

RJR-MacDonald Inc. *Appellant*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent*

and

Imperial Tobacco Ltd. *Appellant*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Mis-en-
cause*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Heart and Stroke Foundation of Canada,
the Canadian Cancer Society, the Canadian
Council on Smoking and Health, the
Canadian Medical Association, and the
Canadian Lung Association** *Intervenens*

INDEXED AS: **RJR-MACDONALD INC. v. CANADA**
(ATTORNEY GENERAL)

File Nos.: 23460, 23490.

1994: November 29, 30; 1995: September 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and
Major J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Constitutional law — Division of powers — Charter
of Rights — Freedom of expression — Commercial
advertising — Cigarette advertising banned — Whether
or not legislation validly enacted under criminal law*

RJR-MacDonald Inc. *Appelante*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Imperial Tobacco Ltd. *Appelante*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général du Québec *Mis en
cause*

et

**Le procureur général de l'Ontario, la
Fondation des maladies du cœur du
Canada, la Société canadienne du cancer,
le Conseil canadien sur le tabagisme et
la santé, l'Association médicale canadienne
et l'Association pulmonaire du
Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: **RJR-MACDONALD INC. c. CANADA**
(PROCEUREUR GÉNÉRAL)

N^{os} du greffe: 23460, 23490.

1994: 29, 30 novembre; 1995: 21 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,
Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité
commerciale — Publicité de la cigarette interdite — Les
dispositions législatives ont-elles été valablement adop-*

power or under peace, order and good government clause — If so, whether or not Act's provisions infringing s. 2(b) Charter right to freedom of expression — If so, whether or not infringements justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Constitution Act, 1867, Preamble, s. 91(27) — Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20, ss. 4, 5, 6, 8, 9.

The Tobacco Products Control Act (the "Act") broadly prohibited (with specified exceptions) all advertising and promotion of tobacco products and the sale of a tobacco product unless its package includes prescribed unattributed health warnings and a list of toxic constituents. The legislative scheme targeted three distinct categories of commercial activity: advertising, promotion and labelling. The Act, except for a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products, did not proscribe the sale, distribution or use of tobacco products.

These proceedings began with two separate motions for declaratory judgments before the Quebec Superior Court. The appellant RJR-MacDonald Inc. sought a declaration that the Act was wholly *ultra vires* Parliament and invalid as an unjustified infringement of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant Imperial Tobacco Ltd. sought the same order, but only in respect of ss. 4 and 5 (advertisement of tobacco products), and ss. 6 and 8 (promotion of tobacco products). The two motions were heard together in the Quebec Superior Court which declared the whole of the Act *ultra vires* the Parliament of Canada and as well found it to be of no force or effect as an unjustified infringement of s. 2(b) of the *Charter*. The Quebec Court of Appeal reversed this judgment. The constitutional questions considered by this Court queried: (1) whether Parliament had legislative competence to enact the Act under either the peace, order and good government of Canada clause or the criminal law power, and (2) whether the Act infringed the right to freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* and, if so, whether it was saved under s. 1.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting): The appeals should be allowed. The first constitutional question dealing with the legisla-

tées dans le cadre de la compétence en matière de droit criminel ou en vertu de la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement? — Dans l'affirmative, les dispositions de la Loi violent-elles la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte? — Dans l'affirmative, les violations sont-elles justifiables en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91(27) — Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20, art. 4, 5, 6, 8, 9.

La Loi réglementant les produits du tabac (la «Loi») comporte une interdiction générale (sous réserve d'exceptions précises) de toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et de la vente de ces produits à moins que leur emballage ne comporte les mises en garde non attribuées prévues et une liste de leurs substances toxiques. Le régime législatif vise trois catégories distinctes d'activité commerciale: la publicité, la promotion et l'étiquetage. Sauf pour ce qui est de l'interdiction de distribuer des échantillons gratuits, la Loi n'interdit pas la vente, la distribution ou l'usage des produits du tabac.

Les présents litiges ont commencé par deux requêtes distinctes visant à obtenir des jugements déclaratoires devant la Cour supérieure du Québec. L'appelante RJR-MacDonald Inc. a demandé que la Loi soit déclarée complètement *ultra vires* du Parlement du Canada et non valide du fait qu'elle constitue une violation injustifiée de la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelante Imperial Tobacco Ltd. a demandé la même ordonnance, mais seulement relativement aux art. 4 et 5 (publicité en faveur des produits du tabac) et aux art. 6 et 8 (promotion des produits du tabac). Les deux requêtes ont été entendues en même temps par la Cour supérieure du Québec, qui a déclaré l'ensemble de la Loi *ultra vires* du Parlement du Canada et a affirmé que la Loi était inopérante du fait qu'elle constituait une violation injustifiée de l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Notre Cour a examiné les questions constitutionnelles visant à déterminer: (1) si le Parlement avait la compétence nécessaire pour adopter la Loi soit pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, soit dans le cadre de sa compétence en matière de droit criminel, et (2) si la Loi porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si elle est sauvegardée par l'article premier.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents): Les pourvois sont accueillis. La première question constitutionnelle traitant de la compé-

tive competence of Parliament to enact the legislation under the criminal law power or for the peace, order and good government of Canada should be answered in the positive. With respect to the second constitutional question, ss. 4 (re advertising), 8 (re trade mark use) and 9 (re unattributed health warnings) of the Act are inconsistent with the right of freedom of expression as set out in 2(b) of the *Charter* and do not constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would find that they constitute a reasonable limit. Given that ss. 5 (re retail displays) and 6 (re sponsorships) could not be cleanly severed from ss. 4, 8 and 9, all are of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Division of Powers

(i) Criminal Law Power

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. (Sopinka and Major JJ. dissenting): The legislation was validly enacted under the criminal law power.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The legislation was validly enacted under the criminal law power, and it was accordingly unnecessary to consider whether it fell under the peace, order and good government clause. The criminal law power is plenary in nature, defined broadly, and not frozen in time or confined to a fixed domain of activity. The legislation must not, however, be colourable; some legitimate public purpose must underlie the prohibition.

The *Tobacco Products Control Act* is, in pith and substance, criminal law. Parliament's purpose was to prohibit three categories of acts: advertisement of tobacco products (ss. 4 and 5), promotion of tobacco products (ss. 6 to 8) and sale of tobacco products without printed health warnings (s. 9). The penal sanctions accompanying these prohibitions created a *prima facie* indication that the Act was criminal law. The Act also has an underlying criminal public purpose directed at some injurious effect upon the public — the detrimental health effects caused by tobacco consumption which were clearly demonstrated by the attorney general at trial.

tence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada reçoit une réponse positive. Pour ce qui est de la seconde question constitutionnelle, les art. 4 (la publicité), 8 (les marques) et 9 (les messages non attribués relatifs à la santé) de la Loi sont incompatibles avec le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte* et n'apportent pas une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont d'avis qu'ils apportent une limite raisonnable. Vu que les art. 5 (commerce au détail) et 6 (parrainage) ne peuvent pas nettement être distingués des art. 4, 8 et 9, ils sont tous inopérants aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Partage des compétences

(i) Compétence en matière de droit criminel

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci (les juges Sopinka et Major sont dissidents): La loi a été valablement adoptée en vertu de la compétence en matière de droit criminel.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: La Loi constitue un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel, et il était inutile d'examiner si elle relève de la compétence de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. La compétence en matière de droit criminel est de nature plénière, sa portée est définie largement et sa définition n'est pas gelée à une époque déterminée ni restreinte à un domaine d'activité fixe. La loi ne doit pas être spécieuse; l'interdiction doit se fonder sur un objectif public légitime.

La *Loi réglementant les produits du tabac* est, de par son caractère véritable, une loi en matière de droit criminel. L'objectif du Parlement était d'interdire trois catégories d'actes: la publicité en faveur des produits du tabac (art. 4 et 5), la promotion des produits du tabac (art. 6 à 8) et la vente des produits du tabac dont l'emballage ne comporterait pas de messages relatifs à la santé (art. 9). Les sanctions pénales dont ces interdictions sont assorties créent une indication à première vue que la Loi est de droit criminel. La Loi a également un objectif public sous-jacent du droit criminel dirigé contre un effet nuisible pour le public — les effets nocifs de l'usage du tabac sur la santé, que le procureur général a clairement établis en première instance.

“Health” is not an enumerated head under the *Constitution Act, 1867*, and may be dealt with by valid federal or provincial legislation depending on the circumstances and nature and scope of the problem in question. The protection of health is one of the ordinary ends of the federal criminal law power. The scope of that power includes, for example, the right to legislate with respect to dangerous goods, including health warnings on dangerous goods. This legislation was not colourable. Its purpose is to protect Canadians against the serious health hazards that flow from the consumption of tobacco. Parliament’s decision to criminalize tobacco advertisement and promotion is a valid exercise of the criminal law power. The Act has the requisite “criminal public purpose” even though Parliament has not criminalized the “evil” ultimately aimed at but rather an activity ancillary to the “evil”. A prohibition upon the sale or consumption of tobacco is not now a practical policy option, given the addictive nature of tobacco products, and the large number of Canadians who smoke. It would be absurd to limit Parliament’s power to legislate in this emerging area of public concern simply because it cannot as a practical matter impose a prohibition more specifically aimed at the evil. The constitutionality of such legislation has recently been upheld in other cases.

The legislation, while not serving a “public purpose commonly recognized as being criminal in nature”, is nevertheless a valid exercise of the criminal law power. The definition of the criminal law is not “frozen as of some particular time” and the criminal law power includes the power to create new crimes. The existence of exemptions within the legislation does not transform it from criminal to regulatory legislation. Broad status-based exemptions to criminal legislation do not detract from the legislation’s criminal nature; they help define the crime by clarifying its contours.

Per McLachlin J.: Parliament may impose advertising bans and require health warnings on tobacco products under its criminal law power.

Per Sopinka and Major JJ.: Section 9 of the *Tobacco Products Control Act* falls within Parliament’s power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, but ss. 4, 5, 6, and 8 which prohibit all advertising and promotion

La «santé» n’est pas un chef de compétence énuméré dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la compétence en cette matière peut valablement être exercée dans le cadre de lois fédérales ou provinciales, selon les circonstances et selon la nature et la portée du problème en question. La protection de la santé constitue un des buts habituels de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cette compétence comprend, par exemple, le droit de légiférer à l’égard des marchandises dangereuses, notamment à l’égard des mises en garde relatives à la santé. La loi en cause n’était pas spécieuse. Elle a pour objet de protéger les Canadiens contre les graves dangers de l’usage du tabac. La décision du Parlement de criminaliser la publicité et la promotion du tabac constitue un exercice valide de sa compétence en matière de droit criminel. La Loi vise un «objectif public du droit criminel» même si le Parlement n’a pas criminalisé le «mal» visé mais plutôt un aspect secondaire du «mal». Une interdiction de vente ou d’usage du tabac ne constitue pas une option politique pratique pour le moment, étant donné la dépendance que suscitent les produits du tabac et le grand nombre de Canadiens qui fument. Il serait absurde de restreindre la compétence du Parlement de légiférer dans ce nouveau domaine d’intérêt public simplement parce qu’il ne peut pas, d’un point de vue pratique, imposer une interdiction visant plus précisément le mal. La constitutionnalité de lois de ce genre a récemment été maintenue.

Bien qu’elle ne serve pas «une fin publique communément reconnue comme étant de nature criminelle» la Loi constitue néanmoins un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel. La définition du droit criminel n’est pas «gelé[e] à une époque déterminée», et la compétence de légiférer en matière de droit criminel comprend celle de définir de nouveaux crimes. Le fait qu’il existe des exemptions dans une loi n’en fait pas un texte réglementaire plutôt qu’un texte relevant du droit criminel. La création d’une exemption générale, fondée sur le statut, à l’application d’une loi en matière criminelle n’a pas pour effet d’enlever à la loi son caractère de droit criminel, elle contribue plutôt à définir l’infraction en clarifiant les particularités.

Le juge McLachlin: En vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut imposer des interdictions sur la publicité et exiger l’apposition de mises en garde relatives à la santé sur les produits du tabac.

Les juges Sopinka et Major: L’article 9 de la *Loi réglementant les produits du tabac* relève de la compétence du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais les art. 4, 5, 6 et 8, qui

of tobacco products and restrict the use of tobacco trademarks, do not. The criminal law power encompasses the right to legislate against dangerous foods and drugs, including tobacco products. Manufacturers of tobacco products are under a duty to disclose and warn of the dangers inherent in the consumption of tobacco products and failure to do so can validly constitute a crime.

The prohibition of conduct which interferes with the proper functioning of society or which undermines the safety and security of society as a whole lies at the heart of the criminal law. Matters posing a significant and serious risk of harm or causing significant and serious harm to public health, safety or security can be proscribed by Parliament as criminal. Lesser threats to society and its functioning are addressed through non-criminal regulation.

Care must be taken not to overstate the objective because its importance may be exaggerated and the analysis compromised. The objective of the advertising ban and trade mark usage restrictions is to prevent Canadians from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products.

The undesirability of this form of expression does not pose such a grave and serious danger to public health as to make it criminal. The Act lacked a typically criminal public purpose and is too far removed from the injurious or undesirable effects of tobacco use to constitute a valid exercise of the criminal law power. Those areas where ancillary activities have been criminalized, rather than the core activity itself, concern matters which have traditionally been subject to criminal sanctions and pose significant and serious dangers in and of themselves. Parliament could have criminalized tobacco use but chose not to.

Broad-based exemptions are a factor which may lead a court to conclude that the proscribed conduct is not truly criminal. The prohibitions on advertising cannot be upheld as a valid exercise of the criminal law power given the broad-based exemptions allowing for tobacco advertising in imported publications and given that the Act does not engage a typically criminal public purpose.

interdisent toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et restreignent l'utilisation des marques de tabac, n'en relèvent pas. La compétence en matière de droit criminel comprend le droit de légiférer contre les produits dangereux et les drogues, y compris les produits du tabac. Les fabricants de produits du tabac ont l'obligation de mettre en garde contre les dangers inhérents à la consommation du tabac, et l'omission de le faire peut valablement constituer un crime

L'interdiction de tout comportement qui entrave le bon fonctionnement de la société ou qui compromet la sécurité de la société dans son ensemble est au cœur du droit criminel. Tout ce qui pose un risque de préjudice grave et important ou qui entraîne pour la sécurité et la santé du public un préjudice grave ou important peut être interdit par le Parlement comme relevant du droit criminel. Les menaces moins graves pour la société et son fonctionnement sont ciblées dans les régimes de réglementation qui ne relèvent pas du droit criminel.

Il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif parce qu'on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse. L'objectif de l'interdiction de publicité et des restrictions à l'usage des marques est d'empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac.

Le fait que cette forme d'expression soit indésirable ne présente pas un risque grave et important pour la santé publique au point de la rendre criminelle. La Loi est dénuée d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel et est trop éloignée des effets nocifs ou indésirables de l'utilisation du tabac pour constituer un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel. Les domaines où les activités secondaires ont été criminalisées, plutôt que l'activité principale même, portent sur des sujets qui ont toujours fait l'objet de sanctions pénales et comportent en soi des dangers graves et importants. Le Parlement aurait pu criminaliser l'usage du tabac, mais il a choisi de ne pas le faire.

L'existence d'exemptions générales est un facteur qui peut mener un tribunal à conclure que le comportement interdit n'est pas véritablement criminel. L'interdiction de publicité ne peut pas être maintenue à titre d'exercice valide de la compétence en matière de droit criminel compte tenu des exemptions générales qui permettent la publicité en faveur du tabac dans les publications importées et du fait que la Loi ne relève pas d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel.

Charter Issues

(i) Infringement

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The impugned sections infringed freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the Charter.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The prohibition on advertising and promotion under the Act infringed appellants' right to freedom of expression under s. 2(b) of the Charter.

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The prohibition on advertising and promotion of tobacco products violated the right to free expression. Since freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things, the requirement that tobacco manufacturers place an unattributed health warning on tobacco packages combined with the prohibition against displaying any writing on their packaging other than the name, brand name, trade mark, and other information required by legislation too infringed this right. Section 7, which prohibits the free distribution of any tobacco product in any form, is closely connected to the law's objective and should stand.

(ii) Section 1 Analysis

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The impugned sections were not justified under s. 1 of the Charter. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would have found the impugned sections justified and therefore saved under s. 1.

*Per Sopinka, McLachlin and Major JJ.: The appropriate test in a s. 1 analysis is that found in s. 1 itself: whether the infringement is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. No conflict exists between the words of s. 1 and the jurisprudence founded upon *Oakes*. The word "demonstrably" in s. 1 is critical: the process is neither one of mere intuition nor of deference to Parliament's choice. While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that, before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good*

Questions relatives à la Charte

(i) Violation

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les dispositions contestées violent la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la Charte.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: L'interdiction de publicité et de promotion imposée par la Loi viole le droit des appelantes à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la Charte.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: L'interdiction imposée sur la publicité et la promotion des produits du tabac constitue une violation du droit à la liberté d'expression. Comme la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses, l'obligation imposée aux fabricants de tabac d'inscrire sur les emballages des produits du tabac des messages non attribués relatifs à la santé, conjuguée à l'interdiction d'apposer sur l'emballage d'un produit des mentions autres que la désignation, le nom, la marque et les renseignements prévus par une loi, constitue une violation de ce droit. L'article 7, qui interdit la distribution gratuite des produits du tabac, sous quelque forme que ce soit, se rattache étroitement à l'objectif de la loi et devrait être déclaré valide.

(ii) Analyse relative à l'article premier

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: Les dispositions contestées ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier de la Charte. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory auraient conclu que les dispositions contestées étaient justifiées et qu'elles étaient par conséquent sauvegardées par l'article premier.

*Les juges Sopinka, McLachlin et Major: Le critère approprié applicable à une analyse fondée sur l'article premier se trouve dans la disposition même et consiste à déterminer si la violation est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il n'existe pas d'incompatibilité entre le libellé de l'article premier et la jurisprudence fondée sur l'arrêt *Oakes*. Les mots «puisse se démontrer» sont importants. En effet, il ne s'agit pas de procéder par simple intuition ou d'affirmer qu'il faut avoir de l'égard pour le choix du Parlement. Bien qu'ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les*

which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement.

Context, deference and a flexible and realistic standard of proof are essential aspects of the s. 1 analysis. The *Oakes* test must be applied flexibly, having regard to the factual and social context of each case. This contextual approach does not reduce the obligation on the state to demonstrate that the limitation on rights imposed by the law is reasonable and justified. The deference accorded to Parliament may vary with the social context but must not be carried to the point of relieving the government of its *Charter*-based burden of demonstrating the limits it has imposed on guaranteed rights to be reasonable and justifiable. To do so would diminish the role of the courts in the constitutional process and weaken the structure of rights. The civil standard of proof on a balance of probabilities at all stages of the proportionality analysis is more appropriate.

Courts of appeal, as a general rule, decline to interfere with findings of fact by a trial judge unless they are unsupported by the evidence or based on clear error. In the context of the s. 1 analysis, more deference may be required where findings are based on evidence of a purely factual nature whereas a lesser degree of deference may be required where the trial judge has considered social science and other policy-oriented evidence. Appellate courts generally are not as constrained by the trial judge's findings in the context of the s. 1 analysis as they are in the course of non-constitutional litigation because the impact of the infringement on constitutional rights must often be assessed by reference to a broad review of social, economic and political factors in addition to scientific facts.

The objective should not be overstated. The objective relevant to the s. 1 analysis is that of the infringing measure, since only the infringing measure must be justified. If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised. The objective of the impugned measures, however, is somewhat narrower than the objectives of the wider legisla-

tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation.

Les concepts de contexte, de respect et d'application d'une norme de preuve souple et réaliste sont des aspects essentiels de l'analyse fondée sur l'article premier. Le critère formulé dans *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, compte tenu du contexte factuel et social de chaque cas particulier. Cette analyse contextuelle n'a pas pour effet de diminuer l'obligation qu'a l'État de démontrer que la restriction des droits est raisonnable et justifiée. Le respect accordé au Parlement peut varier en fonction du contexte social, mais il ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Agir ainsi reviendrait à diminuer le rôle des tribunaux à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits. La norme de preuve qui convient, à toutes les étapes de l'analyse de la proportionnalité, est celle qui s'applique en matière civile, c'est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités.

En règle générale, une cour d'appel refuse de modifier les conclusions de fait du juge de première instance, sauf si ces conclusions ne s'appuient pas sur la preuve ou sont fondées sur une erreur manifeste. Dans le contexte de l'analyse fondée sur l'article premier, il pourrait bien être nécessaire de faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard de conclusions fondées sur une preuve de nature purement factuelle, qu'à l'égard de conclusions que le juge de première instance aurait tirées après l'examen de la preuve en matière de sciences humaines et d'autres questions de principe. En règle générale, dans le contexte d'une analyse fondée sur l'article premier, une cour d'appel n'est pas liée par les conclusions du juge de première instance au même degré qu'elle l'est dans le cadre d'un litige de nature non constitutionnelle, puisque l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels doit souvent être évaluée dans le cadre d'un vaste examen de facteurs sociaux, économiques et politiques, qui vient s'ajouter à celui de faits scientifiques.

Il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif. Aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est celui de la mesure attentatoire puisque c'est cette dernière que l'on cherche à justifier. Si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse. Cependant, l'objectif des mesures contestées est un peu

tive and policy scheme in which the Act is found. The advertising ban and trade mark usage restrictions are to prevent people in Canada from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products. The mandatory package warning is to discourage people who see the package from tobacco use. Both constitute important objectives. The critical question, however, is not the evil tobacco works generally in our society, but the evil which the legislation addresses.

The extent to which this Court should defer to the trial judge's findings depends on whether the findings relate to purely factual matters or whether they relate to complex social science evidence from which it is difficult to draw firm factual and scientific conclusions. Less deference should be accorded to the trial judge's finding that the complete ban on advertising was not rationally connected to the aim of reducing advertising-induced consumption. Much of the evidence adduced on this point was social science evidence predictive of human behaviour from which it was difficult to draw firm factual conclusions.

The impugned provisions mandating a complete ban and unattributed package warnings do not minimally impair the right to free expression. Under the minimal impairment analysis, the trial judge did not rely on problematic social science data, but on the fact that the government had adduced no evidence to show that less intrusive regulation would not achieve its goals as effectively as an outright ban. Nor had the government adduced evidence to show that attributed health warnings would not be as effective as unattributed warnings on tobacco packaging.

The causal relationship between the infringement of rights and the benefit sought may sometimes be proved by scientific evidence showing that as a matter of repeated observation, one affects the other. Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, as in the case of the *Tobacco Products Control Act*, the causal relationship may not be scientifically

plus restreint que les objectifs plus vastes du régime complexe dans lequel s'inscrit la Loi sur le plan législatif et sur celui des principes. L'interdiction de publicité et les restrictions à l'usage des marques visent à empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac. L'objectif de la mise en garde obligatoire est de dissuader les gens qui voient l'emballage de faire usage du tabac. Dans les deux cas, il s'agit d'objectifs importants. La question cruciale, toutefois, n'est pas le mal que le tabac cause dans l'ensemble de notre société, mais bien le mal auquel s'attaque la loi.

La mesure dans laquelle notre Cour devrait faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance dépend de la réponse à la question de savoir si les conclusions se rapportent à des questions purement factuelles ou à des éléments de preuve complexes en matière de sciences humaines à partir desquels il est difficile de tirer de solides conclusions factuelles et scientifiques. Il y a lieu de faire preuve d'une moins grande retenue à l'égard de la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'interdiction totale de publicité n'avait pas de lien rationnel avec l'objectif de diminution de la consommation provoquée par la publicité. La majeure partie de la preuve présentée sur ce point consistait en des données en matière de sciences humaines concernant le comportement humain prévisible, à partir desquelles il était difficile de tirer de solides conclusions factuelles.

Les dispositions attaquées, qui interdisent toute publicité et exigent l'apposition de mises en garde non attribuées sur les emballages, ne constituent pas une atteinte minimale à la liberté d'expression. Dans le cadre de l'analyse de l'atteinte minimale, le juge de première instance ne s'est pas fié à des données problématiques en matière de sciences humaines mais plutôt au fait que le gouvernement n'avait pas présenté d'éléments de preuve établissant qu'un règlement moins attentatoire n'atteindrait pas ses objectifs aussi efficacement qu'une interdiction totale. Le gouvernement n'avait pas non plus présenté d'éléments de preuve pour établir que des mises en garde attribuées sur les emballages des produits du tabac ne seraient pas aussi efficaces que des mises en garde non attribuées.

Le lien causal entre l'atteinte aux droits et l'avantage recherché peut parfois être établi par une preuve scientifique démontrant, à la suite d'une observation répétée, que l'un influe sur l'autre. Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la *Loi réglementant les produits du tabac*, le lien causal pourrait bien ne pas être mesura-

measurable. In such cases, this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective. Here, no direct evidence of a scientific nature showed a causal link between advertising bans and decrease in tobacco consumption. A link, established on a balance of probabilities and based on reason, existed between certain forms of advertising, warnings and tobacco consumption. No causal connection existed however, whether based on direct evidence or logic and reason, between the objective of decreasing tobacco consumption and s. 8's absolute prohibition on the use of a tobacco trade mark on articles other than tobacco products. Section 8 failed the rational connection test.

A complete ban on a form of expression is more difficult to justify than a partial ban. The government must show that only a full prohibition will enable it to achieve its objective. Where, as here, no evidence is adduced to show that a partial ban would be less effective than a total ban, the justification required by s. 1 to save the violation of free speech is not established.

As a matter of reason and logic, lifestyle advertising is designed to increase consumption. Purely informational or brand preference advertising, however, has not been shown to have this effect. Several less intrusive alternative measures would be a reasonable impairment of the right to free expression, given the important objective and the legislative context.

Allowing Parliament to choose such measures as it sees fit by contrasting the importance of Parliament's objective with the low value of the expression at issue raises a number of concerns. First, to argue that the importance of the legislative objective justifies more deference to the government at the stage of evaluating minimal impairment, is to engage in the balancing between objective and deleterious effect contemplated by the third stage of the proportionality analysis in *Oakes*. Second, just as care must be taken not to overvalue the legislative objective beyond its actual parameters, so care must be taken not to undervalue the expression at issue. Third, a great deal of reliance is placed on the fact that the appellants are motivated by profit. Motivation to profit is irrelevant to the determination of

ble du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif. En l'espèce, il n'existait aucune preuve directe de nature scientifique de l'existence d'un lien causal entre une interdiction de publicité et la diminution de l'usage du tabac. On a établi, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien fondé sur la raison entre certaines formes de publicité, les mises en garde et l'usage du tabac. Cependant, il n'existait pas de lien causal, fondé sur une preuve directe ou sur la logique ou la raison, entre l'objectif de diminution de l'usage du tabac et l'interdiction absolue, imposée par l'art. 8, quant à l'usage des marques sur des articles autres que les produits du tabac. L'article 8 ne satisfait pas au critère du lien rationnel.

Il est plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que son interdiction partielle. Le gouvernement doit établir que seule une interdiction totale lui permettra d'atteindre son objectif. Si, comme en l'espèce, aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'une interdiction partielle serait moins efficace qu'une interdiction totale, on n'a pas établi la justification requise en vertu de l'article premier visant à sauvegarder la violation de la liberté d'expression.

D'un point de vue rationnel et logique, la publicité de style de vie vise à accroître la consommation, mais rien n'indique que la publicité purement informative ou de fidélité aux marques a cet effet. Plusieurs autres mesures, par ailleurs moins envahissantes, constitueraient une atteinte raisonnable au droit à la liberté d'expression, étant donné l'importance de l'objectif et du contexte législatif.

Permettre au Parlement de choisir les mesures qu'il juge appropriées en comparant l'importance de l'objectif qu'il vise et la faible valeur de l'expression en cause soulève certaines préoccupations. Premièrement, soutenir que l'importance de l'objectif législatif justifie un plus grand respect envers le gouvernement à l'étape de l'évaluation de l'atteinte minimale, c'est procéder à la pondération des effets objectifs et des effets préjudiciables, prévue à la troisième étape de l'analyse de la proportionnalité dans l'arrêt *Oakes*. Deuxièmement, tout comme il faut prendre soin de ne pas surestimer l'objectif législatif par rapport à ses véritables paramètres, il faut veiller à ne pas sous-estimer l'importance de l'expression en cause. Troisièmement, une grande importance est accordée au fait que les appelantes sont moti-

whether the government has established that the law is reasonable or justified as an infringement of freedom of expression.

The requirement that the warning be unattributed pursuant to s. 9 of the Act fails to meet the minimum impairment requirement of proportionality. The government is clearly justified in requiring the appellants to place warnings on tobacco packaging. For the reasons given with respect to the advertising ban, a lower level of constitutional scrutiny is not justified in deciding whether it was necessary to prohibit the appellants from attributing the message to the government and whether it was necessary to prevent the appellants from placing on their packaging any information other than that allowed by the regulations.

Per Lamer C.J. and Iacobucci J.: The *Tobacco Products Control Act* did not minimally impair the appellants' s. 2(b) *Charter* rights. An attenuated minimal impairment analysis could unduly dilute the s. 1 principles as originally cast in *Oakes* and related cases creating the risk that *Charter* violations would be too easily justified, with the result that *Charter* values would be too easily undercut.

The Act was rationally connected to its goal of protecting Canadians from the health risks associated with tobacco use. Rational connection is to be established, upon a civil standard, through reason, logic or common sense. The existence of scientific proof is simply of probative value in demonstrating this reason, logic or common sense but is by no means dispositive or determinative. The Act, however, was not "social engineering". Agreement was expressed with the approach described by La Forest J. relative to appellate court intervention on legislative or social facts found by a trial judge.

Minimal impairment analysis requires consideration of whether or not the legislature turned its mind to alternative and less rights-impairing means to promote its legislative goal. Here, evidence related to the options considered as alternatives to the total ban was withheld from the factual record. In cases like these involving wide public interest constitutional litigation, government should remain non-adversarial and make full dis-

vées par le profit. La volonté de faire un profit ne constitue pas une considération pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le gouvernement a établi que la loi est raisonnable ou justifiée en tant qu'atteinte à la liberté d'expression.

L'exigence de la non-attribution des mises en garde, prévue à l'art. 9 de la Loi, ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale de la proportionnalité. Le gouvernement est clairement justifié d'exiger des appelantes qu'elles apposent des mises en garde sur les emballages des produits du tabac. Pour les motifs exposés relativement à l'interdiction de publicité, il n'est pas justifié de procéder à une analyse constitutionnelle moins approfondie afin de décider s'il était nécessaire d'interdire aux appelantes d'attribuer le message au gouvernement et s'il était nécessaire de les empêcher d'apposer sur leur emballage des renseignements autres que ceux autorisés par règlement.

Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci: La Loi réglementant les produits du tabac ne constitue pas une atteinte minimale aux droits garantis aux appelantes par l'al. 2b) de la *Charte*. Une analyse assouplie de l'atteinte minimale risque de trop diluer les principes d'application de l'article premier par rapport à leur formulation initiale dans l'arrêt *Oakes* et les arrêts connexes, créant ainsi un risque que les violations de la *Charte* ne soient trop facilement justifiées et, de ce fait, que les valeurs protégées par la *Charte* ne soient trop facilement contrecarrées.

La Loi a un lien rationnel avec son objectif de protéger les Canadiens contre les méfaits de l'usage du tabac sur la santé. Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens, mais elle n'est en aucune façon déterminante. Toutefois, la Loi n'est pas une forme d'«ingénierie sociale». La méthode décrite par le juge La Forest relativement à l'intervention des cours d'appel en ce qui concerne les faits législatifs ou sociaux constatés par le juge de première instance est acceptée.

Dans l'analyse de l'atteinte minimale, il faut déterminer si le législateur a examiné d'autres mesures moins attentatoires pour atteindre l'objectif législatif en question. En l'espèce, des éléments de preuve concernant les options envisagées comme solutions de rechange à l'interdiction totale ont été supprimés du dossier de la preuve factuelle. Dans les cas où, comme en l'espèce, il s'agit d'un litige d'un grand intérêt public en matière

closure. The total prohibition on advertising (the full rights-impairing option) is only constitutionally acceptable if information is provided that such a total prohibition is necessary in order for the legislation to achieve a pressing and substantial goal. When the evidence is unclear whether a partial prohibition is as effective as a full prohibition, the *Charter* requires that the legislature enact the partial denial of the implicated *Charter* right. The tailoring required to meet minimal impairment was not significant and yet very necessary to the Act's being constitutional.

Section 9 of the Act, requiring the placing of unattributed health warnings, infringed s. 2(b) and was unjustifiable under s. 1 for the reasons of McLachlin J. Sections 4, 5, 6 and 8 should also be struck. Proof might exist for this total and absolute ban on advertising, but without it, there is no justifiable basis for this ban.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The infringement was justifiable under s. 1. Protecting Canadians from the health risks associated with tobacco use, and informing them about these risks, is a pressing and substantial objective. It meets the two broad criteria set forth in *Oakes*. First, its objective is of sufficient importance to override a guaranteed right. Second, it meets the proportionality requirements established in *Oakes*. These requirements are not synonymous with nor have they been superseded by those set forth in s. 1 of the *Charter*. The appropriate "test" is that found in s. 1 itself. The courts are to determine whether an infringement is reasonable and can be demonstrably justified in a "free and democratic society" and must strike a delicate balance between individual rights and community needs. This balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic "test" uniformly applicable in all circumstances. The section 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement. An important "synergetic relation" exists between *Charter* rights and the context in which they are claimed. The *Oakes* requirements therefore must be applied flexibly, having regard to the specific factual and social context of each case. A rigid or formalistic approach should be

constitutionnelle, le gouvernement ne devrait pas s'en tenir à un débat contradictoire et devrait faire une pleine divulgation. L'interdiction totale de publicité (l'option pleinement attentatoire aux droits) n'est acceptable du point de vue constitutionnel que s'il existe des renseignements établissant qu'une telle interdiction est nécessaire pour qu'un objectif urgent et réel de la loi soit atteint. Si la preuve ne permet pas d'établir clairement si une interdiction partielle est aussi efficace qu'une interdiction totale, la *Charte* exige que le législateur opte pour la mesure qui constitue une atteinte partielle au droit qui y est garanti. Les adaptations qui s'imposent pour satisfaire au critère de l'atteinte minimale ne sont pas importantes, mais elles sont tout à fait nécessaires pour rendre la loi constitutionnelle.

L'article 9 de la Loi, qui exige l'apposition de messages non attribués, viole l'al. 2b) et n'est pas justifiable en vertu de l'article premier pour les motifs formulés par le juge McLachlin. Les articles 4, 5, 6 et 8 devraient aussi être annulés. Il existe peut-être une preuve appuyant cette interdiction totale et absolue de la publicité, mais sans cette preuve, l'interdiction n'est pas justifiable.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: La violation était justifiable en vertu de l'article premier. Protéger les Canadiens contre les conséquences néfastes du tabac sur la santé et les sensibiliser à ces conséquences constitue un objectif urgent et réel. Cette mesure satisfait aux deux critères généraux énoncés dans *Oakes*. Premièrement, son objectif est suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti. Deuxièmement, cet objectif répond aux exigences de la proportionnalité formulées dans *Oakes*. Ces exigences ne sont pas comparables à celles applicables à l'article premier de la *Charte* ni ne les ont remplacées. Le «critère» approprié se trouve dans l'article premier même. Les tribunaux doivent déterminer si la limite est raisonnable et si elle peut se démontrer dans le cadre d'une «société libre et démocratique», et ils doivent établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l'abstrait, à partir seulement d'un «critère» formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L'examen fondé sur l'article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu'ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels l'État tente de justifier la violation. Il existe un important «rapport synergique» entre les droits garantis par la *Charte* et le contexte de l'instance particulière. Les exigences formulées dans *Oakes* doivent donc être appliquées avec souplesse en tenant

avoided in order to overcome the risk of losing sight of this relation.

The evidentiary requirements under s. 1 vary substantially depending upon both the nature of the legislation and the nature of the right infringed. Here, both these contextual elements were highly relevant to a proper application of the s. 1 analysis. The application of a "rigorous" civil standard of proof below resulted in a failure to take into account the specific context in which the s. 1 balancing must take place.

The nature and scope of the health problems raised by tobacco consumption are highly relevant to the s. 1 analysis, both in determining the appropriate standard of justification and in weighing the relevant evidence. Despite the lack of definitive scientific explanations of the causes of tobacco addiction, clear evidence does exist of the detrimental social effects of tobacco consumption. Overwhelming evidence was introduced at trial that tobacco consumption is a principal cause of deadly cancers, heart disease and lung disease, and that tobacco is highly addictive. The most distressing aspect of the evidence is that tobacco consumption is most widespread among the most vulnerable, the young and the less educated, at whom much of the advertising is specifically directed.

The significant gap between an understanding of the health effects of tobacco consumption and of the root causes of tobacco consumption raises a fundamental institutional problem that must be taken into account in undertaking the s. 1 balancing. Strictly applying the proportionality analysis in cases of this nature would place an impossible onus on Parliament by requiring it to produce definitive social scientific evidence respecting the root causes of a pressing area of social concern whenever Parliament wished to address its effects. This would have the effect of virtually paralyzing the operation of government in the socio-economic sphere. To require Parliament to await definitive social science conclusions whenever it wishes to make social policy would impose an unjustifiable and unrealistic limit on legislative power.

compte du contexte factuel et social particulier de chaque cas. Il faut éviter d'utiliser une méthode rigide ou formaliste si l'on veut écarter le risque qu'il ne soit pas tenu compte de ce rapport.

Les exigences en matière de preuve sous le régime de l'article premier varient beaucoup en fonction de la nature de la loi et du caractère du droit atteint. En l'espèce, ces deux éléments contextuels sont fort pertinents pour une bonne application de l'analyse fondée sur l'article premier. L'application «rigoureuse» du fardeau de la preuve en matière civile par les instances inférieures a fait en sorte que l'on n'a pas tenu compte du contexte spécifique dans lequel doit se dérouler la pondération en vertu de l'article premier.

La nature et l'étendue des problèmes de santé reliés à l'usage du tabac sont tout à fait pertinents pour l'analyse fondée sur l'article premier, tant aux fins de la détermination du critère approprié de justification que dans l'appréciation de la preuve pertinente. Malgré l'absence d'explications scientifiques concluantes des causes de la dépendance au tabac, il existe des éléments de preuve clairs sur les effets sociaux préjudiciables de l'usage du tabac. On a présenté en première instance une preuve abondante établissant que l'usage du tabac est une cause principale de cancers, de maladies cardiaques et de maladies pulmonaires entraînant la mort, et que le tabac crée une forte dépendance. L'aspect le plus troublant de la preuve est que l'usage du tabac est plus répandu chez les personnes les plus vulnérables, soit les jeunes et les personnes moins instruites, vers qui une grande partie de la publicité est expressément dirigée.

L'écart important entre ce que nous comprenons des effets de l'usage du tabac sur la santé et des principales causes de cet usage soulève un problème institutionnel fondamental dont il faut tenir compte dans la pondération effectuée en application de l'article premier. Une application stricte de l'analyse de la proportionnalité dans les affaires de cette nature imposerait un fardeau impossible au Parlement puisqu'il serait alors tenu de produire des éléments de preuve socio-scientifiques concluants relativement aux causes fondamentales d'un problème urgent d'intérêt social chaque fois qu'il désire s'attaquer à ses effets. Cela aurait pour effet de pratiquement paralyser le fonctionnement de l'appareil gouvernemental dans la sphère socio-économique. Si l'on exigeait du Parlement qu'il attende les données concluantes des études dans le domaine des sciences humaines chaque fois qu'il désire adopter une politique sociale, on restreindrait la compétence législative de façon injustifiable et irréaliste.

The Court has recognized that the *Oakes* standard of justification should be attenuated when institutional constraints analogous to those in the present cases arise. Although courts are specialists in the protection of liberty and the interpretation of legislation and are, accordingly, well placed to subject criminal justice legislation to careful scrutiny — that is not so in the sphere of policy-making. Policy-making is a role properly assigned to elected parliamentarians who have the necessary institutional resources to enable them to compile and assess social science evidence, to mediate between competing social interests and to reach out and protect vulnerable groups. In accord with a greater degree of deference to social legislation than to ordinary criminal justice legislation, the courts recognize these important institutional differences. The Act in issue is the type of legislation generally accorded a high degree of deference and the considerations addressed in *Irwin Toy* and *McKinney* are applicable.

Expression, depending on its nature, is entitled to varying levels of constitutional protection and requires a contextual, as opposed to an abstract, approach. Although freedom of expression is a fundamental value, other fundamental values are also deserving of protection and consideration by the courts. When these values come into conflict, the courts must make choices based not upon abstract analysis, but upon a concrete weighing of the relative significance of each of the relevant values in our community in the specific context. Freedom of expression claims must be weighed in light of their relative connection to a set of even more fundamental or core values which include the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process. State action placing such values in jeopardy is subject to a searching degree of scrutiny. Where the expression in question is farther from the “core” of freedom of expression values, a lower standard of justification may be applied.

The harm engendered by tobacco and the profit motive underlying its promotion place this form of expression as far from the “core” of freedom of expression values as prostitution, hate-mongering and pornography. Its sole purpose is to promote the use of a product that is harmful and often fatal to the consumer by sophisticated advertising campaigns often specifically

La Cour a reconnu qu'il y aurait lieu d'assouplir le critère de justification formulé dans *Oakes* en présence de contraintes institutionnelles semblables à celles qui existent en l'espèce. Bien que les tribunaux soient des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et que, par conséquent, ils soient bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle, ce n'est pas le cas dans le domaine de l'élaboration des politiques. Ce dernier rôle incombe aux parlementaires élus, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables. Lorsqu'ils font preuve d'une plus grande retenue à l'égard des lois à caractère social qu'à l'égard des lois ordinaires en matière de justice criminelle, les tribunaux reconnaissent ces différences institutionnelles importantes. La Loi est le type de loi envers laquelle on fait généralement preuve d'une grande retenue, et les considérations examinées dans les arrêts *Irwin Toy* et *McKinney* sont applicables.

L'expression, selon sa nature, pourra bénéficier de divers degrés de protection constitutionnelle et l'on doit recourir à une méthode contextuelle, et non abstraite. Bien que la liberté d'expression soit une valeur fondamentale, il en existe d'autres qui méritent aussi d'être protégées et examinées par les tribunaux. En cas de conflit entre ces valeurs, les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, mais sur une appréciation concrète de l'importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question. Les demandes touchant la liberté d'expression doivent être examinées en fonction du lien relatif qu'elles ont avec des valeurs encore plus fondamentales, dont la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. Lorsque les mesures gouvernementales menacent ces valeurs, elles doivent être examinées rigoureusement. Lorsque l'expression en cause s'écarte beaucoup de l'«essence» des valeurs de la liberté d'expression, le critère de justification appliqué peut être moins rigide.

Les maux engendrés par le tabac et la volonté de faire des profits qui en sous-tend la promotion placent cette forme d'expression aussi loin du «cœur» des valeurs de la liberté d'expression que la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie. Son seul but est de promouvoir, par des campagnes de publicité subtiles visant souvent expressément les jeunes et les plus vulnérables,