance". What is now s. 181 has been judicially considered only three times in Canada, excluding this case; the jurisprudence on it is virtually non-existent.

After considering the rather sparse history of the provision, Cory and Iacobucci JJ. conclude at p. 801 that:

... a review of the historical development of the law's response to false news reflects its role in prohibiting the dissemination of false information which strikes at important interests of society as a whole. Section 181 perpetuates one of the central functions of *De Scandalis* in prohibiting public alarm and internecine hostilities between and among social groups.

With the greatest respect, I find no support in the history of the provision for such a conclusion. The only lesson to be gleaned from the history of s. 181 is that the offence was aimed at protecting the rule of law and the security of the state, in the guise of the head of power whether that be the monarchy or later the government: see Drouin J. in *R. v. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75 (Que. K.B. (Criminal Side)). The fact that provocative racial statements have been, on the odd occasion in the past two hundred years, prosecuted as other criminal offences such as "public mischief" and "crimi-

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. 801:

... 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

nal libel” sheds no light on the objective behind the enactment of the “false news” provision. Moreover, as discussed below, the very cases referred to by Cory and Iacobucci JJ. to support their conclusions actually reveal the overinclusiveness of the provision.

I turn from history to the wording of s. 181 and the ambit of the section upon whose constitutionality this Court is asked to pronounce. The construction of s. 181 is not at issue in these proceedings, leave to appeal on those issues having been denied. The analysis of the constitutionality of s. 181 must therefore be based on the section as it was interpreted by the courts below.

As interpreted by the trial judge and the Court of Appeal below, the *actus reus* of the offence is the publication of “a statement, tale or news” that is false and that “causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest . . .”. The *mens rea* lies in the knowledge that the statement is false. Thus the Crown, to succeed, must establish beyond a reasonable doubt the following propositions:

1. That the accused published a false statement, tale or news;
2. That the accused knew the statement was false; and
3. That the statement causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest.

Each of the three elements of the offence created by s. 181 is capable of giving rise to considerable difficulty of application in the context of a trial. The question of falsity of a statement is often a matter of debate, particularly where historical facts are at issue. (Historians have written extensively on the difficulty of ascertaining what actually occurred in the past, given the difficulty of verifi-

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

cation and the selective and sometimes revisionist versions different witnesses and historians may accord to the same events; see, for example, the now famous treatise of E. H. Carr, *What is History?* (1961)). The element of the accused's knowledge of falsity compounds the problem, adding the need to draw a conclusion about the accused's subjective belief as to the truth or falsity of the statements. Finally, the issue of whether a statement causes or is likely to cause injury or mischief to the public interest requires the identification of a public interest and a determination of whether it has been or is likely to be injured. In the case of each of the three elements of the offence, the not inconsiderable epistemological and factual problems are left for resolution by the jury under the rubric of "fact". Thus, both in its breadth and in the nature of the criteria it posits, s. 181 poses difficulties not usually associated with criminal prohibitions, which traditionally demand no more of a jury than common sense inferences from concrete findings on matters patent to the senses.

At pages 782-90, Cory and Iacobucci JJ. summarize and interpret in detail the s. 181 trial process in the case at bar, the goal being to show that s. 181 did not theoretically or practically preclude the accused Zundel from raising a reasonable doubt on each element of the offence—a basic requirement of fundamental justice. The argument, as I understand it, would appear to be that if s. 181 occasioned no unfairness in this case, it never will. One doubts the validity of such an inference, given the acknowledgement that this was a clear, simple case on the facts. But that aside, I do not share my colleagues' view that as a practical matter the Court can be certain, even in this instance, that the defendant was accorded procedural justice. On the contrary, it is my view that the difficulties encountered in this case underline the inherent vices of s. 181.

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 782 à 790, les juges Cory et Iacobucci résument 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.

1992 CanLII 75 (SCC)

Difficulties were encountered at trial with respect to all three elements of the offence—with respect to what constitutes a “statement, tale or news”, interpreted as constituting an assertion of fact as opposed to opinion; what constitutes injury or mischief to a public interest; and what constitutes proof of knowledge of falsity of the statement. The courts below resolved the difficult issue of the distinction between a statement and an opinion by treating it as a question of fact for the jury to resolve. While this is true in a technical legal sense, in a practical sense the jury was told that the publication at issue was a false statement. By applying the doctrine of judicial notice and telling the jury that “[t]he mass murder and extermination of Jews in Europe by the Nazi regime” was an (historical) fact no “reasonable person” could dispute, the judge effectively settled the issue for them. Moreover, I am unable to agree with my colleagues (see p. 784) that the trial judge instructed the jury that the “onus of differentiating fact from opinion” lay with the Crown. Judge Thomas’s direction that the Crown must prove “that the pamphlet, in essence, is a false statement of fact” does not impose upon the Crown the more difficult burden of first explaining to and then convincing a jury of the distinction between historical fact and historical opinion regarding events almost fifty years old. This might be forgiven, given the elusiveness of distinguishing historical fact from historical opinion. But it shows the danger in criminalizing “false statements”. The contention is that expressions of opinion are not caught by s. 181. The reality is that when the matter is one on which the majority of the public has settled views, opinions may, for all practical purposes, be treated as an expression of a “false fact”.

The question of knowledge of falsity was similarly left as a question of fact for the jury to decide. But this too was not a question of fact in the usual sense. The jury was instructed that it was entitled

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. 784) 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.

to infer from the judge's instruction that because the Holocaust must be regarded as proven, the accused must have known it to be proven and must be taken to have published his pamphlet deliberately for personal motives, knowing the falsity of his assertion to the contrary. Judge Thomas added, albeit as only one factor in this assessment, the principle that the "more unreasonable the belief, the easier it is to draw the inference that the belief is not honestly held". In the context of a sexual assault trial such an instruction would be unlikely to mislead the jury, both because questions of consent and perceptions of consent are far more common place than questions of the sincerity of an accused's belief in esoteric or outlandish historical "facts", and because the jury is likely to have the assistance of the *viva voce* evidence of both the complainant and accused in determining whether the inference that the accused's unreasonable belief in the complainant's consent was not an honest one ought to be drawn. But in the context of a prosecution under s. 181 a jury is, in the face of such instructions, unlikely to be able to evaluate or accept the accused's assertion that he believed the truth of his publications. The logic is ineluctable: everyone knows this is false; therefore the defendant must have known it was false.

On the final question of injury or mischief to a public interest, the trial judge told the jury that it was sufficient if there is a likelihood of injury or mischief to a particular public interest and directed the jury on the "cancerous effect of racial and religious defamation upon society's interest in the maintenance of racial and religious harmony in Canada." Judge Thomas further instructed the jury that "[t]here can be no doubt . . . that the maintenance of racial and religious tolerance is certainly a matter of public interest in Canada". Once again, the jury's conclusion may have flowed inevitably from the trial judge's instruction.

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.

One is thus driven to conclude that this was not a criminal trial in the usual sense. The verdict flowed inevitably from the indisputable fact of the publication of the pamphlet, its contents' divergence from the accepted history of the Holocaust, and the public interest in maintaining racial and religious tolerance. There was little practical possibility of showing that the publication was an expression of opinion, nor of showing that the accused did not know it to be false, nor of showing that it would not cause injury or mischief to a public interest. The fault lies not with the trial judge or the jury, who doubtless did their best responsibly to inform the vague words of s. 181 with meaningful content. The fault lies rather in concepts as vague as fact versus opinion or truth versus falsity in the context of history, and the likelihood of "mischief" to the "public interest".

Against this background, I turn to the question of whether the conviction and imprisonment of persons such as the appellant under s. 181 violate the rights which the *Charter* guarantees. The first question is whether the *Charter's* guarantee of free speech protects the impugned publication. If the answer to this question is in the affirmative, the second question arises of whether prohibition of the publication by criminal sanction can nevertheless be maintained as a measure "demonstrably justified in a free and democratic society".

2. *Does the Charter's Guarantee of Freedom of Expression Protect Mr. Zundel's Right to Publish the Booklet Did Six Million Really Die?*

Section 2(b) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

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

The Court must first ask whether a publication such as that at issue is expression protected by

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

s. 2(b) of the *Charter*. If so, the Court must ask the further question of whether the purpose or effect of s. 181 is to restrict such expression. If so, it will be found to violate s. 2(b) of the *Charter*: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

This Court has held that s. 2(b) is to be given a broad, purposive interpretation: *Irwin Toy, supra*. Even prior to the *Charter*, this Court recognized the fundamental importance of freedom of expression to the Canadian democracy; see *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285. I can do no better than to quote the words of my colleague Cory J., writing in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized. No doubt that was the reason why the framers of the *Charter* set forth s. 2(b) in absolute terms which distinguishes it, for example, from s. 8 of the *Charter* which guarantees the qualified right to be secure from unreasonable search. It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

The purpose of the guarantee is to permit free expression to the end of promoting truth, political or social participation, and self-fulfilment. That purpose extends to the protection of minority beliefs which the majority regard as wrong or false: *Irwin Toy, supra*, at p. 968. Tests of free expression frequently involve a contest between the majoritarian view of what is true or right and an unpopular minority view. As Holmes J. stated over sixty years ago, the fact that the particular content of a person's speech might "excite popular prejudice" is no reason to deny it protection for "if there is any principle of the Constitution that more

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'intolér-

imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought—not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate”: *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), at pp. 654-55. Thus the guarantee of freedom of expression serves to protect the right of the minority to express its view, however unpopular it may be; adapted to this context, it serves to preclude the majority’s perception of ‘truth’ or ‘public interest’ from smothering the minority’s perception. The view of the majority has no need of constitutional protection; it is tolerated in any event. Viewed thus, a law which forbids expression of a minority or “false” view on pain of criminal prosecution and imprisonment, on its face, offends the purpose of the guarantee of free expression.

The jurisprudence supports this conclusion. This Court in *Keegstra* held that the hate propaganda there at issue was protected by s. 2(b) of the *Charter*. There is no ground for refusing the same protection to the communications at issue in this case. This Court has repeatedly affirmed that all communications which convey or attempt to convey meaning are protected by s. 2(b), unless the physical form by which the communication is made (for example, by a violent act) excludes protection: *Irwin Toy*, *supra*, at p. 970, *per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. In determining whether a communication falls under s. 2(b), this Court has consistently refused to take into account the content of the communication, adhering to the precept that it is often the unpopular statement which is most in need of protection under the guarantee of free speech: *sec.*, e.g., *Keegstra*, *supra*, at p. 828, *per* McLachlin J.; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 488, *per* Sopinka J.

The respondent argues that the falsity of the publication at issue takes it outside of the purview

rance» 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’applica-

of s. 2(b) of the *Charter*. It is difficult to see how this distinguishes the case on appeal from *Keegstra*, where the statements at issue were for the most part statements of fact which almost all people would consider false. That aside, I proceed to the arguments advanced under the head of falsity.

Two arguments are advanced. The first is that a deliberate lie constitutes an illegitimate "form" of expression, which, like a violent act, is not protected. A similar argument was advanced and rejected with respect to hate literature in *Keegstra* on the ground that "form" in *Irwin Toy* refers to the physical form in which the message is communicated and does not extend to its content. The same point is determinative of the argument in this case.

The second argument advanced is that the appellant's publication is not protected because it serves none of the values underlying s. 2(b). A deliberate lie, it is said, does not promote truth, political or social participation, or self-fulfilment. Therefore, it is not deserving of protection.

Apart from the fact that acceptance of this argument would require this Court to depart from its view that the content of a statement should not determine whether it falls within s. 2(b), the submission presents two difficulties which are, in my view, insurmountable. The first stems from the difficulty of concluding categorically that all deliberate lies are entirely unrelated to the values underlying s. 2(b) of the *Charter*. The second lies in the difficulty of determining the meaning of a statement and whether it is false.

The first difficulty results from the premise that deliberate lies can never have value. Exaggeration—even clear falsification—may arguably serve useful social purposes linked to the values underlying freedom of expression. A person fighting cruelty against animals may knowingly cite false statistics in pursuit of his or her beliefs and with the purpose of communicating a more fundamental message, e.g., 'cruelty to animals is increasing and

tion 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 communi-

must be stopped'. A doctor, in order to persuade people to be inoculated against a burgeoning epidemic, may exaggerate the number or geographical location of persons potentially infected with the virus. An artist, for artistic purposes, may make a statement that a particular society considers both an assertion of fact and a manifestly deliberate lie; consider the case of Salman Rushdie's *Satanic Verses*, viewed by many Muslim societies as perpetrating deliberate lies against the Prophet.

All of this expression arguably has intrinsic value in fostering political participation and individual self-fulfilment. To accept the proposition that deliberate lies can never fall under s. 2(b) would be to exclude statements such as the examples above from the possibility of constitutional protection. I cannot accept that such was the intention of the framers of the Constitution.

Indeed, the very cases relied upon by Cory and Iacobucci JJ. to support their position reveal the potential of s. 181 for suppressing valuable political criticism or satire. In *R. v. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226 (N.W.T.S.C.), cited at p. 799 of their judgment, the "false" publication asserted "Americans not wanted in Canada". The injury to public interest was, in the words of Harvey J., that "if [Americans] investigate they will find conditions such as to prevent them investing and taking up homesteads" (*Hoaglin, supra*, at p. 228). Even if one accepts the finding that the statement was undoubtedly "false", it arguably represented a valuable contribution to political debate on Canadian immigration policy. Yet the accused was convicted for publication of such statements contrary to s. 136 (now s. 181). Similarly, in *R. v. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (Que. C.A.), a case involving prosecution for publication of political satire in the Montreal Gazette (cited at p. 800 of their judgment), Hyde J.A. accepted that the publication fell within the satirical tradition of Chaucer, Swift and Addison. In reversing the trial judge's

quer 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 (C.S.T.N.-O.), cité à la p. 799 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 poli-

conviction, he observed that the section may capture “pranks” and that the “prank” in question was “very close to the border” (p. 290).

The second difficulty lies in the assumption that we can identify the essence of the communication and determine that it is false with sufficient accuracy to make falsity a fair criterion for denial of constitutional protection. In approaching this question, we must bear in mind that tests which involve interpretation and balancing of conflicting values and interests, while useful under s. 1 of the *Charter*, can be unfair if used to deny *prima facie* protection.

One problem lies in determining the meaning which is to be judged to be true or false. A given expression may offer many meanings, some which seem false, others, of a metaphorical or allegorical nature, which may possess some validity. Moreover, meaning is not a datum so much as an interactive process, depending on the listener as well as the speaker. Different people may draw from the same statement different meanings at different times. The guarantee of freedom of expression seeks to protect not only the meaning intended to be communicated by the publisher but also the meaning or meanings understood by the reader: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767, and *Irwin Toy, supra*, at p. 976. The result is that a statement that is true on one level or for one person may be false on another level for a different person.

Even a publication as crude as that at issue in this case illustrates the difficulty of determining its meaning. On the respondent’s view, the assertion that there was no Nazi Policy of the extermination of Jews in World War II communicates only one meaning—that there was no policy, a meaning

tique dans la Gazette de Montréal (citée à la p. 800 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

^a 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).

^b Le second problème résulte de la proposition selon laquelle nous pouvons définir la nature de la communication et déterminer qu’elle est fautive 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.

^c Une des difficultés consiste à déterminer la signification que l’on doit juger vraie ou fautive. Une expression donnée peut offrir de nombreuses significations, dont certaines semblent fautes 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 fautive à un autre niveau pour une autre personne.

^d 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

which, as my colleagues rightly point out, may be extremely hurtful to those who suffered or lost loved ones under it. Yet, other meanings may be derived from the expressive activity, e.g., that the public should not be quick to adopt 'accepted' versions of history, truth, etc., or that one should rigorously analyze common characterizations of past events. Even more esoterically, what is being communicated by the very fact that persons such as the appellant Mr. Zundel are able to publish and distribute materials, regardless of their deception, is that there is value inherent in the unimpeded communication or assertion of "facts" or "opinions".

A second problem arises in determining whether the particular meaning assigned to the statement is true or false. This may be easy in many cases; it may even be easy in this case. But in others, particularly where complex social and historical facts are involved, it may prove exceedingly difficult.

While there are *Criminal Code* offences under which a person may be prosecuted for libel—defamatory, blasphemous and seditious (all of which appear to be rarely if ever used and the constitutionality of which may be open to question)—it is the civil action for defamation which constitutes the only other significant branch of the law in which a jury is asked to determine the truth or falsity of a statement. But the difficulties posed by this demand are arguably much less daunting in defamation than under s. 181 of the *Criminal Code*. At issue in defamation is a statement made about a specific living individual. Direct evidence is usually available as to its truth or falsity. Complex social and historical facts are not at stake. And most importantly the consequences of failure

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 «admisses» 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

to prove truth are civil damages, not the rigorous sanction of criminal conviction and imprisonment.

Before we put a person beyond the pale of the Constitution, before we deny a person the protection which the most fundamental law of this land on its face accords to the person, we should, in my belief, be entirely certain that there can be no justification for offering protection. The criterion of falsity falls short of this certainty, given that false statements can sometimes have value and given the difficulty of conclusively determining total falsity. Applying the broad, purposive interpretation of the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) hitherto adhered to by this Court, I cannot accede to the argument that those who deliberately publish falsehoods are for that reason alone precluded from claiming the benefit of the constitutional guarantees of free speech. I would rather hold that such speech is protected by s. 2(b), leaving arguments relating to its value in relation to its prejudicial effect to be dealt with under s. 1.

Such an approach is supported by the language of the *Charter* and the relationship it establishes between s. 1 and the enumerated rights. We start from the proposition that legislation limiting the enumerated rights may be unconstitutional. (There is no presumption of constitutionality: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 122, *per* Beetz J.). If a limitation on rights is established, the onus shifts to the Crown to show that the legislation is justified under s. 1, where the benefits and prejudice associated with the measure are weighed. The respondent's s. 2(b) arguments would require evaluation of the worth of the expression which is limited at the first stage. This is an approach which this Court has hitherto rejected and one which I would not embrace.

In concluding that the publication here in issue is protected by s. 2(b) of the *Charter*, I rely in the final analysis upon the words of Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at pp. 765-66:

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'épouserais 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:

... it must be emphasized that the protection of extreme statements, even where they attack those principles underlying the freedom of expression, is not completely divorced from the aims of s. 2(b) of the *Charter*. . . . [I]t is partly through clash with extreme and erroneous views that truth and the democratic vision remain vigorous and alive. . . . [C]ondoning a democracy's collective decision to protect itself from certain types of expression may lead to a slippery slope on which encroachments on expression central to s. 2(b) values are permitted. To guard against such a result, the protection of communications virulently unsupportive of free expression values may be necessary in order to ensure that expression more compatible with these values is never unjustifiably limited.

Having concluded that the publication here at issue is protected by s. 2(b) of the *Charter*, I come to the question of whether the purpose or effect of s. 181 of the *Criminal Code* is to restrict this sort of expression.

The respondent correctly concedes that the Government's purpose in and the effect of s. 181 is to restrict expressive activity. The argument of the intervenor, the Canadian Jewish Congress, that the purpose and effect of s. 181 are not to restrict expression but rather to prevent the harmful consequences of publications such as the one at issue, misses the point. First, this Court has never focused upon a particular consequence of a proscribed act in assessing the legislation's purpose; the Court examines what might be called the 'facial' purpose of the legislative technique adopted by Parliament to achieve its ends: see, for example, *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 973-76. Second, a legislative provision may have many effects. One demonstrated effect of s. 181 in the case at bar is to subject Mr. Zundel to criminal conviction and potential imprisonment because of words he published. In the face of this reality, it is undeniable that s. 181, whatever its purpose, has the effect of restricting freedom of expression.

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.

I conclude that s. 181 violates s. 2(b) of the *Charter*.

3. *Is the Limitation Which Section 181 of the Criminal Code Imposes on the Right of Free Expression Justified Under Section 1 of the Charter?* ^a

Section 1 of the *Charter* provides:

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

The first question is whether s. 181 represents a "limit prescribed by law". It was argued that the difficulty of ascertaining what constitutes a "statement, tale or news" as opposed to an opinion, as well as the vagueness of the term "injury or mischief to a public interest", render s. 181 so vague that it cannot be considered a definable legal limit. Preferring as I do to deal with the matter on its merits, I assume without deciding that s. 181 passes this threshold test. ^d

Section 1 requires us to weigh the intrusion of rights represented by the impugned legislation against the state's interest in maintaining the legislation. In this case that translates to weighing the state's interest in proscribing expression which it deems 'likely to cause injury or mischief to a [matter of] public interest' on pain of criminal sanction against the individual's constitutional right to express his or her views. Where a law restricts an express constitutional right, as in this case, the *Charter* permits the limitation to be maintained only if the Crown shows that the restriction is "demonstrably justified" in a "free and democratic society"—that is, a society based on the recognition of fundamental rights, including tolerance of expression which does not conform to the views of the majority. ^e

I turn first to the state's interest in prohibiting the expression here at issue—the question of ^f

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. ^c

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. ^g

Je vais traiter, en premier lieu, de l'intérêt de l'État à interdire l'expression en cause dans la pré- ^j

whether the Crown has established an overriding public objective, to use the language of *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In determining the objective of a legislative measure for the purposes of s. 1, the Court must look at the intention of Parliament when the section was enacted or amended. It cannot assign objectives, nor invent new ones according to the perceived current utility of the impugned provision: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 334, in which this Court rejected the U.S. doctrine of shifting purposes. Although the application and interpretation of objectives may vary over time (see, e.g., *Butler*, *supra*, per Sopinka J., at pp. 494-96), new and altogether different purposes should not be invented. The case is quite different from the anti-obscenity legislation in *Butler* where the goal historically and to the present day is the same—combating the “detrimental impact” of obscene materials on individuals and society—even though our understanding or conception of that detrimental impact (a “permissible shift in emphasis”) may have evolved, as Sopinka J. noted. My colleagues say that it is a permissible shift in emphasis that the false news provision was originally focused on the “prevention of deliberate slanderous statements against the great nobles of the realm” and is now said to be concerned with “attacks on religious, racial or ethnic minorities” (see p. 820). But this is no shift in emphasis with regard to the purpose of the legislation—this is an outright redefinition not only of the purpose of the prohibition but also of the nature of the activity prohibited. To convert s. 181 into a provision directed at encouraging racial harmony is to go beyond any permissible shift in emphasis and effectively rewrite the section.

It is argued that this interpretation represents a mere shift in emphasis because the thrust of s. 181 and its predecessors, like the obscenity provisions in *Butler*, disclosed a single goal: “[t]he protection

sente 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. 820). 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

of the public interest from harm” or from that which would “threaten the integrity of the social fabric” (the reasons of Cory and Iacobucci JJ., at p. 820). Yet, all *Criminal Code* provisions—as well as much statutory regulation in the public and private law spheres—have as their basic purpose the protection of the public from harm and the maintenance of the integrity of the social fabric. Indeed, one might argue that such was the goal of the obscenity provisions under review in *Butler*, yet the Court did not adopt that as the legislation’s objective. Instead, it relied upon a specific objective concerning the effect of pornographic materials on individuals and the resultant impact on society. If the simple identification of the (content-free) goal of protecting the public from harm constitutes a “pressing and substantial” objective, virtually any law will meet the first part of the onus imposed upon the Crown under s. 1. I cannot believe that the framers of the *Charter* intended s. 1 to be applied in such a manner. Justification under s. 1 requires more than the general goal of protection from harm common to all criminal legislation; it requires a specific purpose so pressing and substantial as to be capable of overriding the *Charter*’s guarantees. To apply the language used by Sopinka J. in *Butler* (at p. 496); s. 181 cannot be said to be directed to avoidance of publications which “seriously offend the values fundamental to our society”, nor is it directed to a “substantial concern which justifies restricting the otherwise full exercise of the freedom of expression”.

It is impossible to say with any assurance what Parliament had in mind when it decided, contrary to what had happened in other democracies, to leave s. 181 as part of our criminal law. Five parties made written submissions on this issue; five different objectives were posited by them. Those supporting the legislation offer the following three theories as to the purpose of s. 181:

l’arrêt *Butler*, ne révélait 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. 820). 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 ministère 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 commun 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. to protect matters that rise to a level of public interest from being jeopardized by false speech (respondent);
2. to further racial and social tolerance (Canadian Jewish Congress); and
3. to ensure that meaningful public discussion is not tainted by the deleterious effects of the wilful publication of falsehoods which cause, or are likely to cause, damage to public interests, to the detriment of public order (Attorney General for Canada).

The difficulty in assigning an objective to s. 181 lies in two factors: the absence of any documentation explaining why s. 181 was enacted and retained and the absence of any specific purpose disclosed on the face of the provision. We know that its original purpose in the 13th century was to preserve political harmony in the state by preventing people from making false allegations against the monarch and others in power. This ostensibly remained the purpose through to the 19th century. However, in the 20th century, Parliament removed the offence from the political "Sedition" section of the *Code* and placed it in the "Nuisance" section, suggesting that Parliament no longer saw it as serving a political purpose. It is to be further noted that it does not appear in that part of the *Criminal Code* dedicated to "Offences Against the Person and Reputation", in which both the hate propaganda and defamatory libel provisions appear. Beyond this all is speculation. No Parliamentary committees commented on the matter; no debates considered it. Nor do the vague, general words employed in the text of s. 181 offer insight into what purpose Parliament might have had in mind in enacting and retaining it.

All this stands in sharp contrast to the hate propaganda provision of the *Criminal Code* at issue in *Keegstra*—s. 319(2). Both the text of that provision and its long and detailed Parliamentary history, involving Canada's international human rights obligations, the Cohen Committee Report (*Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* (1966)) and the Report of the

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*

Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society (*Equality Now!* (1984)), permitted ready identification of the objective Parliament had in mind. Section 319(2), under challenge in *Keegstra*, was part of the amendments to the *Criminal Code* "essentially along the lines suggested by the [Cohen] Committee . . ." (*per* Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at p. 725). The evil addressed was hate-mongering, particularly in the racial context. The provision at issue on this appeal is quite different. Parliament has identified no social problem, much less one of pressing concern, justifying s. 181 of the *Criminal Code*. To suggest that the objective of s. 181 is to combat hate propaganda or racism is to go beyond its history and its wording and to adopt the "shifting purpose" analysis this Court has rejected. Such an objective, moreover, hardly seems capable of being described as a "nuisance", the rubric under which Parliament has placed s. 181, nor as the offence's target of mere "mischief" to a public interest.

The lack of any ostensible purpose for s. 181 led the Law Reform Commission in 1986 (Working Paper 50: *Hate Propaganda*) to recommend repeal of the section, labelling it as "anachronistic", a conclusion which flies in the face of the suggestion that s. 181 is directed to a pressing and substantial social concern. It is noteworthy that no suggestion has been made before this Court that Canada's obligations under the international human rights conventions to which it is a signatory require the enactment of any provision(s) other than that section which was under review in *Keegstra*: s. 319. The retention of s. 181 is not therefore necessary to fulfil any international obligation undertaken by Parliament.

Can it be said in these circumstances that the Crown has discharged the burden upon it of establishing that the objective of the legislation is press-

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

ing and substantial, in short, of sufficient importance to justify overriding the constitutional guarantee of freedom of expression? I think not. It may be that s. 181 is capable of serving legitimate purposes. But no objective of pressing and substantial concern has been identified in support of its retention in our *Criminal Code*. Other provisions, such as s. 319(2) of the *Criminal Code*, deal with hate propaganda more fairly and more effectively. Still other provisions seem to deal adequately with matters of sedition and state security.

Parliament's enactment of s. 319 of the *Criminal Code*, a provision carefully tailored to combat the propagation of hate—the evil at which my colleagues believe s. 181 now also to be directed, should not be overlooked. The “further[ance of] racial, religious and social tolerance” and the “safeguard[ing of] the public interest against social intolerance and public alarm”, the goals ascribed to s. 181 by my colleagues, are the focus of the *Code*'s proscription of hate propaganda. Racial minorities, as “identifiable groups” within the meaning of s. 319, are not “stateless” persons like those referred to in the powerful remarks of Professor Mari Matsuda quoted in the reasons of Cory and Iacobucci JJ. Like my colleagues, I readily acknowledge the pernicious effects of the propagation of hate; such effects are indeed of relevance to a s. 1 analysis of s. 319, as was evident in this Court's decision in *Keegstra*, *supra*. I concur, as well, with the *dicta* in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, that the *Charter* should not be used “as a weapon to attack measures intended to protect the disadvantaged” (p. 233), but I find the principle's application in this context ironic. Section 2(b) of the *Charter* has as one of its fundamental purposes the protection of the freedom of expression of the minority or disadvantaged, a freedom essential to their full participation in a democracy and to the assurance that their basic rights are respected. The proscription of false news was originally intended to protect the mighty and the powerful from discord or slander; there is nothing to suggest any legislative intention to transform s. 181 from a mechanism for the

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 pernicioeux 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 proscrip-

maintenance of the status quo into a device for the protection of "vulnerable social groups".

In the rational connection portion of their analysis (pp. 829-30), Cory and Iacobucci JJ. rely upon the *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*, which impugned the "19th century belief" that man was a "rational creature" who could distinguish between truth and falsity. We are told that "[w]e cannot share this faith today in such a simple form"—thus, a limitation of this type of speech is rationally connected to the goal of furthering racial tolerance. This lesson of history is paid heed to, but no credence appears to be given to the similar lesson (or warning) of history regarding the potential use by the state (or the powerful) of provisions, such as s. 181, to crush speech which it considers detrimental to its interests, interests frequently identified as equivalent to the "public interest". History has taught us that much of the speech potentially smothered, or at least 'chilled', by state prosecution of the proscribed expression is likely to be the speech of minority or traditionally disadvantaged groups.

The fact that s. 181 has been so rarely used despite its long history supports the view that it is hardly essential to the maintenance of a free and democratic society. Moreover, it is significant that the Crown could point to no other free and democratic country which finds it necessary to have a law such as s. 181 on its criminal books. I would be remiss not to acknowledge here the provisions which my colleagues' research has discovered, under the heading *Legislative Responses in Other Jurisdictions* (pp. 812-14). A review of these examples reveals their minimal relevance to this appeal. The Italian provision, although not reproduced for our inspection, has clearly been limited in its scope to the preservation of the rule of law or the legal order by the Italian constitutional court

tion 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. 829 et 830), 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. 812 à 814). 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 claire-

1992 CanLII 75 (SCC)

referred to by my colleagues; there is no indication that the provision extends to the promotion of racial harmony. Even less relevant are the Danish *Criminal Code* provisions to which Cory and Iacobucci JJ. refer. On a plain reading, s. 140 of the Danish *Code* is directed not to false statements of fact, but to insulting remarks about the religious practices of others; s. 266(b), on the other hand, is equally clearly a proscription of hate propaganda similar to s. 319 of our *Criminal Code*, upheld in *Keegstra*. Of the German offences mentioned, only that dealing specifically with Holocaust denial would appear to be directed to false statements of fact, a much more finely tailored provision to which different considerations might well apply. As indicated above, the forerunner of our s. 181 was repealed in England over a century ago, leaving no apparent lacunae in the criminal law of a country that has seen its share of social and political upheavals over the ensuing period. It is apparently not to be found in the United States. How can it be said in the face of facts such as these and in the absence of any defined evil at which the section is directed that the retention of the false news offence in this country is a matter of pressing and substantial concern justifying the overriding of freedom of expression? In *Butler*, this Court, per Sopinka J., at p. 497, relied on the fact that legislation of the type there at issue, pornography legislation, may be found in most free and democratic societies in justifying the restrictions it imposes on freedom of expression. The opposite is the case with s. 181 of the *Criminal Code*.

In the absence of an objective of sufficient importance to justify overriding the right of free expression, the state's interest in suppressing expression which may potentially affect a public interest cannot outweigh the individual's constitutional right of freedom of expression and s. 181 cannot be upheld under s. 1 of the *Charter*. But

ment 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

even if one were to attribute to s. 181 an objective of promoting social and racial tolerance in society and manage the further leap of concluding that objective was so pressing and substantial as to be capable of overriding entrenched rights, the Crown's case under s. 1 of the *Charter* would fail for want of proportionality between the potential reach of s. 181 on the one hand, and the "evil" to which it is said to be directed on the other.

Assuming a rational link between the objective of social harmony and s. 181 of the *Criminal Code*, the breadth of the section is such that it goes much further than necessary to achieve that aim. Accepting that the legislative solution need not be "perfect", it nevertheless must be "appropriately and carefully tailored in the context of the infringed right": *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1138. The effect of s. 181 is to inhibit the expression or publication of any statements which may be found by a jury to be factual, false and likely to cause injury or mischief to a public interest. The territory covered by this prohibition can only be described as vast, as revealed by a brief look at the key phrases on which guilt or innocence turns.

The phrase "statement, tale or news", while it may not extend to the realm of true opinion (wherever the line is to be drawn, itself a question of great difficulty), obviously encompasses a broad range of historical and social speech, going well beyond what is patent or provable to the senses as a matter of "pure fact". Indeed, one of the cases relied upon in support of the proposition that the section deals only with statements of fact and not with expressions of opinion, *R. v. Hoaglin, supra*, demonstrates just how slippery the distinction may be. If the expression in issue in that case, in which a disaffected American settler in Alberta had printed posters which stated "Americans not wanted in Canada; investigate before buying land or taking homesteads in this country" is an exam-

devoir 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;

ple of a “false statement of fact” falling within the prohibition, one shudders to consider what other comments might be so construed. Nor are the difficulties confined to determining what is a factual assertion as opposed to an expression of opinion. What is false may, as the case on appeal illustrates, be determined by reference to what is generally (or, as in *Hoaglin*, officially) accepted as true, with the result that the knowledge of falsity required for guilt may be inferred from the impugned expression’s divergence from prevailing or officially accepted beliefs. This makes possible conviction for virtually any statement which does not accord with currently accepted “truths”, and lends force to the argument that the section could be used (or abused) in a circular fashion essentially to permit the prosecution of unpopular ideas. Particularly with regard to the historical fact—historical opinion dichotomy, we cannot be mindful enough both of the evolving concept of history and of its manipulation in the past to promote and perpetuate certain messages. The danger is not confined to totalitarian states like the Nazi regime in Germany or certain communist regimes of the past which blatantly rewrote history. We in Canada need look no further than the ‘not so noble savage’ portrayal of Native Canadians in our children’s history text books in the early part of this century. Similarly, in the United States, one finds the ongoing revision of the historical representation of African Americans, whose contribution to aspects of the history of the United States, such as their contribution to the North’s victory in the Civil War, is only now being recognized.

But perhaps the greatest danger of s. 181 lies in the undefined and virtually unlimited reach of the phrase “injury or mischief to a public interest”. Neither the respondent nor its supporting interveners has proffered any case law in which this phrase

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 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

has been applied to a given factual circumstance in a clear and consistent manner. My colleagues refer to the “serious harm” and “serious injury” caused by deliberate falsehoods, but this begs the question of what sort or degree of harm is necessary in order to bring the section into play. Indeed, the limited jurisprudence on s. 181 evidences conflicting opinions on what constitutes a threatened or injured “public interest” justifying criminal sanction. It is difficult to see how a broad, undefined phrase such as “public interest” can on its face constitute a restrained, appropriately limited measure which impairs the right infringed to the minimum degree consistent with securing the legislation’s objectives. Any deliberate lie (potentially defined as that which does not accord with accepted truth), which causes or is likely to cause “injury” or “mischief” to any “public interest” is within the potential reach of the section. The interpretation given to “public interest” in this case may not have been objectionable. But that is not the issue in determining whether a legislative restriction of rights is overbroad. The issue is whether the provision permits the state to restrict constitutional rights in circumstances and ways that may not be justifiable. The vague and broad wording of s. 181 leaves open that possibility.

Cory and Iacobucci JJ. propose to overcome this difficulty by defining the phrase “public interest” in accordance with selected *Charter* values. Two observations are relied upon—that courts regularly define phrases in legislation, and that the courts have not, thus far, adequately defined “public interest”—as the justification to define anew “public interest” in the context of s. 181’s purported application to Mr. Zundel. Although the section’s “legislative history” and the “legislative and social context in which it is used” is said by my colleagues to govern the definitional process, their interpretation focuses upon a select range of *Charter* values, values which do not include freedom of expression. In support of this technique, reliance is placed upon the following authorities: *Hills v.*

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

1992 CanLII 75 (SCC)

Canada (Attorney General), [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654. These authorities confirm the following basic propositions: that the common law should develop in accordance with the values of the *Charter* (*Salituro*, *supra*, at p. 675), and that where a legislative provision, on a reasonable interpretation of its history and on the plain reading of its text, is subject to two equally persuasive interpretations, the Court should adopt that interpretation which accords with the *Charter* and the values to which it gives expression (*Hills* and *Slaight*, *supra*). None of these decisions stands for the proposition that an age-old provision whose aim and scope was created pre-*Charter* can, as of 1982, be redefined by reference to a present-day perception of utility.

The result of my colleagues' redefinition is the equation of "public interest" with "the protection and preservation of those rights and freedoms set out in the *Charter* as fundamental to Canadian society" (p. 807). Thus, for example, whenever the Crown can establish that the publication of a false statement is likely seriously to injure the dignity and equality of those whom ss. 15 and 27 of the *Charter* are intended to protect, the offence is made out. In so doing my colleagues have arguably created a new offence, an offence hitherto unknown to the criminal law. The promotion of equality and multiculturalism is a laudable goal, but, with respect, I can see no basis in the history or language of s. 181 to suggest that it is the motivating goal behind its enactment or retention. To import it is to engage not in a valid process of statutory interpretation, but in impermissible reading in of content foreign to the enactment; *Salituro*, *Slaight* and *Hills* were never intended to be taken this far.

Section 181 can be used to inhibit statements which society considers should be inhibited, like

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. 807). 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,

those which denigrate vulnerable groups. Its danger, however, lies in the fact that by its broad reach it criminalizes a vast penumbra of other statements merely because they might be thought to constitute a mischief to some public interest, however successive prosecutors and courts may wish to define these terms. The danger is magnified because the prohibition affects not only those caught and prosecuted, but those who may refrain from saying what they would like to because of the fear that they will be caught. Thus worthy minority groups or individuals may be inhibited from saying what they desire to say for fear that they might be prosecuted. Should an activist be prevented from saying "the rainforest of British Columbia is being destroyed" because she fears criminal prosecution for spreading "false news" in the event that scientists conclude and a jury accepts that the statement is false and that it is likely to cause mischief to the British Columbia forest industry? Should a concerned citizen fear prosecution for stating in the course of political debate that a nuclear power plant in her neighbourhood "is destroying the health of the children living nearby" for fear that scientific studies will later show that the injury was minimal? Should a medical professional be precluded from describing an outbreak of meningitis as an epidemic for fear that a government or private organization will conclude and a jury accept that his statement is a deliberate assertion of a false fact? Should a member of an ethnic minority whose brethren are being persecuted abroad be prevented from stating that the government has systematically ignored his compatriots' plight? These examples suggest there is merit in the submission of the Canadian Civil Liberties Association that the overbreadth of s. 181 poses greater danger to minority interest groups worthy of popular support than it offers protection.

These examples illustrate s. 181's fatal flaw—its overbreadth. At pages 830-33, Cory and Iacobucci

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 830 à

1992 CanLII 75 (SCC)

JJ. attempt to alleviate the fears associated with the problem of overbreadth by arguing that the Crown will always bear a heavy onus in proving all of the elements under s. 181. It is argued that any danger is limited by the phrase "public interest" because even those publishing known falsehoods will not be prosecuted where their lies have an "overall beneficial or neutral effect". In this way, Cory and Iacobucci JJ. claim that the examples proffered above raise no practical problem (see p. 839).

I, for one, find cold comfort in the assurance that a prosecutor's perception of "overall beneficial or neutral effect" affords adequate protection against undue impingement on the free expression of facts and opinions. The whole purpose of enshrining rights in the *Charter* is to afford the individual protection against even the well-intentioned majority. To justify an invasion of a constitutional right on the ground that public authorities can be trusted not to violate it unduly is to undermine the very premise upon which the *Charter* is predicated.

Cory and Iacobucci JJ. make no mention of the reality that the decision to prosecute must, by necessity, be made by state agents and that the issue must be adjudicated upon by a judge and jury in a particular locale with a particular conception of a benefit to the public. All it takes is one judge and twelve jurors who believe that certain 'falsehoods' compromise a particular "public" interest, and that such falsehoods 'must have been' known to the accused, in order to convict. A jury in Port Alberni, B.C., may have a very different view of the overall beneficial impact of false statements of fact impugning the lumber industry than a jury in Toronto. Finally, Cory and Iacobucci JJ. fail to address the argument that the danger raised by these examples, the 'chilling effect' of s. 181, outweighs its minimal benefit given the alternative

833, 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. 839).

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

means of prosecution of speech detrimental to racial tolerance under s. 319 of the *Criminal Code*.

Not only is s. 181 broad in contextual reach; it is particularly invasive because it chooses the most draconian of sanctions to effect its ends—prosecution for an indictable offence under the criminal law. Our law is premised on the view that only serious misconduct deserves criminal sanction. Lesser wrongs are left to summary conviction and the civil law. Lies, for the most part, have historically been left to the civil law of libel and slander; it has been the law of tort or delict that has assumed the main task of preserving harmony and justice between individuals and groups where words are concerned. This is not to say that words cannot properly be constrained by the force of the criminal law. But the harm addressed must be clear and pressing and the crime sufficiently circumscribed so as not to inhibit unduly expression which does not require that the ultimate sanction of the criminal law be brought to bear: see Dickson C.J. in *Keegstra, supra*, at p. 772. The *Criminal Code* provisions against hate-mongering met that criterion, focusing as they did on statements intended to cause “hatred against any identifiable group”. The broad, undefined term “mischief to a public interest”, on the other hand, is capable of almost infinite extension.

It is argued that the expression here at issue is of little value and hence is less deserving of protection under s. 1 than expression which directly engages the “core” values associated with freedom of expression as identified in *Irwin Toy*. The short answer to this contention is that expression which a jury might find to be a deliberate lie likely to injure a public interest and which would therefore be inhibited by s. 181 may well relate to the “core” values protected by the guarantee, as the examples cited earlier in these reasons demonstrate. The provision at issue in *Keegstra*, s. 319(2) of the *Criminal Code*, was confined to hate propaganda, and hence restricted only speech of low or negative

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 disposi-

1992 CanLII 75 (SCC)

value. That cannot be said of s. 181, which may catch a broad spectrum of speech, much of which may be argued to have value. I add that what is at issue is the value of all speech potentially limited by the provision at issue. In assessing this, the Court must not be diverted by the offensive content of the particular speech giving rise to the *Charter* challenge of the legislative provision.

In summary, the broad range of expression caught by s. 181—extending to virtually all controversial statements of apparent fact which might be argued to be false and likely do some mischief to some public interest—, combined with the serious consequences of criminality and imprisonment, makes it impossible to say that s. 181 is appropriately measured and restrained having regard to the evil addressed—that it effects a “minimal impairment” to use the language of *Oakes*. Section 181 is materially different, in this regard, from s. 319(2)—the provision upheld under s. 1 by the majority of this Court in *Keegstra*.

The same considerations lead to the conclusion that the gravity of the restriction on the right of freedom of expression is not proportionate to s. 181’s putative objective. In *Keegstra* (at pp. 762-63) the majority of this Court, *per* Dickson C.J., held that given the important and documented objectives of s. 319(2) and the minimal contribution to the values underlying the freedom made by the narrow range of expression caught by that provision, the restriction was proportional to the furtherance of the democratic values upon which s. 319(2) is based. In the case on appeal, the same test leads to the contrary result. Any purpose which can validly be attached to s. 181 falls far short of the documented and important objective of s. 319(2). On the other side of the scale, the range of expression caught by s. 181 is much broader

tion 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

than the more specific proscription of s. 319(2). In short, s. 181 fails the proportionality test applied in *Keegstra*.

When one balances the importance of the objective of s. 181 against the potentially invasive reach of its provisions, one cannot but conclude that it "overshoots the mark". It fails the tests for minimal impairment and proportionality by which this Court upheld the criminalization of hate propaganda under s. 319(2) of the *Criminal Code*. The value of liberty of speech, one of the most fundamental freedoms protected by the *Charter*, needs no elaboration. By contrast, the objective of s. 181, in so far as an objective can be ascribed, falls short of constituting a countervailing interest of the most compelling nature. In *Oakes, supra*, Dickson C.J. made it clear that the less important the provision's objective, the less tolerable is an adverse effect upon the fundamental freedom. Section 181 could support criminalization of expression only on the basis that the sanction was closely confined to situations of serious concern. In fact, s. 181 extends the sanction of the criminal law to virtually any statement adjudged to be falsely made which might be seen as causing mischief or likely to cause mischief to virtually any public interest. I cannot conclude that it has been shown to be "demonstrably justified" in "a free and democratic society".

To summarize, the restriction on expression effected by s. 181 of the *Criminal Code*, unlike that imposed by the hate propaganda provision at issue in *Keegstra*, cannot be justified under s. 1 of the *Charter* as a "reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". At virtually every step of the *Oakes* test, one is struck with the substantial difference between s. 181 and the provision at issue in *Keegstra*, s. 319(2) of the *Code*. In contrast to the hate propaganda provision (*Keegstra*), the false news provision cannot be associated with any

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 fausement 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

existing social problem or legislative objective, much less one of pressing concern. It is, as the Law Reform Commission concluded, "anachronistic". But even if the Court were to attribute to s. 181 the objective of promoting racial and social tolerance and conclude that such objective was so pressing and substantial as to be capable of overriding a fundamental freedom, s. 181 would still fail to meet the criteria of proportionality which prevailed in *Keegstra*. In *Keegstra*, the majority of this Court found the objective of the legislation to be compelling and its effect to be appropriately circumscribed. The opposite is the case with s. 181 of the *Criminal Code*. Section 181 catches not only deliberate falsehoods which promote hatred, but sanctions all false assertions which the prosecutor believes 'likely to cause injury or mischief to a public interest', regardless of whether they promote the values underlying s. 2(b). At the same time, s. 181's objective, in so far as an objective can be ascribed to the section, ranks much lower in importance than the legislative goal at stake in *Keegstra*. When the objective of s. 181 is balanced against its invasive reach, there can in my opinion be only one conclusion: the limitation of freedom of expression is disproportionate to the objective envisaged.

In their laudable effort to send a message condemning the 'hate-mongering' of persons such as the appellant by upholding s. 181 as a reasonable limit, it is my respectful opinion that my colleagues Cory and Iacobucci JJ. make three fundamental errors. First, they effectively rewrite s. 181 to supply its text with a particularity which finds no support in the provision's history or in its rare application in the Canadian context. Second, they underrate the expansive breadth of s. 181 and its potential not only for improper prosecution and conviction but for 'chilling' the speech of persons who may otherwise have exercised their freedom of expression. Finally, they go far beyond accepted

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. 2b). 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

principles of statutory and *Charter* interpretation in their application of s. 1 of the *Charter*. While I share the concerns of my colleagues, I fear that such techniques, taken to their ultimate extreme, might render nugatory the free speech guarantee of the *Charter*.

Disposition

I conclude that s. 181 of the *Criminal Code* infringes the right of free expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* and that the infringement is not saved by s. 1 of the *Charter*. I do not find it necessary to deal with the arguments under s. 7 of the *Charter*.

I would allow the appeal, enter an acquittal, and answer the first constitutional question in the affirmative and the second in the negative. In the result, I need not consider whether the terms of the appellant's bail infringed his rights under the *Charter*.

The reasons of Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. (dissenting)—This appeal raises the issue of the constitutionality of s. 181 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 177), which states:

181. Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

The appellant, Ernst Zundel, alleges that the provision violates s. 7 and s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

This appeal concerns the wilful publication of deliberate, injurious lies and the legislation which

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*.

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. 2b) 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

seeks to combat the serious harm to society as a whole caused by these calculated and deceitful falsehoods. Our colleague, McLachlin J., has stated that s. 181 violates s. 2(b) of the *Charter* and is not saved under section 1. We agree with her conclusion, though not with her reasoning, that s. 181 violates s. 2(b) of the *Charter*. However, with respect, we do not agree that the section cannot be justified under s. 1.

I. Background: The Pamphlet in Question

In the 1970's and 1980's, the appellant published and distributed white supremacist literature, videos and paraphernalia through the auspices of his Toronto publishing house, Samisdat Publishers Ltd. He was charged with two counts of spreading false news in contravention of what is now s. 181 of the *Code* for publishing two pamphlets. He was acquitted at trial on the count relating to the publication of the pamphlet, *The West, War and Islam!*, but was convicted on the count relating to a pamphlet entitled, *Did Six Million Really Die?* It is this conviction which he appeals to this Court.

Because much of the reasoning in this case turns on whether the expression in question purports to be a statement of fact or of mere opinion, and because it is difficult to comprehend fully the significance of harmful speech in the abstract, the pamphlet warrants more than a general reference in order to make clear the precise nature of the publication at issue.

The pamphlet is part of the genre of anti-Semitic literature known euphemistically as "revisionist history". The pamphlet indicates the author is "Richard Harwood . . . a writer and specialist in political and diplomatic aspects of the Second World War. At present he is with the University of London". However, the piece appears to have actually been produced in England by Richard Verral,

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. 2b) 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. 2b) 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, Samisdat Publishers Ltd. Il a été inculpé, 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

editor of the neo-nazi British National Front newspaper in 1977. The appellant has added a preface and afterword to the original document, entitled *Historical Fact No. 1, Did Six Million Really Die? Truth at Last Exposed.*

The basic gist of the piece is that the Holocaust perpetrated by the German National Socialists against the Jews of Europe during the Second World War never occurred. According to the appellant, there was no concerted plan to exterminate European Jewry, along with assorted others of racial extraction, religious persuasion, national origin or sexual orientation of which the Nazis did not approve. By pointing to what he alleges to be new evidence, the appellant submits that some Jews died, as people will in war time, but that the "Final Solution to the Jewish Question" was never anything more than a plan to facilitate emigration to Madagascar. He states that the Holocaust is a myth fabricated by an immensely powerful Jewish-Zionist conspiracy to win lucrative war reparations from the Germans, to make them feel ashamed and a pariah in the eyes of other nations, and to win political and economic support for the State of Israel.

While the appellant argues that his purpose in preparing and disseminating the publication was to provide a novel analysis of historical documents, Richard Verral makes clear the true import of the "revisionist" project. In the aftermath of the Holocaust, the international community has cast a jaundiced eye on all forms of racism and has bonded together to reject and obliterate it. The author alleges that "the Anglo-Saxon world" is falling into decline because of the presence of non-Aryans and that the lessons of the horrors of the Holocaust prevent "rational" debate about this trend. Under the heading "The Race Problem Suppressed", the pamphlet states:

Thus the accusation of the Six Million is not only used to undermine the principle of nationhood and national pride, but it threatens the survival of the Race itself. . . .

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 contre-coup de l'Holocauste, la communauté internationale a vu d'un mauvais œil 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

Many countries of the Anglo-Saxon world, notably Britain and America, are today facing the gravest danger in their history, the danger posed by the alien races in their midst. Unless something is done in Britain to halt the immigration and assimilation of Africans and Asians into our country, we are faced in the near future, quite apart from the bloodshed of racial conflict, with the biological alteration and destruction of the British people as they have existed here since the coming of the Saxons. In short, we are threatened with the irrecoverable loss of our European culture and racial heritage. But what happens if a man dares to speak of the race problem, of its biological and political implications? He is branded as that most heinous of creatures, a "racialist". And what is racialism, of course, but the very hallmark of the Nazi! They (so everyone is told, anyway) murdered Six Million Jews because of racialism, so it must be a very evil thing indeed.

Presumably in order to quell the abhorrence with which people of good will respond to racism, the premise of the pamphlet was that the brutal realization in the Holocaust must be denied. To this end, the pamphlet makes numerous false allegations of fact. It will suffice to point to only a few.

The pamphlet alleges that:

– the Nazi concentration camps were only work camps; that gas chambers were built by the Russians after the War; that the millions who disappeared through the chimneys of the crematoria at Auschwitz, Sobibor, Maidanek and elsewhere actually moved to the United States and changed their names;

– *The Diary of Anne Frank* is a work of fiction;

– the emaciated living and dead found by liberation forces died of starvation and typhus;

– the films and photographs are clever forgeries;

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 œuvre 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;

– there are no witnesses to or survivors of the slaughter and every perpetrator who later revealed his complicity was coerced.

The appellant was convicted after a lengthy trial of spreading false news contrary to s. 181. On appeal to the Ontario Court of Appeal, his conviction was upheld on constitutional grounds but struck down for errors in the admission of evidence and the charge to the jury. The matter was sent back for a new trial: (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. The appellant was again convicted after a trial before Judge Thomas and a jury. His second appeal to the Ontario Court of Appeal was denied unanimously: (1990), 37 O.A.C. 354, 53 C.C.C. (3d) 161. He appeals to this court by leave on the constitutional issues alone, [1990] 2 S.C.R. xii.

II. Judgments Below

A. Trial

(1) Judicial Notice

At trial, Judge Thomas took judicial notice of the fact that Jews were murdered by the Nazis but did not take judicial notice of the facts alleged in the appellant's pamphlet:

The mass murder and extermination of Jews in Europe by the Nazi regime during the Second World War is so generally known and accepted that it could not reasonably be questioned by reasonable persons. I directed you then and I direct you now that you will accept that as a fact. The Crown was not required to prove it. It was in the light of that direction that you should examine the evidence in this case and the issues before you.

Accordingly, it was not open to the appellant to argue that no Jews died during the Second World War, and indeed, as noted above, this was not his thesis. In his final address to the jury, defence

– 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

counsel analyzed the relationship between the judicial notice and the appellant's work:

His Honour will tell you what he says is reasonable for reasonable men to contest. But it won't include the six million, it won't include the gas chambers and it won't include an official plan. That's basically what this book is all about.

That is not to dispute the Jewish tragedy of mass murder of some Jews by some Nazis during World War II which His Honour will tell you is a fact. The Judicial ruling goes no further than that. And if two Jews were killed by some Nazis, that wouldn't be a mass murder. It would certainly be a tragedy. It would be wrong. But it wouldn't necessarily be what is portrayed as the Holocaust. [Emphasis added.]

The appellant was fully able to defend the specific allegations out of which he built his argument as to the motive, intention, mechanisms, scope, and impact of the slaughter. He was fully able to put forth his argument that "the Holocaust", writ large as an historical icon, was a fabrication. The court explicitly did not take away from the jury the possibility of accepting evidence in support of Zundel's fundamental premise that there was no systematic plan of genocide and thus that racism was not as dangerous as supposed. The trial judge also made it clear in his instruction to the jury that they were to find that some Jews died but must be satisfied beyond a reasonable doubt that these deaths amounted to the historical cataclysm known as the Holocaust. In his charge to the jury, Judge Thomas summarized the position of the defence:

The publication considered in its essence puts forward the thesis six million Jews were not killed during the war, there was no official plan or policy by the National Socialist regime of Adolf Hitler to exterminate the Jews, and there were no homicidal gas chambers.

exposé final au jury, l'avocat de la défense a analysé le rapport entre la connaissance d'office et l'ouvrage de l'appelant:

^a [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

^b 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.]

^c 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:

^d [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) Elements of the Offence

Judge Thomas defined the elements of the offence which the Crown had to prove as:

- (a) wilful publication
- (b) of a statement of fact rather than of opinion (the onus of differentiating fact from opinion lying with the Crown);
- (c) which the accused knew to be false when he published it; and
- (d) which falsehood is likely to cause mischief to the public interest (in this case, the interest in racial and social tolerance).

(i) *Wilful Publication*

While the appellant conceded publication, the Crown adduced the evidence of Sergeant Luby of the Metropolitan Toronto Police that, in the course of investigating the complaint against him, the appellant confirmed that he had written the preface and conclusion, had published the amended version of Richard Verral's work and had distributed it within and beyond Canadian borders. Indeed, the afterward of the pamphlet itself enumerates the appellant's distribution efforts in Canada. The jury was instructed that, if they accepted the evidence of the officer and admission by counsel for the appellant, they could find that he had wilfully published it. Judge Thomas noted that the date of publication was key in determining the most important issue of knowledge of falsity at publication date. The Crown had alleged that the publication occurred in 1981. The trial judge summarized the evidence on this point as suggesting that it was produced at some point between early 1979 and Sergeant Luby's attendance at the appellant's home on May 29, 1984.

(ii) *Statement of Fact Rather Than of Opinion*

The appellant argued that the pamphlet was only an expression of opinion and, in the alternative,

(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'appellant 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'appellant 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'appellant 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'appellant, 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'appellant le 29 mai 1984.

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

L'appellant a fait valoir que la brochure ne faisait qu'exprimer une opinion et, subsidiairement, que,

that if found to be an assertion of fact, it was verifiable as truth. Judge Thomas held that the issue of whether the pamphlet conveyed an assertion of fact or mere opinion was to be determined by the jury. He pointed to the defence expert, Dr. Fann, who asserted that a factual claim may be distinguished from an expression of opinion by virtue of its capacity to be tested and verified, while expressions of opinion are merely subjective and thus cannot be proved or disproved. The defence expert Dr. Botting had testified that the pamphlet was two thirds fact and one third opinion but that he would characterize it as an expression of opinion. The trial judge left it to the jury to determine whether to accept this submission or to accept the Crown's argument, paraphrased as:

Do you think his view was influenced by his contention that there is no such thing as a fact, that everything is opinion? The Crown asks, in the real world, don't we have to distinguish between fact and opinion on a daily basis?

The defence expert witness, Mr. Felderer, a publisher of Holocaust denial literature, also testified that the pamphlet was important because it contained allegations of fact. Judge Thomas instructed the jury:

Although there are individual items or passages in the pamphlet which, considered separately might be characterized as opinions, I direct you that it is open to you to find that the pamphlet, considered as a whole, asserted as a fact that Jews were not exterminated as a result of government policy during the Nazi regime, that the Holocaust did not occur and it is an invention or a hoax to enable Israel and Jews to collect huge reparation payments from Germany.

It was left to the jury to consider whether the Crown had satisfied them beyond a reasonable doubt of the verifiable falsity of the factual assertions contained in the pamphlet and whether the cumulative effect of these errors rendered the pamphlet as a whole a false statement or tale.

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) *Falsity of the Factual Allegations*

The appellant's allegations of fact in the pamphlet were divided into 85 extracts and rebutted one by one. The trial judge summarized this material at length for the jury but it will suffice here to point only to some of the more egregious examples. The pamphlet alleged that a memorandum from Joseph Goebbels revealed that the Final Solution was never more than a plan to evacuate Jews to Madagascar. It was shown that there was no such memorandum but that the reference was to Goebbels' diary entry of March 7, 1942. This diary extract was adduced and shown to state nothing of the kind. The Crown went on to point out that the entry for March 27, 1942 made clear that the Final Solution was, in fact, genocide:

Not much will remain of the Jews. On the whole, it can be said that about 60 per cent of them will have to be liquidated whereas only about 40 per cent can be used for forced labor. . . .

The pamphlet alleges that no documentary evidence exists of the Nazi plan to exterminate the Jews. The Crown adduced speeches by Heinrich Himmler, head of the SS, made on October 4, 1943 to his troops in Posen in which he refers to the program of extermination of the Jews. Himmler stated:

I also want to talk to you, quite frankly, on a very grave matter. Among ourselves it should be mentioned quite frankly, and yet we will never speak of it publicly. . . .

I mean the clearing out of the Jews, the extermination of the Jewish race. . . .

The appellant argued that the term "exterminate" used in this passage really meant "deport". It was left to the jury to consider whether they accepted that this was a possible interpretation.

The Crown also adduced the December 9, 1942 entry in the diary of Hans Frank, SS officer in charge of Poland, describing the annihilation of 3.5

(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 référerait 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,

1992 CanLII 75 (SCC)

million Jews in the general government and numerous documents adduced at the Nuremberg trials, including the daily reports of the Einsatzgruppen (action groups) enumerating the death tolls of Jews in the USSR. In a report to Hitler of December 20, 1942, Himmler indicates that the Einsatzgruppen had executed 363,211 Jews between August and November, 1942.

The pamphlet alleged, purportedly relying on a Red Cross report, that all concentration camps were really humane work camps. Mr. Biedermann, a delegate of the International Committee of the Red Cross, testified that the Red Cross Report pertained exclusively to prisoner of war camps as the Red Cross personnel had not been inside any camps in which civilians were detained. The Crown adduced evidence from Professor Hilberg that while some camps had labour facilities annexed to them, Belzec, Treblinka, Sobibor and Chelmno were exclusively "killing factories" and that gas chambers were in operation at Auschwitz-Birkenau and Maidanek. The numbers of Jews slaughtered was verifiable from railway records showing the payments per person made by the Gestapo for transport to the camps. These numbers were compared with those having left the camps or who were found there after liberation.

On and on, the Crown showed that the appellant misrepresented the work of historians, misquoted witnesses, fabricated evidence, and cited non-existent authorities.

(iv) *Appellant's Knowledge of Falsity*

The trial judge made it clear that this was the most important element of the offence and that the onus lay on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the appellant knew that these assertions of fact were false when he published them. The Crown alleged publication in 1981. Evidence

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 ministre 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'appellant 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'appellant 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'appellant savait que ces affirmations de fait étaient fausses quand il les a publiées. Le ministère public a soutenu que la publication

was heard from defence witnesses that the appellant was extremely familiar with the history of the Holocaust and that he was aware of the overwhelming evidence produced by orthodox Holocaust historians that the Holocaust did occur.

The Crown adduced evidence that the appellant was committed to white supremacist and anti-Semitic causes and was a fan of Adolf Hitler and of the Nazi regime. The Crown adduced a radio interview with the CBC and two pamphlets allegedly written and distributed by the appellant under his pen name, Christof Friedrich (his middle names), entitled *The Hitler We Loved & Why* and *UFO's: Nazi Secret Weapon*. It was open to the jury to find that evidence of motive drawn from these materials was relevant to knowledge of falsity. Judge Thomas stated:

It is true that the accused man is not on trial for his beliefs, and he is not on trial for publishing Exhibits 2 and 3. However, it is open to you to find that if the accused believed in National Socialism, it is open to you to conclude that he knowingly would publish falsehoods to foster and protect those beliefs. In other words, that is the limited use that you can make of Exhibits 2, 3 and 5 combined.

Sergeant Luby testified that the appellant stated to him that he had been writing "those things" for 25 years. Defence witnesses who shared the appellant's views testified that, as far back as 1969, the appellant had believed the Holocaust was a myth. Mr. Smith, a representative from the "revisionist history" group, the Institute for Historical Review, and Mr. Faurisson, a "revisionist historian" convicted on charges arising out of his Holocaust denial publications in France, testified that in 1979, the appellant attended a conference of the Institute in which participants undertook to launch a campaign against the Holocaust. Mr. Walendy, another participant at the Conference, testified that he discussed the pamphlet with the appellant at that time and made him aware of objections and criticisms levelled against the publication elsewhere. It was left to the jury to conclude whether the appellant had no knowledge of the falsity of

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 25 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

the materials or whether, despite the fact that he knew they were false, he was prepared to publish falsehoods in order to win converts to his cause.

Judge Thomas instructed the jury that while the unreasonableness of the appellant's belief was a relevant factor in determining whether he truly held such a belief, it was by no means conclusive of the matter. Consistent with the jurisprudence of this Court on the role of unreasonableness of beliefs in, for example, the defence of mistake of fact, in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 156, Judge Thomas stated that:

If you find that the accused honestly believed that the pamphlet was true, or you are left with a reasonable doubt on this point, you must acquit. Now, it is not necessary for that belief, held honestly, to be reasonable. The unreasonable nature of the belief is only one factor to be considered. In other words, it is only one item of the evidence to support an inference that the belief is not honestly held.

(v) *Mischief to a Public Interest*

The public interest identified was racial and social tolerance. The Crown argued that an attack on one segment of society harmed all of society. The trial judge told the jury that they had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the publication of *Did Six Million Really Die?* was a threat to this interest. The Crown submitted that the pamphlet fostered hatred and contempt for Jews. It did so insidiously because it disguised itself as an academic work, relying upon appeals to authority. It did so in a particularly vicious manner because the objects of the fabrication are themselves characterized as diabolical liars such that their attempts to clarify and rebut the allegations would not be believed. Perhaps most importantly, the Crown alleged that the pamphlet makes tolerance for religious minorities "a dirty word" and the game of dupes.

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'inviction 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.

The appellant submitted that no harm had been proved to have resulted from the publication and that public debate of provocative views enhanced social and racial tolerance. He submitted that it was an insult to Canadians to suggest that they were not capable of discerning truth from falsity. The trial judge instructed the jury that deliberate lies were not protected by s. 2(b) of the *Charter* but left the final issue of harm to the jury as well. They returned with a verdict of guilty.

B. *Ontario Court of Appeal #1* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97

Although this is an appeal from the second trial, it is useful to note briefly the fate of the appellant on his first appearance before the Ontario Court of Appeal. In a decision rendered on behalf of the full court, the Ontario Court of Appeal affirmed the essential elements of the offence as they were described by the trial judge at the second trial and set out earlier.

The decision was rendered quite early in the development of *Charter* jurisprudence and the court noted that there was little precedent to guide them. They addressed themselves to the proper scope of the right under s. 2(b) and concluded that deliberate lies likely to produce racial and social intolerance did not fall within its embrace.

In doing this, they placed great reliance on the United States approach to defining a limit to freedom of expression which excludes obscene, libelous and knowingly false speech. After considering the various justifications provided in the American jurisprudence for limiting expression, they concluded (at pp. 123-24):

Spreading falsehoods knowingly is the antithesis of seeking truth through the free exchange of ideas. It would appear to have no social or moral value which would merit constitutional protection. Nor would it aid

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. 2b) 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

the working of parliamentary democracy or further self-fulfilment. In our opinion an offence falling within the ambit of s. 177 [now s. 181] lies within the permissibly regulated area which is not constitutionally protected. It does not come within the residue which comprises freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Charter.

After assuming for the sake of argument that they were wrong and the provision was a violation of s. 2(b), the Court of Appeal considered the presence in the *Criminal Code* of Canada and those of other commonwealth jurisdictions of the offence of defamatory libel in determining that the section was important and demonstrably justified in free and democratic societies. They thus found the provision to be justified under s. 1.

The court then considered the appellant's submission that the provision was unconstitutional because it violated s. 7 by being void for vagueness or overbreadth. The court considered that the only element of the offence in s. 177 (now s. 181) open to challenge was the category of "public interests" to which injury might accrue. They considered that criminal law is always aimed at preserving some public interest and found that the preservation of racial harmony was certainly such an interest. They therefore found no violation of s. 7.

However, the Court of Appeal went on to find that some of the appellant's objections to the conduct of the trial judge did have merit. They found these technical errors too numerous to justify the exercise of s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)) and ordered the new trial which was referred to earlier.

C. *Ontario Court of Appeal #2* (1990), 53 C.C.C. (3d) 161

The appellant appealed this second conviction, raising 47 grounds of appeal, most of which were found to be utterly without merit and were not

Constitution. Elle n'aiderait pas non plus le fonctionnement de la démocratie parlementaire ni ne favoriseraient 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. 2b) 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. 2b), 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.

C. *Second arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario* (1990), 53 C.C.C. (3d) 161

L'appelant a interjeté appel de sa seconde déclaration de culpabilité, soulevant 47 moyens d'appel, dont la plupart ont été considérés comme absolu-

dealt with. The Court did consider the issues of judicial notice, various elements of the charge to the jury, admissibility of evidence read into the record, questioning of the appellant about his belief in Nazi policies, and production of his other anti-Semitic publications. The Court of Appeal considered at length allegations of actual and apparent bias in the trial judge and rejected them. The only finding which has relevance to the constitutional issue in this appeal is the court's approval at p. 196 of the trial judge's characterization of the promotion of racism as a practice contrary to a public interest.

[I]t is not in the public interest to have one segment of the community racially or religiously intolerant against another segment of the community. An attack on one segment of the community is, in reality, an attack on the whole community. If one segment is not protected from criminal defamation and libel, accusations of criminal wrong-doing, criminal fraud, the whole community is vulnerable because the next segment is fair game, and then the next segment is fair game, until you have destroyed the entire community.

III. Issues in this Appeal

By an order dated January 28, 1991, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is s. 181 (formerly s. 177) of the *Criminal Code* of Canada contrary to fundamental freedom of thought, belief, opinion, and expression, including freedom of the press and other media of communication, set out in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is s. 181 (formerly s. 177) of the *Criminal Code* of Canada a reasonable limit prescribed by law demonstrably justifiable in a free and democratic society as required by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

In a subsequent order on June 14, 1991 the Chief Justice added two further constitutional questions:

ment 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. Is s. 181 (formerly s. 177) of the *Criminal Code* contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as being a vague and uncertain restriction upon the fundamental freedom of expression?

4. If so, is s. 181 (formerly s. 177) of the *Criminal Code* a reasonable limit prescribed by law demonstrably justifiable in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

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. Analysis

A. *History of Section 181*

The section has its origin in the offence of *De Scandalis Magnatum* enacted in 1275, 3 Edw. 1, *Stat. Westm. prim.* c. 34. It read:

Forasmuch as there have been oftentimes found in the Country Devisors of Tales, whereby discord or occasion of discord, hath many times arisen between the King and his People, or Great Men of this Realm; for the Damage that hath and may thereof ensue; It is commanded, That from henceforth none be so hardy to tell or publish any false News or Tales, whereby discord, or occasion of discord or slander may grow between the King and his People, or the Great Men of the Realm; and he that doth so, shall be taken and kept in Prison, until he hath brought him into the Court, which was the first Author of the Tale.

The provision of peaceful means of redress for attacks on reputation seems to have originated with organized society. Early Germanic laws such as the *Lex Salica* and the *Norman Costumal* sought to prevent blood feuds which, by their persistent violence, tore societies apart. See V. V. Veeder, "The History and Theory of the Law of Defamation I" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546, at p. 548, and "The History and Theory of the Law of Defamation II" (1904), 4 *Colum. L. Rev.* 33.

Professor Veeder places *De Scandalis* in historical context. While it was indeed aimed at the protection of the powerful, it was part of a system of

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

remedies for defamation available to all subjects. The existence of separate fora was ascribed, in part, to the fact that attacks on nobility were viewed as having a political aspect, as a specie of sedition, while those against ordinary citizens were not. The section was repealed in the United Kingdom by the *Statute Law Revision Act, 1887* (U.K.), 50 & 51 Vict., c. 59, but remains in force in Canada as enacted in the *Criminal Code*.

Like most of our laws, the function of prohibitions against spreading false news has changed dramatically over the last 700 years. In 2 Ric. 2, st. I c. 5 of 1378, the provision was re-enacted to expand the class of those whose reputation interests implicated the integrity of the state. By virtue of amendments in 12 Ric. 2, c. 11 of 1388, the statute also provided for the punishment for disseminators as well as devisers of false news. See: Law Commission of the United Kingdom's Working Paper No. 84 on *Criminal Libel*, at p. 10.

In the Working Paper No. 84, the development of an ever more specialized panoply of remedies for false news is characterized as revealing a common theme of preventing a loss of confidence in government. When the Star Chamber took over prosecutions in 1488 soon after the development of the printing press and the corresponding capacity for wide publication to the masses, the Chamber's focus was on protecting the Christian monarchy. See Working Paper No. 84, *supra*, at pp. 12-13. The Star Chamber was also concerned with the protection of private rights:

... the Star Chamber was anxious to suppress duelling. To this end it would punish *defamatory* libels on private citizens who had suffered insult thereby, in the hope that this remedy would be more attractive to the person insulted than the issue of a challenge to fight. [Emphasis in original.]

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* (R.-U.), 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, at p. 383.)

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

After the abolition of the Star Chamber in 1641, its criminal jurisdiction passed to the Court of King's Bench. Since that time, the courts have alternately used the false news, criminal libel, and public mischief provisions in seeking to prohibit the dissemination of false news likely to harm a public interest. See F. R. Scott, "Publishing False News" (1952), 30 *Can. Bar Rev.* 37, at p. 40.

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.

In 1732, a criminal charge was brought against one Osborne for printing a libel that members of the Portuguese Jewish community living in London had murdered a Jewish woman and her illegitimate child by a Christian lover. The court held that a libel conviction was not made out because the allegations were not aimed at an identifiable person, yet went on to convict the accused:

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:

Admitting an information for a libel may be improper, yet the publication of this paper is deservedly punishable in an information for a misdemeanour, and that of the highest kind; such sort of advertisements necessarily tending to raise tumults and disorders among the people, and inflame them with an universal spirit of barbarity against a whole body of men, as if guilty of crimes scarce practicable, and totally incredible.

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

(*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; et W. Kel. 230, 25 E.R. 584.)

In *Gathercole's Case* (1838), 2 Lewin 237, 168 E.R. 1140, at p. 1145, a charge of defamatory libel was made out against an Anglican cleric who had disseminated false, scandalous and malicious anti-Catholic slurs.

Dans l'affaire *Gathercole* (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.

In *Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel* (3rd ed. 1869), the author suggests at p. 578

Dans *Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel* (3^e éd. 1869), l'auteur laisse entendre, à

that criminal libel operated to punish not merely the blasphemous and seditious but:

... also, for those reflecting upon sects, classes, companies, or bodies of men, though not mentioning any person in particular; if such libels tend to excite the hatred of the king's subjects against the members thereof generally, or to provoke them to a breach of the peace.

In *Scott's Case* (1778), 5 New Newgate Calendar 284, the accused was convicted of spreading false news for making and displaying posters which made the following declarations:

'In pursuance of His Majesty's order in council to me directed, these are to give public notice that war with France will be proclaimed on Friday next, the 24th instant, at the palace royal, St. James', at one of the clock, of which all heralds and pursuivants at arms are to take notice, and give their attendance accordingly.

In *R. v. De Berenger* (1814), 3 M. & S. 67, 105 E.R. 536 (K.B.), the accused was found guilty of public mischief for spreading false rumours that the war with France was soon to end in order to drive up the value of government bonds and thereby profit from the public's misapprehension. Such conduct now gives rise to prosecutions under the false pretences sections at ss. 361-363 of the *Code* and the false prospectus section at s. 400, while the offence of public mischief in s. 140 only applies to false allegations of criminal conduct which impairs police efficacy.

Prosecution of false news as a subset of public mischief continued in the U.K. until the passage of the *Public Order Act*, 1936 (U.K.), 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, c. 6. In 1936, Arnold Leese was convicted for publishing in his magazine, *The Fascist*, an article alleging that Jews were responsible for unsolved child murders. He was convicted of "publishing and printing divers scandalous and libellous statements regarding his Majesty's Jewish subjects with intent to create ill will between

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 entraînant 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

his Majesty's subjects of the Jewish faith and those not of the Jewish faith so as to create a public mischief". In convicting the accused, the trial judge stated:

I am not in the least concerned with any controversy that might have arisen with regard to these matters. . . . I am satisfied that nothing can be more mischievous to the public weal than the circulation of statements of his [sic] kind. I can appreciate that behind what you have done there is possibly a belief amounting in its intensity almost to fanaticism with regard to the truth or otherwise of these statements. That the public well-being can be served by the publication of stuff of this kind—and I call it "stuff" advisably [sic]—I cannot imagine. Nothing can be more harmful to the public weal than that.

(*London Times*, September 22, 1936, at p. 11, col. 4.)

More generally, the close of the 19th century saw a specialization of function among the various sections. The spreading false news provision appears in art. 95 of Stephen's *Digest of the Criminal Law* (1878), at p. 62, as:

SPREADING FALSE NEWS

Every one commits a misdemeanor who cites or publishes any false news or tales whereby discord or occasion of discord or slander may grow between the Queen and her people, or the great men of the realm (or which may produce other mischiefs). [Emphasis added.]

Scott, *supra*, notes at p. 39 that it was upon this formulation of the offence that the Canadian *Criminal Code* provision was based. Enacted in 1892, s. 126 of the *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, declared:

126. Every one is guilty of an indictable offence and liable to one year's imprisonment who wilfully and knowingly publishes any false news or tale whereby injury or mischief is or is likely to be occasioned to any public interest. [Emphasis added.]

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 moins 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.]

1992 CanLII 75 (SCC)

While *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, dealt with s. 319, Dickson C.J. had occasion to comment in passing on the broad history of criminal libel offences (at p. 724):

While the history of attempts to prosecute criminally the libel of groups is lengthy, the *Criminal Code* provisions discussed so far do not focus specifically upon expression propagated with the intent of causing hatred against racial, ethnic or religious groups.

However, a more thorough review of the history of the related provisions reveals a clear pattern of attention to attacks on vulnerable groups. Scott, *supra*, examined the relationship of s. 136 (now s. 181) to its historical antecedents (at pp. 40 and 42):

The king's reputation and title were amply protected from attack by various statutes, and the peers and other "magnates" gradually abandoned their remedies under the ancient doctrine of *scandalum magnatum* because the developed law of libel and slander, and of contempt of court for justices, took care of all their needs. Hence the penalties for spreading "false news and tales" might have been absorbed into various specialised branches of the law, and there might be today no trace of a general crime of spreading false news in our law, had it not had an independent root in the idea of public mischief.

This notion of mischief in the common law has relevance to section 136 of the Canadian Code because the word "mischief" appears in the section. The recent English cases show the doctrine is not obsolete. Canadian law, based on statute, is more clearly formulated and goes farther than the actual holding in any English decision. Its roots are nevertheless to be found in what is an operative principle of the common law. It is wrong for anyone knowingly to cause a public mischief by publishing or telling lies. Lying itself does not constitute the crime. Injuring the public interest does.

Allied in principle to these instances of public mischief are the case where by spreading false news a libel was occasioned to a group of persons. The rule here is

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

close to the notion both of libel and of public mischief; or perhaps one might say it is another example of public mischief, of which libel upon individuals whether "magnates" or simple citizens, is one type.

The section has rarely been used in modern times. In *R. v. Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226 (N.W.T.S.C.), the accused was an American immigrant who apparently had not fared well here. He placed a sign in his shop window to the effect that he was having a closing out sale and advising Americans to think twice before settling in Alberta because Americans were not welcome there. The trial judge convicted him on the basis that the Alberta government sought to foster American immigration. Harvey J. was careful to stress that the provision was aimed at false assertions of fact, not disagreeable expressions of opinion. He stated (at p. 228):

The words themselves under certain circumstances, would not amount to an offence. If a newspaper in discussing the public policy of the country stated that it did not think it was in the interest of Canada that citizens of the United States should come in here, I do not think that would be a matter which would be properly dealt with under this section of the Code.

In *R. v. Carrier* (1951), 16 C.R. 18, 104 C.C.C. 75 (Que. K.B. (Criminal Side)), the accused was acquitted on a charge arising out of the dissemination of a pamphlet protesting the treatment of Jehovah's Witnesses entitled "The Burning Hate of Quebec for God, Christ and for Liberty is a subject of shame for all Canada" on the grounds of *autrefois acquit* on a charge of seditious libel. In interpreting the "public interest" harmed by false news, Drouin J. looked to the history of the provision and found that it was aimed at controlling seditious speech which threatened to undermine lawful authority. He equated the public interest with sedition and concluded that speech which fomented discord among citizens but did not issue in other violent conduct was not contrary to the public interest.

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 séditieux 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 séditieux 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.

In 1955 (S.C. 1953-54, c. 51), the provision was removed from the "Sedition" section of the *Code* and re-enacted under the category of "Nuisance". In doing this, Parliament made it clear that while the import of s. 181 was not to punish sedition, it continued to have a role to play. Section 166 stated:

166. Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years. [Emphasis added.]

The re-enacted section was dealt with in *R. v. Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (Que. C.A.). The appellant was the publisher of an underground newspaper that had printed a facsimile of the front page from the *Montreal Gazette* on the back cover of an issue of his paper, carrying the headline "Mayor Shot By Dope-crazed Hippie". The accompanying story stated that Mayor Drapeau had been attacked by a needle-wielding drug fiend but was recovering nicely. The papers had been distributed with the page folded inside, but someone had played a prank on the pranksters and folded them so that the "Gazette" page was outermost. Several calls were made by concerned citizens to Drapeau's office and some 50 calls to the *Gazette's* night editor. In overturning the conviction, the court found that there had been no intention to pass the satire off as news, let alone as false news, and thus no intent to commit the offence. The court concluded (at p. 289):

I find it difficult to imagine that anyone could have been misled into believing that the story was genuine.

While I consider the page was stupid, pointless and in bad taste, I cannot agree that, *per se*, it was reasonably sure to cause trouble and insecurity. The inconvenience to which the night city editor of the *Gazette* was put

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

does not in my view constitute "injury or mischief to a public interest" and the Mayor himself gave no indication of concern over the event. . . .

Thus, a review of the historical development of the law's response to false news reflects its role in prohibiting the dissemination of false information which strikes at important interests of society as a whole. Section 181 perpetuates one of the central functions of *De Scandalis* in prohibiting public alarm and internecine hostilities between and among social groups. The courts have quite properly determined that expressions aimed at dissenting political opinion are not caught by the section.

It remains to be determined whether s. 181 is invalid as a result of a contravention of s. 2(b) of the *Charter* which cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

B. Section 2(b) of the Charter

Section 2(b) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

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

The fundamental importance of freedom of expression to a free and democratic society is beyond question. At issue is whether s. 181 contravenes that right.

The first step in the *Charter* analysis is to ascertain whether the activity of the litigant who alleges a s. 2(b) violation falls within the ambit of protected expression. The sphere of expression protected by the section has been very broadly defined to encompass all content of expression irrespective of the particular meaning sought to be conveyed unless the expression is communicated in a physically violent form (*R. v. Keegstra, supra*). The activity of Zundel involved the deliberate and wilful publication of lies which were extremely damaging to members of the Jewish community, mis-

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'histoire 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

leading to all who read his words and antithetical to the core values of a multicultural democracy. The basis for determining whether this type of activity falls within the scope of protected expression was set out in *Keegstra, supra*. There Dickson C.J. found that hate propoganda satisfied the first step of the s. 2(b) of the *Charter* inquiry. He wrote (at p. 730):

Because *Irwin Toy* stresses that the type of meaning conveyed is irrelevant to the question of whether s. 2(b) is infringed, that the expression covered by s. 319(2) is invidious and obnoxious is beside the point. It is enough that those who publicly and wilfully promote hatred convey or attempt to convey a meaning

Similarly, constitutional protection under s. 2(b) must therefore be extended to the deliberate publication of statements known to be false which convey meaning in a non-violent form. Freedom of expression is so important to democracy in Canada that even those statements on the extreme periphery of the protected right must be brought within the protective ambit of s. 2(b).

The second step of the test is to determine whether the purpose of the impugned legislation is to restrict freedom of expression. Here, the purpose of s. 181 is to restrict, not all lies, but only those that are wilfully published and that are likely to injure the public interest. Although the targeted expression is extremely limited, the provision does have as its purpose the restriction of free expression. Accordingly, it must be found that s. 181 constitutes an infringement of the freedom of expression guaranteed under s. 2(b) of the *Charter*.

Before turning to s. 1 of the *Charter*, it is important to recall what has been written concerning the weight to be attached to other *Charter* provisions

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 dis-

1992 CanLII 75 (SCC)

and the consideration of contextual factors. In *Keegstra, supra*, Dickson C.J., wrote at p. 734:

I believe, however, that s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing, and consider this Court's previous freedom of expression decisions to support this belief. It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1. [Emphasis in original.]

C. Section 1 Analysis

In order to determine whether s. 181 can be justified under s. 1 of the *Charter* a careful balancing of a number of factors must be considered. In doing so we have followed the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

(1) Prescribed by Law

(i) *The General Rule*

There is a separate constitutional question posed which raises the issue of vagueness under s. 7 of the *Charter*. Indeed, if the vagueness of the impugned law is the sole issue raised, it is dealt with under s. 7. Nonetheless, the proper place to deal with this vagueness argument is under s. 1. See *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 631-32.

The concept that a section of an enactment would be declared void for vagueness is based upon the sound rule that a person should know with reasonable certainty what the law is and what actions are in danger of breaking the law. There can be no doubt that a section of the *Criminal Code* enacting an offence must provide sufficient guidance to predict the legal consequences of a given course of conduct but a statute or legal enactment can do no more than set boundaries which create an area of risk.

positions 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:

a 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

d 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.

e (1) Prescrite par une règle de droit

(i) *La règle générale*

f 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. 606, aux pp. 631 et 632.

g 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.

It is the guidance of conduct and not the absolute direction of conduct which is the appropriate objective of legislation. A provision will be too vague if it does not provide a basis for legal debate and discussion. If it does not sufficiently delineate an area of risk, it can provide neither notice to a person of conduct which is potentially criminal nor an appropriate limitation on the discretion of the authorities seeking to enforce the provision. Such a provision offers no basis for the judiciary to define limits of conduct. See *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*, at pp. 639-40.

Section 181 cannot be said to be vague. It provides clear guidelines of conduct. The citizen knows that to be at risk under this section, he or she must wilfully publish a false statement knowing it to be false. Further, the publication of those statements must injure or be likely to injure the public interest.

(ii) *How Should the Term "Public Interest" Be Defined as it Is Used in Section 181?*

The appellant contends that the term, "public interest", is so vague that the section is invalid. It is submitted that the term could be used by an unscrupulous government to render criminal any conduct or opinion opposed by the government of the day.

The fact that the term is undefined by the legislation is of little significance. There are many phrases and words contained in the *Criminal Code* which have been interpreted by the courts. It is impossible for legislators to foresee and provide for every eventuality or to define every term that is used. Enactments must have some flexibility. Courts have in the past played a significant role in the definition of words and phrases used in the *Code* and other enactments. They should continue to do so in the future.

For our purposes, it is sufficient to refer to but a few of the judicial definitions of words and phrases found in the *Criminal Code*. In obscenity

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. 639 et 640.

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

cases, courts have properly taken it as their role and duty to define such terms as “indecent”, “immoral” or “scurrilous” found in various sections of the *Code* (see, for example, *R. v. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412 (Ont. C.A.), and *R. v. Springer* (1975), 24 C.C.C. (2d) 56 (Sask. Dist. Ct.). In *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, Sopinka J. considered the meaning that should be attached to the words “undue exploitation of sex”, which also were not defined in the statute.

Similarly, courts have considered and interpreted, the words “deceit, falsehood or other fraudulent means”. In *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, “other fraudulent means” was found to include means which were not in the nature of a falsehood or deceit. Rather the words were held to encompass all means which can properly be designated as dishonest. That same case further concluded that although there was no definition of “defraud” contained in the *Criminal Code*, dishonesty and deprivation were essential elements that must be considered as integral components of the word.

It is clear then that the courts can and should define terms and words used in the *Criminal Code*. A review of the cases that have thus far considered false news provisions reveals that they have not yet adequately defined the term “public interest”. It is therefore necessary to consider further how the phrase “public interest” should be defined in the context of s. 181.

A survey of federal statutes alone reveals that the term “public interest” is mentioned 224 times in 84 federal statutes. The term appears in comparable numbers in provincial statutes. The term does not and cannot have a uniform meaning in each statute. It must be interpreted in light of the legislative history of the particular provision in which it

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

appears and the legislative and social context in which it is used.

A “public interest” likely to be harmed as a result of contravention of s. 181 is the public interest in a free and democratic society that is subject to the rule of law. A free society is one built upon reasoned debate in which all its members are entitled to participate. Section 181, including its reference to “public interest”, should, as this Court has emphasized, be interpreted in light of *Charter* values. See *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654. As a fundamental document setting out essential features of our vision of democracy, the *Charter* provides us with indications as to which values go to the very core of our political structure. A democratic society capable of giving effect to the *Charter*’s guarantees is one which strives toward creating a community committed to equality, liberty and human dignity. The public interest is, therefore, in preserving and promoting these goals.

The term, as it appears in s. 181, should be confined to those rights recognized in the *Charter* as being fundamental to Canadian democracy. It need not be extended beyond that. As an example, the rights enacted in ss. 7, 15 and 27 of the *Charter* should be considered in defining a public interest.

Section 15 of the *Charter* provides that every individual is equal before and under the law and is to be free of discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. If the wilful publication of statements which are known to be false seriously injures a group identifiable under s. 15, such an act would tear at the very fabric of Canadian society. It follows that the wilful publication of such lies would be contrary to the public interest. If the Crown is able to establish beyond a reasonable doubt that those fundamental rights are likely to have been seriously damaged by the wil-

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

ful publication of statements known to be false, it will have fulfilled this part of its obligations under the section.

Thus, the term “public interest” as it appears in s. 181 refers to the protection and preservation of those rights and freedoms set out in the *Charter* as fundamental to Canadian society. It is only if the deliberate false statements are likely to seriously injure the rights and freedoms contained in the *Charter* that s. 181 is infringed. This section, therefore, provides sufficient guidance as to the legal consequence of a given course of conduct. It follows that the section cannot be said to be so vague that it is void.

(2) Objective

(i) *A Pressing and Substantial Aim*

The aim of s. 181 is to prevent the harm caused by the wilful publication of injurious lies. This is evident from the clear wording of the provision itself which prohibits the publication of a statement that the accused knows is false and “that causes or is likely to cause injury”. This specific objective in turn promotes the public interest in furthering racial, religious and social tolerance. There can be no doubt that there is a pressing and substantial need to protect groups identifiable under s. 15 of the *Charter*, and therefore society as a whole, from the serious harm that can result from such “expression”. The decision of this Court in *Keegstra* clearly recognized the invidious and severely harmful effects of hate propaganda upon target group members and upon society as a whole (see pp. 746-49). It was found that members of such groups, not unexpectedly, respond to the humiliation and degradation of such “expression” by being fearful and withdrawing from full participation in society. Society as a whole suffers because such “expression” has the effect of undermining the core values of freedom and democracy.

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’avilissement 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.

Professor Mari Matsuda has described the impact unchecked racist speech has on target group members in "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320, at pp. 2338 and 2379:

To be hated, despised, and alone is the ultimate fear of all human beings. However irrational racist speech may be, it hits right at the emotional place where we feel the most pain. The aloneness comes not only from the hate message itself, but also from the government response of tolerance. When . . . the courts refuse redress for racial insult, and when racist attacks are officially dismissed as pranks, the victim becomes a stateless person.

The government's denial of personhood by denying legal recourse may be even more painful than the initial act of hatred. One can dismiss the hate group as an organization of marginal people, but the state is the official embodiment of the society we live in.

Similarly, it would be impossible to deny the harm caused by the wilful publication of deliberate lies which are likely to injure the public interest. The evil is apparent in the deceptive nature of publications caught by s. 181. The focus of s. 181 is on manipulative and injurious false statements of fact disguised as authentic research. The publication of such lies makes the concept of multiculturalism in a true democracy impossible to attain. These materials do not merely operate to foment discord and hatred, but they do so in an extraordinarily duplicitous manner. By couching their propaganda as the banal product of disinterested research, the purveyors of these works seek to circumvent rather than appeal to the critical faculties of their audience. The harm wreaked by this genre of material can best be illustrated with reference to the sort of Holocaust denial literature at issue in this appeal.

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 le groupe haineux comme n'étant qu'une organisation 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 manipulatoires 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 fomentent 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.

Holocaust denial has pernicious effects upon Canadians who suffered, fought and died as a result of the Nazi's campaign of racial bigotry and upon Canadian society as a whole. For Holocaust survivors, it is a deep and grievous denial of the significance of the harm done to them and thus belittles their enormous pain and loss. It deprives others of the opportunity to learn from the lessons of history. To deliberately lie about the indescribable suffering and death inflicted upon the Jews by Hitler is the foulest of falsehoods and the essence of cruelty. Throughout their tragic history, the circulation of malicious false reports about the Jewish people has resulted in attacks, killings, pogroms and expulsions. They have indeed suffered cruelly from the publication of falsehoods concerning their culture.

The Cohen committee demonstrated that racial intolerance was alive and functioning in Canada in the 1960's. In 1984, both the Special Committee Report on Participation of Visible Minorities in Canadian Society, *Equality Now!*, and the Canadian Bar Association's *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* found that racism and words inciting hatred were growing problems in Canada and urged that prohibitions against them be maintained and strengthened. The facts in the recent case of *Kane v. Church of Jesus Christ Christian—Aryan Nations*, Alta. Bd. Inq., February 28, 1992, [1992] A.W.L.D. No. 302, reveal with dreadful clarity that racism is a current and present evil in our country. It is a cancerous growth that is still alive, growing and thriving on ignorance, suspicion, fear and jealousy.

Section 181 provides protection, by criminal sanction, not only to Jewish Canadians but to all vulnerable minority groups and individuals. The salutary nature of this section should be emphasized. It can play a useful and important role in encouraging racial and social tolerance which is so essential to the successful functioning of a democratic and multicultural society. It achieves this

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 salubre 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

goal by expressing the repugnance of Canadian society for the wilful publication of statements known to be false that are likely to cause serious injury or mischief to the public interest which is defined in terms of *Charter* values. Indeed, it would be unfortunate if the *Charter* was used to strike down a provision that protects vulnerable groups and individuals.

In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, it was said of this important principle (at p. 233):

This Court has on several occasions observed that the *Charter* is not an instrument to be used by the well positioned to roll back legislative protections enacted on behalf of the vulnerable.

The same principle has been repeated and emphasized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993, and in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051. This principle recognizes that much government regulation is designed to protect the vulnerable. It would be unfortunate indeed if the *Charter* were used as a weapon to attack measures intended to protect the disadvantaged and comparatively powerless members of society.

The aim of s. 181 has the effect of protecting the vulnerable in society and, as such, is a pressing and substantial concern. It is of particular importance since, under our constitution, multiculturalism and equality are to be enhanced.

(ii) *International Instruments*

In seeking to deny the Holocaust in order to facilitate the promotion of racism, the appellant has aimed with deadly accuracy. The Nazi attempt to commit genocide against the Jews and other "non-aryan" subjects within their control is part of an all too long and frequently repeated history of persecutory atrocities committed by majorities against minorities. The Holocaust is undeniably a

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

watershed marking the apogee of the brutal consequences which flow from unchecked racism. It was in response to the horrors of the Holocaust that Western nations undertook to seek to abolish racism. Dickson C.J. noted this trend in his dissenting reasons in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 348:

Since the close of the Second World War, the protection of the fundamental rights and freedoms for groups and individuals has become a matter of international concern. A body of treaties (or conventions) and customary norms now constitutes an international law of human rights under which the nations of the world have undertaken to adhere to the standards and principles necessary for ensuring freedom, dignity and social justice for their citizens. The *Charter* conforms to the spirit of this contemporary international human rights movement, and it incorporates many of the policies and prescriptions of the various international documents pertaining to human rights. The various sources of international human rights law—declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, customary norms—must, in my opinion, be relevant and persuasive sources for interpretation of the *Charter's* provisions.

Canada is a signatory to two relevant international instruments. The United Nations *International Covenant on Civil and Political Rights* (in force for Canada August 19, 1976), 999 U.N.T.S. 172, Article 20(2), and the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (in force for Canada November 13, 1970), 660 U.N.T.S. 212, preamble and Article 4. Both documents provide that advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law (see *Keegstra*, *supra*, at pp. 749 to 755). These instruments serve to emphasize the important objective of s. 181 in preventing the harm caused by calculated falsehoods which are likely to injure the public interest in racial and social tolerance.

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.

In this case the published statements which were known to be false referred to the Holocaust. As a result it has been necessary to refer to that most evil episode in history and to the Jewish people who were its victims. However, the reasoning equally applies to any identifiable minority group which has been seriously injured by the wilful publication of a statement known to be false.

(iii) *Legislative Responses in Other Jurisdictions*

Like Canada, many free and democratic societies have responded to their international obligations by enacting specific hate propaganda provisions equivalent to our s. 319 while retaining or adding sections addressed to specific related forms of malice. Some use spreading false news provisions. Article 656 of the Italian *Criminal Code* makes it an offence to publish and disseminate false, exaggerated or misleading news liable to disrupt the public order. The provision was upheld in the Constitutional Court in Decision No. 191/1962 on the basis that public order means "legal order on which social co-existence is based", i.e., that set of norms which ensures the effectiveness of the legal order. See Alessandro Pace, "Constitutional Protection of Freedom of Expression in Italy" (1990), 2 *European Review of Public Law* 71, at p. 84.

The Danish *Criminal Code* deals with attacks based on religion under s. 140, while prohibiting false speech against a variety of vulnerable social groups under s. 266(b). Section 140 of the Danish *Criminal Code* reads:

140. Any person who exposes to ridicule or insults the dogmas or worship of any lawfully existing religious community in this country shall be liable to simple detention, or in extenuating circumstances, to a fine.

Section 266(b) of the Danish *Criminal Code* makes it an offence for:

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'art. 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:

... any person who, by circulating false rumors or accusations persecutes or incites hatred against any group of the Danish population because of its creed, race, or nationality shall be liable to simple detention, or in aggravating circumstances, imprisonment for any term not exceeding one year.

(See, K. Lasson, "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11, at p. 51.)

As a result of the Federal Republic of Germany's direct experience with the horrors of unchecked racist speech, it has regulated it under three penal offences. Two of these cast a broad net which embraces all forms of hate speech while the third is specifically aimed at dealing with Holocaust denial as a specie of insult. Article 130 of the West German *Criminal Code* prohibits attacks on human dignity by incitement to hate. Article 131 prohibits race-hatred writings. Article 185 creates the offence of insult. Article 194(1) provides for initiation of prosecutions by victims of persecution during World War II. See Professor Eric Stein, "History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz"—and other—"Lies"" (1986), 85 *Mich. L. Rev.* 277. In the judgment at 75 BGHZ 160, 33 NJW 45 (1980), the court made it clear that the punishment of false allegations about the Holocaust was not about different interpretations of history but about disrespect:

The very historical fact that humans were segregated according to their origin under the so-called Nuremberg laws, and were robbed of their individuality with a view to their extermination, gives the Jews living in the Federal Republic a special personal relationship with their fellow citizens; in this relationship the past is present even today. They are entitled, as a component of their personal self-image, to be viewed as a part of a group, singled out by fate, to which all others owe a particular moral responsibility, and that is an aspect of their honor. The respect of this self-image constitutes for every one of them one of the guarantees against a repetition of discrimination and a basis for their life in the Federal Republic. Whoever attempts to deny these events

[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. 51).

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

deprives each and every one of them of the personal worth to which they are entitled.

(Cited and translated in Stein, *supra*, at p. 303.)

While the presence of overlapping provisions in other jurisdictions is by no means conclusive of the constitutional validity of the provision at issue in this appeal, the fact that legislation of this type is found in other free and democratic countries is relevant in considering whether the objective is of sufficient importance to justify this very limited infringement on freedom of expression.

(iv) *Other Charter Provisions*

(a) General: Section 15 of the *Charter*

It must be remembered that the s. 1 analysis takes place in the context of whether the limit is justifiable in a "free and democratic society" and therefore, the analysis of the limited s. 2(b) infringement must be conducted in light of Canada's commitment to the values set out in other sections of the *Charter*. The wording of s. 181 itself, through its reference to the "public interest", invokes the values of the *Charter*. Thus, the legislature has signalled the importance of the objective because it has defined the harm against which the provision protects in terms of the values that are closest to the foundations of our multicultural and democratic society.

False statements aimed at perpetuating the unequal participation and treatment of groups already disadvantaged along s. 15 enumerated or analogous grounds do not foster full participation in society but prevent it. Democratic pluralism assumes that members of society will not simply organize around single interests of race, class or gender but will explore and discern their commonalities, coming together around certain issues and diverging on others in constantly changing configurations. Deliberate lies which deny these commonalities divide groups which might otherwise

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. 2b) 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 explorent et discerneront leurs attributs communs, étant d'accord sur certaines questions et divergeant sur d'autres, les configurations changeant constam-

1992 CanLII 75 (SCC)

organize around mutual interests, and instead forge loyalties based on artificial and reified racial identifications that do not permit society to perceive and pursue its various goals. Those in the target group lose the capacity to participate with others and are reduced to some single aspect of their identities. Those in the majority lose the opportunity for meaningful participation in a fully open society when access to the perspectives of minorities is lost. This will occur whenever the majority so demeans a minority that these perspectives can no longer be accorded the dignity and authority which their cogency might merit. Speech which, through the deliberate dissemination of falsehoods, has the effect of promoting or perpetuating discrimination and exclusion of a group subjected to historical disadvantage will be prohibited. By prohibiting calculated falsehoods which undermine the equality of target group members, s. 181 enhances the goals of s. 15 of the *Charter*.

In this connection, it is also important to recognize the significance of s. 27 of the *Charter* in assessing the importance of s. 181's objective.

(b) Section 27 of the *Charter*

Section 27 provides:

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

The importance of multiculturalism has also been recognized internationally. The model for s. 27 of the *Charter* was Article 27 of the 1966 *International Covenant on Civil and Political Rights*, ratified by Canada in 1976. That section provided:

Article 27. In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their

ment. 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

own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

This Article, like s. 27 of the *Charter*, stresses the importance of tolerance and respect for the dignity of human beings. Recent events in Canada and throughout the world have demonstrated how quickly these ideals can be forgotten and how important it is to cherish them.

It is perhaps an indication of the genius of Canada and Canadians that the supreme law of the land would recognize the existence of multiculturalism in our country and encourage its enhancement. Our country has benefited from and has been enriched by the efforts and accomplishments of Canadians of many different races, religions and nationalities. The recognition of multiculturalism in the *Charter* is an attempt to achieve the epitome of democratic societies.

The recognition of this principle in the *Charter* was not something new. Multiculturalism in our country has been acknowledged for many years by way of government policy and parliamentary enactment. For example, it was specifically recognized and cited by the members of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, some of whose policies were later implemented by the government. See the Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Book IV, *The Cultural Contribution of the Other Ethnic Groups* (1970).

This Court has applied s. 27 in several cases beginning with *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, Dickson C.J. again referred to s. 27 in connection with the definition of freedom of religion. There he wrote (at p. 758):

... indirect coercion by the state is comprehended within the evils from which s. 2(a) may afford protection. ... [A]ny more restrictive interpretation would, in my opinion, be inconsistent with the Court's obligation

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. [...] [T]oute interprétation plus restrictive serait, à mon avis, incompatible avec l'obligation qui incombe à la

1992 CanLII 75 (SCC)

under s. 27 to preserve and enhance the multicultural heritage of Canadians.

In the same case, Wilson and La Forest JJ. used s. 27 to support their analysis under s. 1 of the *Charter* (see pp. 804-9).

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171, McIntyre J. applied s. 27 in the course of defining s. 15 equality rights. He referred to s. 27 to demonstrate that the goal of promoting equality is much greater than simply that of eliminating distinctions.

In *Keegstra, supra*, s. 27 was cited to support the reasonableness of the limits on freedom of expression provided by the hate literature sections of the *Code*. Dickson C.J. dealt with the meaning of s. 27 and wrote (at p. 757):

... I expressly adopt the principle of non-discrimination and the need to prevent attacks on the individual's connection with his or her culture, and hence upon the process of self-development (see Magnet "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27", in Beaudoin and Ratushny, eds., op. cit., at p. 739).

The section provides constitutional reinforcement of Canada's long-standing policy of recognizing multiculturalism. It recognizes that all ethnic groups are entitled to recognition and to equal protection. It supports the protection of the collective rights, the cultural integrity and the dignity of Canada's ethnic groups. In doing so it enhances the dignity and sense of self worth of every individual member of those groups and thereby enhances society as a whole.

Section 27 of the *Charter* is not merely the reflection of a fleetingly popular concept. Rather it is a magnificent recognition of the history of Canada and of an essential precept for the achievement of those elusive goals of justice and true equality. People must be able to take pride in their

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

roots, their religion and their culture. It is only then that people of every race, colour, religion and nationality can feel secure in the knowledge that they are truly equal to all other Canadians. Thus secure in the recognition of their innate dignity, Canadians of every ethnic background can take pride in their original culture and a still greater pride in being Canadian. Section 27 strives to ensure that in this land there will be tolerance for all based on a realization of the need to respect the dignity of all.

Many authors have written of the importance of multiculturalism. Evelyn Kallen suggests that the cultural integrity and the collective dignity of ethnic communities are inextricably linked. Every ethnic group must be equally respected and afforded equal opportunity to freely practise and transmit over the generations its peoples' distinctive language, religion, and cultural design for living (see "Multiculturalism, Minorities, and Motherhood: A Social Scientific Critique of Section 27", in *Multiculturalism and the Charter: A Legal Perspective* (1987), 123, at p. 125).

Kallen argues compellingly that s. 27 should be interpreted in its broadest sense in order to protect the collective rights, cultural integrity and group dignity of Canada's many ethnic groups. She writes at p. 136:

Section 27 recognizes and protects the "multicultural heritage" of Canadians. What is important to consider here is that the cultural heritage of *minority* Canadians almost invariably includes a history of human rights violations through collective discrimination. And, not infrequently, collective ethnic discrimination takes the form of group defamation. Violations of minority rights through racial and cultural persecution, sometimes to the point of policies of genocide, become a critical feature of an ethnic group's history and cultural heritage. Collective experiences of defamation, persecution, incarceration, and the like become part and parcel of an ethnic group's distinctiveness as a people and as a culture. Ceremonies are developed to commemorate collectively such tragic and traumatic events. These become sacred

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

traditions, hallowed by time, which serve as indelible reminders to ethnic group members of the *collective price they have paid* for their commitment to the ethnic group and to its distinctive cultural design for living. [Emphasis in original.]

Viewed in light of Canada's history and the interrelationship of ss. 27 and 15 of the *Charter*, it can be seen that s. 181 has a very useful and important role to play in Canadian society. Section 181 encourages the goals of tolerance and equality for all, as set out in the *Charter*, by expressing the repugnance of Canadian society for the wilful publications of false statements which seriously injure the public interest.

(v) *A Permissible Shift in Emphasis*

It has been argued that s. 181 is anachronistic and that to attribute to it the purpose of protecting racial and social tolerance is to trigger the invalid shifting purpose doctrine. Those concerns should now be addressed.

It is true the false news provision dates back to 1275. It was submitted that there is really no need at this stage in our history to protect the "Great Men of the Realm", which was the basis for the section when it was first enacted in the 13th century, and that the provision serves no other purpose. That position cannot be accepted. This section was specifically retained by Parliament in 1955. It has today a very real and pertinent role to play in Canada's multicultural and democratic society.

Over the years the purpose of the predecessors to s. 181 has evolved to extend the protections from harm caused by false speech to vulnerable social groups and therefore to safeguard the public interest against social intolerance and public alarm. It is true that *De Scandalis Magnatum* was enacted in a feudal society. That society depended for its existence upon the obedience and allegiance

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,

of the peasant class to the Sovereign and nobility. The protection of the public interest from harm focused, therefore, on the prevention of deliberate slanderous statements against the great nobles of the realm. Such statements, it was thought, could lead to feuds among the nobility which would seriously threaten the security of the state and therefore harm the public interest. As the nature of the state changed, it was attacks on religious, racial or ethnic minorities that were seen to threaten the integrity of the social fabric. The centuries have passed and forms of government have changed but the enactment continues to have a salutary aim and effect.

The tragedy of the Holocaust and the enactment of the *Charter* have served to emphasize the laudable s. 181 aim of preventing the harmful effects of false speech and thereby promoting racial and social tolerance. In fact, it was in part the publication of the evil and invidious statements that were known to be false by those that made them regarding the Jewish people that lead the way to the inferno of the Holocaust. The realities of Canada's multicultural society emphasize the vital need to protect minorities and preserve Canada's mosaic of cultures.

Accordingly, there is a strong public interest in preventing the wilful publication of statements known to be false which seriously injure the basic dignity, and thus the security, and equality of others which ss. 7 and 15 of the *Charter* strive to provide. This interest is now subsumed within one of the original and continuing aims of s. 181 which is to prevent the harm caused by deliberate lies and to thereby promote racial and social tolerance. At the same time, there remains a public interest in the prevention of false statements of facts which are likely to jeopardize the security of the nation. Although it is not essential to these reasons, we should observe that s. 181 may, as well, apply to an individual who wilfully publishes statements known to be false which are not directed at a group, but do serious harm to the public interest

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 volon-

with regard to society as a whole. For example, to broadcast news that intercontinental missiles with nuclear warheads will be launched on Canada within the hour when that is known to be false would come within the purview of s. 181.

It is now clear that, in a multicultural society, the sowing of dissension through the publication of known falsehoods which attack basic human dignity and thus the security of its individuals cannot be tolerated. These lies poison and destroy the fundamental foundations of a free and democratic society.

The characterization of the purpose in s. 181 is readily distinguishable from the shifting purpose analysis which was criticised in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*. First, the original purpose of the impugned legislation in *Big M* was undoubtedly religious and, therefore, in violation of s. 2(a) of the *Charter*. This Court observed that the aim of the impugned *Lord's Day Act*, in compelling sabbatical observance, had been long-established and consistently maintained by the courts of this country (at p. 331). By contrast, the original purpose of the predecessors of s. 181 clearly could not be considered unconstitutional. The provision was always aimed at preventing the harm caused by false speech and thereby protecting the safety and security of the community.

Second, the unsuccessful argument in *Big M* advocated a complete shift in purpose. Instead of the original aim of enforcing religious observance, it was argued that the new purpose was to implement a purely secular and universal day of rest from work. By comparison, the purpose in the present case has not shifted. Rather than creating a new and different purpose as in *Big M*, the aim of the section has been maintained. The Canadian commitment to stemming intolerance and the dedi-

tairement 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.

^a 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

cation to multiculturalism and equality underline the importance and extent of the public interest in protecting against the harms of false speech and thereby maintaining racial and social tolerance.

Support for the proposition that a shift in emphasis is permissible also stems from the decision in *Butler, supra*. Centuries ago, obscenity laws were enacted to prevent the corruption of the morals of the King's subjects, and therefore to protect the peace of the King and government (see p. 473 of *Butler*). In *Butler*, however, Sopinka J. found that the objective of the obscenity laws is no longer moral disapprobation but rather the avoidance of harm to society. Sopinka J., at p. 495, quoted the words of Charron Dist. Ct. J. in *R. v. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422, at p. 443:

Even though one can still find an emphasis on the enforcement of moral standards of decency in relation to expression in sexual matters in the jurisprudence subsequent to the enactment of s-s. (8), it is clear that, by the very words it has chosen, Parliament in 1959 moved beyond such narrow concern and expanded the scope of the legislation to include further concerns with respect to sex combined with crime, horror, cruelty and violence.

It is the harm to society resulting from the undue exploitation of such matters which is aimed by the section. The "harm" conceived by Parliament in 1959 may not have been expressed in the same words as one would today. The court is not limited to a 1959 perspective in the determination of this matter. As noted in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, ([1989] 1 S.C.R. 927, at p. 984):

In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place. . . However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective. . . It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and

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

substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the changing of circumstances. [Emphasis added.]

Sopinka J. concluded by adding that a “permissible shift in emphasis was built into the legislation when, as interpreted by the courts, it adopted the community standards test” (p. 496). Similarly, in the present case, the wording of s. 181 includes a permissible shift in emphasis with its test which is based on injury to the public interest. Looking back to the inclusion of the offence in the *Criminal Code*, and the last amendment to the section in 1955, one can reasonably conclude that there has been a shift in the values that inform the public interest. As in *Butler*, this shift has been incorporated into the language of the section itself and is therefore permissible.

Just as the community standards test as applied to the obscenity law “must necessarily respond to changing mores” (*Butler, supra*, at p. 477), so too should the test to define “injury to a public interest” take into account the changing values of Canadian society. Those values encompass multiculturalism and equality, precepts specifically included in the provisions of the *Charter*.

Further support for the permissible shift in emphasis built into the legislation can be seen in the original wording of the provision in Burbridge’s *Digest of Criminal Law of Canada* in 1890. As Professor Scott, as previously noted, *supra*, argues, the inclusion of the clause “or which may produce other mischiefs” in the original formulation is a “bridge” connecting the historical and prospective uses of the provision (at p. 40):

The king’s reputation and title were amply protected from attack by various statutes, and the peers and other “magnates” gradually abandoned their remedies under the ancient doctrine of *scandalum magnatum* because the developed law of libel and slander, and of contempt of court for justices, took care of all their needs. Hence

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.]

^a 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).
^b 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
^c *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
^d 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 mœurs» (*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*.

^g 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.
^h 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):
ⁱ

[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’ou-

the penalties for spreading "false news and tales" might have been absorbed into various specialised branches of the law, and there might be today no trace of a general crime of spreading false news in our law, had it not had an independent root in the idea of public mischief.

Based on the foregoing, we conclude that the objective of s. 181 is sufficiently pressing and substantial to justify this limited restriction on freedom of expression. The first test is therefore met.

(3) Proportionality

The next step in the s. 1 analysis is to determine whether the means chosen to further the objective are proportional to the ends.

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

It is at this stage that there must be an examination of the extent to which the expression at stake in a particular case promotes freedom of expression principles. Dickson C.J., in *Keegstra*, cautioned (at p. 760) that:

... it is equally destructive of free expression values, as well as the other values which underlie a free and democratic society, to treat all expression as equally crucial to those principles at the core of s. 2(b).

A careful examination of the philosophical underpinnings of our commitment to free speech reveals that prohibiting deliberate lies which foment racism is mandated by a principled commitment to fostering free speech values. Liberal theory proposes that the state does not exist to designate and impose a single vision of the good life but to provide a forum in which opposing interests can engage in peaceful and reasoned struggle to articulate social and individual projects. We enshrine freedom of speech because it is an essential feature of humanity to reason and to choose

vrage 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 cœur de l'al. 2b).

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 insé-

and in order to allow our knowledge and our vision of the good to evolve. The risk of losing a kernel of truth which might lie buried in even the most apparently worthless and venal theory is believed to justify absolute freedom of expression. However, where there is no possibility that speech may be true because even its source has knowledge of its falsity, the arguments against state intervention weaken. When such false speech can be positively demonstrated to undermine democratic values, these arguments fade into oblivion.

Our colleague argues that truth may sometimes be in the eye of the beholder. In so far as she uses this assertion as a basis for including even pernicious speech within the ambit of protection afforded by s. 2(b) of the *Charter*, we agree. However, when it comes time to balance competing interests under s. 1, we must keep in mind that the various members of Canadian society behold deliberately false speech such as that at issue in this appeal from dramatically different perspectives.

A disinterested third party may indeed take from the appellant's work a healthy scepticism towards the production of bodies of knowledge. She may also take from it support for feelings of contempt for Jews, Africans, Asians or for anyone who merely objects to "racialism".

Yet, there is another "beholder" of speech whose perspective is immensely relevant and yet does not figure in our colleague's account. We are warned quite properly that history has many lessons to teach. One is that the marketplace of ideas is an inadequate model; another is that minorities are vulnerable to censure as speakers. Indeed, by stressing the role s. 181 plays in permitting minorities to speak and to be heard, we recognize that grave caution must always be exercised to ensure

rons 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

that a provision aimed at alleviating oppression never becomes one for initiating or perpetuating it.

But history also teaches us that minorities have more often been the objects of speech than its subjects. To protect only the abstract right of minorities to speak without addressing the majoritarian background noise which makes it impossible for them to be heard is to engage in a partial analysis. This position ignores inequality among speakers and the inclination of listeners to believe messages which are already part of the dominant culture. It reflects the position put forth by the dissent but rejected by the majority in *Keegstra* that the right to freedom of expression entails only the freedom to "loose one's ideas on the world" and not to be respected, "listened to or believed".

With respect, we feel bound to follow the majority in *Keegstra* which held that it may be appropriate to limit expression protected by s. 2(b) under s. 1 where such expression threatens the dignity of members of the target group and promotes discrimination which excludes them from full participation in society. Professor David Partlett explores this delicate balance in "From Red Lion Square to Skokie to the Fatal Shore: Racial Defamation and Freedom of Speech" (1989), 22 *Vand. J. Transnat'l L.* 431, at pp. 459 and 468-69:

Furthermore, to view the government as villain is to ignore the capacity of the government as a speaker to moral matters. Government actions carry the imprimatur of authority. Silence and action carry social messages. This sits at the base of much anti-discrimination legislation. For government to speak provides not only a greater power to rectify wrongs but carries a moral message that discriminatory behavior does not have a place in that society.

Because government is a powerful, sometimes overwhelming, voice, great care should be taken to cabin its exercise.

veiller à ce qu'une disposition qui vise à atténuer l'oppression n'en devienne jamais une qui la fait commencer ou se perpétuer.

^a 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».

^e 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:

^g [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.

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

But it is not sufficient simply to leave the argument here. Government—in the defense of interests of tolerance, pluralism, and individual autonomy—has a duty to speak on moral matters on behalf of those in the society who are inarticulate. Government is then acting as a facilitator for the expression of ideas, and it is difficult to attack the action from a free speech standpoint.

The type of “expression” targeted by s. 181 is only tenuously, if at all, connected to the values underlying freedom of expression. Dickson C.J., in *Keegstra*, referred to three rationales for protecting free expression (at p. 728):

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

With respect to the search for the truth, the words of Dickson C.J. support the position that the publication of deliberate and injurious falsehoods does not contribute to the attainment of truth (at pp. 762-63):

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

The publication of deliberate lies is obviously the antithesis of the truth. This publication deceives and misleads in a cruel and calculating manner those that seek the truth.

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

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.

The values of self-fulfilment and human flourishing are also key to the principles underlying s. 2(b). Self-fulfilment and human flourishing can never be achieved by the publication of statements known to be false. Rather the damaging false statements that are prohibited under s. 181 serve only to impede, in a most despicable and demeaning manner, the enjoyment of these values by members of society who are the subject of these lies.

The third rationale underlying free speech deals with participation in social and political decision-making. As Dickson C.J., in *Keegstra*, stated (at p. 764):

... expression can work to undermine our commitment to democracy where employed to propagate ideas anathemic to democratic values.

In our view, intentional and harmful falsehoods repudiate democratic values by denying respect and dignity to certain members of society, and therefore, to the public interest as a whole.

It is important to recognize that the American jurisprudence strongly supports the position that the state may restrict the publishing of deliberate and damaging lies. In *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964), Brennan J. stated (at p. 75):

Calculated falsehood falls into that class of utterances which "are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality ..." *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572. Hence the knowingly false statement and the false statement made with reckless disregard of the truth, do not enjoy constitutional protection.

In sum, this analysis suggests that s. 181, at best, limits only that expression which is peripheral to the core rights protected by s. 2(b). Accordingly,

Les valeurs d'enrichissement et d'épanouissement personnels sont également essentielles aux principes qui sous-tendent l'al. 2b). 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 méprisables et avilissantes, 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 fonamen-

deliberate and injurious falsehoods, like hate propaganda, "should not be accorded the greatest of weight in the s. 1 analysis" (Dickson C.J. in *Keegstra* at p. 765). It can therefore be concluded that restrictions on expression of this kind will be easier to justify than other infringements of s. 2(b).

(ii) *Rational Connection*

There can be no doubt that the suppression of the publication of deliberate and injurious lies is rationally connected to the aim of s. 181 in protecting society from the harms caused by calculated falsehoods and thereby promoting the safety and security of the community. The potentially destructive effects of speech were recognized in the 1966 *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* (and adopted in *Keegstra*, *supra*, at p. 747) which reads in the opening paragraph of its preface and at p. 8:

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

In the 18th and 19th centuries, there was a widespread belief that man was a rational creature, and that if his mind was trained and liberated from superstition by education, he would always distinguish truth from falsehood, good from evil. . . .

We cannot share this faith today in such a simple form. While holding that over the long run, the human mind is repelled by blatant falsehood and seeks the good, it is too often true, in the short run, that emotion displaces

taux protégés par l'al. 2b). 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. 2b).

(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 affect-

reason and individuals perversely reject the demonstrations of truth put before them and forsake the good they know. The successes of modern advertising, the triumphs of impudent propaganda such as Hitler's, have qualified sharply our belief in the rationality of man. [Emphasis added.]

tent 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 émoûssé sensiblement notre foi en la raison de l'homme. [Nous soulignons.]

Racism tears asunder the bonds which hold a democracy together. Parliament strives to ensure that its commitment to social equality is not merely a slogan but a manifest reality. Where any vulnerable group in society is subject to threat because of their position as a group historically subjected to oppression we are all the poorer for it. A society is to be measured and judged by the protections it offers to the vulnerable in its midst. Where racial and social intolerance is fomented through the deliberate manipulation of people of good faith by unscrupulous fabrications, a limitation on the expression of such speech is rationally connected to its eradication.

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) *Minimal Impairment*

(iii) *Atteinte minimale*

Even if rationally connected, the means must impair the freedom as little as possible. The appellant argues that s. 181 is too broad and could potentially capture expression that does not relate to Parliament's objective. It is argued that this provision could potentially limit works of fiction based on fact, "historical novels", some interpretive journalism and unpopular or unconventional academic writing. These are concerns with respect to a possible chilling effect on expression.

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 œuvres 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) *Terms of Section 181*

a) *Texte de l'art. 181*

The most cursory perusal of s. 181 will reveal that the Crown will never have an easy task obtaining a conviction under the section. It must be established that the accused

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) wilfully published a false statement of fact presented as truth

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

1992 CanLII 75 (SCC)

(2) that he knew was false, and

(3) that the false statement causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest.

(2) qu'il savait fausse et

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

It might be thought that it would be difficult enough for the Crown to establish that the impugned statement wilfully published by the accused was false and that the accused knew of the falsity of that statement. However the section goes on to require the Crown to establish that the statement is likely to cause injury to a public interest.

In this case the Crown presented clear, powerful and overwhelming evidence to establish every element of the offence. That evidence, set out earlier, certainly provided a sound basis upon which the jury could very properly conclude that Zundel was guilty. At this point, it is important to note that, as was done in this case, the trial judge must instruct the jury that the accused is not to be judged on the unpopularity of his or her beliefs.

To be acquitted under s. 181, there need only be a reasonable doubt with regard to the wilful publication of the statements presented as truth, or the falsity of the statements, or to the knowledge of the falsity or with regard to the likelihood of injury to the public interest. Any uncertainty as to the nature of the speech must inure to the benefit of the accused. Indeed, where the speech at issue lacks a factual base or is so vague that it makes no clear allegation capable of verification or falsification, it will not be caught by this section. These factors clearly weigh heavily in the favour of the accused. The Crown in its factum accurately summarized the aspects of s. 181 which ensure that free expression is minimally impaired:

The section does not purport to prohibit the expression of any idea or simple opinion, although they may pose a serious threat to a public interest. It only captures statements of fact which the Crown can prove to be false beyond a reasonable doubt. In cases in which the Crown cannot discharge this burden the public interest is left unprotected. It does not capture all false statements of fact but only those false to the knowledge of the

^a 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 ^b ministère public démontre que la déclaration est de nature à causer une atteinte à quelque intérêt public.

^c 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 ^d 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. ^e

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 ^h 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

accused. It does not capture all statements of fact false to the knowledge of the accused but only such statements as the accused deliberately chooses to make generally available to the public. It does not capture all statements of fact false to the knowledge of the accused which cause injury or pose a threat of injury. Injury even serious injury to an *individual* through falsehood is irrelevant under section 181. The possibility of some injury to even a *public* interest equally falls outside the scope of the section as the section requires the harm to such an interest to rise to the level of likelihood or to, in fact, occur. [Emphasis in original.]

It is clear that the Crown bears a very heavy onus in proving all the elements of the offence in order to convict an accused under s. 181.

Basically, the thrust of the appellant's argument is that s. 181 is an unjustifiable limit on freedom of expression. Such an argument, in this context, is more accurately characterized as an argument in support of the appellant's freedom to lie. Under s. 181, the appellant is free to tell all the lies that he wants to in private. He is free, under this section, to publish lies that have an overall beneficial or neutral effect. It is only where the deliberate publication of false facts is likely to seriously injure a public interest that the impugned section is invoked. This minimal intrusion on the freedom to lie fits into the broad category of *Criminal Code* offences which punish lying. These offences include, *inter alia*, the provisions dealing with fraud, forgery, false prospectuses, perjury and defamatory libel.

The possibility of illegal police harassment really has little or no bearing on the proportionality of legislation which prohibits deliberate and injurious lies to legitimate Parliamentary objectives. It follows that the argument based on hypothetical potential harassment can be rejected, as it was in *Keegstra*. Although the appellant and the Canadian Civil Liberties Association argue that s. 181 is too broad, it is important to note that there have only

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'appellant 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'appellant. Aux termes de l'art. 181, l'appellant 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'appellant et l'Association canadienne des libertés civiles soutiennent que

been three other prosecutions under this "broad" offence and only one of these (*Hoaglin, supra*) has been successful. The infrequent use of this section can undoubtedly be attributed to the extremely onerous burden on the Crown to prove the offence. However, the fact that it is seldom used should hardly militate against its usefulness.

(b) Fact vs. Opinion

It has been argued that it is not possible to draw a coherent distinction between statements of opinion and assertions of fact and therefore, that s. 181 is overbroad. A statement, tale or news is an expression which, taken as a whole and understood in context, conveys an assertion of fact or facts and not merely the expression of opinion. As noted earlier, the trial judge suggested to the jury that the key element of the distinction is falsifiability. Expression which makes a statement susceptible to proof and disproof is an assertion of fact; expression which merely offers an interpretation of fact which may be embraced or rejected depending on its cogency or normative appeal, is opinion.

This analysis is supported by the distinctions employed in the Canadian and United States laws of defamation (see R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (1987), vol. 1, at p. 678, and *Ollman v. Evans*, 750 F.2d 970 (D.C. Cir. 1984) (*en banc*), *certiorari* denied, 471 U.S. 1127 (1985)). Four helpful criteria have been identified in order to distinguish fact from opinion: specificity of the terms used, verifiability, linguistic context and social context. All criteria are unified by the theme of exploring the response of a reasonable reader.

The statement must have a sufficiently definite meaning to convey facts. An allegation that X is corrupt is not an assertion of fact because it makes no specific allegation and uses language that lacks

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 alléga-

a definite meaning. However, an allegation that X is corrupt because he embezzles from his employer bespeaks sufficiently certain facts to permit its characterization as a factual claim.

The statement must be verifiable through empirical proof or disproof. An allegation that X is a KGB agent is empirically verifiable and therefore factual; an allegation that her temperament would suit her for such work is not verifiable and therefore an expression of opinion. A statement that the hot dogs one makes are 100 percent beef is a verifiable factual claim; a statement that they are delicious is an expression of opinion.

The statement must be made in a linguistic context in which it will be understood as fact rather than opinion. Allegations appearing in the context of a satirical article are not likely to be taken to be facts even when expressed in factual form. Sometimes the context itself, such as the irreverent underground newspaper in *Kirby*, *supra*, will provide clues to the reader that they are not to accept the contents as literally true. However, allegations prefaced by cautions that they are only opinion may also be found to be factual claims if they are so "factually laden" that the caution is found to be a colourable attempt only to escape responsibility for allegations of fact.

Finally, the statement must be considered in its broader social context. Some forms of expression, such as academic periodicals, are accorded more authority and have traditions of authenticity that influence their interpretation, while others, such as political signs or lampoons, have traditions of hyperbolic rhetoric. Statements, such as the pamphlet at issue in this appeal, which are disguised as the reasoned product of scholarly investigation will

tion 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 déclara-

be accorded greater seriousness by the reasonable reader.

It was argued that s. 181 is overbroad because it does not require the trial judge to instruct the jury on the distinction between fact and opinion as a matter of law, but leaves it to be determined as a matter of fact. The appellant submits that had the rules in *Ollman* (i.e., the four criteria set out earlier) been applied to the material in the case at bar, it would never have gone to the jury. It is difficult to see how this case helps the appellant. On the contrary, it seems to make clear that statements couched as "revisionist history" may be taken to be allegations of fact rather than submissions of opinion, despite protestations to the contrary. *Did Six Million Really Die?* makes specific claims about discrete historical incidents and the contents of publicly accessible historical documents. These statements are susceptible of being verified through examination of these documents. The pamphlet purports to be a serious scholarly endeavour. The work of serious historians who allege that they have arrived at reasoned conclusions after thorough examination of primary sources is a form of expression accorded great authority. An application of the *Ollman* criteria confirms that the jury was clearly capable of drawing the distinction between fact and opinion as instructed by the trial judge.

The appellant argues that history is all interpretation. It is submitted that there is no objective historical truth because we do not understand facts in any unmeditated fashion, but through the lens of a theoretical perspective. Thus, the appellant contends, to assert that we can come to some conclusions as to what really happened at some point in history is to make an impossible epistemological claim or to give unwarranted authority to a single theoretical perspective. It is indeed true that no theory of history can be proved or disproved, although it may be shown to be more or less com-

tions, 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 érudite 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

elling or comprehensive. However, the appellant seeks to draw complex epistemological theory to the defence of what is really only, at best, the shoddiest of "scholarship" and, at worst pure charlatanism. The appellant has not been convicted for misinterpreting factual material but for entirely and deliberately misrepresenting its contents. When he points to the Goebbels' diaries and says they say X when in fact they say Y, he is not offering an alternative interpretation of the material but a fabrication proven to be false by the very materials to which he has referred.

Courts deal with the question of truth and falsity of statements on a daily basis. In every case in which the charge is fraud or the making of a false prospectus the court must determine whether false statements have been made. So too can historical "facts" be shown to be true or false in the context of s. 181. Can it be said that France was not occupied by German forces in 1940; or that the Dunkirk evacuation never took place; that the Battle of Britain is nothing but wishful thinking; that London was never bombed; that German cities were never attacked by the allied air forces; that the Normandy landing in June of 1944 is no more than the stuff of dreams. The falsity of these statements can be proven beyond a reasonable doubt by reference to reliable historical documents, such as those in evidence at the appellant's trial. What can be proven as false statements, such as those published by Zundel which were known by him to be false, can and should come within the purview of s. 181.

In *The Holocaust Denial: Antisemitism, Racism & the New Right* (1986), at p. 105, Professor Gill Seidel points out the lacuna in the theoretical perspective of those who uncritically defend the type of "revisionist history" at issue here. She notes that those who would uncritically defend the free expression rights of purveyors of this form of

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

speech do not necessarily act out of bad faith. However, their analysis misses a crucial point:

[I]n encouraging a thousand versions of history to bloom, while refusing an acceptable label to any one, [Thion] replaces a state view of history (which he is surely right to reject) with a range of undifferentiated, equally weighted accounts. The difficulty is that such a range ignores power relations. It is a kind of free-market version of history.

[But this orientation] does not allow him to see, even less accept, that Faurisson and others are bent on replacing the present anti-Nazi climate with a Nazi consensus, and that, in order to do so, they are playing intellectual games using academic, anti-authoritarian language. [Emphasis added.]

As distinguished from works which seek to retell traditional stories from the perspective of minorities and other groups heretofore unheard, the appellant has not adopted a novel perspective, unearthed non-traditional sources or re-interpreted traditional materials. He has lied. The deep-rooted criticism of "reversionism" is not directed, against its views of history but against its manipulation and fabrication of basic facts. This criticism was expressed by 34 French historians in a letter to *Le Monde* (February 21, 1979) dealing with the controversy over the work of the French historian, Faurisson:

Everyone is free to interpret a phenomenon like the Hitlerite genocide according to his own philosophy. Everyone is free to compare it with other enterprises of murder committed earlier, at the same time, later. Everyone is free to offer such or such kind of explanation; everyone is free, to the limit, to imagine or to dream that these monstrous deeds did not take place. Unfortunately, they did take place and no one can deny their existence without committing an outrage on the truth.

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'œuvre 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.

(Cited and translated in Professor Lucy S. Dawidowicz, "Lies About the Holocaust" (1980), 70:6 *Commentary* 31, at p. 37.)

The appellant submits that he is a modern-day Galileo being sacrificed on the altar of received opinion. Indeed, a Galileo could not be caught under s. 181. Galileo pointed to the apparent movement of the planets and argued, contrary to accepted dogma of church and state, that the earth was not the centre of the heavens but revolved around the sun. His argument was not a deliberate falsification of the facts. Rather, he argued that his theory for explaining the significance of the facts was clearer and more comprehensive.

In contrast, the appellant posits a spurious problem, which cannot be solved by reconciling conflicting interpretations of the same evidence precisely because it is not, in fact, based on the evidence but on misrepresentation or pure fabrication. The conflict between the assertions made by the appellant and those made by orthodox Holocaust historians cannot be resolved through reasoned debate. Orthodox historians point to sources which support their theories; the appellant and other "revisionist" historians point to documents which do not exist or which do not say what they claim they do. The pamphlet *Did Six Million Really Die?* does not fit with received views of reality because it is not part of reality. In the name of the integrity of knowledge, the appellant demands the right to throw a monkey-wrench into the mechanisms of knowledge.

We must re-iterate that the focus of s. 181 is not on the opinions of the appellant. While they might be caught under s. 319, the hate propaganda provision, his acquittal on one charge at trial relating to *The West, War and Islam!* and the withdrawal of a subsequent charge against him for expressing these same opinions (*R. v. Zundel*, Ont. Prov. Ct., September 18, 1987, Babe Prov. Ct. J., unreported) make it clear that this section is not and has not been used against those who express unpopular, counter-intuitive or socially undesirable points of view. What is being prohibited is an attempt to win converts to this point of view and to inflict harm

(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' glise 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 ind sirables. Ce

1992 CanLII 75 (2 CC)

against disadvantaged members of society by the most unscrupulous manipulation.

The section will not catch an anthropologist proposing controversial theories which point to arguably true facts but draw erroneous assumptions with racist implications. However objectionable the content, inference or motive, this material would not be caught under s. 181 in the absence of evidence beyond a reasonable doubt of the falsity, and of the accused's knowledge of the falsity, of the basic facts upon which such a theory was based. The theorist who argues, for example, that objective differences in cranial capacity translate into the intellectual superiority of men over women would be met on the field of reasoned debate by rival theorists who point to more credible interpretations which do not employ unspoken prejudice as their hidden premise. On the other hand, situations such as the case at bar in which the accused deliberately fabricates basic facts in order to support his theories render reasoned debate impossible.

Nor could s. 181 be invoked in the examples cited by our colleague. McLachlin J. referred to the doctor who exaggerates the number of persons infected with a virus in order to persuade people to be inoculated against a burgeoning epidemic and to the person who knowingly cites false statistics in order to prevent cruelty to animals. Both examples of expression not only fail to raise the possibility of injury to a public interest but, indeed, they would have an overall beneficial or neutral effect on society. In contrast, an accused would only be convicted under s. 181 if there were no reasonable doubt regarding a very serious injury to the public interest.

The appellant's arguments are not new. Deliberate lies which foment racism are an unsavoury relic of our collective history. However, racism with footnotes and chapter headings is still fundamentally racism and should be treated as such.

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.

^a 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 ^b 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 ^c fabrique délibérément des faits établis pour appuyer ses théories, rendent impossible la tenue d'un débat rationnel. ^d ^e

^f 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 ^g 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. ^h ⁱ

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

Section 181 serves to prevent the harm caused by deliberate and injurious lies. It is therefore well-suited to respond to the harm caused by vilification campaigns disguised as pseudo-science.

(c) Alternative Modes of Furthering Parliament's Objectives

Finally, the presence of existing hate propaganda legislation should not weigh against either the need for or the validity of s. 181. It was argued that s. 181 was a mere duplication of the hate provisions of the *Criminal Code* and thus was invalid. Such an argument should not be accepted. There are numerous provisions of the *Criminal Code* which overlap to some extent but which are nonetheless valid. For example, *Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160, dealt with a charge under then s. 163(2) of the *Code* prohibiting the taking part in an "immoral, indecent or obscene" performance. This Court found that it was irrelevant that Parliament had enacted a separate offence of being nude in a public place. Nudity, it was noted, was not the sole factor in determining whether the performance was immoral.

Similarly, the fact that Parliament has enacted hate propaganda legislation does not invalidate s. 181. The section seeks to discourage the public dissemination of injurious falsehoods. These statements of fact, it should be remembered, are known by the accused to be lies. There is a pervasive and pernicious air of evil that surrounds their conscious aim to manipulate people. The deceptive nature of the deliberate publication of false statements of fact may, in certain circumstances, be even more invidious than the publication of hateful opinions which at least expresses the beliefs of the publisher. Thus s. 181 still fulfils an important role in a multicultural and democratic society. It emphasizes the repugnance of Canadian society for the wilful publication of known falsehoods that cause injury to the public interest through their attacks

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

1992 CanLI75 (SCC)

upon groups identifiable under s. 15 of the *Charter* and therefore on society as a whole.

As Dickson C.J. stressed in *Keegstra*, the government may legitimately employ a variety of measures in order to achieve its objective. On a general level, the promotion of racial and social tolerance and the prevention of harm caused by injurious and calculated falsehoods is best achieved through information and education. Human rights legislation may, in certain circumstances, be sufficient to deal with a particular problem in this area. Nevertheless, the strength of the criminal law must be reserved for the extreme cases, such as the case at hand. In a case such as this, with its potential to cause serious injury to the public interest, it is necessary to send a clear message by repudiating the harm caused by the appellant.

For example, it is true that driver education and the penalties provided by the *Highway Traffic Acts* may suffice to regulate most drivers. Nonetheless, the criminal law is used to demonstrate society's repugnance for the drunken driver who is likely to injure others. So too the criminal law has an important role to play in discouraging and punishing those who knowingly publish falsehoods that are likely to injure a public interest.

Overall, it would be hard to imagine a measure that would constitute a lesser impairment of a type of expression that is on the extreme periphery of the protected right. We therefore conclude that s. 181 does not unduly infringe the right to freedom of expression.

(iv) *Proportionality Between Effects and Objective*

At this stage in the s. 1 analysis, there must be an assessment of the importance of the state objective balanced against the effect of limits imposed

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 impo-

upon the freedom. As previously noted, the "expression" at stake in the present case is inimical to the values underlying freedom of expression. The type of falsehoods caught by this section serves only to hinder and detract from democratic debate. The impugned provision, s. 181, is narrowly defined in order to minimally impair s. 2(b). In sum, the prohibition of the wilful publication of what are known to be deliberate lies is proportional to the importance of protecting the public interest in preventing the harms caused by false speech and thereby promoting racial and social tolerance in a multicultural democracy.

(4) Summary of the Section 1 Balancing and Conclusion

At the end of this detailed analysis it is worthwhile to step back and consider what it is that is being placed on the balance.

On one side is s. 181. It infringes to a minimal extent the s. 2(b) right to freedom of expression. In reality, it cannot be said that the prohibition of the wilful publication of false statements that are known to be false is an infringement of the core values of s. 2(b). Rather the infringement is on the extreme periphery of those values. In addition, the section can play an important role in fostering multiculturalism and racial and religious tolerance by demonstrating Canadian society's abhorrence of spreading what are known to be lies that injure and denigrate vulnerable minority groups and individuals.

On the other side, s. 181 provides maximum protection of the accused. It requires the Crown to establish beyond a reasonable doubt that the accused wilfully published false statements of fact presented as truth and that their publication caused or was likely to cause injury to the public interest. Any uncertainty as to the nature of the speech must inure to the benefit of the accused. If ever s. 1 balancing is to be used to demonstrate that a section

sées 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. 2b). 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. 2b). 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. 2b). 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

of the *Criminal Code* is justifiable in a free and democratic society, this is such a case.

Legislation such as this which is aimed at the protection of society from deceit and aggression, yet provides the widest protection for the accused, should be fostered. Applying the *Charter* to strike s. 181 would be in direct contradiction to the principles established by this Court. The section is justifiable in our free and democratic Canadian society.

V. Disposition

In the result the appeal is dismissed. We would answer the constitutional questions as follows:

1. Yes.
2. Yes.
3. It is not necessary to answer this question.
4. It is not necessary to answer this question.

Appeal allowed, GONTHIER, CORY and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: W. J. Blacklock, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

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.

a

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.

b

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.

Solicitors for the intervener the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada: Cooper, Sandler, West & Skurka, Toronto; Dale, Streiman & Kurz, Brampton.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Blake, Cassels & Graydon, 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.

^a

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