

[Text]

guarantee of freedom of expression of the Canadian Charter of Rights and Freedom. The Supreme Court of Canada has said the freedom of expression guaranteed in the Constitution is not limited to speech, it also extends to "expressive conduct", which is not speech. I'm going to quote you a statement from a 1990 Supreme Court case by Mr. Justice Lamer, as he then was. What Mr. Justice Lamer said in that case was

Where what has been criminalized is the conveyance of a message, however distasteful or unpopular, which is conveyed in a non-violent form of expression, then it is protected by the guarantee of freedom of expression in the Charter, and the onus then shifts to the state to justify the restriction of freedom of expression.

When the Supreme Court is talking about violence, it describes what it means. It calls it "a direct attack by violent means on the physical liberty and integrity of another person". When we're talking about desecration of the flag, it's not violent in that sense. So we have to go to a section 1 analysis of the charter. Is the proposed law a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society? Even if it does violate the guarantee of freedom of expression, it can still survive constitutionally if it meets that section 1 test.

The courts have again told us what to do when going through that section 1 test. The first step is to determine whether the law attempts to address a substantial and pressing concern. The issue is whether this bill addresses a substantial and pressing concern.

The notion of "substantial and pressing concern" is meant to be a high standard in order to ensure that objectives discordant with principles integral to a free and democratic society do not gain section 1 protection, because we're already in a realm where it's accepted or assumed there is a violation of a principle of freedom. The courts have said in this section 1 analysis the onus is on the state to establish that section 1 applies.

From our perspective, we're not aware of facts that might lead a court to conclude that flag desecration is of substantial and pressing concern in Canada, sufficient to justify the limitation of freedom integral to a democratic society. If the bill is to survive constitutionally, a case has to be made by its proponents that flag desecration is a substantial and pressing concern in Canada. It's not clear what that case is or how it could be made.

A second component of the section 1 analysis is proportionality, and that notion of proportionality has three components: the law must be designed to achieve the objective; the means should impair as little as possible the right; the effect of the law must be proportionate to the objective. That's what proportionality means.

[Translation]

qu'elle semble à prime abord aller à l'encontre des garanties de liberté d'expression contenues dans la Charte canadienne des droits et libertés. Selon la Cour suprême du Canada, la liberté d'expression garantie par la Constitution n'est pas limitée à la parole, mais comprend aussi les comportements expressifs qui se traduisent autrement que par la parole. Je vais vous citer un extrait d'une déclaration faite par M. le juge Lamer à propos d'une cause entendue en 1990 par la Cour suprême:

Si ce qui est criminalisé est la transmission du message, si impopulaire ou désagréable soit-il, message transmis d'une façon non violente, alors ce dernier est protégé par la disposition de la Charte qui garantit la liberté d'expression et c'est à l'État qu'il incombe de justifier cette restriction de la liberté d'expression.

Quand la Cour suprême parle de violence, elle décrit ce qu'elle entend par là. C'est «une attaque directe par des moyens violents à la liberté et à l'intégrité physiques d'une autre personne». La profanation du drapeau dont nous discutons n'est pas violente au sens de cette définition. Nous devons donc avoir recours pour notre analyse à l'article 1 de la Charte. La loi proposée imposera-t-elle des limites raisonnables, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? Si elle répond à ce critère de l'article 1, la loi peut quand même être jugée constitutionnelle, même si elle viole cette garantie de liberté d'expression.

Lorsque nous voulons appliquer ce critère de l'article 1, les tribunaux, encore une fois, nous ont donné des balises. Il s'agit en premier lieu de déterminer si la loi vise une préoccupation importante et pressante. Donc, il faut déterminer si cette loi traite d'une question importante et urgente.

La notion de «question importante et urgente» est une norme élevée qui vise à s'assurer que les objectifs qui ne sont pas conformes aux principes inhérents à une société juste et démocratique ne soient pas protégés par l'article 1 car nous supposons déjà qu'on a violé une liberté, ou le principe qui la sous-tend. Les tribunaux ont déjà dit qu'il incombait à l'État de déterminer si l'article 1 s'applique dans des cas pareils.

Que nous sachions, aucun fait ne permettrait à un tribunal de conclure que la profanation du drapeau est une question urgente et importante pour le Canada, suffisante pour justifier que l'on limite la liberté inhérente à une société démocratique. Pour que le projet de loi soit jugé acceptable sur le plan constitutionnel, il faut que ceux qui l'ont mis de l'avant prouvent que la profanation du drapeau est une question urgente et importante pour le Canada. Nous sommes d'avis que cela serait difficile à prouver.

La proportionnalité est un deuxième élément de cette analyse associée à l'article 1 et cette notion contient elle-même trois volets. La loi doit être conçue pour atteindre l'objectif; les moyens utilisés doivent enfreindre le droit concerné le moins possible; l'effet de la loi doit être proportionnel à l'objectif. Voilà ce qu'on entend par proportionnalité.