

**Little Sisters Book and Art Emporium, B.C.
Civil Liberties Association, James Eaton
Deva and Guy Allen Bruce
Smythe** *Appellants*

v.

**The Minister of Justice and Attorney
General of Canada, the Minister of National
Revenue and the Attorney General of
British Columbia** *Respondents*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Canadian AIDS Society, the Canadian Civil
Liberties Association, the Canadian
Conference of the Arts, EGALE Canada
Inc., Equality Now, PEN Canada and the
Women's Legal Education and Action Fund
(LEAF)** *Intervenors*

**INDEXED AS: LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM
v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE)**

Neutral citation: 2000 SCC 69.

File No.: 26858.

2000: March 16; 2000: December 15.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour
and LeBel JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom
of expression — Customs and excise — Importation of
obscene goods — Customs legislation providing for
interception and exclusion of obscene goods and setting
out administrative review process — Legislation placing
onus on importer to establish that goods are not obscene
— Gay and lesbian bookstore importing erotica from
United States — Customs officials wrongly delaying,
confiscating or prohibiting materials imported by book-
store on numerous occasions — Whether Customs legis-
lation infringes freedom of expression — If so, whether
infringement justifiable — Canadian Charter of Rights*

**Little Sisters Book and Art Emporium, B.C.
Civil Liberties Association, James Eaton
Deva et Guy Allen Bruce Smythe** *Appelants*

c.

**Le ministre de la Justice et procureur
général du Canada, le ministre du Revenu
national et le procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intimés*

et

**Le procureur général de l'Ontario, la
Société canadienne du SIDA, l'Association
canadienne des libertés civiles, la Conférence
canadienne des arts, EGALE Canada Inc.,
Equality Now, PEN Canada et le Fonds
d'action et d'éducation juridiques pour les
femmes** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM
c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)**

Référence neutre: 2000 CSC 69.

N° du greffe: 26858.

2000: 16 mars; 2000: 15 décembre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
d'expression — Douanes et accise — Importation de
marchandises obscènes — Législation douanière pour-
voyant à l'interception et à l'exclusion des marchandi-
ses obscènes et établissant un mécanisme de révision
administrative — Importateurs tenus par la législation
douanière de prouver que les marchandises ne sont pas
obscènes — Importation de matériel érotique des États-
Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux
cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées
par les fonctionnaires des douanes de marchandises
importées par la librairie — La législation douanière*

and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 58, 71, 152(3) — Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII, Code 9956(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes freedom of expression or equality rights — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 58, 71 — Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII, Code 9956(a).

The appellant bookstore, of which the individual appellants are the directors and controlling shareholders, carried a specialized inventory catering to the gay and lesbian community which consisted largely of books that included gay and lesbian literature, travel information, general interest periodicals, academic studies related to homosexuality, AIDS/HIV safe-sex advisory material and gay and lesbian erotica. Since its establishment in 1983, the store has imported 80 to 90 percent of its erotica from the United States. Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff* prohibits the importation of “[b]ooks, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that . . . are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*”. At the entry level, Customs inspectors determine the appropriate tariff classification, pursuant to s. 58 of the *Customs Act*. The classification exercise under Code 9956 largely consists of the Customs inspector making a comparison of the imported materials with the illustrated manual accompa-

porte-t-elle atteinte à la liberté d’expression? — Dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 58, 71, 152(3) — Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), annexe VII, code 9956a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l’interception et à l’exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte aux droits à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l’interception et à l’exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte à la liberté d’expression ou aux droits à l’égalité? — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 58, 71 — Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), annexe VII, code 9956a).

La librairie appelante, dont les personnes physiques appelantes sont les administrateurs et les actionnaires dominants, dispose d’un inventaire spécialisé s’adressant à la communauté gaie et lesbienne et constitué principalement de livres, notamment de la littérature gaie et lesbienne, de l’information de voyage, des périodiques d’intérêt général, des ouvrages universitaires sur l’homosexualité, des textes d’information sur les pratiques sexuelles sans risque d’infection au SIDA/VIH ainsi que du matériel érotique gai et lesbien. Depuis sa constitution en 1983, la librairie importe de 80 à 90 pour 100 de son matériel érotique des États-Unis. Le code 9956(a) de l’annexe VII du *Tarif des douanes* prohibe l’importation de «[l]ivres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui [. . .] sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*». Au point d’entrée, les inspecteurs des douanes déterminent le classement tarifaire approprié en vertu de l’art. 58 de la *Loi sur les douanes*. Le classement effectué en vertu du code 9956 consiste en grande

nying Memorandum D9-1-1, which describes the type of materials deemed obscene by Customs. At the relevant time, an item considered “obscene” and thus prohibited was subject (under s. 60 of the Act) to a re-determination upon request, by a specialized Customs unit, and upon a further appeal subject to a further re-determination by the Deputy Minister or designate. Once these administrative measures have been exhausted, an importer may appeal the prohibition under s. 67 of the Act to a judge of the superior court of the province where the material was seized, with a further appeal on a question of law to the Federal Court of Canada, and then with leave to the Supreme Court of Canada. Section 152(3) provides that in any proceeding under the Act the burden of proof in any question in relation to the compliance with the Act or the regulations in respect of any goods lies on the importer.

After a lengthy trial the trial judge found not only that the Customs officials had wrongly delayed, confiscated, destroyed, damaged, prohibited or misclassified materials imported by the appellant bookstore on numerous occasions, but that these errors were caused by the “systemic targeting” of the store’s importations. He concluded that the Customs legislation infringed s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but was justified under s. 1. Although he denied a remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the trial judge issued a declaration under s. 24(1) of the *Charter* that the Customs legislation had at times been construed and applied in a manner contrary to ss. 2(b) and 15(1) of the *Charter*. The Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed the appellants’ appeal.

Held (Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The “reverse onus” provision under s. 152(3) of the *Customs Act* cannot constitutionally apply to put on the importer the onus of disproving obscenity. An importer has a *Charter* right to receive expressive material unless the state can justify its denial.

Per McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The interpretation given to s. 163(8) of the *Criminal Code* in *Butler* does

partie en une comparaison, par l’inspecteur des douanes, du matériel importé et du guide illustré accompagnant le *Mémoire* D9-1-1, qui décrit le genre de marchandises jugées obscènes par les Douanes. À l’époque pertinente, un article considéré comme étant «obscène» et par conséquent prohibé faisait sur demande (en vertu de l’art. 60 de la Loi) l’objet d’une révision par une unité spécialisée des Douanes et, sur appel supplémentaire, d’une révision par le sous-ministre ou la personne désignée par celui-ci. Une fois ces recours administratifs épuisés, l’importateur peut interjeter appel de la prohibition en vertu de l’art. 67 de la Loi, d’abord auprès d’un juge de la cour supérieure de la province où le matériel a été saisi, ensuite auprès de la Cour fédérale du Canada sur une question de droit, et enfin, sur autorisation, auprès de la Cour suprême du Canada. Le paragraphe 152(3) prévoit que, dans toute procédure engagée sous le régime de la Loi, la charge de la preuve incombe à l’importateur pour toute question relative, pour ce qui est de marchandises, à l’observation, à leur égard, de la Loi ou de ses règlements.

À la suite d’un long procès, le juge de première instance a estimé que non seulement les fonctionnaires des douanes avaient-ils, à de nombreuses reprises, erronément retenu, confisqué, détruit, endommagé, interdit et mal classé des marchandises importées par la librairie appelante, mais aussi que ces erreurs avaient été causées «par la prise systématique pour cibles» des importations de la librairie. Il a conclu que la législation douanière portait atteinte à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qu’elle était justifiée au regard de l’article premier. Même s’il a refusé d’accorder une réparation en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge de première instance a prononcé, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, un jugement déclarant que la législation douanière avait à l’occasion été interprétée et appliquée d’une manière contraire à l’al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d’appel a, à la majorité, rejeté l’appel des appelants.

Arrêt (les juges Iacobucci, Arbour et LeBel sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli en partie. La disposition portant inversion de la charge de la preuve prévue au par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* ne saurait constitutionnellement imposer à l’importateur la charge de prouver l’absence d’obscénité. La *Charte* garantit à l’importateur le droit de recevoir du matériel expressif à moins que l’État ne puisse justifier son refus de laisser entrer ce matériel.

Le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie: L’interprétation qu’on a donnée du par. 163(8) du *Code crimi-*

not discriminate against the gay and lesbian community. The national community standard of tolerance relates to harm, not taste, and is restricted to conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. While it is true that under s. 163(8) the “community standard” is identified by a jury or a judge sitting alone, a concern for minority expression is one of the principal factors that led to adoption of the national community test in *Butler* in the first place. The Canadian community specifically recognized in the *Charter* that equality (and with it, the protection of sexual minorities) is one of the fundamental values of Canadian society. The standard of tolerance of this same Canadian community for obscenity cannot reasonably be interpreted as seeking to suppress sexual expression in the gay and lesbian community in a discriminatory way. *Butler* validates a broad range of sexually explicit expression as non-harmful.

The Constitution does not prohibit border inspections. Any border inspection may involve detention and, because Customs officials are only human, erroneous determinations. If Parliament can prohibit obscenity, and *Butler* held that it had validly done so, the prohibitions can be imposed at the border as well as within the country. The only expressive material that Parliament has authorized Customs to prohibit as obscene is material that is, by definition, the subject of criminal penalties for those who are engaged in its production or trafficking (or have possession of it for those purposes). The concern with prior restraint operates in such circumstances, if at all, with much reduced importance. It was open to Parliament in creating this type of government machinery to lay out the broad outline in the legislation and to leave its implementation to regulation by the Governor in Council or departmental procedures established under the authority of the Minister. A failure at the implementation level, which clearly existed here, can be addressed at the implementation level. There is no constitutional rule that requires Parliament to deal with Customs treatment of constitutionally protected expressive material by legislation rather than by way of regulation or even by ministerial directive or departmental practice. Parliament is entitled to proceed on the

nel dans l’arrêt *Butler* n’a aucun effet discriminatoire envers la communauté gaie et lesbienne. La norme de la collectivité nationale est fonction du préjudice et non affaire de goût, et elle se limite au comportement que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Quoiqu’il soit vrai que, dans l’application du par. 163(8), la «norme sociale» est identifiée par un jury ou par un juge siégeant seul, le souci de protéger la liberté d’expression de la minorité est l’un des principaux facteurs qui ont mené à l’adoption du critère de la collectivité nationale dans l’arrêt *Butler*. La collectivité canadienne a expressément reconnu dans la *Charte* que l’égalité (et avec elle la protection des minorités sexuelles) constituait l’une des valeurs fondamentales de la société canadienne. La norme de tolérance de cette même société canadienne en matière d’obscénité ne saurait raisonnablement être considérée comme visant à étouffer de manière discriminatoire la liberté d’expression sexuelle dans la communauté gaie et lesbienne. L’arrêt *Butler* permet de considérer un large éventail de formes d’expression sexuellement explicites comme non préjudiciables.

La Constitution n’interdit pas les inspections frontalières. Toute inspection frontalière est susceptible de donner lieu à la retenue des marchandises concernées. Puisque les agents des douanes ne sont que des êtres humains, ces retenues risquent d’entraîner des décisions erronées. Si le Parlement peut prohiber l’obscénité — et l’arrêt *Butler* a établi qu’il l’avait fait de manière valide — des prohibitions peuvent être prononcées tant aux frontières du pays qu’à l’intérieur de celui-ci. Le seul matériel expressif que le Parlement a permis aux Douanes de prohiber pour cause d’obscénité est le matériel qui, par définition, entraîne des sanctions pénales pour ceux qui se livrent à sa production ou à son trafic (ou encore ont leur possession à ces fins). La préoccupation relative aux restrictions préalables s’applique dans de telles circonstances, si tant est qu’elle s’applique, mais avec beaucoup moins d’acuité. Il était loisible au Parlement, lorsqu’il a créé ce genre de mécanisme gouvernemental, d’en arrêter les grandes lignes dans la loi et de laisser sa mise en œuvre être accomplie au moyen de règlements pris par le gouverneur en conseil ou de procédures institutionnelles établies sous l’autorité du ministre. Tout manquement survenant à l’étape de la mise en œuvre, situation qui s’est clairement produite en l’espèce, peut être réglé à cette étape. Aucune règle constitutionnelle n’oblige le Parlement à prescrire au moyen d’une loi plutôt que d’un règlement ou même d’une directive ministérielle ou d’une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le

basis that its enactments will be applied constitutionally by the public service.

If Customs does not make a tariff classification within 30 days the importer's classification applies. The 30-day decision period was an important protection inserted in the *Customs Act* for the benefit of importers. The evidence demonstrated that Customs, because of scarce resources or otherwise, failed to carry out the classification exercise sometimes for many months. These deficiencies could clearly have been addressed by regulatory provisions made under s. 164(1)(j) of the *Customs Act* or ministerial directions to Customs officials.

The requirement in s. 60(3) of the Act that a re-determination of a tariff classification be made with "all due dispatch" must be given content. The original determination must be made within 30 days and there is no evidence that the re-determination should take longer. The trial judge found that some requests for re-determination under s. 63 took more than a year for decision. Such a delay is not in accordance with the Act.

A court is the proper forum for resolution of an allegation of obscenity. The department at that stage has had the opportunity to determine whether it can establish on a balance of probabilities that the expressive material is obscene. The court is equipped to hear evidence, including evidence of artistic merit, and to apply the law. The absence of procedures for taking evidence at the departmental level requires the appeal to the court in obscenity matters to be interpreted as an appeal by way of a trial *de novo*.

It was clearly open to the trial judge to find, as he did, that the appellants suffered differential treatment when compared to importers of heterosexually explicit material, let alone more general bookstores that carried at least some of the same titles as the appellant bookstore. Moreover, while sexual orientation is not mentioned explicitly in s. 15 of the *Charter*, it is clearly an analogous ground to the listed personal characteristics. The appellants were entitled to the equal benefit of a fair and open customs procedure, and because they imported gay and lesbian erotica, which was and is perfectly lawful, they were adversely affected in comparison to other individuals importing comparable publications of a het-

matériel expressif protégé par la Constitution. Le Parlement a le droit d'agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu'il adopte sont appliqués d'une manière conforme à la Constitution par les fonctionnaires.

Si les Douanes n'effectuent pas le classement dans le délai de 30 jours, celui fait par l'importateur s'applique. Le délai de 30 jours imparti pour prendre la décision est une mesure de protection importante, qui a été intégrée à la *Loi sur les douanes* au bénéfice des importateurs. La preuve a démontré que, soit en raison de ressources limitées soit pour d'autres raisons, les Douanes ont parfois attendu de nombreux mois avant d'effectuer le classement. Ces lacunes auraient clairement pu être corrigées au moyen de mesures réglementaires prises en vertu de l'al. 164(1)j) de la *Loi sur les douanes* ou de directives du ministre aux fonctionnaires des douanes.

Il faut donner un sens à l'obligation faite par le par. 60(3) de la Loi de procéder à la révision du classement tarifaire «dans les meilleurs délais». La décision initiale doit être prise dans un délai de 30 jours, et il n'y a aucune preuve indiquant que la révision exige davantage de temps. Le juge de première instance a constaté que certaines demandes de révision présentées en vertu de l'art. 63 avaient pris plus d'un an à être tranchées. Un tel délai n'est pas conforme à la Loi.

Un tribunal judiciaire constitue la juridiction appropriée pour statuer sur le bien-fondé d'une déclaration d'obscénité. À cette étape, le ministère a eu la possibilité de déterminer s'il est en mesure d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que le matériel expressif est obscène. Les tribunaux sont aptes à entendre la preuve, y compris la preuve de la valeur artistique, et à appliquer le droit. L'absence de procédure de réception de la preuve au niveau du ministère exige que les appels interjetés devant les tribunaux en matière d'obscénité soient considérés comme des appels par voie de procès *de novo*.

Il est clair que le juge de première instance était fondé à conclure, comme il l'a fait, que les appelants ont été traités différemment si on les compare aux importateurs de matériel sexuellement explicite destiné aux hétérosexuels, et encore plus si on les compare aux librairies d'intérêt plus général qui vendaient au moins certains des titres offerts par la librairie appelante. De plus, quoique l'orientation sexuelle ne soit pas mentionnée explicitement à l'art. 15 de la *Charte*, il s'agit clairement d'un motif analogue aux caractéristiques personnelles énumérées. Les appelants avaient droit à l'égalité de bénéfice de l'application d'une procédure douanière équitable et transparente, et, parce qu'ils importaient du

erosexual nature. On a more general level, there was no evidence that homosexual erotica is proportionately more likely to be obscene than heterosexual erotica. It therefore cannot be said that there was any legitimate correspondence between the ground of alleged discrimination (sexual orientation) and the reality of the appellants' circumstances (importers of books and other publications including, but by no means limited to, gay and lesbian erotica). There was ample evidence to support the trial judge's conclusion that the adverse treatment meted out by Canada Customs to the appellants violated their legitimate sense of self-worth and human dignity. The Customs treatment was high-handed and dismissive of the appellants' right to receive lawful expressive material which they had every right to import.

While here it is the interests of the gay and lesbian community that were targeted, other vulnerable groups may similarly be at risk from overzealous censorship. The appellant bookstore was targeted because it was considered "different". On a more general level, it is fundamentally unacceptable that expression which is free within the country can become stigmatized and harassed by government officials simply because it crosses an international boundary, and is thereby brought within the bailiwick of the Customs department. The appellants' constitutional right to receive perfectly lawful gay and lesbian erotica should not be diminished by the fact their suppliers are, for the most part, located in the United States. Their freedom of expression does not stop at the border.

The source of the s. 15(1) *Charter* violation is not the Customs legislation itself. There is nothing on the face of the Customs legislation, or in its necessary effects, which contemplates or encourages differential treatment based on sexual orientation. The definition of obscenity operates without distinction between homosexual and heterosexual erotica. The differentiation was made here at the administrative level in the implementation of the legislation. A large measure of discretion is granted in the administration of the Act, from the level of the Customs official up to the Minister, but it is well established

matériel érotique gai et lesbien — activité qui était et qui demeure parfaitement licite —, ils ont été lésés par rapport à d'autres personnes qui importent des publications comparables de nature hétérosexuelle. De façon plus générale, il n'y avait aucune preuve indiquant que, toutes proportions gardées, le matériel érotique homosexuel risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel. Il est donc impossible d'affirmer qu'il y avait une correspondance légitime entre le motif de discrimination invoqué (l'orientation sexuelle) et la situation concrète des appelants (leur qualité d'importateurs de livres et autres publications, notamment du matériel érotique gai et lesbien). Il y avait amplement d'éléments de preuve étayant la conclusion du juge de première instance que le traitement préjudiciable réservé par Douanes Canada aux appelants et, par l'intermédiaire de ceux-ci, à la communauté gaie et lesbienne de Vancouver, a porté atteinte à l'estime de soi et à la dignité humaine légitimes des appelants. Les Douanes ont traité les appelants de façon arbitraire et ont montré de l'indifférence envers leur droit de recevoir du matériel expressif licite, qu'ils avaient parfaitement le droit d'importer.

Bien que, en l'espèce, ce soient les droits de la communauté gaie et lesbienne qui aient été visés, d'autres groupes vulnérables pourraient également risquer d'être soumis à une censure exagérée. La librairie appelante a été visée parce qu'elle était considérée «différente». De façon plus générale, il me semble fondamentalement inacceptable qu'une forme d'expression qui se manifeste librement à l'intérieur du pays puisse faire l'objet de stigmatisation et de harcèlement par les fonctionnaires simplement parce qu'elle traverse une frontière internationale et qu'elle tombe ainsi sous l'autorité des Douanes. Le droit constitutionnel des appelants de recevoir du matériel érotique gai et lesbien parfaitement licite ne devrait pas être diminué du fait que leurs fournisseurs sont pour la plupart situés aux États-Unis. Leur liberté d'expression ne s'arrête pas à la frontière.

La source de la violation du par. 15(1) de la *Charte* n'est pas la législation douanière elle-même. Il n'y a rien dans le texte même de la législation douanière ou dans ses effets nécessaires qui prévoit ou encourage une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. La définition de l'obscénité s'applique sans distinction au matériel érotique homosexuel et au matériel érotique hétérosexuel. En l'espèce, la distinction a été faite au niveau administratif, dans la mise en œuvre de la législation douanière. Un large pouvoir discrétionnaire est accordé aux personnes chargées de l'applica-

that such discretion must be exercised in accordance with the *Charter*. Many of the systemic problems identified by the trial judge in the department's treatment of potentially obscene imports might have been dealt with by institutional arrangements implemented by regulation, but this was not done. However, the fact that a regulatory power lies unexercised provides no basis in attacking the validity of the statute that conferred it.

As conceded by the Crown, the Customs legislation infringes s. 2(b) of the *Charter*. With the exception of the reverse onus provision in s. 152(3) of the *Customs Act*, however, the legislation constitutes a reasonable limit prescribed by law which the Crown has justified under s. 1 of the *Charter*. The *Customs Tariff* prohibition is not void for vagueness or uncertainty, and is therefore validly "prescribed by law". Parliament's legislative objective, which is to prevent Canada from being inundated with obscene material from abroad, is pressing and substantial, and Customs procedures are rationally connected to that objective. Moreover, the basic statutory scheme set forth in the Customs legislation, properly implemented by the government within the powers granted by Parliament, was capable of being administered with minimal impairment of the s. 2(b) rights of importers, apart from the reverse onus provision. Customs officials have no authority to deny entry to sexually explicit material unless it comes within the narrow category of pornography that Parliament has validly criminalized as obscene. With respect to lawful publications, the interference sanctioned by Parliament was limited to the delay, cost and aggravation inherent in inspection, classification and release procedures.

Per Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. (dissenting in part): The majority's conclusion that the *Butler* test does not distinguish between materials based on the sexual orientation of the individuals involved or characters depicted is agreed with. The *Butler* test applies equally to heterosexual, homosexual and bisexual materials. The use of national community standards as the arbiter of what materials are harmful, and therefore obscene, remains the proper approach. There is also agreement

tion de la Loi, et ce à tous les niveaux, de l'agent des douanes jusqu'au ministre, mais il est bien établi qu'un tel pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément à la *Charte*. Bon nombre des problèmes systémiques signalés par le juge de première instance relativement à la façon dont le ministère traite les importations potentiellement obscènes auraient pu être corrigés au moyen de pratiques à caractère institutionnel mises en œuvre par règlement, mais cela n'a pas été fait. Toutefois, le fait qu'un pouvoir réglementaire ne soit pas exercé ne peut être invoqué pour contester la validité de la loi qui l'a conféré.

Comme l'a concédé la Couronne, la législation douanière porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. À l'exception de la disposition du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* portant inversion de la charge de la preuve, toutefois, la législation constitue une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, que la Couronne a justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La prohibition prévue par le *Tarif des douanes* n'est pas nulle pour cause d'imprécision ou d'incertitude et elle est donc validement «prescrite par une règle de droit». L'objectif visé par la loi fédérale en cause, qui est d'empêcher que le Canada soit inondé de matériel obscène provenant de l'étranger, est urgent et réel, et les procédures douanières sont rationnellement liées à cet objectif. De plus, s'il est adéquatement mis en œuvre par le gouvernement, dans le respect des pouvoirs conférés par le Parlement, le régime de base prévu par la législation douanière pourrait être administré de manière à ne porter atteinte que de façon minimale aux droits garantis aux importateurs par l'al. 2b), exception faite de la disposition portant inversion de la charge de la preuve. Les fonctionnaires des douanes n'ont le pouvoir de refuser l'entrée du matériel sexuellement explicite que si celui-ci appartient à la catégorie étroite du matériel pornographique, que le Parlement a validement criminalisé pour cause d'obscénité. Relativement aux publications licites, l'atteinte autorisée par le Parlement se limite aux délais, coûts et contrariétés inhérents aux procédures d'inspection, de classement et de dédouanement.

Les juges Iacobucci, Arbour et LeBel (dissidents en partie): La conclusion de la majorité selon laquelle le critère établi dans *Butler* ne fait, en ce qui concerne le matériel, aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés, est acceptée. Le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique également au matériel hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel. Le recours à des normes sociales nationales pour juger si du matériel est préjudi-

with the majority's conclusions that the harm-based approach is not merely morality in disguise and that the *Butler* test does apply to written materials, although it will be very difficult to make the case of obscenity against a book.

The application of the Customs legislation has discriminated against gays and lesbians in a manner that violated s. 15 of the *Charter*. The Customs legislation does not itself violate s. 15(1), however, for the reasons given by the majority. While it is arguable that pornographic materials play a more important role in the gay and lesbian communities, gays and lesbians remain able to access pornographic materials that do not create a substantial risk of harm. Therefore legislation banning obscenity alone has no adverse effects, and it is unnecessary to proceed with the rest of the analysis prescribed under *Law*.

As properly conceded by the respondents, the Customs legislation, as applied to books, magazines, and other expressive materials, violates the appellants' rights under s. 2(b) of the *Charter*. The legislation has been administered in an unconstitutional manner, but it is the legislation itself, and not only its application, that is responsible for the constitutional violations. Given the extensive record of *Charter* violations, there must be sufficient safeguards in the legislative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights. The issue is not solely whether the Customs legislation is capable of being applied constitutionally. Instead, the crucial consideration is that the legislation makes no reasonable effort to ensure that it will be applied constitutionally to expressive materials. The government has provided little reason to believe that reforms at the implementation level will adequately protect the expressive rights involved or that any such reforms will not be dependent on exemplary conduct by Customs officials to avoid future violations of constitutional rights. Furthermore, it is not just the rough and ready border screening procedure that has been responsible for these constitutional infirmities, but the entire system by which these screening decisions are reviewed.

ciable et, de ce fait, obscène demeure l'approche appropriée. Sont également acceptées les conclusions de la majorité selon lesquelles l'approche fondée sur le préjudice n'est pas simplement du moralisme déguisé et le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique aux écrits, quoiqu'il soit très difficile de démontrer le caractère obscène d'un livre.

L'application de la législation douanière a été source de discrimination à l'endroit des gais et des lesbiennes, d'une manière incompatible avec l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, pour les motifs exposés par la majorité, la législation douanière ne viole pas en soi le par. 15(1). Bien qu'il soit possible d'affirmer que le matériel pornographique joue un rôle plus important dans les communautés gaie et lesbienne, les gais et les lesbiennes ne cessent pas d'avoir accès au matériel pornographique qui ne crée pas un risque appréciable de préjudice. Par conséquent, les dispositions législatives interdisant l'obscénité ne produisent pas à elles seules d'effet préjudiciable, et il est inutile de compléter l'analyse prescrite par l'arrêt *Law*.

Comme l'ont à juste titre concédé les intimés, l'application de la législation douanière aux livres, aux magazines et autres formes de matériel expressif porte atteinte aux droits garantis aux appelants par l'al. 2b) de la *Charte*. La loi a été appliquée de manière inconstitutionnelle, mais c'est la loi elle-même, et non pas seulement son application, qui est responsable des violations constitutionnelles. Compte tenu de l'imposant bilan d'application inconstitutionnelle, le régime législatif lui-même doit comporter des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution. La question en litige ne consiste pas uniquement à déterminer si la législation douanière peut être appliquée de façon constitutionnelle. Au contraire, le point fondamental est le fait que cette législation ne comporte aucune mesure raisonnable visant à assurer qu'elle soit appliquée au matériel expressif d'une manière conforme à la Constitution. Le gouvernement a donné peu de raisons de croire que des réformes au niveau de la mise en œuvre protégeront convenablement les droits à la liberté d'expression en cause ou que le succès de telles réformes à prévenir de futures atteintes aux droits constitutionnels ne dépendra pas du maintien par les agents des douanes d'une conduite exemplaire. En outre, ce n'est pas seulement la procédure sommaire de contrôle frontalier qui est responsable de ces déficiences constitutionnelles, mais bien l'ensemble du système de révision de ces décisions initiales.

The government's burden under s. 1 of the *Charter* is to justify the actual infringement on rights occasioned by the impugned legislation, not simply that occasioned by some hypothetical ideal of the legislation. Examining such a hypothetical ideal runs the risk of allowing even egregious violations of *Charter* rights to go unaddressed. Obviously any substantive standard for obscenity will have difficulties in application, regardless of the institutional setting in which it is applied. This will not necessarily be cause for concern. Where, however, the challenge is to the procedures by which the law is enforced, the fact that far more materials are prohibited than intended is extremely relevant. Many of the items seized in this case were eventually determined not to be obscene. These wrongfully detained items clearly engaged the values underlying the guarantee of free expression in s. 2(b). While a more deferential approach is appropriate where, as here, the government is mediating between competing groups as a social policy maker, the Court cannot abdicate its duty to demand that the government justify legislation limiting *Charter* rights.

The substantive standard for obscenity set out in s. 163(8) of the *Criminal Code*, as applied by Customs, is an intelligible standard, and the limit on *Charter* rights is thus prescribed by law. The objective of the Customs legislation, which is to limit the importation of obscene materials into the country, is pressing and substantial. Preventing obscene materials from ever entering the country is a rational means of protecting society from harm. In light of the Customs legislation's failure to acknowledge effectively the unique *Charter* concerns raised by expressive materials, however, it is not minimally intrusive. The only accommodation made for expressive materials is that their review under s. 67 is done by a superior court rather than by the Canadian International Trade Tribunal. This is insufficient to safeguard the fundamental *Charter* rights at stake. The sheer number of contested prohibitions, and the cost of challenging them through the various levels of administrative review, makes it completely impracticable for the appellants to contest each one of them up to the s. 67 level.

Conformément à l'article premier de la *Charte*, le gouvernement a l'obligation de justifier les atteintes réelles causées aux droits par la loi contestée, et non pas simplement celles causées par une hypothétique version idéale de cette loi. L'examen d'un tel idéal hypothétique risque de permettre que même des violations flagrantes de droits garantis par la *Charte* soient passées sous silence. Il est évident que toute norme substantielle en matière d'obscénité sera difficile d'application, indépendamment du cadre institutionnel dans lequel elle est appliquée. Cela ne constituera pas nécessairement une source de préoccupation. Toutefois, lorsque la contestation vise les procédures au moyen desquelles la loi est appliquée, le fait que beaucoup plus de matériel soit prohibé que ce qui est voulu est extrêmement pertinent. Bon nombre des articles qui ont été saisis ont en bout de ligne été jugés non obscènes. Ces articles retenus à tort faisaient manifestement intervenir les valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression prévue par l'al. 2b). Quoiqu'une approche empreinte d'une plus grande déférence convienne lorsque, comme en l'espèce, le gouvernement joue, en tant qu'architecte de la politique sociale, le rôle d'arbitre entre des groupes opposés, la Cour ne peut pas faire abstraction de l'obligation qui lui incombe d'exiger du gouvernement qu'il justifie les mesures législatives restreignant des droits garantis par la *Charte*.

La norme substantielle établie au par. 163(8) du *Code criminel* en matière d'obscénité, telle qu'elle est appliquée par les Douanes, constitue une norme intelligible, et la restriction des libertés garanties par la *Charte* est donc prescrite par une règle de droit. L'objectif de la législation douanière, qui est de restreindre l'importation du matériel obscène au pays, est urgent et réel. Le fait d'empêcher du matériel obscène d'entrer au pays constitue également un moyen rationnel de protéger la société contre les préjudices. Toutefois, étant donné que la législation douanière ne tient pas compte concrètement des considérations particulières que soulève le matériel expressif eu égard à la *Charte*, ces dispositions ne sont pas le moins attentatoire possible. La seule mesure spéciale qui a été prise en ce qui concerne le matériel expressif est le fait que la révision prévue par l'art. 67 est effectuée par une cour supérieure plutôt que par le Tribunal canadien du commerce extérieur. Cette mesure ne suffit pas pour protéger les droits fondamentaux garantis par la *Charte* qui sont en jeu. Le nombre considérable de prohibitions contestées et les coûts qu'entraîne leur contestation aux différents niveaux de révision administrative font en sorte qu'il est totalement impossible en pratique pour les appelants de les contester toutes jusqu'au niveau de révision prévu par l'art. 67.

The protection of expressive freedom is central to the social and political discourse in our country. If such a fundamental right is to be restricted, it must be done with care. This is particularly the case when the nature of the interference is one of prior restraint, not subsequent silencing through criminal sanction. The flaws in the Customs regime are not the product of simple bad faith or maladministration, but rather flow from the very nature of prior restraint itself. Given the inherent dangers in a scheme of prior restraint at the border it is obviously important to have procedural protections in the legislation itself that can minimize these dangers. The Customs legislation fails the s. 1 analysis primarily because it lacks any such protections.

A minimally intrusive scheme would ensure that those enforcing the law actually obey its dictates. To determine whether something is obscene, it must be seen in its entirety, with close attention to context, tone, and purpose. Customs officers have consistently failed to apply *Butler's* command to consider the context and artistic merit of items under consideration. While procedural safeguards might alleviate many of these problems, their complete absence from the Customs legislation simply confirms the inadequacy of the current scheme. Absolute discretion rests in a bureaucratic decision-maker, who is charged with making a decision without any evidence or submissions, without any requirement to render reasons for decision, and without any guarantee that the decision-maker is aware of or understands the legal test he or she is applying. Such a system cannot be minimally intrusive.

Moreover, the deleterious effects of the existing Customs regime outweigh its benefits. The first obvious deleterious effect of the current system is the extraordinarily high rate of error. The detentions have had a dramatic, tangible effect on the lives of countless Canadians. Alternative bookstores have had their viability threatened by the constant delays and outright prohibitions. Authors and artists have suffered the indignity of having their works condemned as obscene, and not fit to enter the country. Perhaps most important of all, ordinary Canadians have been denied important pieces of literature. Weighed against these costs are the benefits of a Customs regime that makes almost no special accommodations for the free expression rights at stake. The benefits of the present legislation are primarily monetary, as the reforms sought by the appellants

La protection de la liberté d'expression est vitale pour le discours social et politique dans notre pays. Si un droit aussi fondamental doit être restreint, cela doit être fait avec soin, particulièrement lorsque la nature de l'atteinte prend la forme d'une restriction préalable, et non d'une réduction au silence subséquente au moyen d'une sanction pénale. Les lacunes du régime douanier ne résultent pas de simples actes de mauvaise foi ou de mauvaise application, mais découlent plutôt de la nature même d'un régime de restriction préalable. Compte tenu des dangers intrinsèques d'un régime de restriction préalable à la frontière, il est évidemment important d'intégrer à la législation elle-même des garanties procédurales qui permettent de réduire au minimum ces dangers. La législation douanière ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'article premier principalement parce qu'elle ne comporte aucune mesure de protection de ce genre.

Un régime qui serait le moins attentatoire possible veillerait à ce que ceux qui appliquent la loi obéissent bien à ses prescriptions. Pour déterminer si une chose est obscène, il faut l'examiner au complet, en accordant une grande attention au contexte, au ton et à l'objet. Les agents des douanes ont systématiquement omis d'appliquer l'ordre qui a été donné dans l'arrêt *Butler* de tenir compte du contexte et de la valeur artistique des articles examinés. Quoique des garanties procédurales soient susceptibles d'atténuer ces problèmes, l'absence totale de ces garanties dans la législation douanière ne fait que confirmer le caractère inadéquat du régime actuel. Un pouvoir discrétionnaire absolu est conféré à un décideur administratif, qui est chargé de prendre une décision en l'absence de toute preuve ou observation, sans être tenu de la motiver et sans aucune garantie qu'il connaît ou comprend le critère légal qu'il applique. Un tel système ne saurait être le moins attentatoire possible.

De plus, les effets préjudiciables du régime douanier existant excèdent ses avantages. Le premier effet préjudiciable du régime actuel est son taux d'erreur extraordinairement élevé. Les retenues ont eu des conséquences tangibles et dramatiques sur la vie d'innombrables Canadiens. Les librairies parallèles ont vu leur viabilité menacée par les délais continuels et les prohibitions proprement dites. Des auteurs et des artistes ont essayé l'affront de voir leurs œuvres condamnées pour cause d'obscénité et déclarées indignes d'entrer au pays. Fait peut-être le plus important, on a privé l'ensemble des Canadiens d'importantes œuvres littéraires. Comparativement à ces coûts, il y a les avantages d'un régime douanier qui ne comporte presque aucune mesure spéciale pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression en jeu. Les avantages de la législation actuelle

will require public expenditures. However, it is important not to overestimate those costs. In the absence of any evidence that a scheme with more procedural safeguards would be impossible, it should not be assumed that Parliament is completely incapable of devising a cost-effective legislative scheme that better protects the constitutional rights in question.

The appropriate remedy for this violation of the appellants' constitutional rights is to strike down Code 9956(a) of the *Customs Tariff*. Given the fact that there were grave systemic problems in the administration of the law, the primarily declaratory remedy relied on by the majority is simply inadequate. Systemic problems call for systemic solutions. Customs' history of improper censorship, coupled with its inadequate response to the declarations of the courts below, confirms that only striking down the legislation will guarantee vindication of the appellants' constitutional rights. There are a number of options available to Parliament to remedy the current flaws in the Customs legislation. First, it could enact new legislation which properly safeguards the expressive rights at stake. Second, it could establish a specialized administrative tribunal to expeditiously review obscenity determinations made by front-line Customs officers. Finally, it could rely on the criminal law to deal with the importation of obscene materials into the country in lieu of a prior restraint regime.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; **disapproved in part:** *Glad Day Bookshop Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL); **distinguished:** *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; **referred to:** *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549; *R. v. Jacob* (1996),

sont principalement d'ordre financier, car les réformes sollicitées par les appelants exigeront la dépense de deniers publics. Il importe toutefois de ne pas surestimer ces coûts. En l'absence de preuve indiquant qu'il serait impossible d'établir un régime comportant davantage de garanties procédurales, il ne faut pas supposer que le Parlement est absolument incapable d'élaborer un régime législatif qui, tout en étant efficient, protégerait mieux les droits constitutionnels en cause.

La réparation convenable à l'égard de l'atteinte aux droits constitutionnels des appelants consiste à invalider le code tarifaire 9956a) du *Tarif des douanes*. Étant donné l'existence de problèmes systémiques graves dans l'application de la loi, la réparation principalement déclaratoire à laquelle s'en remet la majorité est tout simplement insuffisante. Des problèmes systémiques commandent des solutions systémiques. Les antécédents des Douanes en matière de censure irrégulière, conjugués à leur réponse insuffisante aux jugements déclaratoires des juridictions inférieures, confirment que seule l'invalidation des mesures législatives en cause garantira le respect des droits constitutionnels des appelants. Le Parlement dispose d'un certain nombre de solutions pour remédier aux lacunes actuelles de la législation douanière. Premièrement, il pourrait adopter de nouvelles dispositions législatives protégeant adéquatement les droits liés à la liberté d'expression qui sont en jeu. Deuxièmement, il pourrait établir un tribunal administratif spécialisé qui serait chargé de réviser de manière expéditive les décisions en matière d'obscénité rendues par les agents de première ligne des Douanes. Enfin, il pourrait s'en remettre au droit criminel, plutôt qu'à un régime de restriction préalable, pour lutter contre l'importation de matériel obscène au pays.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué: *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; **arrêt critiqué en partie:** *Glad Day Bookshop Inc. c. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL); **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; **arrêts mentionnés:** *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d)

112 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

By Iacobucci J. (dissenting in part)

R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557; *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Entick v. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807; *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Times Film Corp. v. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961); *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965); *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *M. v. H.*,

549; *R. c. Jacob* (1996), 112 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181; *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *United States c. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Citée par le juge Iacobucci (dissident en partie)

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452; *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557; *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" c. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Entick c. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807; *Near c. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Times Film Corp. c. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961); *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Freedman c. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965); *United States c. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *M. c.*

[1999] 2 S.C.R. 3; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Dell Publishing Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154.

Statutes and Regulations Cited

Canada Post Corporation Act, R.S.C., 1985, c. C-10, s. 42 [rep. & sub. c. 1 (2nd Supp.)], s. 171].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 15(1), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).
Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 2, 58, 60, 63, 64 [am. c. 47 (4th Supp.)], s. 52 (Sch., item 2(1)); am. 1992, c. 28, s. 15], 67 [rep. & sub. c. 47 (4th Supp.)], s. 52 (Sch., item 2(2))], 68, 71 [am. c. 41 (3rd Supp.)], s. 120], 99, 152(3), 164.
Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), s. 114.
Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, Sch. VII, Code 9956(a).
Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, s. 166, Sch., Tariff item 9899.00.00.

Authors Cited

Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1770.
 Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for Our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. III, 1st Sess., 33rd Parl., April 2, 1985, pp. 3605-6, 3608, 3611.
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 24th Parl., August 27, 1958, p. 4177.

H., [1999] 2 R.C.S. 3; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *West Virginia State Board of Education c. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Dell Publishing Co. c. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 15(1), 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la Société canadienne des postes, L.R.C. (1985), ch. C-10, art. 42 [abr. & rempl. ch. 1 (2^e suppl.)], art. 171].
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.)], art. 2, 58, 60, 63, 64 [mod. ch. 47 (4^e suppl.)], art. 52 (ann., art. 2(1)); mod. 1992, ch. 28, art. 15], 67 [abr. & rempl. ch. 47 (4^e suppl.)], art. 52 (ann., art. 2(2))], 68, 71 [mod. ch. 41 (3^e suppl.)], art. 120], 99, 152(3), 164.
Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, ann. VII, code 9956a).
Tarif des douanes, L.C. 1997, ch. 36, art. 166, ann., numéro tarifaire 9899.00.00.
Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.)], art. 114.

Doctrine citée

Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
 Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 5. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
 Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for Our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 1^{re} sess., 33^e lég., 2 avril 1985, pp. 3605, 3606, 3608, 3611.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1^{re} sess., 24^e lég., 27 août 1958, p. 4388.

- Cossmann, Brenda, and Bruce Ryder. "Customs Censorship and the *Charter: The Little Sisters Case*" (1996), 7 *Constitutional Forum* 103.
- Cossmann, Brenda, et al. *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Duggan, Lisa, Nan Hunter and Carole S. Vance. "False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.". In Varda Burstyn, ed., *Women Against Censorship*. Vancouver: Douglas & McIntyre, 1985, 130.
- Emerson, Thomas I. "The Doctrine of Prior Restraint" (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648.
- Hickson, Ford. C. I., et al. "Gay Men as Victims of Non-consensual Sex" (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 1999, release 1).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Island, David, and Patrick Letellier. *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence*. New York: Harrington Park Press, 1991.
- Jeffreys, Sheila. *The Lesbian Heresy: A Feminist Perspective on the Lesbian Sexual Revolution*. North Melbourne, Australia: Spinifex, 1993.
- Lajoie, Andrée. "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338.
- Lepofsky, M. David. "Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation". In Frank E. McArdle, ed., *The Cambridge Lectures 1989*. Montreal: Yvon Blais, 1990, 1.
- McElroy, Wendy. *XXX: A Woman's Right to Pornography*. New York: St. Martin's Press, 1995.
- Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.
- Moon, Richard. "R. v. *Butler*: The Limits of the Supreme Court's Feminist Re-Interpretation of Section 163" (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 361.
- Nead, Lynda. "From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality". In Nicholas Mirzoeff, ed., *The Visual Culture Reader*. London: Routledge, 1998, 485.
- Paglia, Camille. *Vamps & Tramps: New Essays*. New York: Vintage Books, 1994.
- Renzetti, Claire M. *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Relationships*. Newbury Park, Calif.: SAGE Publications, 1992.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated October 1999, release No. 6).
- Cossmann, Brenda, and Bruce Ryder. «Customs Censorship and the *Charter: The Little Sisters Case*» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 103.
- Cossmann, Brenda, et al. *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Duggan, Lisa, Nan Hunter and Carole S. Vance. «False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.». In Varda Burstyn, ed., *Women Against Censorship*. Vancouver: Douglas & McIntyre, 1985, 130.
- Emerson, Thomas I. «The Doctrine of Prior Restraint» (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648.
- Hickson, Ford. C. I., et al. «Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex» (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 1999, release 1).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Island, David, and Patrick Letellier. *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence*. New York: Harrington Park Press, 1991.
- Jeffreys, Sheila. *The Lesbian Heresy: A Feminist Perspective on the Lesbian Sexual Revolution*. North Melbourne, Australia: Spinifex, 1993.
- Lajoie, Andrée. «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 *R.D. McGill* 1338.
- Lepofsky, M. David. «Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation». In Frank E. McArdle, ed., *The Cambridge Lectures 1989*. Montreal: Yvon Blais, 1990, 1.
- McElroy, Wendy. *XXX: A Woman's Right to Pornography*. New York: St. Martin's Press, 1995.
- Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.
- Moon, Richard. «R. v. *Butler*: The Limits of the Supreme Court's Feminist Re-Interpretation of Section 163» (1993), 25 *R.D. Ottawa* 361.
- Nead, Lynda. «From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality». In Nicholas Mirzoeff, ed., *The Visual Culture Reader*. London: Routledge, 1998, 485.
- Paglia, Camille. *Vamps & Tramps: New Essays*. New York: Vintage Books, 1994.
- Renzetti, Claire M. *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Relationships*. Newbury Park, Calif.: SAGE Publications, 1992.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated October 1999, release No. 6).

Ryder, Bruce. "Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada". In Klaus Petersen and Allan C. Hutchinson, eds., *Interpreting Censorship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1999, 129.

Strossen, Nadine. *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*. New York: Doubleday, 1995.

Tisdale, Sallie. *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex*. New York: Doubleday, 1994.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306, 160 D.L.R. (4th) 385, [1999] 12 W.W.R. 445, 109 B.C.A.C. 49, 177 W.A.C. 49, 125 C.C.C. (3d) 484, 54 C.R.R. (2d) 1, [1998] B.C.J. No. 1507 (QL), dismissing the appellants' appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, 131 D.L.R. (4th) 486, [1996] B.C.J. No. 71 (QL), dismissing the appellants' application for a declaration pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Appeal allowed in part, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Irene C. Faulkner, for the appellants.

Judith Bowers, Q.C., Brian J. Saunders and Daniel Kiselbach, for the respondents the Minister of Justice and Attorney General of Canada and the Minister of National Revenue.

George H. Copley, Q.C., and Jeffrey M. Loenen, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

Christine Bartlett-Hughes and Robert E. Houston, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

R. Douglas Elliott and Patricia A. LeFebour, for the intervener the Canadian AIDS Society.

Patricia D. S. Jackson and Tycho M. J. Manson, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ryder, Bruce. «Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada». In Klaus Petersen and Allan C. Hutchinson, eds., *Interpreting Censorship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1999, 129.

Strossen, Nadine. *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*. New York: Doubleday, 1995.

Tisdale, Sallie. *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex*. New York: Doubleday, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306, 160 D.L.R. (4th) 385, [1999] 12 W.W.R. 445, 109 B.C.A.C. 49, 177 W.A.C. 49, 125 C.C.C. (3d) 484, 54 C.R.R. (2d) 1, [1998] B.C.J. No. 1507 (QL), qui a rejeté l'appel formé par les appelants contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, 131 D.L.R. (4th) 486, [1996] B.C.J. No. 71 (QL), qui avait rejeté leur requête visant à obtenir une déclaration en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pourvoi accueilli en partie, les juges Iacobucci, Arbour et LeBel sont dissidents en partie.

Joseph J. Arvay, c.r., et Irene C. Faulkner, pour les appelants.

Judith Bowers, c.r., Brian J. Saunders et Daniel Kiselbach, pour les intimés le ministre de la Justice et procureur général du Canada et le ministre du Revenu national.

George H. Copley, c.r., et Jeffrey M. Loenen, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Christine Bartlett-Hughes et Robert E. Houston, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

R. Douglas Elliott et Patricia A. LeFebour, pour l'intervenante la Société canadienne du SIDA.

Patricia D. S. Jackson et Tycho M. J. Manson, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Frank Addario and Ethan Poskanzer, for the intervenor the Canadian Conference of the Arts.

Cynthia Petersen, for the intervenor EGALE Canada Inc.

Janine Benedet, for the intervenor Equality Now.

Jill Copeland, for the intervenor PEN Canada.

Karen Busby and Claire Klassen, for the intervenor the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

BINNIE J. — After a trial of considerable complexity lasting two months, the trial judge in this case concluded not only that Customs officials had wrongly delayed, confiscated, destroyed, damaged, prohibited or misclassified materials imported by the appellant on numerous occasions, but that these errors were caused “by the systemic targeting of Little Sisters’ importations in the [Vancouver] Customs Mail Center”. Little Sisters is a lesbian and gay bookshop owned by the appellants James Eaton Deva and Guy Bruce Smythe, who say their equality rights as gay men have been violated by the government’s action. The store carried a specialized inventory catering to the gay and lesbian community which consisted largely of books that included, but was not limited to, gay and lesbian literature, travel information, general interest periodicals, academic studies related to homosexuality, AIDS/HIV safe sex advisory material and gay and lesbian erotica. It was not in the nature of a “XXX Adult” store. It was and is a boutique carrying a fairly broad range of inventory of interest to a special clientele. It was considered something of a

Frank Addario et Ethan Poskanzer, pour l’intervenante la Conférence canadienne des arts.

Cynthia Petersen, pour l’intervenante EGALE Canada Inc.

Janine Benedet, pour l’intervenante Equality Now.

Jill Copeland, pour l’intervenante PEN Canada.

Karen Busby et Claire Klassen, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE BINNIE — À la suite d’un procès très complexe d’une durée de deux mois, le juge qui l’a présidé a estimé que, en l’espèce, non seulement les fonctionnaires des douanes avaient-ils, à de nombreuses reprises, erronément retenu, confisqué, détruit, endommagé, interdit et mal classé des marchandises importées par l’appelante, mais également que ces erreurs avaient été causées [TRANSDUCTION] «par la prise systématique pour cibles des importations de Little Sisters dans le centre de courrier des Douanes [de Vancouver]». Little Sisters est une librairie gaie et lesbienne appartenant aux appelants James Eaton Deva et Guy Bruce Smythe, qui disent que leurs droits à l’égalité en tant qu’hommes gais ont été violés par les actes du gouvernement. Le magasin dispose d’un inventaire spécialisé s’adressant à la communauté gaie et lesbienne et constitué principalement de livres, notamment — mais pas uniquement — de la littérature gaie et lesbienne, de l’information de voyage, des périodiques d’intérêt général, des ouvrages universitaires sur l’homosexualité, des textes d’information sur les pratiques sexuelles sans risque d’infection au SIDA/VIH ainsi que du matériel érotique gai et lesbien. Il ne s’agit pas d’une boutique «XXX pour adultes». Il s’agissait et il s’agit toujours d’une boutique offrant un inventaire assez diversifié et répondant aux intérêts d’une clientèle particulière. Ce magasin est consi-

“community centre” for Vancouver’s gay and lesbian population.

2 The appellants concede that much of the material imported by Little Sisters consisted of erotica but have denied throughout that anything it has imported is obscene. If the erotica had been manufactured in Canada, the government would have had no legal basis to suppress it short of a successful prosecution under s. 163 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in which the state would have the onus of establishing obscenity.

3 We are told that Canada produces very little gay and lesbian erotica, obscene or otherwise, and Little Sisters therefore depends on foreign suppliers, mainly in the United States. The appeal therefore requires us to consider what limitations may constitutionally be placed on freedom of expression when “expression” crosses international boundaries, and to what extent the rights of importers must be balanced against the state’s interest in preventing the importation of materials that the state considers to be harmful to society.

I. Facts

4 The appellant, Little Sisters Book and Art Emporium, is a corporation incorporated under the laws of British Columbia. The individual appellants are the directors and controlling shareholders of Little Sisters. The corporate appellant has a business interest and the individuals combine both business and personal interests. As all of the interests necessary to constitute this appeal are represented, there is no need to disentangle their specific corporate and individual interests, and I will generally refer to them collectively as “the appellants”.

5 Since its establishment in 1983, Little Sisters has imported 80 to 90 percent of its erotica from the United States. For the last 15 years it has been a reluctant participant in a running battle with Canada Customs. Its foreign suppliers typically

déré comme une sorte de «centre communautaire» pour la population gaie et lesbienne de Vancouver.

Les appelants concèdent qu’une bonne partie du matériel importé par Little Sisters est de nature érotique, mais ils ont constamment nié que celle-ci importe du matériel obscène. Si le matériel érotique avait été fabriqué au Canada, le gouvernement n’aurait eu aucun fondement légal pour l’interdire, sauf s’il avait intenté avec succès, en vertu de l’art. 163 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, des poursuites où l’État aurait eu le fardeau de prouver le caractère obscène du matériel.

On nous a dit que le Canada produit très peu de matériel érotique, obscène ou autre, destiné à la clientèle gaie et lesbienne, de sorte que Little Sisters dépend de fournisseurs étrangers, surtout américains. Il nous faut donc, dans le présent pourvoi, examiner les limites qui peuvent constitutionnellement être imposées à la liberté d’expression lorsque la «forme d’expression» en cause traverse des frontières internationales, ainsi que la mesure dans laquelle il faut pondérer les droits des importateurs et le droit de l’État d’interdire l’importation de matériel qu’il considère préjudiciable à la société.

I. Les faits

L’appelante Little Sisters Book and Art Emporium est une société constituée sous le régime des lois de la Colombie-Britannique. Les personnes physiques appelantes sont les administrateurs et les actionnaires dominants de Little Sisters. La société appelante a un intérêt commercial dans le présent pourvoi, tandis que les personnes physiques appelantes y ont à la fois un intérêt commercial et un intérêt personnel. Puisque tous les intérêts requis pour former le présent pourvoi sont représentés, il n’est pas nécessaire de démêler les intérêts commerciaux et individuels de chacune des parties appelantes, et je vais donc généralement les appeler collectivement «les appelants».

Depuis sa fondation en 1983, Little Sisters importe de 80 à 90 pour 100 de son matériel érotique des États-Unis. Au cours des 15 dernières années, elle a été engagée malgré elle dans une bataille incessante avec Douanes Canada. Ses four-

insisted on payment within 30 days, yet administrative delays at Customs frequently held up shipments until months after they were paid for, and then, not infrequently, materials were seized or ordered returned to sender. In the usual course the appellants were given no reason for the seizure or return. Some of the suppliers refused to make further shipments.

In very detailed and comprehensive reasons, the trial judge made a number of key findings of fact in the appellants' favour. He identified very high error rates in determinations respecting Little Sisters' imports at all levels of the Customs review procedure. He held that "[s]uch high rates of error indicate more than mere differences of opinion and suggest systemic causes" ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, at para. 100). He identified several reasons for these high error rates, including the minimal resources given to Customs officials combined with inadequate training in obscenity law ranging from a few hours in the case of inspectors to a few days for higher ranks. Specifically, he found (at para. 116) that:

Many publications, particularly books, are ruled obscene without adequate evidence. This highlights perhaps the most serious defect in the present administration of code 9956(a), that is, that classifying officers are neither adequately trained to make decisions on obscenity nor are they routinely provided with the time and the evidence necessary to make such decisions. There is no formal procedure for placing evidence of artistic or literary merit before the classifying officers. Consequently, many publications are prohibited entry into Canada that would likely not be found to be obscene if full evidence were considered by officers properly trained to weigh and evaluate that evidence.

nisseurs étrangers insistent habituellement pour être payés dans un délai de 30 jours, alors que les délais administratifs survenant aux Douanes entraînent fréquemment la retenue, pendant plusieurs mois après leur paiement, d'envois qui lui sont destinés. Il n'est pas rare que du matériel soit saisi ou fasse l'objet d'un ordre de renvoi à l'expéditeur. En règle générale, aucun motif n'est donné aux appelants pour expliquer la saisie ou le renvoi. Certains fournisseurs ont refusé de faire d'autres envois.

Dans ses motifs complets et très détaillés, le juge du procès a tiré un certain nombre de conclusions de fait importantes en faveur des appelants. Il a mentionné les taux d'erreur très élevés dans les décisions relatives aux importations de Little Sisters à toutes les étapes de la procédure de contrôle douanier. Selon lui, [TRADUCTION] «[d]es taux d'erreur aussi élevés révèlent bien plus que de simples différences d'opinion et suggèrent l'existence de causes systémiques» ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, au par. 100). Il a signalé plusieurs raisons expliquant ces taux d'erreur élevés, notamment les ressources minimales mises à la disposition des fonctionnaires des douanes conjuguées à la formation inadéquate qui est dispensée en droit relatif à l'obscénité, qui varie de quelques heures dans le cas des inspecteurs à quelques jours dans celui des fonctionnaires de rang plus élevé. De façon plus particulière, il a tiré la conclusion suivante (au par. 116):

[TRADUCTION] De nombreuses publications, particulièrement des livres, sont déclarées obscènes en l'absence de preuve suffisante. Cela fait ressortir la lacune peut-être la plus grave de l'application actuelle du code 9956a), soit le fait que les agents de classement ne sont pas formés adéquatement pour prendre des décisions en matière d'obscénité et qu'ils ne disposent habituellement ni du temps ni de la preuve nécessaires pour prendre de telles décisions. Il n'y a aucune procédure formelle permettant de présenter aux agents de classement des éléments de preuve relatifs à la valeur artistique ou littéraire. Par conséquent, l'entrée au Canada est refusée à l'égard de nombreuses publications qui ne seraient vraisemblablement pas jugées obscènes si une preuve complète était examinée par des agents ayant été adéquatement formés pour la soupeser et l'évaluer.

- 7 The lack of available resources was of particular concern to the trial judge, who found that: “The inference to be drawn is that Tariff Administrators in the Prohibited Importations Directorate do not have sufficient time available to consistently do a proper job. The problem is even more significant at the regional levels where customs officers encounter much higher volumes of goods and have far more expansive duties” (para. 81).
- Le manque de ressources est un aspect qui préoccupait particulièrement le juge de première instance, qui a fait la constatation suivante: [TRADUCTION] «L’inférence qu’il faut tirer est que les applicateurs du Tarif au sein de la direction générale des importations prohibées n’ont pas suffisamment de temps pour effectuer constamment du bon travail. Le problème est encore plus aigu dans les régions, où les douaniers font face à des volumes beaucoup plus élevés de marchandises et ont des fonctions beaucoup plus étendues» (par. 81).
- 8 The trial judge found that the administration of the Customs scheme has a significantly differential impact on small or specialty publishers, importers and bookstores. He specifically found (at para. 105) that:
- Customs’ administration of code 9956(a) results in arbitrary consequences. Traditional bookstores do not have similar encounters with Canada Customs. Helen Hager, who operated a general-interest bookstore in Vancouver for many years, did not know that Customs inspected books for obscenity until she left that business and opened a store catering to women, in which she stocked some material for lesbians. She had two shipments from Inland [a book distributor] interrupted at the border and has never received two of the books in the shipment, nor any documents from Customs in relation to them.
- Le juge de première instance a estimé que l’application du régime douanier avait des effets extrêmement différents sur les éditeurs, importateurs et librairies spécialisés ou de petite taille. En particulier, il a jugé (au par. 105) que:
- [TRADUCTION] L’application du code 9956(a) entraîne des conséquences arbitraires. Les librairies traditionnelles n’ont pas autant de démêlés avec Douanes Canada. Helen Hager, qui a exploité une librairie générale à Vancouver pendant de nombreuses années, ne savait pas que les Douanes inspectaient les livres pour vérifier s’ils étaient obscènes; elle ne l’a découvert qu’après avoir quitté cette entreprise et ouvert un magasin servant une clientèle féminine dans lequel elle vendait du matériel destiné aux lesbiennes. Deux expéditions provenant de Inland [un fournisseur de livres] ont été interceptées à la frontière, et elle n’a jamais reçu deux des livres faisant partie d’un de ces envois ni aucun document des Douanes à leur égard.
- 9 The trial judge noted that the task of reviewing allegedly obscene materials was generally unpopular with Customs officers, who opted to rotate out of Code 9956 obscenity duties after three to six months. I should note, parenthetically, that there was no evidence that they suffered harmful attitudinal changes as a result of their prolonged exposure to the sexually explicit material sought to be imported by the appellants, albeit the exposure was job-related.
- Le juge de première instance a souligné que la tâche de contrôler le matériel qui serait obscène n’est généralement pas très prisée par les douaniers, qui optent, au bout de trois à six mois, pour d’autres fonctions que celles liées au contrôle antiobscénité effectué en vertu du code 9956. Je tiens à signaler en passant qu’il n’y avait aucune preuve démontrant que ces personnes souffraient de changements d’attitude préjudiciables en raison de leur exposition prolongée au matériel sexuellement explicite que les appelants voulaient importer, quoique cette exposition soit liée à l’emploi.
- 10 Seizure included not only magazines, videos and photographic essays, but books consisting entirely
- Les autorités douanières n’ont pas saisi uniquement des magazines, vidéos et œuvres photogra-

of text, including works by internationally acclaimed authors such as *The Man Sitting in the Corridor* by Marguerite Duras and *Querelle* by Jean Genet. Also seized were the award-winning novels *Trash* by Dorothy Allison and *The Young in One Another's Arms* by Jane Rule. Frequently AIDS/HIV safe-sex education literature was classified as prohibited. The Court record includes testimony from mainstream booksellers to the effect that no such problems were encountered in their importation of the same books. In fact, the President of Duthie's, a general bookstore chain in Vancouver, testified that an order she placed on behalf of the British Columbia Civil Liberties Association consisting of titles prohibited when sought to be imported by Little Sisters was inspected by Customs but released to Duthie's without difficulty. Duthie's Customs broker testified that its book shipments are examined solely for the purpose of determining GST payments. He thought that in the case of Duthie's there was generally no examination of titles for obscenity.

On the other hand the evidence showed that other small bookstores with specialized inventory or clientele comparable to Little Sisters' had encountered similar targeting. These included a scholarly bookstore "Pages" in Toronto carrying gay studies and HIV/AIDS literature as well as "The Toronto Women's Bookstore", a feminist bookstore. "Crosstown Traffic", a bookstore in Ottawa, was similarly affected. It appears that there was no such blanket surveillance of heterosexual erotica even in the case of so-called "adult" bookstores that sold nothing else.

Little Sisters complains that the frequent delay of shipments destined for its store, and the subse-

phiques, mais aussi des livres constitués entièrement de textes, y compris des ouvrages écrits par des auteurs de réputation internationale, par exemple *The Man Sitting in the Corridor* de Marguerite Duras, et *Querelle* de Jean Genet. Ont également été saisis les romans primés *Trash* de Dorothy Allison, et *The Young in One Another's Arms* de Jane Rule. Des ouvrages éducatifs sur les pratiques sexuelles sans risque d'infection au SIDA/VIH ont fréquemment été classés marchandises prohibées. Le dossier de la Cour comporte des témoignages de commerçants vendant des livres destinés au grand public qui ont dit n'avoir rencontré aucun problème de la sorte lorsqu'ils ont importé les mêmes livres. En fait, la présidente de Duthie's, une chaîne de librairies générales de Vancouver, a témoigné qu'elle avait commandé, pour la British Columbia Civil Liberties Association, des titres ayant été prohibés lorsque Little Sisters avait tenté de les importer, mais que dans le cas de son entreprise ces titres avaient été inspectés par les Douanes et dédouanés sans problème. Le courtier en douane de Duthie's a témoigné que les commandes de livres de celle-ci ne sont examinées qu'aux fins de détermination des paiements de TPS. Selon lui, dans le cas de Duthie's, il n'y a généralement aucun examen des ouvrages pour déterminer s'ils ont un caractère obscène.

À l'inverse, la preuve a démontré que d'autres petites librairies qui ont un inventaire spécialisé ou une clientèle particulière comparables à ceux de Little Sisters, avaient été ciblés de la même manière. Il y avait notamment la librairie d'ouvrages d'érudition «Pages» de Toronto, qui offre des études sur l'homosexualité et des ouvrages sur le VIH/SIDA, ainsi que «The Toronto Women's Bookstore», une librairie féministe. «Crosstown Traffic», une librairie d'Ottawa, a fait l'objet de mesures similaires. Il semble qu'aucune surveillance générale de la sorte n'était exercée à l'égard du matériel érotique destiné aux hétérosexuels, même dans le cas de librairies dites «pour adultes» ne vendant rien d'autre.

Little Sisters se plaint que le fait que ses commandes soient fréquemment retenues et que cer-

11

12

quent prohibition of some of the delayed items, have negatively impacted its business by, *inter alia*, disrupting planned book launches, causing loss of business to competitors stocking the same delayed or prohibited items, and items such as magazines, which depend for their shelf value on their timeliness. The case, however, is not about business losses. It is about the loss by a minority of the freedom to read and experience a broad range of writings and depictions, some of it claimed to be of high artistic value, by reason, they say, of bureaucratic refusal to release perfectly lawful material into the country.

tains des articles retenus soient subséquemment prohibés a des effets néfastes pour son entreprise, notamment en perturbant des lancements de livres, en lui faisant perdre des ventes au profit de concurrents qui ont sur leurs rayons les articles retenus ou prohibés, ainsi que des articles comme les magazines, dont la valeur commerciale dépend du moment où ils sont offerts. La présente affaire ne porte toutefois pas sur des pertes commerciales, mais plutôt sur la perte, par une minorité, de la liberté de lire et d’être exposée à un large éventail d’écrits et de représentations — dont certains auraient une grande valeur artistique — en raison, d’affirmer les appelants, du refus de l’administration de dédouaner et laisser entrer au pays du matériel parfaitement licite.

13

Little Sisters identified 261 items that have been detained between 1984 and 1994, 77 of them on more than one occasion. Items sought to be imported by Little Sisters and subsequently delayed or prohibited included items that were previously ruled admissible when imported by Little Sisters. The trial judge noted (at para. 75) that a “striking example of this” is the collection of short stories entitled *Macho Sluts*, written by Pat Califia, a well-established author. It has been prohibited pursuant to s. 58 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.) on four separate occasions since October 23, 1989, when it was re-determined under s. 63 to be admissible. The satire *Hothead Paisan* was prohibited when ordered by Little Sisters and, on one occasion, by The Women’s Bookstore in Toronto, but was released to the latter bookstore without difficulties on subsequent orders. The trial judge noted another 35 publications that were prohibited after they had earlier been ruled admissible by Customs. Many items that have been prohibited when Little Sisters attempted to import them are found in the Vancouver Public Library including *Gay Ideas*, *Tom of Finland*, *The Men With the Pink Triangle*, *Dzeleron: Myths of the Northwest Coast*, *Gay*

Little Sisters a mentionné que, de 1984 à 1994, 261 articles avaient été retenus, dont 77 à plus d’une occasion. Certains des articles retenus ou prohibés avaient auparavant été jugés admissibles à l’occasion d’importations antérieures par Little Sisters. Le juge de première instance a fait remarquer (au par. 75) qu’un [TRADUCTION] «exemple frappant de cela» est le recueil de nouvelles intitulé *Macho Sluts*, écrit par Pat Califia, un auteur réputé. Ce recueil a été prohibé en vertu de l’art. 58 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), à quatre occasions depuis le 23 octobre 1989, date à laquelle il a été jugé admissible au terme du réexamen prévu à l’art. 63. La satire *Hothead Paisan* a été prohibée lorsqu’elle a été commandée par Little Sisters et elle l’a également été, à une reprise, à l’occasion d’une commande de The Women’s Bookstore à Toronto, mais elle a été dédouanée en faveur de cette dernière sans problème lors de commandes ultérieures. Le juge de première instance a relevé 35 autres publications qui ont été prohibées après avoir été jugées admissibles plus tôt par les Douanes. De nombreux titres qui ont été prohibés lorsque Little Sisters a tenté de les importer se trouvent sur les rayons de la bibliothèque publique de Vancouver, notamment *Gay Ideas*, *Tom of Finland*, *The Men With the Pink Triangle*, *Dzeleron: Myths of the Northwest Coast*, *Gay Spirit* et *The Sexual Politics of Meat*. Les

Spirit and *The Sexual Politics of Meat*. Customs officials were intrigued by the titles, apparently.

II. Scope of the Customs Mandate

Customs officials testified that there are approximately 10.5 million entry transactions each year and that each day between 20,000 and 40,000 items of mail enter the Customs Mail Center in Vancouver. Much of this mail is of commercial value, and must be sorted and classified for tariff purposes. As part of this classification procedure, Parliament has charged the Customs authorities to intercept and exclude from this country obscene, hateful, treasonable or seditious goods.

Prior to the 1959 amendments, appeals even in matters of alleged obscenity were taken not to the courts but to the Tariff Board. Speaking in the House of Commons on August 27, 1958, the Minister of National Revenue, Mr. George Nowlan, described the difficulties experienced by Customs officials in discharging their mandate in respect of “obscene” goods:

Last year I had submitted to me six lithographs for inclusion in this year’s calendars. They were six nudes. They had been passed on by all these officers. Three of the nudes were absolutely nude and three had some sort of diaphanous wrapping around their bodies. One of the senior officers said the three which had the diaphanous clothing could be admitted because they were semi-clothed. Another officer said their posture was indecent and they should not be admitted, but the nudes could be admitted because their posture was not indecent.

That is an example of the judgment that has to be exercised and the kind of artistic skill that has to be passed upon by customs officers. I really think that we are much better qualified to deal with increasing the seasonal tariff on cabbages and cucumbers than to pass moral judgment on literature coming into the country. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 24th Parl., August 27, 1958, at p. 4177)

fonctionnaires des douanes ont apparemment été intrigués par les titres.

II. L’étendue du mandat des Douanes

Des fonctionnaires des douanes ont témoigné qu’il y a environ 10,5 millions de déclarations de marchandises chaque année et que, chaque jour, le centre de courrier des Douanes de Vancouver reçoit de 20 000 à 40 000 pièces postales. Une bonne partie de ce courrier a une valeur commerciale et doit être triée et classée à des fins tarifaires. Dans le cadre de cette procédure de classement, le Parlement a chargé les autorités douanières d’intercepter et d’exclure du pays les marchandises obscènes, haineuses ou de nature à fomenter la trahison ou la sédition.

Avant les modifications de 1959, les appels — même ceux en matière d’obscénité — étaient interjetés auprès non pas des tribunaux judiciaires, mais de la Commission du tarif. S’adressant à la Chambre des communes, le 27 août 1958, le ministre du Revenu national, M. George Nowlan, a décrit ainsi les difficultés éprouvées par les douaniers dans l’exécution de leur mandat relativement aux marchandises «obscènes»:

L’an dernier, on m’a soumis six lithographies destinées à figurer sur des calendriers de cette année. C’étaient six nus. Tous les fonctionnaires les avaient acceptés. Trois des nus étaient absolument nus et trois étaient enveloppés d’un voile diaphane. Un des fonctionnaires supérieurs était d’avis que les trois qui avaient un vêtement diaphane pouvaient être acceptés parce qu’ils étaient à demi-vêtus. Un autre a dit que leur attitude était indécente et que, pour cette raison, on ne devait pas les admettre, mais que les nus pouvaient être acceptés parce que leur attitude n’était pas indécente.

Voilà un exemple des cas où il faut faire preuve de jugement et du genre d’“art” sur lequel les douaniers doivent se prononcer. Je pense réellement que nous avons plus de compétence pour nous occuper du relèvement des droits saisonniers sur les choux et les concombres que pour juger de la moralité des écrits qui entrent au pays. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1^{re} sess., 24^e lég., 27 août 1958, à la p. 4388)

14

15

16 The 1959 amendments redirected appeals in such matters to the courts. In the wake of the decision in *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.), obscenity was defined by reference to s. 163 of the *Criminal Code*. As Parliament has prohibited only material that it has criminalized, Parliament apparently intended there to be a free flow of other materials across the border including sexually expressive material that appeals to minority tastes. The *Criminal Code* does not characterize “obscenity” based on sexual orientation and neither, it must be inferred, did Parliament intend Customs officials to do so.

17 The administrative burden of identifying prohibited goods in such a vast inflow of material is enormous. In an era of increased volumes of cross-border material, and reduced government resources, the difficulty of performing the Parliamentary mandate cannot be underestimated. The task of properly reviewing a single CD-Rom, featuring the usual array of photographs, film and text, would require far more time than Customs officials are realistically able to devote to the task. Moreover, with the exponential growth of pornographic sites on the Internet, the barrier to the passage across the border of hard copy material may some day be seen as of marginal importance to the enforcement of anti-obscenity laws. Nevertheless, if the Parliamentary mandate is to be carried out with regard not only to the larger public interest served by the *Criminal Code* but also to the rights of individuals who claim to be engaged in entirely lawful activities, adequate procedures and resources must be put in place to operate the border scheme in a manner that respects *Charter* rights.

18 Nobody has a *Charter* right to import materials that are obscene within the meaning of s. 163 of the *Criminal Code*. The concern expressed by the trial judge was that much of the delayed or prohib-

Les modifications de 1959 ont précisé que les appels en ces matières devraient être formés devant les tribunaux judiciaires. Par suite de l’arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.), l’obscénité a été définie par renvoi à l’art. 163 du *Code criminel*. Puisque le Parlement ne prohibe que le matériel qu’il a criminalisé, il entendait apparemment permettre le libre passage à la frontière des autres marchandises, y compris du matériel expressif à caractère sexuel qui satisfait les goûts de la minorité. Le *Code criminel* ne caractérise pas l’«obscénité» sur le fondement de l’orientation sexuelle et il faut en déduire que le Parlement n’entendait pas non plus que les fonctionnaires des douanes le fassent.

L’identification des marchandises prohibées parmi des arrivages aussi abondants constitue un fardeau administratif énorme. À une époque où le volume des marchandises traversant la frontière augmente et où les ressources gouvernementales décroissent, on ne peut se permettre de sous-estimer la difficulté que pose l’exécution du mandat confié par le Parlement. La tâche d’examiner à fond un seul cédérom comportant son assemblage habituel de photographies, film et texte exigerait beaucoup plus de temps que les douaniers ne peuvent réalistement y consacrer. De plus, vu la croissance exponentielle du nombre de sites pornographiques sur Internet, la tâche d’empêcher à nos frontières l’entrée du matériel sur support papier pourrait bien un jour être considérée comme marginale dans l’application des lois luttant contre l’obscénité. Néanmoins, pour que le mandat confié par le Parlement soit exécuté en tenant compte non seulement de l’intérêt public général que sert le *Code criminel*, mais aussi des droits des individus qui prétendent se livrer à des activités parfaitement licites, il faut mettre en place des procédures et des ressources adéquates pour permettre l’application du régime frontalier d’une manière qui respecte les droits garantis par la *Charte*.

La *Charte* ne garantit à personne le droit d’importer du matériel obscène au sens de l’art. 163 du *Code criminel*. Le souci exprimé par le juge de première instance était le fait qu’une bonne partie

ited material did not qualify as obscene. The courts in British Columbia found that the appellants had established *Charter* violations. The real arguments are about the sources of the violations — whether they are located in the statutes themselves or only in their implementation — and what to do about them. This involves a consideration of how certain materials come to be classified as “obscene”, and thus prohibited, and whether the appellants when contesting such a classification were fairly dealt with.

III. The Statutory Framework

Section 99 of the *Customs Act* authorizes Customs officers to examine imported goods and mail and to open packages that they reasonably suspect may contain goods referred to in the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.). Mail is referred to Customs on a similar basis (*Canada Post Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-10, s. 42) except that mail weighing 30 grams or less may not be opened without the consent of the person to whom it is addressed (*Customs Act*, s. 99(2)).

At the entry level, Customs inspectors determine the appropriate tariff classification (s. 58). At the relevant time, an item considered “obscene” and thus prohibited was subject to a re-determination upon request, by a specialized Customs unit and upon a further appeal subject to a further re-determination by the Deputy Minister or designate. The appellants contend that the double step internal review procedure was bureaucratic overkill, particularly because few front line decisions were changed on further internal review. (The trial judge agreed with this objection, and the government apparently heeded the trial judge’s concern because the *Customs Act* was amended after the trial to eliminate the intermediate determination (S.C. 1997, c. 36, s. 166).)

du matériel retenu ou prohibé ne constituait pas du matériel obscène. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont jugé que les appelants avaient établi l’existence de violations de la *Charte*. Le véritable débat concerne plutôt l’origine de ces violations: Trouvent-elles leur source dans les lois elles-mêmes ou uniquement dans l’application de celles-ci? Que faut-il faire à cet égard? Pour répondre à ces questions il faut examiner la façon dont des marchandises en viennent à être classifiées comme «obscènes» et par conséquent prohibées, et se demander si les appelants ont été traités équitablement lorsqu’ils ont contesté un tel classement.

III. Le cadre législatif

L’article 99 de la *Loi sur les douanes* autorise les agents des douanes à examiner les marchandises importées ainsi que les envois d’origine étrangère et à ouvrir tout colis qu’ils soupçonnent, pour des motifs raisonnables, de contenir des marchandises visées par le *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.). Le courrier est envoyé aux Douanes de la même façon (*Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), ch. C-10, art. 42), sous réserve du fait que les envois pesant au plus 30 grammes ne peuvent être ouverts que si leur destinataire y consent (*Loi sur les douanes*, par. 99(2)).

Au point d’entrée, les inspecteurs des douanes déterminent le classement tarifaire approprié (art. 58). À l’époque pertinente, un article considéré comme étant «obscène» et par conséquent prohibé faisait sur demande l’objet d’une révision par une unité spécialisée des Douanes et, sur appel supplémentaire, d’une révision par le sous-ministre ou la personne qu’il désignait. Les appelants affirment que la procédure de révision interne à deux étapes constituait un excès de bureaucratie, particulièrement en raison du fait que peu de décisions initiales étaient modifiées à la suite d’une révision interne supplémentaire. (Le juge de première instance a souscrit à cet argument, et le gouvernement a apparemment donné suite aux réserves exprimées par ce dernier puisque la *Loi sur les douanes* a été modifiée après le procès en vue d’éliminer le niveau de décision intermédiaire (L.C. 1997, ch. 36, art. 166).)

19

20

21

The Act contemplates that once these administrative measures have been exhausted, an importer may appeal the prohibition pursuant to s. 67 of the Act to a judge of the superior court of the province where the material was seized, with a further appeal on a question of law to the Federal Court of Canada, and then with leave to the Supreme Court of Canada. The appellants complain about the high cost of this lengthy procedure, and about the inevitable delay. They argue that a remedy which a small-scale importer cannot reasonably be expected to exercise because of cost and delay disproportionate to the value of the thing seized is really no remedy at all. Yet such incidents, of relatively small importance on a case-by-case basis, cumulatively came to constitute a significant barrier to freedom of expression for the gay and lesbian community in Vancouver. The dimension of that problem led the appellants to challenge the constitutionality of the administrative review process in the *Customs Act*, and in the *Customs Tariff*, as violating their rights under ss. 2(b) and 15(1) of the *Charter*.

IV. Relevant Enactments

22

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

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;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or

La Loi prévoit que, une fois ces recours administratifs épuisés, l'importateur peut interjeter appel de la prohibition en vertu de l'art. 67, d'abord auprès d'un juge de la cour supérieure de la province où le matériel a été saisi, ensuite auprès de la Cour fédérale du Canada sur une question de droit et, enfin, sur autorisation, auprès de la Cour suprême du Canada. Les appelants se plaignent des coûts élevés de cette longue procédure et des délais inévitables qui en découlent. Ils affirment que ne constitue pas vraiment un recours celui qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à voir exercer par un petit importateur en raison des coûts et délais disproportionnés qu'il entraîne par rapport à la valeur de la chose saisie. Or de telles situations, relativement peu importantes lorsque considérées isolément, ont fini par constituer, cumulativement, un obstacle considérable à la liberté d'expression pour la communauté gaie et lesbienne de Vancouver. L'ampleur de ce problème a amené les appelants à contester la constitutionnalité du mécanisme de révision administrative établi par la *Loi sur les douanes* et le *Tarif des douanes* pour le motif qu'il porterait atteinte aux droits qui leur sont garantis par l'al. 2b) et le par. 15(1) de la *Charte*.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

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

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations

ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Constitution Act, 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.)

114. The importation into Canada of any goods enumerated or referred to in Schedule VII is prohibited.

Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, Schedule VII

9956 Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that

(a) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*;

Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.)

58. (1) An officer may determine the tariff classification . . . of imported goods at any time before or within thirty days after they are accounted for

(5) Where an officer does not make a determination . . . under subsection (1) in respect of goods, a determination of the tariff classification . . . of the goods shall, for the purposes of sections 60, 61 and 63, be deemed to have been made thirty days after the time the goods were accounted for . . . in accordance with any representations made at that time in respect of the tariff classification . . . by the person accounting for the goods.

(6) A determination of tariff classification . . . is not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 60 to 65.

fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.)

114. L'importation au Canada des marchandises dénommées ou visées à l'annexe VII est prohibée.

Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, annexe VII

9956 Livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui:

a) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*;

Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.)

58. (1) L'agent peut intervenir, soit avant, soit dans les trente jours suivant leur déclaration en détail [. . .] pour effectuer le classement tarifaire [. . .] des marchandises importées.

(5) À défaut de l'intervention de l'agent prévue par le paragraphe (1), le classement tarifaire [. . .] [est] considéré[é], pour l'application des articles 60, 61 et 63, comme ayant été fai[t] trente jours après la date de la déclaration en détail [. . .] selon les énonciations que celle-ci comporte à cet égard.

(6) Le classement tarifaire [. . .] [n'est] susceptibl[e] de révision ou réexamen, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 60 à 65.

60. (1) The importer or any person who is liable to pay duties owing on imported goods may, after any duties thereon have been paid or security satisfactory to the Minister has been given in respect of the duties owing,

(a) within ninety days, or

(b) where the Minister deems it advisable, within two years

after the time the determination or appraisal was made in respect of the goods under section 58, request a re-determination of the tariff classification or a re-appraisal of the value for duty.

(2) A request under this section shall be made to a designated officer in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, a designated officer shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification or re-appraise the value for duty, as the case may be, and give notice of his decision to the person who made the request.

63. (1) Any person may,

(a) within ninety days after the time he was given notice of a decision under section 60 or 61, or

(b) where the Minister deems it advisable, within two years after the time a determination or appraisal was made under section 58,

request a further re-determination of the tariff classification or a further re-appraisal of the value for duty re-determined or re-appraised under section 60 or 61.

(2) A request under this section shall be made to the Deputy Minister in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, the Deputy Minister shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification or re-appraise the value for duty, as the case may be, and give notice of his decision to the person who made the request.

67. (1) A person who deems himself aggrieved by a decision of the Deputy Minister made pursuant to section 63 or 64 may appeal from the decision to [the

60. (1) L'importateur ou toute personne redevable de droits dus sur des marchandises importées peut, après le paiement de droits sur celles-ci ou après avoir donné la garantie, que le ministre estime indiquée, du versement des droits:

a) soit dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date du classement tarifaire ou de l'appréciation de la valeur en douanes prévus à l'article 58, en demander la révision;

b) soit, si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant cette date, demander pareille révision.

(2) La demande prévue au présent article est à présenter à l'agent désigné, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, l'agent désigné procède dans les meilleurs délais à la révision et donne avis de sa décision au demandeur.

63. (1) Toute personne peut demander le réexamen de la révision:

a) dans les quatre-vingt-dix jours suivant l'avis de la décision prise en vertu de l'article 60 ou 61;

b) si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant le classement ou l'appréciation prévus à l'article 58.

(2) La demande prévue au présent article est à présenter au sous-ministre, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, le sous-ministre procède dans les meilleurs délais au réexamen et donne avis de sa décision au demandeur.

67. (1) Toute personne qui s'estime lésée par une décision du sous-ministre rendue conformément à l'article 63 ou 64 peut en interjeter appel devant [la cour]

court] . . . within ninety days after the time notice of the decision was given.

[. . .] dans les quatre-vingt-dix jours suivant la notification de l'avis de décision.

71. (1) Where the release of goods has been refused on the ground that the goods have been determined to be prohibited goods as described in code 9956 or 9957 of Schedule VII to the *Customs Tariff*, re-determination may be requested under sections 60 and 63 or made under section 64 and appeals may be taken under sections 67 and 68 in respect of the determination

71. (1) En cas de refus de dédouanement de marchandises fondé sur une décision de classement parmi les marchandises prohibées visées aux codes 9956 et 9957 de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, cette décision peut faire l'objet des révisions ou réexamens prévus aux articles 60, 63 et 64, ainsi que des appels ou recours prévus aux articles 67 et 68. . . .

152. . . .

152. . . .

(3) Subject to subsection (4), in any proceeding under this Act, the burden of proof in any question relating to

(3) Sous réserve du paragraphe (4), dans toute procédure engagée sous le régime de la présente loi, la charge de la preuve incombe, non à Sa Majesté, mais à l'autre partie à la procédure ou à l'inculpé pour toute question relative, pour ce qui est de marchandises:

(d) the compliance with any of the provisions of this Act or the regulations in respect of any goods

d) à l'observation, à leur égard, de la présente loi ou de ses règlements.

lies on the person, other than Her Majesty, who is a party to the proceeding or the person who is accused of an offence, and not on Her Majesty.

164. (1) The Governor in Council may make regulations

164. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

(j) generally, to carry out the purposes and provisions of this Act.

j) prendre toute mesure d'application de la présente loi.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

163. . . .

163. . . .

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

(8) Pour l'application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

V. Judicial History

V. L'historique des procédures judiciaires

A. *Supreme Court of British Columbia* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241

At trial, the appellants sought a declaration under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, that the relevant Customs provisions are of no force

Au procès, les appelants ont sollicité, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un jugement déclaratoire portant que les disposi-

and effect because they violate ss. 2(b) and 15(1) of the *Charter*. In addition, or in the alternative, the appellants sought a declaration under s. 24(1) of the *Charter* that these provisions “have at all material times been construed and applied in a manner that is contrary to s. 2(b) and/or s. 15(1) of the *Charter* and that is not justified pursuant to s. 1”.

24

Smith J. concluded that the Customs legislation infringed s. 2(b) of the *Charter*, but was justified under s. 1. He found that the Customs legislation did not infringe s. 15(1) of the *Charter*. In this respect, he concluded that the law, although facially neutral, did have a disproportionately negative effect on homosexuals, because materials related to sexuality are much more central to homosexual culture and identity than to heterosexuals. The prohibition of those materials thus imposes a disproportionate burden on homosexuals. However, at para. 135 of his reasons, Smith J. explained that in his view there was no violation of the appellants’ equality rights “because obscenity is defined in terms of sexual practices” as is homosexuality, and that differential treatment is therefore “relevan[t] . . . to the functional values underlying the legislation” (*Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 15, *per* Gonthier J.). “The point is”, he concluded at para. 136, “that homosexual obscenity is proscribed because it is obscene, not because it is homosexual”.

25

In finding that the s. 2(b) infringement was justified under s. 1, Smith J. relied heavily on this Court’s reasons in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452. As it was held in *Butler* that the standard provided by the word “obscene” in s. 163(8) of the *Criminal Code* was intelligible and “prescribed by law”, and as that provision is incorporated into the Customs legislation by Code 9956(a), he held that the Customs legislation’s imposition of a limitation on s. 2(b) was also “prescribed by law”. The cus-

tions douanières pertinentes sont inopérantes parce qu’elles contreviennent à l’al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte*. Les appelants ont également demandé à titre de conclusion additionnelle ou subsidiaire, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, un jugement déclarant que ces dispositions [TRADUCTION] «ont, à tout moment pertinent, été interprétées et appliquées d’une manière contraire à l’al. 2b) ou au par. 15(1) de la *Charte*, ou à l’une ou l’autre de ces dispositions, et qui n’est pas justifiée au regard de l’article premier».

Le juge Smith a conclu que la législation douanière portait atteinte à l’al. 2b) de la *Charte*, mais qu’elle était justifiée au regard de l’article premier. Il a estimé qu’elle ne contrevenait pas au par. 15(1) de la *Charte*. À cet égard, il a jugé que, bien qu’apparemment neutres, ces mesures législatives avaient un effet disproportionnément préjudiciables aux homosexuels, car le matériel lié à la sexualité joue un rôle beaucoup plus central pour la culture et l’identité des homosexuels que chez les hétérosexuels. La prohibition de ce matériel impose donc un fardeau disproportionné aux homosexuels. Le juge Smith a toutefois expliqué, au par. 135 de ses motifs, que les droits à l’égalité des appelants n’avaient à son avis subi aucune atteinte, [TRADUCTION] «car l’obscénité est définie en fonction de pratiques sexuelles», tout comme l’homosexualité, et que la différence de traitement était donc «pertinen[te] [à l’égard des] valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi» (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, au par. 15, le juge Gonthier). Il a conclu, au par. 136, [TRADUCTION] «que l’obscénité homosexuelle est prohibée parce qu’elle est obscène, et non en raison de son caractère homosexuel».

Le juge Smith a largement étayé sa conclusion que la violation de l’al. 2b) était justifiée au regard de l’article premier sur les motifs exposés par notre Cour dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452. Puisqu’il a été jugé, dans cet arrêt, que la norme établie par le mot «obscène» au par. 163(8) du *Code criminel* était intelligible et «prescrite par une règle de droit», et puisque cette disposition est incorporée à la législation douanière par le code 9956a), le juge Smith a estimé que la restriction imposée par

toms officers' ability to apply the obscenity standard was further assisted by an internal Customs manual identified as Memorandum D9-1-1, together with a companion illustrative guide.

Turning to the objective of the impugned Customs legislation, the trial judge found it was directed to the same purpose as s. 163 of the *Criminal Code*, being the protection of society from the harm caused by the dissemination of obscene materials. He found that the objective was sufficiently pressing and substantial to justify an interference with freedom of expression.

Smith J. concluded that in the absence of an obviously superior alternative, the courts should defer to Parliament's chosen means of border control. He dismissed as impractical the possibility of conducting a trial as a precondition to barring the entry of any publication as obscene.

Having denied a remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* Smith J. did conclude that a s. 24(1) declaration was appropriate due to serious systemic problems in the administration of the Customs regime. In his view these problems had resulted in the inconsistent and unwarranted prohibition of many items of homosexual art and literature. In the result he issued a declaration that provided in its operative entirety that:

THIS COURT DECLARES that Tariff Code 9956(a) of Schedule VII and s. 114 of the *Customs Tariff, S.C. 1987, c. 41* (3rd Supplement) and ss. 58 and 71 of the *Customs Act, S.C. 1986, c. 1* (2nd Supplement) have at times been construed and applied in a manner contrary to s. 2(b) and s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306

In the Court of Appeal for British Columbia, Macfarlane J.A., for the majority, held that Memo-

ces mesures législatives aux droits garantis par l'al. 2b) était également «prescrite par une règle de droit». Les agents des douanes étaient également assistés dans l'application de la norme relative à l'obscénité par un manuel interne des Douanes intitulé *Mémoire D9-1-1*, qui était accompagné d'un guide illustré.

Examinant l'objectif de la législation douanière, le juge de première instance a conclu que ces mesures tendaient au même objet que l'art. 163 du *Code criminel*, soit la protection de la société contre le préjudice causé par la diffusion de matériel obscène. Il a estimé que cet objectif était suffisamment urgent et réel pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression.

Le juge Smith a conclu que, en l'absence d'une solution de rechange clairement supérieure, les tribunaux devaient s'en remettre aux mesures de contrôle frontalier choisies par le Parlement. Il a écarté, en la qualifiant d'irréalisable, l'idée de tenir un procès préalablement à la prohibition d'entrée de toute publication pour cause d'obscénité.

Ayant refusé d'accorder une réparation en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge Smith a estimé qu'un jugement déclaratoire fondé sur le par. 24(1) était une réparation convenable en raison des problèmes systémiques graves existant dans l'application du régime douanier. Selon lui, ces problèmes avaient entraîné la prohibition, d'une manière incohérente et injustifiée, de nombreux articles d'art et de littérature homosexuels. Par conséquent, il a prononcé un jugement déclaratoire dont le dispositif était ainsi rédigé.

[TRADUCTION] LA COUR DÉCLARE que le code tarifaire 9956a) de l'annexe VII, l'art. 114 du *Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 41* (3^e supplément) et les art. 58 et 71 de la *Loi sur les douanes, L.C. 1986, ch. 1* (2^e supplément), ont à l'occasion été interprétés et appliqués d'une manière contraire à l'al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306

En Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Macfarlane, s'exprimant au nom de la

26

27

28

29

randum D9-1-1, the internal manual used by Customs officers, was not “law” for the purposes of s. 1, and was therefore not of assistance in determining whether the Customs legislation evidences an intelligible standard that can be applied without arbitrariness. Nevertheless, applying *Butler, supra*, he concluded that the Customs legislation was not impermissibly vague, and was “prescribed by law”.

majorité, a conclu que le Mémoire D9-1-1, c’est-à-dire le manuel interne utilisé par les agents des douanes, n’était pas une «règle de droit» au sens de l’article premier et n’était donc d’aucun secours pour déterminer si la législation douanière établissait une norme intelligible, pouvant être appliquée de façon non arbitraire. Néanmoins, appliquant l’arrêt *Butler*, précité, il a jugé que ces mesures législatives n’étaient pas inacceptablement imprécises et que la limite était «prescrite par une règle de droit».

30 Macfarlane J.A. substantially agreed with the trial judge’s reasons on s. 1, emphasizing that the scope and content of “obscene” is to be determined not by the homosexual community, but by the application of a general community standard. He rejected the appellants’ demand for an exemption, or differential treatment as to what materials the homosexual community should be permitted access. Relying on *Butler*, he rejected the appellants’ submissions that it was incumbent on Parliament to demonstrate a specific and conclusive causal link between homosexual obscenity and harm to the community.

Le juge Macfarlane a pour l’essentiel souscrit aux motifs du juge de première instance relativement à l’article premier, soulignant que la portée et le contenu du mot «obscène» devaient être déterminés non pas par la communauté homosexuelle, mais par l’application d’une norme sociale générale. Il a rejeté la demande d’exemption ou de traitement différent des appelants quant au matériel dont l’accès devrait être permis à la communauté homosexuelle. Se fondant sur l’arrêt *Butler*, il a rejeté l’argument des appelants voulant qu’il incombe au Parlement de démontrer l’existence d’un lien de causalité précis et concluant entre l’obscénité homosexuelle et un préjudice causé à la société.

31 Macfarlane J.A. also denied relief under s. 15(1). In his view, the Customs legislation is discriminatory neither on its face, nor in its effect because, if applied correctly, it only prohibits material because it is obscene not because it is homosexual. Hall J.A., concurring, expressed his substantial agreement with Macfarlane J.A.’s reasons for dismissing the appeal.

Le juge Macfarlane a également refusé toute réparation fondée sur le par. 15(1). Selon lui, la législation douanière n’est discriminatoire ni dans son texte ni par ses effets car, si elle est appliquée correctement, elle prohibe du matériel parce qu’il est obscène et non pas parce qu’il a un caractère homosexuel. Dans des motifs concordants, le juge Hall a souscrit pour l’essentiel aux motifs exposés par le juge Macfarlane pour rejeter l’appel.

32 Finch J.A., dissenting, distinguished the case before him from *Butler*, stressing that in *Butler* the Court was not dealing with books, nor was it dealing with materials “directed at a homosexual market” (para. 191). In *Butler*, the context was a criminal trial, and s. 163(8) of the *Criminal Code* was directed to “subsequent punishment” for dissemination of obscene materials, as opposed to the “prior restraint” imposed by the Customs legisla-

Le juge Finch, dissident, a différencié l’affaire dont il était saisi et l’affaire *Butler*, soulignant que dans *Butler* notre Cour ne traitait pas de livres, ni de marchandises [TRADUCTION] «destinées à un marché homosexuel» (par. 191). Dans *Butler*, il s’agissait d’un procès criminel et le par. 163(8) du *Code criminel* tendait à [TRADUCTION] «pénaliser après le fait» la diffusion de matériel obscène, alors que la législation douanière impose une «res-

tion. Finally, in *Butler* there were no s. 15(1) discrimination considerations.

On the threshold question as to whether the Customs legislation imposes a limitation that is “prescribed by law”, Finch J.A. found the trial judge to be in error. He held that Memorandum D9-1-1 was not “law”, and he noted the trial judge’s conclusion that the prohibition on obscenity was difficult to administer, requiring “appropriate and consistent training” and the aid of the interpretive memo. With these facts established, he held that such a legislative scheme could not be said to “meet the constitutionally-mandated standard of precision” (para. 217). In the context of a criminal trial, matters are only deemed to be obscene after acceptance by the trier of fact of proof beyond a reasonable doubt. In the context of the Customs regime, the same standard is not sufficiently intelligible.

Finch J.A. would have allowed the appeal and declared the Customs legislation to be of no force and effect to the extent that it applies to “the importation of homosexual books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that are alleged to be obscene” (para. 257).

VI. Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36) [the “Customs legislation”] in whole or in part, insofar as they authorize customs officials to detain and prohibit material deemed to be obscene, or in their application to either textual or gay and lesbian mate-

triction préalable» à l’égard de cette activité. Enfin, il n’était pas question dans *Butler* de discrimination au sens du par. 15(1).

Relativement à la question préliminaire de savoir si la législation douanière impose une limite «prescrite par une règle de droit», le juge Finch a estimé que le juge de première instance avait commis une erreur. Il a jugé que le Mémoire D9-1-1 n’était pas une «règle de droit», soulignant la conclusion du juge de première instance selon laquelle la prohibition de l’obscénité était une tâche difficile, exigeant [TRADUCTION] «une formation appropriée et uniforme» ainsi que l’aide du mémo interprétatif. Ces faits étant établis, il a conclu qu’il était impossible d’affirmer qu’un tel régime législatif [TRADUCTION] «satisfaisait à la norme de précision prescrite par la Constitution» (par. 217). Dans le contexte d’un procès criminel, une chose n’est jugée obscène que si le juge des faits conclut à l’existence d’une preuve hors de tout doute raisonnable à cet égard. Dans le contexte du régime douanier, la même norme n’est pas suffisamment intelligible.

Le juge Finch aurait accueilli l’appel et déclaré inopérante la législation douanière dans la mesure où elle s’applique à [TRADUCTION] «l’importation de livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre destinés aux homosexuels et que l’on prétend obscènes» (par. 257).

VI. Les questions constitutionnelles

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef:

1. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), et l’art. 114 et le code 9956a) de l’annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l’annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36) [la «législation douanière»], violent-ils, en totalité ou en partie, l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils autorisent les fonctionnaires des

33

34

35

rial or to both, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36), in whole or in part, in their application to gay and lesbian material, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to question 3 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

VII. Analysis

36

Government interference with freedom of expression in any form calls for vigilance. Where, as here, a trial judge finds that such interference is accompanied “by the systemic targeting” of a particular group in society (in this case individuals who were seen as standard bearers for the gay and lesbian community), the issue takes on a further and even more serious dimension. Sexuality is a source of profound vulnerability, and the appellants reasonably concluded that they were in many ways being treated by Customs officials as sexual outcasts.

37

The appellants were put in the position of supplicants to the government in a 15-year crusade to obtain the entry into Canada of expressive material. Whereas Customs aims to examine approximately eight per cent of goods coming across the border, the trial judge found that “virtually all

douanes à retenir et à interdire du matériel réputé obscène, ou lorsqu’ils sont appliqués à des écrits ou à du matériel destinés aux gais et aux lesbiennes, ou les deux à la fois?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), et l’art. 114 et le code 9956a) de l’annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l’annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36), violent-ils, en totalité ou en partie, le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils sont appliqués à du matériel destiné aux gais et aux lesbiennes?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

VII. L’analyse

Le gouvernement se doit de faire montre de vigilance lorsqu’il porte atteinte à quelque forme que ce soit de liberté d’expression. Dans les cas où, comme en l’espèce, le juge de première instance estime que cette atteinte s’accompagne de la [TRADUCTION] «prise systématique pour cibl[e]» d’un groupe particulier dans la société (en l’espèce des individus qui étaient considérés comme des porte-étendards de la communauté gaie et lesbienne), la question revêt alors une dimension supplémentaire et encore plus sérieuse. La sexualité est source de profonde vulnérabilité, et les appellants ont à juste titre estimé que, à bien des égards, ils étaient traités en parias sur le plan sexuel par les fonctionnaires des douanes.

Les appelants ont été placés en position de supplicants face au gouvernement, dans une campagne de 15 ans en vue de d’obtenir l’entrée au Canada de matériel expressif. Alors que l’objectif des Douanes est d’inspecter environ 8 pour 100 des marchandises qui viennent de l’étranger, le juge de

imported mail addressed to Little Sisters is examined” (para. 52) and that “the federal Crown led no evidence of any principled basis upon which such [look-out] procedures are instituted” (para. 271). His conclusion, supported by numerous examples, was that untrained Customs officials were too quick to equate homosexuality with obscenity.

In this Court the Crown acknowledged that errors were made in the classification of the appellants’ imported materials, but says that such errors were only to be expected given the huge volume of cross-border mail handled at the Vancouver Customs Mail Center each day. The Crown went on to say that the problems encountered by the appellants and dealt with in the trial evidence have been addressed by amendments to the *Customs Act* and changes in procedure. This is partly true, but I do not myself think it is open to the Crown to contest the two-month trial that resulted in the judgment of January 19, 1996, which was very critical of the Customs department and then to turn around and explain that “that was then, and this is now”. The appellants are entitled to a determination of their rights on the basis of the evidence called before the trial judge, and to relief that goes beyond registering an act of faith in the continuance of the department’s expressed good intentions.

I propose first to deal with the relationship between the Customs legislation and the obscenity provisions of the *Criminal Code* as interpreted in *Butler*. My conclusion is that the Customs legislation violates the appellants’ freedom of expression, as the Crown is prepared to concede, but with the exception of the reverse onus provision in s. 152(3) of the *Customs Act*, it constitutes a reasonable limit prescribed by law which the Crown has justified under s. 1 of the *Charter*.

première instance a constaté que [TRADUCTION] «pratiquement tous les envois d’origine étrangère destinés à Little Sisters sont examinés» (par. 52), et que «la Couronne fédérale n’a présenté aucun élément de preuve indiquant que ces procédures [de surveillance] reposent sur quelque fondement rationnel» (par. 271). Sa conclusion, appuyée de nombreux exemples, était que des fonctionnaires des douanes non formés étaient trop prompts à assimiler l’homosexualité à l’obscénité.

Devant notre Cour, la Couronne a reconnu que des erreurs avaient été commises dans le classement du matériel importé par les appelants, mais elle a dit qu’il fallait s’attendre à de telles erreurs compte tenu du volume considérable d’envois traités chaque jour au centre de courrier des Douanes de Vancouver. La Couronne a ajouté que les problèmes rencontrés par les appelants et dont fait état la preuve présentée au procès ont été corrigés par les modifications apportées à la *Loi sur les douanes* et à la procédure. Cela est vrai en partie, mais, personnellement, je ne crois pas que la Couronne puisse contester le procès de deux mois qui a abouti au jugement du 19 janvier 1996, lequel était très critique envers les Douanes, et affirmer du même souffle que [TRADUCTION] «c’était comme cela à l’époque, mais maintenant les choses ont changé». Les appelants ont droit à ce qu’on statue sur leurs droits à la lumière de la preuve dont disposait le juge de première instance, et à ce qu’on leur accorde une réparation qui ne se limite pas à prendre pour article de foi le maintien des bonnes intentions exprimées par le ministère.

Je me propose d’abord d’examiner les rapports entre la législation douanière et les dispositions relatives à l’obscénité du *Code criminel* telles qu’elles ont été interprétées dans l’arrêt *Butler*. Ma conclusion est que la législation douanière porte atteinte à la liberté d’expression des appelants — ce que la Couronne est prête à admettre —, mais que, à l’exception de la disposition du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* portant inversion de la charge de la preuve, elle constitue une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, que la Couronne a justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

38

39

40

The administration of the Act, however, was characterized by conduct of Customs officials that was oppressive and dismissive of the appellants' freedom of expression. Its effect — whether intended or not — was to isolate and disparage the appellants on the basis of their sexual orientation. The declaratory relief granted by the courts in British Columbia fell short of giving specific guidance to Customs in respect of future action. The appellants, however, did not pursue more structured relief under s. 24(1) of the *Charter* in their appeal to the British Columbia Court of Appeal or to this Court. Their primary objective was and is to have the Customs legislation declared unconstitutional under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, either generally or in relation to importations by the gay and lesbian community. In my view, the appellants' attack on the legislation is correct only in part, that is to say in relation to the application of the reverse onus provision, but as to that part the appeal must be allowed.

A. *The Appellants' Attack on the Customs Tariff Act and the Customs Act*

41

The appellants allege, and the Crown agrees, that the Customs legislation constitutes a *prima facie* limitation on their s. 2(b) freedom of expression which must be justified under s. 1 of the *Charter*. The Constitution protects the right to receive expressive material as much as it does the right to create it: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40. Section 2(b) "protects listeners as well as speakers": *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767.

42

Beyond this common ground, however, the appellants attack the constitutionality of the Customs legislation on two more specific grounds. First the appellants argue that the "harm-based" interpretation given to s. 163 of the *Criminal Code* in *Butler, supra*, does not apply to gay and lesbian erotica in the same way as it does to heterosexual

Toutefois, l'application de la Loi a été marquée par la conduite des fonctionnaires des douanes, qui était oppressive et indifférente à la liberté d'expression des appelants. Son effet — voulu ou non — a été d'isoler et de discréditer les appelants sur le fondement de leur orientation sexuelle. Le redressement de nature déclaratoire accordé par les tribunaux de la Colombie-Britannique n'a pas vraiment donné d'indications précises aux Douanes quant à la façon d'agir dans le futur. Toutefois, les appelants n'ont pas demandé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ni à notre Cour de leur accorder une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Leur objectif premier était et demeure l'invalidation de la législation douanière en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit de façon générale soit à l'égard des importations faites par la communauté gaie et lesbienne. À mon avis, une partie seulement de la contestation de la législation douanière par les appelants est bien fondée, soit celle qui concerne l'application de la disposition portant inversion de la charge de la preuve, mais le pourvoi doit être accueilli à cet égard.

A. *La contestation des appelants concernant le Tarif des douanes et la Loi sur les douanes*

Les appelants prétendent — et la Couronne concède — que la législation douanière constitue une atteinte *prima facie* à la liberté d'expression que leur garantit l'al. 2b), et que cette atteinte doit être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La Constitution protège tout autant le droit de recevoir du matériel expressif que celui d'en créer: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1339 et 1340. L'alinéa 2b) «protège autant celui qui s'exprime que celui qui [. . .] écoute»: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 767.

Toutefois, hormis ces points non contestés, les appelants attaquent la constitutionnalité de la législation douanière pour deux autres motifs plus précis. Premièrement, ils plaident que l'interprétation «fondée sur le préjudice» qui a été invoquée à l'égard de l'art. 163 du *Code criminel* dans l'arrêt *Butler*, précité, ne s'applique pas de la même

erotica, or perhaps at all. Because the prohibition against importation of obscene goods contained in the Customs legislation is rooted explicitly in s. 163 of the *Criminal Code*, acceptance of this argument would mean that gay and lesbian publications would not be subject to the ordinary border regime applicable to other forms of expression.

Secondly, the appellants say that the procedure laid down in the Customs legislation is so cumbersome and procedurally defective that it is incapable of being administered consistently with the protection of their *Charter* rights. They analogize the multi-tier internal review process and its attendant complexities and delays to the procedural requirements struck down in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, where Dickson C.J. held that the source of the unconstitutional delay in access to therapeutic abortions was the impugned *Criminal Code* provision itself. He said, at p. 60:

One must conclude, and perhaps underline, that the delay experienced by many women seeking a therapeutic abortion, be it of one, two, four, or six weeks' duration, is caused in large measure by the requirements of s. 251 itself. [Emphasis added.]

My conclusion on the first branch of the appellants' attack is that the *Butler* analysis does not discriminate against the gay and lesbian community. *Butler* is directed to the prevention of harm, and is indifferent to whether such harm arises in the context of heterosexuality or homosexuality. Nor in my view is the gay and lesbian community discriminated against in the Customs legislation, which is quite capable of being administered in a manner that respects *Charter* rights. The government is entitled to impose border inspections of expressive material. The obstacles experienced by the appellants and detailed at length by the trial judge were not inherent in the statutory scheme.

manière au matériel érotique gai et lesbien et au matériel érotique hétérosexuel, ou ne s'y applique peut-être même pas du tout. Étant donné que la prohibition d'importer des marchandises obscènes que prévoit la législation douanière découle explicitement de l'art. 163 du *Code criminel*, le fait d'accepter cet argument signifierait que les publications gaies et lesbiennes ne seraient pas assujetties au régime frontalier ordinaire applicable aux autres formes d'expression.

Deuxièmement, les appelants affirment que la procédure prévue par la législation douanière est si lourde et lacunaire sur le plan procédural qu'elle ne peut pas être appliquée d'une manière compatible avec la protection des droits que leur garantit la *Charte*. Ils font une analogie entre, d'une part, le processus de révision interne à plusieurs étapes et les difficultés et délais y afférents, et, d'autre part, les exigences procédurales qui ont été invalidées dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, arrêt dans lequel le juge en chef Dickson a conclu que la source du délai inconstitutionnel en matière d'accès aux avortements thérapeutiques était la disposition contestée du *Code criminel* elle-même. Il a dit ceci, à la p. 60:

On doit conclure, et peut-être souligner, que l'attente que doivent subir de nombreuses femmes voulant un avortement thérapeutique, qu'il s'agisse d'une, de deux, de quatre ou de six semaines, est due dans une large mesure aux exigences de l'art. 251 lui-même. [Je souligne.]

Ma conclusion sur le premier volet de la contestation des appelants est que l'analyse fondée sur l'arrêt *Butler* n'a aucun effet discriminatoire envers la communauté gaie et lesbienne. L'arrêt *Butler* vise à éviter que ne survienne un préjudice, sans égard au fait que ce soit en contexte hétérosexuel ou homosexuel. J'estime également que la communauté gaie et lesbienne ne fait l'objet d'aucune discrimination dans la législation douanière et qu'il est parfaitement possible d'appliquer cette législation d'une manière qui respecte les droits garantis par la *Charte*. Le gouvernement a le droit d'imposer l'inspection frontalière du matériel expressif. Les obstacles rencontrés par les appe-

43

44

The obstacles were, however, very real and in the end quite unjustified.

B. *The Tariff Definition of Obscenity*

45 The classification of imported “expressive material” is referred to in Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, which prohibits the importation of goods described as:

Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that

(a) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

46 The incorporation by reference of s. 163(8) in the *Customs Tariff* requires Customs officials to apply that definition of obscenity, which provides as follows:

163. . . .

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene. [Emphasis added.]

C. *The Butler Definition*

47 Section 163(8) of the *Criminal Code* was authoritatively interpreted by this Court in *Butler*, *supra*. Parliament, it was held, had distanced itself from the old common law *Hicklin* test which defined obscenity in terms of whether the material in question would result in the “corruption of morals”. See *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360. “The prevention of ‘dirt for dirt’s sake’”, Sopinka J. for the majority, said at pp. 492-93, “is not a legitimate objective which would justify the violation of one of the most fundamental freedoms enshrined in the *Charter*”. For ease of analysis, Sopinka J. divided potentially obscene material into three categories at p. 484:

lants, qu’a décrits en détail le juge de première instance, n’étaient pas inhérents au régime établi par la loi. Ces obstacles étaient toutefois très réels et, en dernière analyse, tout à fait injustifiés.

B. *La définition d’obscénité dans le Tarif*

Le classement du «matériel expressif» importé est prévu au code 9956(a) de l’annexe VII du *Tarif des douanes*, qui prohibe l’importation des marchandises décrites ainsi:

Livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui:

a) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*. [Je souligne.]

Du fait de l’incorporation par renvoi du par. 163(8) au *Tarif des douanes*, les fonctionnaires des douanes sont tenus d’appliquer la définition suivante de l’obscénité:

163. . . .

(8) Pour l’application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l’exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l’un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l’horreur, la cruauté et la violence. [Je souligne.]

C. *La définition donnée dans l’arrêt Butler*

Le paragraphe 163(8) du *Code criminel* a été interprété par notre Cour dans l’arrêt *Butler*, précité, et cette interprétation fait autorité. La Cour a jugé que le Parlement s’était éloigné de l’ancien critère de common law établi dans l’arrêt *Hicklin*, qui définissait l’obscénité en fonction de la question de savoir si le matériel en cause entraînerait la [TRADUCTION] «corruption des mœurs». Voir *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360. «La prévention de “l’obscénité pour l’obscénité”», a affirmé le juge Sopinka, au nom de la majorité, aux pp. 492 et 493, «ne constitue pas un objectif légitime qui justifierait la violation de l’une des libertés les plus fondamentales consacrées dans la *Charte*». Pour faciliter l’analyse, le juge Sopinka a divisé le matériel potentiellement obscène en trois catégories à la p. 484:

- (1) explicit sex with violence,
- (2) explicit sex without violence, but which subjects participants to treatment that is degrading or dehumanizing if the material creates a substantial risk of harm,
- (3) explicit sex without violence among adults that is neither degrading nor dehumanizing.

In applying the community standard of tolerance to each of these categories, *Butler* concluded (at p. 485) that the first category — the depiction of explicit sex coupled with violence — will “almost always” constitute the undue exploitation of sex. The second category — explicit sex that is “degrading or dehumanizing” — may be undue “if the risk of harm is substantial”. The third category — explicit sex that is not violent and is neither degrading nor dehumanizing — is “generally tolerated in our society and will not qualify as the undue exploitation of sex unless it employs children in its production”.

The key word in the statutory definition — “undue” — was interpreted to incorporate an assessment of the broader community’s tolerance of harm. As Sopinka J. states at p. 479:

This type of material would, apparently, fail the community standards test not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly to women.

Again, at p. 481, after citing Wilson J. in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, Sopinka J. emphasizes that “[t]he community is the arbiter as to what is harmful to it”. And, at p. 485, he says:

- (1) les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence;
- (2) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent les participants à un traitement dégradant ou déshumanisant lorsque le matériel crée un risque de préjudice important;
- (3) les choses sexuelles explicites entre des adultes, qui ne sont pas accompagnées de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes.

À la suite de l’application de la norme de tolérance de la société à chacune de ces catégories, il a été jugé, dans *Butler* (à la p. 485), que la première catégorie — la représentation des choses sexuelles explicites accompagnées de violence — constituait «presque toujours» une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses appartenant à la deuxième catégorie — les choses sexuelles explicites qui sont «dégradant[es] ou déshumanisant[es]» — peuvent être indues «si le risque de préjudice est important». Celles relevant de la troisième catégorie — les choses sexuelles explicites qui ne sont pas accompagnées de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes — sont «généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d’enfants».

Il a été jugé que le mot clé de la définition donnée dans la loi — savoir le mot «indue» — intégraient une appréciation de la tolérance de la société en général au préjudice. Comme l’a dit le juge Sopinka, à la p. 479:

Ce genre de matériel échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu’il choque la morale, mais parce que, dans l’opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes.

De même, à la p. 481, après s’être référé aux motifs du juge Wilson dans l’arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, le juge Sopinka a souligné que «[c]’est la société qui juge ce qui est nocif pour elle». Et, à la p. 485, il a dit ceci:

48

49

50

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. [Emphasis added.]

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. [Je souligne.]

51 This approach was accepted by Gonthier J., concurring, who said at p. 520:

Cette approche a été acceptée par le juge Gonthier qui, dans ses motifs concordants, a dit ceci, à la p. 520:

In this context, tolerance must be related to the harm. It must mean not only tolerance of the materials, but also tolerance of the harm which they may bring about. [Emphasis added.]

Dans ce contexte, il doit exister un rapport entre la tolérance et le préjudice. Elle doit signifier qu'il y a non seulement tolérance du matériel, mais aussi tolérance du préjudice que ce matériel est susceptible de causer. [Je souligne.]

52 In the result, *Butler* affirmed constitutional protection for sexually explicit expression and drew the boundary only where harm exceeded the community's level of tolerance. Section 163(8) of the *Criminal Code* was upheld on the basis that (i) the definition, as interpreted, was sufficiently certain to be "prescribed by law" and (ii) being defined as a harm-based obscenity provision, it addressed a substantial and pressing social objective in a rational and proportionate way.

Par conséquent, l'arrêt *Butler* a confirmé que la Constitution protège les formes d'expression sexuellement explicites et il n'a tracé la ligne qu'au point où le préjudice excède le seuil de tolérance de la société. La validité du par. 163(8) du *Code criminel* a été confirmée pour les motifs suivants: (i) la définition, telle qu'elle avait été interprétée, avait un caractère suffisamment certain pour être considérée comme «prescrite par une règle de droit», (ii) étant défini comme une disposition relative à l'obscénité qui est fonction du préjudice, le paragraphe en cause visait, d'une manière rationnelle et proportionnelle, un objectif social urgent et réel.

D. *Analysis of the Appellants' Criticism of the Butler Test*

D. *Analyse de la critique par les appelants du critère établi dans Butler*

53 The appellants question the correctness of *Butler* and say, in any event, that its approach cannot be freely transferred from heterosexual erotica to gay and lesbian erotica. No constitutional question was stated regarding the validity or constitutional limits of s. 163 of the *Criminal Code*. The absence of notice of such a constitutional question precludes the wide-ranging reconsideration of *Butler* sought by the appellants and some of the interveners (even if the Court were to conclude that such a reconsideration is either necessary or desirable). On the more specific issues, the appellants, and the interveners in their support, argue that in the context of the Customs legislation a "harm-based" approach which utilizes a single community standard across all regions and groups within society is insufficiently "contextual" or sensitive to specific cir-

Les appelants mettent en doute le bien-fondé de l'arrêt *Butler* et affirment que, quoiqu'il en soit, l'approche établie dans cet arrêt ne peut pas être automatiquement transposée du matériel érotique hétérosexuel au matériel érotique gai et lesbien. Aucune question constitutionnelle n'a été formulée relativement à la validité ou aux limites constitutionnelles de l'art. 163 du *Code criminel*. Le fait qu'on n'ait pas donné avis d'une telle question constitutionnelle empêche le réexamen en profondeur de l'arrêt *Butler* que sollicitent les appelants et certains intervenants (et ce même si notre Cour devait conclure qu'un tel réexamen est nécessaire ou souhaitable). Relativement aux questions plus précises, les appelants — ainsi que les intervenants qui les appuient — plaident que, dans le contexte de la législation douanière, le recours à une appro-

cumstances to give effect to the equality rights of gays and lesbians. The appellants, supported by the interveners LEAF and EGALÉ, contend that homosexual erotica plays an important role in providing a positive self-image to gays and lesbians, who may feel isolated and rejected in the heterosexual mainstream. Erotica provides a positive celebration of what it means to be gay or lesbian. As such, it is argued that sexual speech in the context of gay and lesbian culture is a core value and *Butler* cannot legitimately be applied to locate it at the fringes of s. 2(b) expression. Erotica, they contend, plays a different role in a gay and lesbian community than it does in a heterosexual community, and the *Butler* approach based, they say, on heterosexual norms, is oblivious to this fact. Gays and lesbians are defined by their sexuality and are therefore disproportionately vulnerable to sexual censorship.

che «fondée sur le préjudice» appliquant une seule et même norme sociale pour toutes les régions et pour tous les groupes de la société n'est pas suffisamment «contextuelle», ou propre à tenir compte de circonstances particulières, pour donner effet aux droits à l'égalité des gais et des lesbiennes. Les appellants, appuyés par les intervenants Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et EGALÉ, soutiennent que le matériel érotique homosexuel contribue de façon importante à donner une image de soi positive aux gais et aux lesbiennes, qui peuvent se sentir isolés et rejetés dans le courant dominant hétérosexuel. Le matériel érotique, affirment-ils, constitue une affirmation positive de ce que signifie le fait d'être gai ou lesbienne. En conséquence, on prétend que, dans le contexte de la culture gaie et lesbienne, l'expression sexuelle constitue une valeur essentielle et que l'arrêt *Butler* ne saurait légitimement être appliqué pour la refouler aux confins de la liberté d'expression visée par l'al. 2b). Le matériel érotique, d'affirmer les appellants, joue un rôle différent dans la communauté gaie et lesbienne de celui qu'il joue dans la communauté hétérosexuelle, et l'approche établie dans l'arrêt *Butler* qui, disent-ils, est fondée sur des normes hétérosexuelles, ne tient pas compte de ce fait. Les gais et les lesbiennes sont définis par leur sexualité et par conséquent disproportionnellement vulnérables à la censure sexuelle.

The appellants' criticisms of *Butler* can, for present purposes, be grouped under the following headings.

(a) The Community Standard of Tolerance Is Majoritarian and Suppresses Minority Speech, Including Homosexual Expression

The appellants contend that importing a majoritarian analysis into the definition of obscenity (e.g. what the broader Canadian community will tolerate), inevitably creates prejudice against non-mainstream, minority representations of sex and sexuality. They argue that the "national" community is by definition majoritarian and is more likely than the homosexual community itself to view gay and lesbian imagery as degrading and

Les critiques des appelants à l'égard de l'arrêt *Butler* peuvent, pour les fins qui nous occupent, être regroupées sous les rubriques suivantes.

a) La norme de tolérance de la société a un parti-pris majoritaire et étouffe la liberté d'expression de la minorité, y compris celle des homosexuels

Les appelants soutiennent qu'intégrer une analyse de tendance majoritaire à la définition d'obscénité (par exemple en se référant à ce que la société canadienne en général est disposée à tolérer) crée inévitablement un préjugé contre les représentations du sexe et de la sexualité qui n'émanent pas du courant dominant, mais plutôt de la minorité. Ils affirment que la collectivité «nationale» a par définition un caractère majoritaire et

54

55

dehumanizing. The whole idea of a community standards test, they say, is incompatible with *Charter* values that were enacted to protect minority rights. The fact that no particular evidence to define the community standard is required to support a successful prosecution heightens the vulnerability of minorities (B. Cossman et al., *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision* (1997), at pp. 107-8). What makes this standard even more problematic in the context of gay and lesbian erotica is that where expression is suppressed on the basis of sexual orientation, so goes the argument, it silences voices that are already suppressed and subject to discrimination. Professor Richard Moon says that in *Butler* “[j]udicial subjectivity (value judgment) is simply dressed up in the objective garb of community standards” (“*R. v. Butler: The Limits of the Supreme Court’s Feminist Re-Interpretation of Section 163*” (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 361, at p. 370).

est plus susceptible que la collectivité homosexuelle elle-même de considérer les représentations gaies et lesbiennes comme étant dégradantes et déshumanisantes. Les appelants affirment que toute l’idée de critère des normes sociales est incompatible avec les valeurs qui ont été édictées dans la *Charte* en vue de protéger les droits des minorités. Le fait qu’aucune preuve particulière définissant la norme sociale n’est requise pour assurer le succès des poursuites augmente la vulnérabilité des minorités (B. Cossman et autres, *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision* (1997), aux pp. 107 et 108). Ce qui rend cette norme encore plus problématique dans le contexte du matériel érotique gai et lesbien est que, selon l’argument avancé, lorsque la liberté d’expression est étouffée du fait de l’orientation sexuelle, cela a pour effet de faire taire des voix qui sont déjà réduites au silence et sujettes à la discrimination. Le professeur Richard Moon dit que, dans l’arrêt *Butler*, [TRADUCTION] «[l]a subjectivité judiciaire (jugement de valeur) est simplement parée des atours objectifs que représentent les normes sociales» («*R. v. Butler: The Limits of the Supreme Court’s Feminist Re-Interpretation of Section 163*» (1993), 25 *R.D. Ottawa* 361, à la p. 370).

56

This line of criticism underestimates *Butler*. While it is of course true that under s. 163 of the *Criminal Code* the “community standard” is identified by a jury or a judge sitting alone, and to that extent involves an attribution rather than an opinion poll, the test was adopted to underscore the unacceptability of the trier of fact indulging personal biases, as was held to have happened in *Towne Cinema, supra*. A concern for minority expression is one of the principal factors that led to adoption of the national community test in *Butler* in the first place, *per* Sopinka J., at p. 484:

Some segments of society would consider that all three categories of pornography cause harm to society because they tend to undermine its moral fibre. Others would contend that none of the categories cause harm. Furthermore there is a range of opinion as to what is

Les critiques de ce genre sous-estiment la portée de l’arrêt *Butler*. Quoiqu’il soit vrai évidemment que, dans l’application de l’art. 163 du *Code criminel*, la «norme sociale» est identifiée par un jury ou par un juge siégeant seul et que, dans cette mesure, elle découle d’un acte d’attribution plutôt que d’un sondage d’opinion, ce critère a été adopté pour bien indiquer qu’il était inacceptable que le juge des faits donne libre cours à ses préjugés, comme, a-t-on jugé, cela s’était produit dans *Towne Cinema, précité*. Le souci de protéger la liberté d’expression de la minorité est l’un des principaux facteurs qui ont d’ailleurs mené à l’adoption du critère de la collectivité nationale dans l’arrêt *Butler*, le juge Sopinka, à la p. 484:

Pour certains segments de la société, ces trois catégories de pornographie seraient nocives à la société parce qu’elles ont tendance à en ébranler la force morale. Pour d’autres, aucune de ces catégories de pornographie n’est nocive. Par ailleurs, il existe tout un éventail d’opinions

degrading or dehumanizing. See *Pornography and Prostitution in Canada: Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (1985) (the Fraser Report), vol. 1, at p. 51. Because this is not a matter that is susceptible of proof in the traditional way and because we do not wish to leave it to the individual tastes of judges, we must have a norm that will serve as an arbiter in determining what amounts to an undue exploitation of sex. That arbiter is the community as a whole.

The protective character of the national standard requirement is readily apparent from the summation of the test in *Butler* (at p. 485):

If material is not obscene under this framework, it does not become so by reason of the person to whom it is or may be shown or exposed nor by reason of the place or manner in which it is shown.

In other words, a person's constitutionally protected space does not shrink by virtue of his or her geographical location or participation in a certain context or community, or indeed by the taste of a particular judge or jury. It is not necessarily in the interest of the minority to disaggregate community standards. The appellants have in mind a special standard related to their lesbian and gay target audience. The fact is, however, that they operate a bookstore in a very public place open to anyone who happens by, including potentially outraged individuals of the local community who might wish to have the bookstore closed down altogether. If "special standards" are to apply, whose "special standard" is it to be? There is some safety in numbers, and a national constituency that is made up of many different minorities is a guarantee of tolerance for minority expression.

Butler affirmed that Parliament had successfully criminalized harmful sexual expression, that is to say sexual expression that is shown to be incompatible with society's proper functioning, but Canadian society also recognizes as fundamental to its proper functioning the *Charter* rights to free-

quant à savoir ce qui constitue un traitement dégradant ou déshumanisant. Voir *La pornographie et la prostitution au Canada: Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (1985) (le rapport Fraser), vol. 1, à la p. 53. Parce qu'il ne s'agit pas d'une question dont la preuve peut être faite de façon traditionnelle et parce que nous ne voulons pas nous en remettre aux goûts de chacun des juges, nous devons disposer d'une norme qui fera fonction d'arbitre pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles. Cet arbitre est l'ensemble de la société.

Le caractère protecteur de l'exigence relative à la norme nationale ressort d'emblée du résumé du critère dans l'arrêt *Butler* (à la p. 485):

Si, dans ce cadre, le matériel n'est pas obscène, il ne le devient pas en raison de la personne qui le voit ou risque de le voir ni de l'endroit ou de la façon dont il est présenté.

En d'autres termes, la protection garantie à une personne par la Constitution ne rétrécit pas en raison du lieu où elle se trouve, du fait qu'elle se trouve dans une certaine situation ou qu'elle appartient à une collectivité particulière, ni d'ailleurs des goûts d'un juge ou jury donné. Il n'est pas nécessairement dans l'intérêt de la minorité de scinder les normes sociales. Les appelants ont à l'esprit une norme spéciale, rattachée à leur public cible composé de lesbiennes et de gais. Le fait est, toutefois, qu'ils exploitent une librairie dans un lieu très public, ouvert à tout passant, y compris aux membres de la collectivité locale susceptibles d'être scandalisés et de souhaiter purement et simplement la fermeture de la librairie. Si des «normes spéciales» doivent s'appliquer, les «normes spéciales» de quel groupe retiendra-t-on? Dans une certaine mesure, plus on est nombreux plus on est en sécurité, et l'existence d'une collectivité nationale composée de nombreuses minorités est une garantie de tolérance pour les formes d'expression de ces groupes.

L'arrêt *Butler* a confirmé que le Parlement avait criminalisé avec succès les formes d'expression sexuelle préjudiciables, c'est-à-dire les formes d'expression sexuelle dont on démontre l'incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société, mais la société canadienne reconnaît également

57

58

dom of expression and equality. The standard of tolerance of this same Canadian society cannot reasonably be interpreted as seeking to suppress sexual expression in the gay and lesbian community in a discriminatory way.

comme essentiels à son bon fonctionnement les droits suivants garantis par la *Charte*: la liberté d'expression et les droits à l'égalité. La norme de tolérance de cette même société canadienne en matière d'obscénité ne saurait raisonnablement être considérée comme visant à étouffer de manière discriminatoire la liberté d'expression sexuelle dans la communauté gaie et lesbienne.

59

It may serve repeating that the national community standard relates to harm not taste, and is restricted, *per* Sopinka J., at p. 485, to “conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning”. The test is therefore not only concerned with harm, but harm that rises to the level of being *incompatible* with the proper functioning of Canadian society. The Canadian Civil Liberties Association (CCLA) argues that “for gays and lesbians erotica and other material with sexual content is not harmful and is in fact a key element of the quest for self-fulfilment” (*factum*, at para. 14). So described, the CCLA has defined the material safely outside the *Butler* paradigm. *Butler* placed harmful expression — not sexual expression — at the margin of s. 2(b).

Il est peut-être utile de répéter que la norme de la collectivité nationale est fonction du préjudice et non affaire de goût, et qu'elle se limite au «comportement [. . .] que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement» (le juge Sopinka, à la p. 485). Le critère ne s'attache donc pas uniquement au préjudice, mais au préjudice qui est grave au point d'être *incompatible* avec le bon fonctionnement de la société canadienne. La Canadian Civil Liberties Association (CCLA) prétend que [TRADUCTION] «pour les gais et les lesbiennes, le matériel à contenu sexuel, notamment le matériel érotique, n'est pas préjudiciable et constitue dans les faits un élément clé dans leur quête d'épanouissement personnel» (mémoire, au par. 14). En décrivant le matériel de cette façon, la CCLA l'a soigneusement écarté du paradigme de l'arrêt *Butler*. L'arrêt *Butler* a placé les formes d'expression préjudiciables — et non les formes d'expression sexuelle — en marge de l'al. 2b).

(b) The Degrading or Dehumanizing Test Is Open to Homophobic Prejudice

(b) Le critère du caractère dégradant ou déshumanisant est vulnérable aux préjugés homophobes

60

The appellants argue that the “degrading or dehumanizing” language in *Butler* is highly subjective and encouraged Customs, for example, to prohibit depictions of anal intercourse long after the Department of Justice advised Customs to the contrary. This argument seems to ignore that the phrase “degrading or dehumanizing” in *Butler* is qualified immediately by the words “if the risk of harm is substantial” (p. 485 (emphasis added)). This makes it clear that not all sexually explicit erotica depicting adults engaged in conduct which is considered to be degrading or dehumanizing is obscene. The material must also create a substantial risk of harm which exceeds the community's

Les appelants prétendent que les termes «dégradant ou déshumanisant» utilisés dans l'arrêt *Butler* sont très subjectifs et ont, par exemple, incité les Douanes à interdire les représentations de relations anales longtemps après que le ministère de la Justice leur ait fourni un avis à l'effet contraire. Cet argument semble ne pas tenir compte du fait que l'expression «dégradant ou déshumanisant» utilisée dans cet arrêt est immédiatement tempérée par les mots «si le risque de préjudice est important» (p. 485 (je souligne)). Cela indique clairement que le matériel érotique sexuellement explicite représentant des adultes se livrant à des actes considérés comme dégradants ou déshumanisants n'est pas

tolerance. The potential of harm and a same-sex depiction are not necessarily mutually exclusive. Portrayal of a dominatrix engaged in the non-violent degradation of an ostensibly willing sex slave is no less dehumanizing if the victim happens to be of the same sex, and no less (and no more) harmful in its reassurance to the viewer that the victim finds such conduct both normal and pleasurable. Parliament's concern was with behavioural changes in the *voyeur* that are potentially harmful in ways or to an extent that the community is not prepared to tolerate. There is no reason to restrict that concern to the heterosexual community.

(c) The Harm-Based Approach Is Merely Morality in Disguise

The appellants argue that while the Court in *Butler* purported to move away from the morality-based approach, a harm-based test effectively rests on the same discredited moral foundation.

This line of argument simply rejects the idea that *Butler* means what it says, i.e., that the community standard of tolerance is based on the reasonable apprehension of harm, not on morality. The arguments assume that any appeal to a national community standard cannot be targeted on harm and will inevitably be overwhelmed by majoritarian taste. This approach presupposes that the arbiter (the broader community) is incapable of being focussed on the task that it is required to address (harm). We have no evidence that the courts are not able to apply the *Butler* test, and the reported decisions seem to confirm that the identification of harm is a well understood requirement: *R. v. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549 (C.A.), at p. 566; *R. v. Jacob* (1996), 112 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), a case of alleged indecent exposure; and

toujours obscène. Ce matériel doit également créer un risque de préjudice important, qui excède le seuil de tolérance de la société. Le risque de préjudice et la représentation de personnes de même sexe ne s'excluent pas nécessairement. La représentation d'une dominatrice s'employant à dégrader de façon non violente un esclave sexuel apparemment consentant n'est pas moins déshumanisante s'il se trouve que la victime est du même sexe, et pas moins (ni plus) préjudiciable même si elle rassure le spectateur en lui montrant que la victime trouve cette conduite à la fois normale et agréable. Le Parlement se souciait des changements de comportement chez le *voyeur* qui sont susceptibles d'être préjudiciables de certaines façons dans une mesure que la société n'est pas prête à tolérer. Il n'y a aucune raison de restreindre cette préoccupation à la communauté hétérosexuelle.

c) L'approche fondée sur le préjudice n'est que du moralisme déguisé

Les appelants plaident que, quoique dans l'arrêt *Butler* notre Cour ait voulu s'éloigner de l'approche fondée sur la moralité, un critère fondé sur le préjudice repose dans les faits sur le même fondement moral discrédité.

Cette argumentation rejette tout simplement l'idée que l'effet de l'arrêt *Butler* correspond à son libellé, c'est-à-dire que la norme de tolérance de la société est fondée sur la crainte raisonnable de préjudice, et non pas sur la moralité. Ces arguments supposent que tout recours à la norme de la collectivité nationale ne saurait s'attacher au préjudice et cédera inévitablement devant les goûts de la majorité. Cette approche présuppose que l'arbitre (en l'occurrence la société en général) est incapable de se concentrer sur le problème qu'il doit régler (le préjudice). Nous ne disposons d'aucune preuve indiquant que les tribunaux sont incapables d'appliquer le critère établi dans *Butler*, et les décisions publiées semblent confirmer que l'identification du préjudice est une exigence bien comprise: *R. c. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549 (C.A.), à la p. 566; *R. c. Jacob* (1996), 112 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), affaire d'accusation d'action indécente; et

61

62

R. v. Erotica Video Exchange Ltd. (1994), 163 A.R. 181 (Prov. Ct.).

R. c. Erotica Video Exchange Ltd. (1994), 163 A.R. 181 (C. prov.).

63 The intervener LEAF took the position that sado-masochism performs an emancipatory role in gay and lesbian culture and should therefore be judged by a different standard from that applicable to heterosexual culture. In support of this position LEAF points out that, by definition, gender discrimination is not an issue in “same-sex erotica”. On the other hand, the intervener Equality Now took the view that gay and lesbian individuals have as much right as their heterosexual counterparts to be protected from depictions of sex with violence or sexual conduct that is dehumanizing or degrading in a way that can cause harm that exceeds community standards of tolerance.

L’intervenant Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes a plaidé que le sado-masochisme a un effet émancipateur dans la culture gaie et lesbienne et devrait donc être jugé selon une norme différente de celle applicable à la culture hétérosexuelle. Au soutien de cette thèse, le Fonds souligne que, par définition, la discrimination fondée sur le sexe ne s’applique pas dans le cas du [TRADUCTION] «matériel érotique montrant des personnes de même sexe». Par contre, l’intervenante Equality Now a affirmé que les gais et les lesbiennes ont autant le droit que leurs homologues hétérosexuels d’être protégés contre les représentations de choses sexuelles accompagnées de violence ou d’actes sexuels qui sont déshumanisants ou dégradants et susceptibles de causer un préjudice excédant les normes de tolérance de la société.

64 LEAF’s argument seems to presuppose that the *Butler* test is exclusively gender-based. Violence against women was only one of several concerns, albeit an important one, that led to the formulation of the *Butler* harm-based test, which itself is gender neutral. While it would be quite open to the appellants to argue that a particular publication does not exceed the general community’s tolerance of harm for various reasons, gay and lesbian culture as such does not constitute a general exemption from the *Butler* test.

L’argument du Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes semble présupposer que le critère établi dans *Butler* est fondé exclusivement sur le sexe des individus. La violence faite aux femmes n’était qu’une des préoccupations — une préoccupation importante cependant — qui ont conduit dans *Butler* à la formulation du critère fondé sur le préjudice, critère ne faisant lui-même aucune distinction de sexe. Bien qu’il soit tout à fait loisible aux appelants de prétendre que, pour diverses raisons, une publication donnée n’excède pas le seuil de tolérance au préjudice de la société en général, la culture gaie et lesbienne ne constitue pas en soi une exemption générale du critère établi dans *Butler*.

(d) The *Butler* Test Is Oriented to Sexually Explicit Videos and Is Inappropriate for a Written Text

d) Le critère établi dans *Butler* vise les vidéos sexuellement explicites et est inapproprié pour les écrits

65 A judicial decision is always to be read in the context of its particular facts. The *Butler* case largely involved videos. Nevertheless, there is nothing in the judgments of Sopinka and Gonthier JJ. to suggest that the *Butler* test was not intended to apply to written texts. I do not underestimate the importance of the medium, but ultimately *Butler*’s

Une décision judiciaire doit toujours être interprétée dans le contexte des faits qui lui sont propres. L’arrêt *Butler* portait en grande partie sur des vidéos. Néanmoins, rien dans les motifs des juges Sopinka et Gonthier ne tend à indiquer que le critère établi dans cet arrêt n’était pas censé s’appliquer aux écrits. Je ne sous-estime pas l’import-

concern was not with the medium but with the message. It may be very difficult to make the case of obscenity against a book, which is a medium perhaps less likely to be conducive to harm and more likely to be protected by the artistic merit or “inherent necessities” defence. The history of unsuccessful prosecutions of literary works in this country since *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681 (*Lady Chatterley’s Lover*) seems to bear out this difficulty. In the Customs context, the time involved to review properly a written text of considerable length for obscenity may be out of all proportion to the supposed benefits. At some point Customs authorities may decide that book banning should in most cases be left to those responsible for enforcing the *Criminal Code*. However, the sheer difficulty of making a successful obscenity case against a book should be seen by the appellants, I would have thought, as one of the merits of the *Butler* test.

(e) The *Butler* Record Did Not Include Erotica Targeted at a Gay and Lesbian Clientele

The appellants argue that the lesbian depictions in the *Butler* record were aimed at a heterosexual male audience, and that the Court did not have occasion to address the differences between heterosexual and homosexual erotica. The trial judge certainly noted such differences, albeit recognizing that the “target audience” concept had been rejected in *Towne Cinema, supra*. He also accepted as a sufficient basis for parliamentary intervention a “reasoned apprehension of harm” (*Butler*, at p. 504), and in this respect he relied on the conclusion of Professor Neil M. Malamuth that “homosexual pornography may have harmful effects even if it is distinct in certain ways from heterosexual

tance du moyen d’expression, mais, en bout de ligne, c’est le message et non le moyen d’expression qui était en cause dans l’arrêt *Butler*. Il peut s’avérer très difficile de démontrer le caractère obscène d’un livre, moyen d’expression qui est peut-être moins susceptible de causer un préjudice mais en même temps davantage susceptible de bénéficier de la protection des moyens de défense fondés sur la valeur artistique ou les «besoins internes». La liste des poursuites infructueuses intentées contre des œuvres littéraires au Canada depuis l’arrêt *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681 (*L’Amant de Lady Chatterley*) semble confirmer cette difficulté. Dans le contexte des douanes, le temps requis pour examiner adéquatement un écrit d’une longueur considérable afin de voir s’il est obscène peut être hors de toute proportion avec les avantages censés découler de cette mesure. Les autorités douanières peuvent décider, à un moment donné, que la tâche d’interdire des livres devrait dans la plupart des cas être laissée à ceux qui sont chargés de l’application du *Code criminel*. Cependant, j’aurais cru que le seul fait qu’il soit si difficile de prouver qu’un livre est obscène serait considéré par les appelants comme l’un des mérites du critère établi dans *Butler*.

(e) Le dossier dans *Butler* ne comportait pas de matériel érotique destiné à la clientèle gaie et lesbienne

Les appelants prétendent que les représentations d’actes de lesbianisme figurant au dossier dans *Butler* étaient destinées à un public hétérosexuel masculin et que notre Cour n’a pas eu l’occasion d’examiner les différences entre le matériel érotique destiné aux hétérosexuels et celui destiné aux homosexuels. Le juge de première instance n’a pas manqué de souligner ces différences, reconnaissant toutefois que la notion de [TRADUCTION] «public cible» avait été rejetée dans l’arrêt *Towne Cinema*, précité. Il a également accepté comme fondement suffisant de l’intervention du Parlement l’existence d’une «appréhension raisonnée du préjudice» (*Butler*, à la p. 504), et à cet égard, il s’est appuyé sur la conclusion du professeur Neil M. Malamuth selon laquelle [TRADUCTION] «la pornographie homosexuelle peut avoir des effets préjudiciables même si elle se distingue à certains égards de la

pornography”. Professor Malamuth further observed that:

In recent years, [there] has been increasing scientific research indicating that some of the behaviors that might be related to exposure to some types of pornography are a serious problem within the gay community as well as within the heterosexual one. . . . [T]here are studies suggesting that within homosexual interactions the frequency of sexually coercive acts as well as non-sexual aggression between intimates occurs at a frequency quite comparable to heterosexual interactions.

67

The trial judge concluded that while erotica plays a more central role in gay and lesbian culture than in heterosexual culture, the “harm-based” *Butler* approach is applicable to both. In the application of the test, a court is able to sift out erotica that in fact falls within the community’s tolerance of harm. While the social science evidence is thin, it must be remembered that in *Butler* itself the Court accepted that the Crown could not be required to adduce a higher level of proof than the subject matter admits of. As Sopinka J. stated at p. 502:

While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs.

and at p. 504:

I am in agreement with Twaddle J.A. who expressed the view that Parliament was entitled to have a “reasoned apprehension of harm” resulting from the desensitization of individuals exposed to materials which depict violence, cruelty, and dehumanization in sexual relations.

68

I agree with the trial judge and with the majority of the British Columbia Court of Appeal that the

pornographie hétérosexuelle». Le professeur Malamuth a également fait l’observation suivante:

[TRADUCTION] Au cours des dernières années, [un] nombre de plus en plus grand de travaux scientifiques indique que certains comportements qui pourraient être liés au fait d’être exposé à certains genres de pornographie constituent un problème sérieux au sein de la communauté homosexuelle de même qu’au sein de la communauté hétérosexuelle [. . .] [D]es études tendent à indiquer que, dans le cadre des relations homosexuelles, les actes de coercition sexuelle et les agressions non sexuelles entre partenaires surviennent à une fréquence tout à fait comparable à celle observée dans les relations hétérosexuelles.

Le juge de première instance a estimé que, quoique le matériel érotique joue un rôle plus important dans la culture gaie et lesbienne que dans la culture hétérosexuelle, l’approche «fondée sur le préjudice» retenue dans l’arrêt *Butler* s’appliquait aux deux. Dans l’application du critère, le tribunal est capable de filtrer le matériel érotique qui, dans les faits, respecte le seuil de tolérance de la société au préjudice. Bien que la preuve relevant des sciences sociales soit mince, il faut se rappeler que, dans l’arrêt *Butler* comme tel, notre Cour a reconnu qu’on ne pouvait exiger de la Couronne qu’elle présente une preuve plus grande que ne le permet le sujet en question. Comme l’a dit le juge Sopinka, à la p. 502:

Bien qu’il puisse être difficile, voire impossible, d’établir l’existence d’un lien direct entre l’obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu’il existe un lien causal entre le fait d’être exposé à des images et les changements d’attitude et de croyance.

De poursuivre le juge, à la p. 504:

Je suis d’accord avec le juge Twaddle de la Cour d’appel qui s’est dit d’avis que le Parlement avait le droit d’avoir [TRADUCTION] «une appréhension raisonnée du préjudice» résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation.

Je partage l’opinion du juge de première instance et des juges majoritaires de la Cour d’appel

attempt to carve out of *Butler* a special exception for gay and lesbian erotica should be rejected.

E. Conclusion on Butler Issues

Accordingly, the legislative core of the *Customs Tariff* prohibition, i.e., imported material that meets the obscenity provisions of s. 163 of the *Criminal Code* as interpreted in *Butler*, survives *Charter* scrutiny in the context of gay and lesbian culture. The appellants argue that *Butler* applied by a Customs officer raises a different free speech issue than *Butler* applied by a court. In my view, however, Customs review should be seen in the context of proceedings leading to court (if Customs pursues the prohibitions) as discussed below.

F. Attack on the Constitutionality of the Decision-Making Structure Created by the Customs Act

On this branch of the argument the appellants claim that the statutory Customs border review procedures achieve a level of unworkability comparable to the abortion provisions of the *Criminal Code* which the Court held to be unconstitutional in *Morgentaler, supra*. Similar arguments were considered in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. In those cases, the Court found that the source of unconstitutionality resided in the legislation itself. I therefore turn in the first instance to an examination of the *Customs Tariff* and the *Customs Act* in light of the appellants' complaints. I will then take a more detailed look at the relevant authorities.

The appellants say a regulatory structure that is open to the level of maladministration described in the trial judgment is unconstitutionally underpro-

de la Colombie-Britannique selon laquelle il faut rejeter l'exception spéciale en faveur du matériel érotique gai et lesbien que l'on tente de dégager de l'arrêt *Butler*.

E. Conclusion sur les questions liées à l'arrêt Butler

Par conséquent, l'essentiel des assises législatives de la prohibition établie par le *Tarif des douanes*, c'est-à-dire le matériel importé visé par les dispositions relatives à l'obscénité de l'art. 163 du *Code criminel*, telles qu'elles ont été interprétées dans l'arrêt *Butler*, résiste à l'examen fondé sur la *Charte* dans le contexte de la culture gaie et lesbienne. Les appelants prétendent que l'arrêt *Butler* soulève une question de liberté d'expression différente lorsqu'il est appliqué par un agent des douanes plutôt que par les tribunaux. J'estime toutefois que le contrôle douanier doit être considéré dans le cadre de procédures susceptibles d'aboutir devant les tribunaux (dans les cas où les Douanes désirent faire maintenir la prohibition), comme nous le verrons plus loin.

F. Contestation de la constitutionnalité du régime décisionnaire créé par la Loi sur les douanes

Relativement à ce volet de l'argumentation, les appelants avancent que la procédure de contrôle douanier prévue par la loi atteint un degré d'inapplicabilité comparable aux dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement que notre Cour a jugées inconstitutionnelles dans l'arrêt *Morgentaler*, précité. Des arguments similaires ont été examinés dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. Dans ces arrêts, notre Cour a conclu que la source de l'inconstitutionnalité résidait dans les dispositions législatives elles-mêmes. Je vais donc, dans un premier temps, examiner le *Tarif des douanes* et la *Loi sur les douanes* à la lumière des plaintes des appelants, et, dans un second temps, analyser de façon plus approfondie les arrêts pertinents.

Les appelants affirment qu'un régime réglementaire qui donne lieu au degré de mauvaise administration décrit dans le jugement de première ins-

69

70

71

tective of their constitutional rights and should be struck down in its entirety. In effect they argue that Parliament was required to proceed by way of legislation rather than the creation of a delegated power of regulation in s. 164(1)(j), which authorizes the Governor in Council to “make regulations . . . generally, to carry out the purposes and provisions of this Act”, or by ministerial directive. My colleague Iacobucci J. accepts the propositions that “[t]his Court’s precedents demand sufficient safeguards in the legislative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights” (para. 204) and because “the legislation makes no reasonable effort to ensure that it will be applied constitutionally to expressive materials” (para. 211), Code 9956 should be struck from the *Customs Tariff*. I do not think there is any constitutional rule that requires Parliament to deal with Customs’ treatment of constitutionally protected expressive material by legislation (as the appellants contend) rather than by way of regulation (as Parliament contemplated in s. 164(1)(j)) or even by ministerial directive or departmental practice. Parliament is entitled to proceed on the basis that its enactments “will be applied constitutionally” by the public service.

tance est inconstitutionnel car il ne protège pas suffisamment les droits qui leur sont garantis par la Constitution, et que ce régime devrait être invalidé complètement. Dans les faits, ils prétendent que le Parlement était tenu d’intervenir par voie législative plutôt que par la création, à l’al. 164(1)(j), d’un pouvoir de réglementation délégué qui autorise le gouverneur en conseil à prendre, par règlement, «toute mesure d’application de la présente loi», ou par l’établissement d’une directive ministérielle. Mon collègue le juge Iacobucci accepte la proposition selon laquelle «[l]a jurisprudence de notre Cour exige que le régime législatif lui-même comporte des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution» (par. 204), et celle voulant que, comme la «législation ne comporte aucune mesure raisonnable visant à assurer qu’elle soit appliquée au matériel expressif d’une manière conforme à la Constitution» (par. 211), le code 9956 doit être radié du *Tarif des douanes*. Je ne crois pas qu’il y ait quelque règle constitutionnelle obligeant le Parlement à prescrire au moyen d’une loi (comme le prétendent les appellants) plutôt que d’un règlement (comme l’a prévu le Parlement à l’al. 164(1)(j)) ou même d’une directive ministérielle ou d’une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le matériel expressif protégé par la Constitution. Le Parlement a le droit d’agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu’il adopte «s[eront] appliqué[s] [. . .] d’une manière conforme à la Constitution» par les fonctionnaires.

72

The authorities relied on by my colleague all deal with legislation that itself contained problematic provisions. In this case, the complaint is about the *absence* of affirmative provisions, *per* Iacobucci J., at para. 166: “The Customs legislation lacks the most basic procedures necessary for a fair and accurate determination of whether something is obscene.” To put it another way, the appellants’ complaint is about what Parliament did *not* enact rather than what it *did* enact. The imposition on Parliament of a constitutional obligation to deal itself with *Charter*-sensitive matters rather than by permitting Parliament the option of enacting a delegated regulation-making power has serious

Les arrêts invoqués par mon collègue portent tous sur des lois qui contenaient elles-mêmes des dispositions problématiques. En l’espèce, la plainte porte sur l’*absence* de dispositions positives: «[l]a législation douanière souffre de l’absence de la plus élémentaire forme de procédure nécessaire pour déterminer de manière équitable et précise si quelque chose est obscène» (le juge Iacobucci, au par. 166). Autrement dit, la plainte des appelants porte sur les mesures que le Parlement *n’a pas* adoptées plutôt que sur celles qu’il a *effectivement* adoptées. Le fait d’imposer au Parlement l’obligation constitutionnelle de se charger lui-même des questions délicates eu égard à la *Charte* plutôt que

ramifications for the machinery of government. I do not agree that Parliament's options are so limited.

The initial question, however, is whether the Customs legislation itself contains procedures that infringe *Charter* rights, as in *Morgentaler*, or whether the problem here is implementation, aggravated by administrative constraints such as limited budgets and lack of qualified personnel, as found by the trial judge.

The appellants' argument can be organized under the following headings.

(a) The Crudity of the Decision-making Process

The trial judge described the process thus (at para. 256):

... while memorandum D9-1-1 requires classifying officers to read books from cover to cover, some officers simply thumb through them or read pages at random. Many officers review videotapes with the assistance of a fast-forward device, stopping only to examine scenes of explicit sex; they do not listen to the soundtrack. Some who testified acknowledged that they are not capable of determining artistic merit and that they do not attempt to do so. Others claim to consider each item carefully and completely and to determine whether the work has a valid purpose.

The appellants complain that there is no provision in the Customs legislation for a hearing (written or oral) and no opportunity for the importer to adduce evidence to inform the Customs officer. No reasons are typically given by Customs for a prohibition beyond a tick in one of eight boxes entitled "Sex With Violence", "Child Sex", "Incest", "Bestiality", "Necrophilia", "Hate Propaganda", "Anal Penetration", and "Other". The box "Other" is followed by a short line on which the inspector could write one or two words to describe the ground for

de lui permettre de déléguer un pouvoir de réglementation à cet égard, a de sérieuses répercussions sur le fonctionnement de l'appareil gouvernemental. Je ne partage pas l'avis que les choix du Parlement soient aussi limités.

La question initiale, toutefois, consiste à déterminer si la législation douanière elle-même contient des procédures qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte*, comme c'était le cas dans l'arrêt *Morgentaler*, ou s'il s'agit plutôt, en l'espèce, d'un problème de mise en œuvre, exacerbé par des contraintes de nature administrative tels des budgets limités et le manque de personnel qualifié, comme a conclu le juge de première instance.

Les divers arguments des appelants peuvent être réunis sous les rubriques suivantes.

a) La nature sommaire du processus décisionnel

Le juge de première instance a décrit ainsi ce processus (au par. 256):

[TRADUCTION]... quoique le Mémoire D9-1-1 exige que les agents de classement lisent les livres d'un bout à l'autre, certains agents ne font que les feuilleter ou lire des pages au hasard. Bien des agents examinent les vidéos à l'aide d'un mécanisme de défilement en accéléré, n'arrêtant qu'aux scènes de sexe explicites; ils n'écoutent pas la trame sonore. Certains agents qui ont témoigné ont reconnu qu'ils étaient incapables d'évaluer la valeur artistique et qu'ils ne tentaient pas de le faire. D'autres disent examiner chaque article de façon attentive et exhaustive, et déterminer si l'œuvre a un objet valide.

Les appelants se plaignent de l'absence, dans la législation douanière, de dispositions prévoyant la tenue d'une audience (par présentation d'observations écrites ou orales), ainsi que du fait que l'importateur n'a pas la possibilité de présenter des éléments de preuve en vue de renseigner l'agent des douanes. Les Douanes ne motivent généralement pas la prohibition, si ce n'est en cochant l'une des huit cases portant les titres suivants: «Violence Sexuelle», «Pornographie enfantine», «Inceste», «Bestialité», «Nécrophilie», «Propagande haineuse», «Pénétration anale» et «Autre». La case «Autre» est suivie d'une courte ligne où les inspec-

73

74

75

76

prohibition, but rarely did so in sufficient detail to be informative.

77 While these complaints have some substance, they address the statutory scheme as *operated* by officials rather than the statutory scheme itself. The Constitution does not prohibit border inspections: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Any border inspection may involve detention and, because Customs officials are only human, erroneous determinations. Thus the trial judge found at para. 234 that:

The deleterious effects of the legislation as opposed to the effects of its administration and application, are that admissible material is sometimes detained to be examined for compliance and that wrong decisions are sometimes made in the classification of materials. [Emphasis added.]

I regard such potential as inherent in any border surveillance scheme. Of themselves, they afford no reason to declare the legislation unconstitutional.

78 If Parliament can validly prohibit obscenity, and *Butler* held that it had validly done so, the prohibition can be imposed at the border as well as within the country. The only expressive material that Parliament has authorized Customs to prohibit as obscene is material that is, by definition, the subject of criminal penalties for those who are engaged in its production or trafficking (or have possession of it for those purposes). The concern with prior restraint, discussed by my colleague Iacobucci J. at paras. 232 to 236, operates in such circumstances, if at all, with much reduced importance.

79 In the Customs context, procedures are inevitably different than in a prosecution for a criminal offence, but I do not read *Butler*'s linkage between

teurs pouvaient décrire par un mot ou deux le motif de la prohibition, mais le faisaient rarement de façon suffisamment détaillée pour renseigner les intéressés.

Bien que ces plaintes aient un certain fondement, elles concernent le régime législatif tel qu'il est *appliqué* par les fonctionnaires plutôt que le régime législatif lui-même. La Constitution n'interdit pas les inspections frontalières: *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Toute inspection frontalière est susceptible de donner lieu à la retenue des marchandises concernées. Puisque les agents des douanes ne sont que des êtres humains, ces retenues risquent d'entraîner des décisions erronées. En conséquence, le juge de première instance a tiré la conclusion suivante, au par. 234:

[TRADUCTION] Les effets préjudiciables de la législation, par opposition aux effets de son administration et de son application, sont le fait que du matériel admissible est parfois retenu aux fins de contrôle de sa conformité et que des décisions erronées sont parfois prises dans le classement du matériel. [Je souligne.]

J'estime que de telles situations sont inhérentes à tout régime de surveillance frontalière. En soi, elles ne constituent pas des motifs justifiant de déclarer les mesures législatives inconstitutionnelles.

Si le Parlement peut valablement prohiber l'obscénité — et l'arrêt *Butler* a établi qu'il l'avait fait de manière valide — la prohibition peut être prononcée tant aux frontières du pays qu'à l'intérieur de celui-ci. Le seul matériel expressif que le Parlement a permis aux Douanes de prohiber pour cause d'obscénité est le matériel qui, par définition, entraîne des sanctions pénales pour ceux qui se livrent à sa production ou à son trafic (ou qui en ont leur possession à ces fins). La préoccupation relative aux restrictions préalables, analysée par mon collègue le juge Iacobucci aux par. 232 à 236 de ses motifs, s'applique dans de telles circonstances, si tant est qu'elle s'applique, mais avec beaucoup moins d'acuité.

En contexte douanier, les procédures suivies diffèrent inévitablement de celles qui le sont dans la poursuite d'une infraction criminelle, mais je ne

constitutionality and a reasoned apprehension of harm as being contingent on the availability of a full trial in a criminal court. Criminal offences require criminal procedures. The role and function of border inspections are quite different.

The classification exercise under Code 9956 largely consists of the Customs inspector making a comparison of the imported materials with the illustrated manual that accompanied Customs Memorandum D9-1-1. If a picture in an imported magazine, for example, looks to the Customs inspector like a “sample” of obscenity described in D9-1-1, or depicted in its companion document of illustrations, it is deemed by Customs to be obscene. There is not much scope in the process to evaluate artistic merit or indeed for any of the subtleties of the jurisprudence under s. 163. The trial judge found that “importers have no guarantee that they may see, and in fact are discouraged from seeing, the prohibited material for purposes of preparing a submission on a request for re-determination” (para. 65). The process is no more than it purports to be, a rough and ready border screening procedure that may lead Customs (with or without a re-determination at a more senior departmental level) to refuse entry to the goods. Parliament was entitled to assume that refusal would not be given without reasonable cause. Such a refusal, it is important to emphasize, is subject to appeal to the courts.

The evidence is that at the second stage re-determination, the material is reviewed by a small number of Customs officials who work for approximately three to six months in the Prohibited Importations Directorate. The assignment is unpopular. The officials are given little training except “on-the-job” experience. The legislation mandates neither the level of resources nor the

considère pas que le lien qui est fait par l’arrêt *Butler* entre la constitutionnalité et l’existence d’une appréhension raisonnée de préjudice a pour effet d’exiger la tenue d’un procès complet devant une cour criminelle. Les infractions criminelles requièrent l’application de procédures criminelles. Le rôle des inspections frontalières est fort différent.

Le classement effectué en vertu du code 9956 consiste en grande partie en une comparaison, par l’inspecteur des douanes, du matériel importé et du guide illustré accompagnant le Mémoire D9-1-1. Si, par exemple, une image figurant dans un magazine importé semble être, aux yeux de l’inspecteur, un «exemple» d’obscénité décrit dans le Mémoire D9-1-1 ou représenté dans le guide illustré connexe, elle est réputée obscène par les Douanes. Le processus fait peu de place à l’appréciation de la valeur artistique ou, d’ailleurs, à toutes les subtilités dégagées dans la jurisprudence relative à l’art. 163. Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] «les importateurs n’ont aucune garantie qu’ils peuvent voir — et ils sont en fait découragés de le faire — le matériel prohibé en vue de préparer des arguments dans le cadre d’une demande de révision ou réexamen» (par. 65). Le processus n’est rien de plus que ce qu’il est censé être, c’est-à-dire une procédure sommaire de contrôle frontalier qui peut amener les Douanes (avec ou sans révision à un niveau hiérarchique plus élevé au sein du ministère) à refuser l’entrée des marchandises. Le Parlement avait le droit de supposer qu’aucun refus ne serait prononcé sans motif raisonnable. Il est important de souligner qu’il est possible d’interjeter appel d’un tel refus devant les tribunaux.

La preuve indique que, à la deuxième étape — celle de la révision —, les marchandises sont examinées par les membres d’un petit groupe de fonctionnaires des douanes, qui accomplissent généralement ces fonctions au sein de l’Unité des importations prohibées pour une période de trois à six mois environ. Les affectations à ce service sont impopulaires. Les fonctionnaires ne reçoivent que peu de formation, sauf celle qu’on leur donne «en cours d’emploi». La législation pertinente ne prescrit ni le niveau des ressources qui doivent être

80

81

requisite training. The department sets its own priorities within the resources put at its disposal.

affectées à cette tâche ni la formation requise pour l'accomplir. Le ministère établit ses propres priorités en puisant dans les ressources mises à sa disposition.

82 *Iacobucci J.* argues that Parliament was constitutionally required to spell out a more rights-protective regime in the Act itself, but in my view, for the reasons given below, it was open to Parliament in creating this type of government machinery to lay out the broad outline in the legislation and leave its implementation to regulation by the Governor in Council or departmental procedures established under the authority of the Minister. A failure at the implementation level, which clearly existed here, can be addressed at the implementation level.

Le juge *Iacobucci* affirme que le Parlement était tenu par la Constitution d'établir dans la loi même un régime protégeant davantage les droits, mais j'estime, pour les motifs exposés plus loin, qu'il était loisible au Parlement, lorsqu'il a créé ce genre de mécanisme gouvernemental, d'en arrêter les grandes lignes dans la loi et de laisser sa mise en œuvre être accomplie au moyen de règlements pris par le gouverneur en conseil ou de procédures institutionnelles établies sous l'autorité du ministre. Tout manquement survenant à l'étape de la mise en œuvre, situation qui s'est clairement produite en l'espèce, peut être réglé à cette étape.

(b) The Inadequacies of Memorandum D9-1-1

b) Les lacunes du Mémorandum D9-1-1

83 Memorandum D9-1-1 is acknowledged by Customs as their key working tool but it is of uncertain origins and level of approval. The Memorandum was divided into various sections, and was accompanied by an illustrated manual showing depictions of various sexual activities thought by Customs to be "degrading or dehumanizing". There was no recognition in the version of Memorandum D9-1-1 in use at the time of the events described at trial that the community standard related to tolerance of harm rather than taste.

Les autorités douanières reconnaissent que le Mémorandum D9-1-1 est leur principal outil de travail, mais tant les origines de ce document que le niveau auquel il a été approuvé sont inconnus. Le Mémorandum était divisé en sections et accompagné d'un guide illustré montrant des représentations de diverses activités sexuelles jugées «dégradantes ou déshumanisantes» par les Douanes. La version du Mémorandum D9-1-1 qui était appliquée au moment des événements décrits au procès ne précisait pas que la norme sociale était fonction non pas des goûts mais de la tolérance au préjudice.

84 The evidence established that for all practical purposes Memorandum D9-1-1, and especially the companion illustrated manual, governed Customs' view of obscenity. The Customs' view was occasionally intransigent. Reference has already been made to the opinion from the Department of Justice that depiction of anal intercourse was not as such obscene. That opinion was ignored for at least two years while imported materials depicting anal intercourse continued to be prohibited on the basis of the outdated Memorandum D9-1-1.

La preuve a démontré que, dans la pratique, le Mémorandum D9-1-1, et particulièrement le guide illustré qui l'accompagnait, déterminaient l'opinion des Douanes en matière d'obscénité. Cette opinion était parfois intransigeante. J'ai fait état précédemment de l'avis du ministère de la Justice selon lequel la représentation de relations sexuelles anales n'était pas obscène en soi, avis dont on n'a pas tenu compte pendant une période de deux ans, au cours de laquelle du matériel importé comportant de telles représentations a continué d'être prohibé sur le fondement du Mémorandum D9-1-1, dont l'information était périmée.

The trial judge concluded that Customs' failure to make Memorandum D9-1-1 conform to the Justice Department opinion on the definition of obscenity violated the appellants' *Charter* rights. However, I agree with the British Columbia Court of Appeal that the trial judge put too much weight on the Memorandum, which was nothing more than an internal administrative aid to Customs inspectors. It was not law. It could never have been relied upon by Customs in court to defend a challenged prohibition. The failure of Customs to keep the document updated is deplorable public administration, because use of the defective guide led to erroneous decisions that imposed an unnecessary administrative burden and cost on importers and Customs officers alike. Where an importer could not have afforded to carry the fight to the courts a defective Memorandum D9-1-1 may have directly *contributed* to a denial of constitutional rights. It is the statutory decision, however, not the manual, that constituted the denial. It is simply not feasible for the courts to review for *Charter* compliance the vast array of manuals and guides prepared by the public service for the internal guidance of officials. The courts are concerned with the legality of the decisions, not the quality of the guidebooks, although of course the fate of the two are not unrelated.

(c) Non-Observance of Time Limits

The initial inspection is carried out under s. 58 of the *Customs Act*, which authorizes Customs officers to determine the tariff classification of imported goods. In the case of goods that are not "prohibited", the *Customs Act* requires the Customs officer to determine the classification of imported goods within 30 days after being "accounted for" by the importer. Unless the Customs officer makes a contrary classification within the 30-day period, the classification proposed by the importer is accepted.

85

Le juge de première instance a estimé que l'omission des Douanes de rendre le Mémorandum D9-1-1 conforme à l'avis du ministère de la Justice sur la définition de l'obscénité avait porté atteinte aux droits garantis aux appelants par la *Charte*. Toutefois, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que le juge de première instance a accordé trop d'importance au Mémorandum, qui n'était rien de plus qu'un outil administratif interne à l'intention des inspecteurs des douanes. Il n'avait pas force de loi. Il n'aurait jamais pu être invoqué en cour par les Douanes pour défendre une prohibition contestée. L'omission des Douanes de tenir ce document à jour constitue un exemple de gestion publique déplorable, car l'utilisation du guide lacunaire a entraîné des décisions erronées, qui ont imposé des démarches administratives et des dépenses inutiles tant aux importateurs qu'aux agents des douanes. Dans le cas où l'importateur n'avait pas les moyens de soumettre le différend aux tribunaux, le Mémorandum D9-1-1 lacunaire peut avoir directement *contribué* à la privation de droits constitutionnels. C'est toutefois la décision législative, et non le guide, qui a constitué la privation. Il est tout simplement impossible aux tribunaux de contrôler la conformité à la *Charte* de la multitude de guides et manuels internes préparés par la fonction publique pour assister les fonctionnaires dans leur travail. Les tribunaux s'attachent à la légalité des décisions et non à la qualité des guides, bien que le sort de l'un ne soit évidemment pas indépendant du sort de l'autre.

c) L'inobservation des délais

L'inspection initiale est faite en vertu de l'art. 58 de la *Loi sur les douanes*, qui autorise les agents des douanes à effectuer le classement tarifaire des marchandises importées. Dans le cas des marchandises non «prohibées», la *Loi sur les douanes* oblige l'agent des douanes à effectuer le classement des marchandises importées dans les 30 jours suivant leur «déclaration en détail» par l'importateur. Sauf classement contraire par l'agent dans ce délai, le classement proposé par l'importateur est accepté.

86

87 In this Court the appellants stated, and the Crown agreed, that the 30-day time limit did not apply in the case of “prohibited goods”. The appellants’ motive, I infer, was to show how unworkable the statute is, but there is nothing in the Act to support such an interpretation. It makes no administrative sense because goods only become “prohibited” as a *result* of the classification process. If no classification is made the goods cannot have “prohibited” status, and the trigger for the supposed exception does not exist.

88 Accordingly, if Customs does not make a classification within 30 days the importer’s classification applies. If the department, while failing to act in a timely way, nevertheless regards the materials as obscene, the matter may be referred to the provincial authorities who may decide to commence a prosecution under the *Criminal Code*. The 30-day decision period was an important protection inserted in the *Customs Act* for the benefit of importers.

89 The evidence demonstrated that Customs, because of scarce resources or otherwise, failed to carry out the classification exercise sometimes for many months. As the trial judge found at para. 112 of his judgment:

Often, decisions are not made within the statutorily-prescribed time limits. The plaintiffs identified many instances where the thirty-day time limit between detention and determination under s. 58 was exceeded. As well, they identified many instances where the date of detention was incorrectly recorded on the Form K27, making it impossible to determine whether the thirty-day time limit was observed.

90 These deficiencies could clearly have been addressed by regulatory provisions made under s. 164(1)(j) or ministerial directions to Customs officials. In the absence of such public service initiatives, an action against the Crown in respect of an unlawfully detained shipment of material accompanied by a substantial award of costs would likely

Devant notre Cour, les appelants ont affirmé — affirmation à laquelle la Couronne a souscrit — que le délai de 30 jours ne s’appliquait pas dans le cas des «marchandises prohibées». Selon moi, cette affirmation visait à démontrer à quel point la loi est inapplicable, mais rien dans la Loi n’appuie une telle interprétation. Celle-ci n’a aucun sens sur le plan administratif, car des marchandises ne deviennent «prohibées» qu’à *la suite* du processus de classement. Si aucun classement n’est fait, les marchandises ne peuvent être qualifiées de «prohibées», et l’élément déclencheur de la prétendue exception n’existe pas.

Par conséquent, si les Douanes n’effectuent pas le classement dans le délai de 30 jours, celui fait par l’importateur s’applique. Si le ministère, quoiqu’il n’ait pas agi dans les délais prévus, considère néanmoins que le matériel est obscène, la question peut être déférée aux autorités provinciales, qui peuvent décider d’entamer des poursuites en vertu du *Code criminel*. Le délai de 30 jours imparti pour prendre la décision est une mesure de protection importante, qui a été intégrée à la *Loi sur les douanes* au bénéfice des importateurs.

La preuve a démontré que, soit en raison de ressources limitées soit pour d’autres raisons, les Douanes ont parfois attendu de nombreux mois avant d’effectuer le classement. Comme l’a constaté le juge de première instance, au par. 112 de son jugement:

[TRADUCTION] Souvent, les décisions ne sont pas prises dans le délai prescrit par la loi. Les demandeurs ont fait état de nombreux cas où le délai de trente jours entre la retenue des marchandises et leur classement en vertu de l’art. 58 avait été dépassé. De plus, ils ont mentionné nombre de cas où une date de déclaration inexacte avait été inscrite sur le formulaire K27, de sorte qu’il était impossible de déterminer si le délai de trente jours avait été respecté.

Ces lacunes auraient clairement pu être corrigées au moyen de mesures réglementaires prises en vertu de l’al. 164(1)(j) ou de directives du ministre aux fonctionnaires des douanes. En l’absence de telles mesures de l’administration, si la Couronne était poursuivie pour retenue illicite de matériel importé et condamnée à verser une indemnité

have a salutary effect in keeping Customs focussed on the deadlines imposed by Parliament.

(d) Delays in the Internal Review and Reconsideration Process

Once a classification has been made, an importer who disagrees with the classification has 90 days to appeal the “determination” to a designated officer “in the prescribed manner and in the prescribed form”. Section 60(3) requires the designated official to “re-determine” the tariff classification “with all due dispatch”. The evidence is that “all due dispatch” was loosely interpreted in the case of the appellants’ shipments. On this point the trial judge found (at para. 113):

Re-determinations requested by Little Sisters under s. 60 were completed in times ranging from ten days to three and one-half months. It was conceded by Customs’ witnesses at trial that the reviewing officer could not have read the books in question in some instances within the time it took to give the decision.

Parliament’s direction that the re-determination be made with “all due dispatch” must be given content. The original determination must be made within 30 days and there is no evidence that the re-determination should take longer. (Under the terms of the subsequent *Customs Act* amendments, the determination must be made by or at the time of accounting, which equally contemplates a speedy procedure.) If Customs fails to make a re-determination within the allotted time, an importer may apply for an order of *mandamus*, with costs, to require that Customs reach a decision one way or the other.

Following the re-determination, a disappointed importer can make a further appeal to the Deputy Minister or his designate under s. 63 of the Act. This level of review allows the department at a senior level the opportunity to reverse the earlier determination of the imported material as obscene unless the Deputy Minister or his designate is pre-

importante, cela aurait probablement l’effet bénéfique de rappeler aux Douanes de tenir compte des délais imposés par le Parlement.

d) Les délais dans le processus interne de révision et réexamen

Une fois le classement effectué, l’importateur qui est en désaccord avec la décision a 90 jours pour en appeler à un agent désigné «selon les modalités réglementaires ainsi qu’en la forme [. . .] déterminé[e]». Conformément au par. 60(3), l’agent désigné «procède [. . .] à la révision» du classement tarifaire «dans les meilleurs délais». La preuve indique que l’expression «les meilleurs délais» a été interprétée de façon peu rigoureuse dans le cas des envois destinés aux appelants. Voici les constatations du juge de première instance sur cette question (au par. 113):

[TRADUCTION] Les révisions demandées par Little Sisters en vertu de l’art. 60 ont été effectuées dans des délais allant de dix jours à trois mois et demi. Des témoins des Douanes au procès ont concédé que, dans certains cas, il était impossible que l’agent de révision ait pu lire les livres en question à l’intérieur du délai dans lequel il avait pris la décision.

Il faut donner un sens à l’ordre du Parlement de procéder à la révision dans «les meilleurs délais». La décision initiale doit être prise dans un délai de 30 jours, et il n’y a aucune preuve indiquant que la révision exige davantage de temps. (En vertu des modifications apportées subséquemment à la *Loi sur les douanes*, qui prévoient également une procédure rapide, la décision doit être prise au plus tard au moment de la déclaration en détail des marchandises importées.) Si les Douanes ne procèdent pas à la révision dans le délai alloué, l’importateur peut et demander une ordonnance de *mandamus* en vue d’obliger les Douanes à rendre une décision dans un sens ou l’autre, et solliciter les dépens.

À la suite de la révision, l’importateur déçu peut, en vertu de l’art. 63 de la Loi, interjeter un appel supplémentaire, cette fois au sous-ministre ou à la personne désignée par celui-ci. Cette étape de révision permet l’annulation, à un niveau hiérarchique supérieur au sein du ministère, de la décision ayant déclaré obscène le matériel importé,

91

92

93

pared to go to court to defend the prohibition. Once again, the decision is to be made “with all due dispatch”. Parliament’s intention seems clearly to be to hurry the process along, and there is no reason to expect “all due dispatch” at this second stage of re-determination will exceed 30 days either. The fact Parliament eliminated the middle stage of the process after the trial seems to confirm its desire for a streamlined decision-making process within the department.

sauf si le sous-ministre ou son délégué est prêt à défendre le bien-fondé de la prohibition devant les tribunaux. À cette étape également, la décision doit être rendue «dans les meilleurs délais». Le Parlement semble clairement vouloir accélérer le processus, et là aussi rien ne donne à penser que, à ce deuxième niveau de révision, l’expression dans «les meilleurs délais» veut dire plus de 30 jours. Le fait que, après le procès, le Parlement ait éliminé l’étape intermédiaire du processus semble confirmer son désir de rationaliser le processus de prise de décision au sein du ministère.

94

The trial judge found (at para. 113) that some requests for re-determination under s. 63 took more than a year for decision. Such a delay is not in accordance with the Act. It must be remembered that these stages of administrative re-determination are internal procedures with no opportunity given to the importer to be heard or to adduce evidence. They were put in place, as Minister George Nowlan told the House of Commons, to deal with “cabbages and cucumbers” (see para. 15, *supra*). They are not in any sense “hearings” on the merits. Their purpose is to afford the departmental hierarchy the opportunity to reverse a first stage determination if it is not prepared to defend it. “[A]ll due dispatch” means that now, after the recent amendment, an importer should have a final departmental decision within 30 days after it seeks a review of the initial determination that Customs “deems” the imported publication to be obscene. This compares favourably with the 60-day limit stipulated in *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971), referred to by Iacobucci J. at para. 241.

Le juge de première instance a constaté (au par. 113) que certaines demandes de révision présentées en vertu de l’art. 63 avaient pris plus d’un an à être tranchées. Un tel délai n’est pas conforme à la Loi. Il faut se rappeler que ces niveaux de révision administrative sont des procédures internes dans le cadre desquelles l’importateur n’a pas la possibilité de se faire entendre ou de présenter des éléments de preuve. Comme a dit le ministre George Nowlan à la Chambre des communes, ces procédures ont été mises en place pour statuer sur [TRADUCTION] «les choux et les concombres» (voir le par. 15 des présents motifs). Elles ne constituent aucunement des «audiences» sur le fond. Leur objet est de fournir aux autorités supérieures du ministère la possibilité d’annuler une décision initiale si elles ne sont pas prêtes à la défendre. L’expression dans «les meilleurs délais» signifie que désormais, par suite des récentes modifications, l’importateur devrait connaître la décision finale de l’administration dans les 30 jours de sa demande de révision de la décision initiale selon laquelle la publication importée est «réputée» obscène par les Douanes. Ce délai se compare avantageusement au délai de 60 jours prescrit dans l’arrêt *United States c. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971), mentionné par le juge Iacobucci au par. 241.

(e) The Desirability of a Specialized Tribunal

e) L’opportunité d’établir un tribunal spécialisé

95

The appellants argue that controversies involving freedom of expression and equality rights ought not to be left in the hands of the usual bureaucratic decision-making machinery. They point to the establishment in South Africa of the

Les appelants prétendent que les différends mettant en jeu la liberté d’expression et les droits à l’égalité ne devraient pas relever du processus décisionnel bureaucratique habituel. Ils soulignent la création, en Afrique du Sud, de l’Indecent Publi-

Indecent Publications Tribunal, now replaced by the Office of Film and Literature Classification and the Publications Appeal Board, and the Office of Film and Literature Classification in Australia. The creation of such bodies reflects the importance properly attached to expressive material and seems to allow for a speedier and more specialized process to deal with subject matter which our Customs department has found it very difficult to deal with. However, while such a body may find favour with Parliament at some stage, the present policy is to utilize the ordinary public service and the courts and there is nothing unconstitutional about the absence of a specialized tribunal from the statutory scheme.

(f) The Attack on Book Banning

The evidence is that Customs officials failed in general to deal properly with books. Few, if any, were read in their entirety. The usual procedure was for a Customs official to thumb through the pages of a book and as soon as three passages replicating material considered to be obscene under Memorandum D9-1-1 were identified in the text the book was deemed obscene and prohibited. The procedure would be clearly inadequate in all but the most egregious cases. No attempt was made to gain an impression of the book as a whole on which “artistic merit” *could* be assessed.

(g) Onus of Proof of Obscenity

The constitutional question challenges the validity of s. 71 of the *Customs Act*, on which the redetermination and court proceedings are based. In part, the challenge relies on the “reverse onus” provision applied in such proceedings by virtue of s. 152(3) of the *Customs Act*, as explained in oral argument by counsel for the appellants:

We challenge the entire scheme, not just the power of the Customs officer at the front line to do that detention and prohibition, but the scheme insofar as it puts the onus on the importer, whether the importer is a book-

cations Tribunal, qui a été remplacé par l’Office of Film and Literature Classification et le Publications Appeal Board, ainsi que l’établissement, en Australie, de l’Office of Film and Literature Classification. La création de ces organismes témoigne de l’importance qui est à juste titre accordée au matériel expressif, et elle semble permettre un traitement plus rapide, par des gens plus spécialisés, de questions que nos autorités douanières trouvent très difficiles. Toutefois, bien qu’il soit possible que le Parlement décide éventuellement de créer un tel organisme, pour l’instant la politique consiste à faire appel à des fonctionnaires spécialisés et aux tribunaux, et le fait que le régime établi par la loi ne comporte aucun tribunal spécialisé n’a rien d’inconstitutionnel.

f) La contestation de prohibitions prononcées à l’égard des livres

Il ressort de la preuve que les fonctionnaires des douanes ont été en général incapables de bien évaluer les livres. Peu sinon aucun des livres ont été lus en entier. Selon la procédure habituellement suivie, l’agent feuilletait le livre et, dès que trois passages correspondant à du matériel considéré obscène au regard du Mémoire D9-1-1 étaient repérés dans le texte, le livre était réputé obscène et prohibé. Cette procédure est clairement inadéquate sauf dans les cas d’obscénité les plus flagrants. Aucun effort n’était fait pour dégager du livre dans son ensemble une impression *permettant* d’en apprécier «la valeur artistique».

g) La charge de la preuve de l’obscénité

La question constitutionnelle met en cause la validité de l’art. 71 de la *Loi sur les douanes*, sur lequel la procédure de révision et les procédures judiciaires sont fondées. Les appelants appuient en partie leur contestation sur la disposition portant «inversion de la charge de la preuve» qui s’applique à ces procédures en vertu du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes*, comme l’a expliqué leur avocat dans sa plaidoirie:

[TRADUCTION] Nous contestons l’ensemble du régime, et non pas seulement le pouvoir des agents des douanes au point d’entrée de procéder à la retenue et à la prohibition, mais bien le régime qui, dans la mesure où il

96

97

store or a regular individual to seek a redetermination, or review, or appeal, would have you through a byzantine bureaucratic process and ultimately to the Courts in order to prove that the material is not obscene. [Emphasis added.]

98

Section 152(3) is not specific to obscenity or even to prohibited goods generally, but applies to “any proceeding under this Act”, including the appeals process authorized by s. 71. Section 152(3) directs the decision-maker to assume that Customs officials are right unless and until the importer proves them to be wrong. It provides:

152. . . .

(3) Subject to subsection (4), in any proceeding under this Act, the burden of proof in any question relating to

. . . .

(d) the compliance with any of the provisions of this Act or the regulations in respect of any goods

lies on the person, other than Her Majesty, who is a party to the proceeding or the person who is accused of an offence, and not on Her Majesty.

99

The appellants did not directly impugn the constitutionality of the reverse onus provision in their application to state the constitutional questions, presumably because they intended to rely on its continued validity as a lever to overturn the rest of the Customs legislation in relation to expressive materials. In my view, however, the appellants’ attack on s. 71 and the procedures it authorizes is inextricably bound up with the reverse onus provision, and the Court is not bound to accept the application of the latter as valid when considering the constitutionality of the former. The constitutional question in relation to s. 71 encompasses both aspects of the appellants’ argument.

impose à l’importateur (qu’il s’agisse d’une librairie ou d’un simple citoyen) l’obligation de se pourvoir en révision, en réexamen ou en appel, l’oblige à se soumettre à un processus bureaucratique compliqué et, en bout de ligne, à faire appel aux tribunaux s’il veut prouver que le matériel n’est pas obscène. [Je souligne.]

Le paragraphe 152(3) ne vise pas spécifiquement les affaires d’obscénité ni même les marchandises prohibées en général, mais il s’applique plutôt à «toute procédure engagée sous le régime de la présente loi», y compris la procédure d’appel prévue par l’art. 71. Conformément au par. 152(3), le décideur doit supposer que les fonctionnaires des douanes ont raison, jusqu’à preuve du contraire par l’importateur. Voici les passages pertinents de ce paragraphe:

152. . . .

(3) Sous réserve du paragraphe (4), dans toute procédure engagée sous le régime de la présente loi, la charge de la preuve incombe, non à Sa Majesté, mais à l’autre partie à la procédure ou à l’inculpé pour toute question relative, pour ce qui est de marchandises:

. . . .

d) à l’observation, à leur égard, de la présente loi ou de ses règlements.

Les appelants n’ont pas attaqué directement la constitutionnalité de la disposition portant inversion de la charge de la preuve dans leur demande de formulation des questions constitutionnelles, vraisemblablement parce qu’ils avaient l’intention d’invoquer sa validité pour faire invalider les autres dispositions de la législation douanière relatives au matériel expressif. À mon avis, toutefois, la contestation par les appelants de l’art. 71 et des procédures qu’il autorise est inextricablement liée à la disposition portant inversion de la charge de la preuve, et notre Cour n’est pas obligée de sanctionner l’application de cette dernière disposition lorsqu’elle examine la constitutionnalité de la première. La question constitutionnelle relative à l’art. 71 englobe les deux aspects de l’argument des appelants.

The first step is to identify which of the various remedies afforded by s. 71 attract the s. 152(3) onus. Where applicable, it would put on the importer the burden of establishing a negative, i.e., that the expressive material is more likely than not to be non-obscene.

The word “proceeding” is of course apt to apply to any court action that may follow an in-house Customs determination. In my view, however, the provision cannot constitutionally apply to put on the importer the onus of disproving obscenity. Otherwise entry of expressive materials could be denied by reason of the onus even where the standard of obscenity is not met, as for example, where an importer lacks the resources or the stamina to contest an initial determination. An importer has a *Charter* right to receive expressive material unless the state can justify its denial. It is not open to the state to put the onus on an individual to show why he or she should be allowed to exercise a *Charter* right. It is for the state to establish that a limitation on the *Charter* right is justified: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, *per* Dickson C.J., at pp. 136-37: “The onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation.”

As to the obscenity determination at the departmental level, I do not think s. 152(3) applies at all. The Crown does not contend that all expressive material entering Canada is presumptively obscene until shown to be otherwise. The earliest the reverse onus *could* apply with any logic is in the re-determination, but at that stage the importer is given neither sufficient notice nor a sufficient opportunity to be heard to discharge the onus. The reality is that once the front-line officer has made the initial determination that he or she considers the publication to be obscene, the question for the

La première étape consiste à déterminer aux-
quels des recours prévus par l’art. 71 s’applique la
charge de la preuve établie par le par. 152(3).
Lorsque ce paragraphe s’applique, il impose à
l’importateur la charge de faire une preuve par la
négative, soit de démontrer que le matériel expres-
sif est vraisemblablement non obscène.

Le mot «procédure» peut certes s’appliquer à
toute poursuite judiciaire faisant suite à une déci-
sion interne des Douanes. À mon avis, toutefois,
cette disposition ne saurait constitutionnellement
imposer à l’importateur la charge de prouver l’ab-
sence d’obscénité. S’il en était autrement, l’entrée
de matériel expressif pourrait être refusée du seul
fait de l’existence de cette charge de la preuve,
même lorsque la norme relative à l’obscénité n’est
pas respectée, dans les cas où, par exemple, l’im-
portateur n’a pas les ressources ou l’endurance
nécessaires pour contester la décision initiale. La
Charte garantit à l’importateur le droit de recevoir
le matériel expressif à moins que l’État ne puisse
justifier son refus de le laisser entrer. Il n’est pas
loisible à l’État d’imposer à un individu l’obliga-
tion de démontrer pourquoi il devrait être autorisé
à exercer un droit que lui garantit la *Charte*. Il
incombe à l’État d’établir qu’une restriction à un
droit prévu par la *Charte* est justifiée: *R. c. Oakes*,
[1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson, aux
pp. 136 et 137: «La charge de prouver qu’une res-
triction apportée à un droit ou à une liberté garantis
par la *Charte* est raisonnable et que sa justification
peut se démontrer dans le cadre d’une société libre
et démocratique incombe à la partie qui demande
le maintien de cette restriction.»

Pour ce qui est de la décision relative à l’obscé-
nité prise par le ministère, j’estime que le
par. 152(3) ne s’applique pas du tout. La Couronne
ne prétend pas que tout le matériel expressif qui
entre au Canada est présumé obscène jusqu’à
preuve du contraire. Le moment le plus hâtif
auquel l’inversion de la charge de la preuve *pour-
rait* logiquement s’appliquer est l’étape de la révi-
sion, mais à cette étape l’importateur ne se voit
donner ni un préavis suffisant ni la possibilité de se
faire entendre pour s’acquitter de cette charge de la
preuve. En réalité, une fois que l’agent à la fron-

100

101

102

Deputy Minister or designate on the re-determination is whether the Department is ready, willing and able, if required, to establish in court that the detained material is obscene.

tière a rendu la décision initiale déclarant la publication obscène, la question à laquelle doivent répondre le sous-ministre ou son délégué en cas de révision est celle de savoir si le ministère est non seulement disposé, au besoin, à aller devant les tribunaux pour plaider que le matériel retenu est obscène, mais également s'il est en mesure de faire cette preuve.

103 The Crown received notice in *Glad Day Bookshop Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL) (Gen. Div.) ("*Glad Day (No. 2)*") that s. 152(3) could not reverse the onus of proof on the obscenity issue onto the importer, and in this Court the Crown tried neither to defend the application of s. 152(3) to obscenity nor to advance any s. 1 justification. These concessions were, I believe, quite correct.

Dans *Glad Day Bookshop Inc. c. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL) (Div. gén.) («*Glad Day (No. 2)*»), la Couronne a été avisée que le par. 152(3) ne pouvait pas déplacer sur les épaules de l'importateur la charge de la preuve en ce qui concerne l'obscénité, et, devant notre Cour, la Couronne n'a pas tenté de défendre l'application du par. 152(3) aux affaires d'obscénité ni de faire valoir des justifications au sens de l'article premier. Ces concessions étaient, selon moi, parfaitement justifiées.

104 In *Glad Day (No. 2)*, Hayes J. went on to rule that not only did the Crown carry the burden of proof but it must establish obscenity to the criminal standard. This goes too far. Although the *Customs Tariff* incorporates by reference the *Criminal Code* definition of obscenity, it does so into a civil proceeding which generally requires proof only on a balance of probabilities. The incorporation was made in response to *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise, supra*, which held that the prohibition of "immoral" and "indecent" materials in earlier Customs legislation was so vague as to be an unreasonable limit on s. 2(b) and to that extent was of no force or effect. We are dealing with the imposition in civil proceedings of a limitation on freedom of expression, and the imposition on the Crown of a civil standard of proof is consistent with the usual *Charter*

Dans *Glad Day (No. 2)*, le juge Hayes a ensuite conclu non seulement que le fardeau de la preuve incombait à la Couronne, mais également que celle-ci devait prouver l'obscénité selon la norme de preuve applicable en matière criminelle. Cette conclusion va trop loin. Bien que le *Tarif des douanes* incorpore par renvoi la définition d'obscénité du *Code criminel*, il le fait dans le cadre d'une instance civile, où la norme généralement applicable est la preuve selon la prépondérance des probabilités. L'incorporation de la définition a fait suite à l'arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, précité, dans lequel il a été jugé qu'une disposition législative douanière antérieure prohibant l'importation de matériel «immoral» et «indécent» était si imprécise qu'elle ne constituait pas une limite raisonnable des droits garantis par l'al. 2b) et que, dans cette mesure, elle était inopérante. Nous sommes en présence, dans le cadre de procédures civiles, d'une restriction à la liberté d'expression, et le fait d'imposer à la Couronne le respect de la norme de preuve en matière civile est conforme à l'exigence habituellement applicable dans les affaires touchant la *Charte* et selon laquelle la Couronne est unique-

requirement that the Crown need only justify an infringement to the civil standard.

As mentioned, s. 152(3) is not restricted to obscenity but has a broad application across the whole Customs process. It may be appropriate when dealing with imports of materials that ordinarily would not have much constitutional sensitivity (such as Minister Nowlan's "cabbages and cucumbers") to put the onus on the importer at the court level to show that the Customs official has made an erroneous tariff classification. What may work as a general rule in circumstances where Customs procedures are not limited by constitutional rights does not, however, work in relation to constitutionally protected expressive materials. In these circumstances, however, the proper order should be limited to the matters pertinent to the disposition of this appeal. I would therefore declare that s. 152(3) is not to be construed and applied so as to place on an importer the onus to establish that goods are *not* obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. The burden of proving obscenity rests on the Crown or other person who alleges it.

(h) Appeal to the Courts

The initial appeal is to the superior court of the province in which the seizure occurred (ss. 67, 71) together with an appeal on a question of law to the Federal Court of Canada (s. 68).

In my view a court is the proper forum for resolution of an allegation of obscenity. The department at that stage has had the opportunity to determine whether it can establish on a balance of probabilities that the expressive material is obscene. The court is equipped to hear evidence, including evidence of artistic merit, and to apply the law. The absence of procedures for taking evidence at the departmental level requires the appeal to the court in obscenity matters to be interpreted

ment tenue de justifier l'atteinte suivant cette même norme.

Comme je l'ai mentionné plus tôt, le par. 152(3) n'est pas restreint aux affaires d'obscénité, mais il a une large application dans l'ensemble du processus douanier. En matière d'importations de matériel qui ne soulève généralement pas de questions délicates sur le plan constitutionnel (par exemple «les choux et les concombres» du ministre Nowlan), il pourrait être approprié, devant les tribunaux, d'imposer à l'importateur l'obligation de prouver que les fonctionnaires ont effectué un classement tarifaire erroné. Ce qui peut fonctionner en tant que règle générale dans les cas où les procédures douanières ne sont pas subordonnées au respect de droits constitutionnels ne fonctionne toutefois pas dans le cas de matériel expressif protégé par la Constitution. Dans les circonstances actuelles, cependant, l'ordonnance appropriée devrait se limiter aux questions pertinentes pour trancher le présent pourvoi. Je suis donc d'avis de déclarer que le par. 152(3) ne doit pas être interprété et appliqué de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que les marchandises *ne* sont *pas* obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. La charge de prouver l'obscénité incombe à la Couronne ou à la personne qui invoque ce moyen.

h) Les appels interjetés devant les tribunaux judiciaires

L'appel initial est interjeté auprès de la cour supérieure de la province où la saisie a eu lieu (art. 67 et 71) et la décision de cette cour est susceptible d'appel devant la Cour fédérale du Canada sur une question de droit (art. 68).

À mon avis, un tribunal judiciaire constitue la juridiction appropriée pour statuer sur le bien-fondé d'une déclaration d'obscénité. À cette étape, le ministère a eu la possibilité de déterminer s'il est en mesure d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que le matériel expressif est obscène. Les tribunaux sont aptes à entendre la preuve, y compris la preuve de la valeur artistique, et à appliquer le droit. L'absence de procédure de réception de la preuve au niveau du ministère exige que les

105

106

107

as an appeal by way of a trial *de novo*. It is true that the importer is put to the trouble and expense of a defence to the obscenity issue, and that the Minister need only meet the civil burden of proof. These disadvantages are inherent in any civil litigation to vindicate rights. If the Crown loses the obscenity issue a civil court will normally — whereas the criminal court will normally not — award costs. If the court is of the view that in a particular case Customs officials have acted oppressively, costs can be awarded on a more generous scale.

G. *The Appellants' Claim that the Legislation Is Unconstitutionally Discriminatory Against the Gay and Lesbian Community*

108

In addition to their free speech attack on the machinery of the Customs legislation, the individual appellants invoked their equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. Their position is that the Customs legislation itself is the source of violations of s. 15(1) as well as s. 2(b) of the *Charter*, and they claim that they are entitled to a s. 52 nullification remedy based as much on infringement of their equality rights as on a denial of their right of free expression. It is therefore convenient, before addressing the *Morgentaler* issue, to determine whether their equality rights have been infringed and if so whether the source of the problem is the Customs legislation itself, as the appellants contend, or whether the problem described by the trial judge resulted from the unconstitutional conduct of Customs officials exercising powers under constitutional legislation.

109

The appellants argue that the legislative scheme operates with disproportionate and discriminatory effects on the gay and lesbian community and therefore contravenes s. 15(1) and is to that extent null and void.

appels interjetés devant les tribunaux en matière d'obscénité soient considérés comme des appels par voie de procès *de novo*. Il est vrai que l'importateur subit les inconvénients et les frais découlant de l'obligation de se défendre sur la question de l'obscénité et que le ministre n'a qu'à satisfaire au fardeau de la preuve applicable en matière civile. Ces désavantages sont inhérents à tout litige civil intenté en vue de faire valoir des droits. Si la Couronne perd sur la question de l'obscénité, les tribunaux civils accordent généralement les dépens, ce que ne font pas les tribunaux criminels. Si, dans une affaire donnée, le tribunal est d'avis que les fonctionnaires des douanes ont agi de façon abusive, il peut accorder une somme plus généreuse au titre des dépens.

G. *La prétention des appelants selon laquelle les dispositions législatives sont inconstitutionnelles parce que discriminatoires envers la communauté gaie et lesbienne*

En plus de leur contestation, sur le fondement de la liberté d'expression, du régime établi par la législation douanière, les personnes physiques appelantes ont invoqué les droits à l'égalité que leur garantit le par. 15(1) de la *Charte*. Ils plaident que la législation douanière elle-même est source de violations du par. 15(1) et de l'al. 2b) de la *Charte*, et qu'ils ont droit à une déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 en raison autant de l'atteinte à leurs droits à l'égalité que de la négation de leur droit à la liberté d'expression. Il convient donc, avant d'examiner la question de l'arrêt *Morgentaler*, de déterminer si les droits à l'égalité des appelants ont été violés et, dans l'affirmative, si la source du problème est la législation douanière elle-même, comme le prétendent les appelants, ou si le problème décrit par le juge de première instance a été le résultat de la conduite inconstitutionnelle des fonctionnaires des douanes dans l'exercice de pouvoirs fondés sur des dispositions législatives constitutionnellement valides.

Les appelants prétendent que le régime établi par la loi a des effets discriminatoires et disproportionnés sur la communauté gaie et lesbienne, qu'il contrevient donc au par. 15(1) et que, dans cette mesure, il est inopérant.

A number of recent decisions in this Court have emphasized a “purposive” interpretation of s. 15(1) equality rights: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; and *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37. These decisions were not available at the time this case was dealt with by the courts of British Columbia. It is now clearly established that the analysis proceeds in three stages with close regard to context. At the first stage the claimant must show that the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others with whom the claimant may fairly claim equality. The second stage requires the claimant to demonstrate that this differentiation is based on one or more of the enumerated or analogous grounds. The third stage requires the claimant to establish that the differentiation amounts to a form of discrimination that has the effect of demeaning the claimant’s human dignity. The “dignity” aspect of the test is designed to weed out trivial or other complaints that do not engage the purpose of the equality provision. In *Law, supra*, the Court stated, at para. 51:

It may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

The trial judge made strong findings of fact in support of the appellants’ position, even though in the end he refused substantial relief on this ground.

Dans un certain nombre d’arrêts récents, notre Cour a souligné qu’il fallait donner une interprétation «téléologique» des droits à l’égalité garantis par le par. 15(1): *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; et *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37. Ces décisions n’avaient pas encore été rendues lorsque la présente affaire a été entendue par les tribunaux de la Colombie-Britannique. Il est maintenant clairement établi que l’analyse comporte trois étapes et qu’une grande attention est accordée au contexte. À la première étape, le demandeur doit démontrer que la loi, le programme ou l’activité a pour effet d’imposer une différence de traitement entre lui et d’autres personnes par rapport auxquelles il peut à juste titre prétendre à l’égalité. À la deuxième étape, le demandeur doit établir que cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou motifs analogues. À la troisième étape, le demandeur doit prouver que la distinction équivaut à une forme de discrimination ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité humaine. L’aspect «dignité» du critère vise à écarter les plaintes futiles ou autres qui ne mettent pas en cause l’objet de la disposition relative à l’égalité. Dans l’arrêt *Law*, précité, notre Cour a dit ceci, au par. 51:

On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l’imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l’existence d’une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération.

Le juge de première instance a tiré de solides conclusions de fait en faveur de la position des appelants, même si, en bout de ligne, il a refusé d’accorder une réparation substantielle à l’égard de ce moyen.

(a) Stage One: Differential Treatment

112 The trial judge found that shipments to gay and lesbian bookstores were subjected to delays and seizures that were not only unjustified but were disproportional to their share of imported material (paras. 105 and 251); that the appellants had imported publications seized notwithstanding the identical publications were freely available at other bookstores and in the Vancouver Public Library; and that these problems of differential treatment were systemic (para. 250). The trial judge found that “much homosexual erotica that has been prohibited as obscene is not, in fact, obscene” (para. 223 (emphasis added)). I will not repeat the findings in these respects set out earlier in these reasons. Contrary to the conclusion of the trial judge, however, the appellants contend that the source of this adverse treatment lies in the Customs legislation itself.

113 The appellants were seen as key players in the lesbian and gay community in Vancouver, and were targeted because homosexuality was too often equated with obscenity. While homosexuals are said to form less than 10 per cent of the Canadian population, up to 75 per cent of the material from time to time detained and examined for obscenity was directed to homosexual audiences. (The percentage varied of course.) The proportion of erotica produced for homosexual audiences detained and examined by Customs was, the trial judge found, “a proportion far in excess of the relative size of the group” (para. 251). There was evidence on which these findings could be made.

114 The trial judge identified Customs’ relentless pursuit of depictions of anal sex in gay erotica as symptomatic of the Department’s misplaced zeal. It appears that the Department of Justice accepted as correct the view of Borins J. (as he then was) in *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154

a) Première étape: la différence de traitement

Le juge de première instance a constaté que les expéditions destinées aux librairies gaies et lesbiennes faisaient l’objet de retenues et de saisies qui étaient non seulement injustifiées, mais également disproportionnées au regard de leur part des importations de matériel (par. 105 et 251); que les appelants avaient importé des publications qui avaient été saisies, malgré le fait que ces mêmes publications soient vendues sans difficulté par d’autres librairies et disponibles à la bibliothèque publique de Vancouver; et que ces problèmes de différence de traitement étaient systémiques (par. 250). Le juge de première instance a conclu [TRADUCTION] «[qu’]une large part du matériel érotique homosexuel qui a été prohibé pour cause d’obscénité n’est pas, dans les faits, obscène» (par. 223 (je souligne)). Je ne répéterai pas les constatations énoncées précédemment à cet égard dans les présents motifs. Contrairement à la conclusion du juge de première instance, toutefois, les appelants affirment que la source de ce traitement préjudiciable réside dans la législation douanière elle-même.

Les appelants étaient considérés comme des acteurs clés au sein de la communauté gaie et lesbienne de Vancouver et ils ont été visés parce que l’homosexualité a été trop souvent assimilée à l’obscénité. Bien que les homosexuels constituent, dit-on, moins de 10 pour 100 de la population canadienne, jusqu’à 75 pour 100 du matériel retenu et contrôlé pour voir s’il est obscène était destiné à des publics homosexuels. (Il va de soi que ce pourcentage variait.) La proportion du matériel érotique produit pour des publics homosexuels qui a été retenu et contrôlé par les Douanes était, selon le juge de première instance, [TRADUCTION] «une proportion excédant de loin la taille relative du groupe» (par. 251). Ces constatations étaient étayées par la preuve.

Le juge de première instance a considéré que la recherche obstinée des représentations de relations sexuelles anales dans le matériel érotique gai menée par les Douanes est symptomatique du zèle déplacé manifesté par le ministère. Il semble que le ministère de la Justice ait considéré comme fon-

(Ont. Co. Ct.), quoted in 1985 by Wilson J. in *Towne Cinema*, *supra*, at p. 523, that the courts have taken the view that “[c]ontemporary community standards would also tolerate the distribution of films which consist of scenes of group sex, lesbianism, fellatio, cunnilingus, and anal sex” (p. 173 (emphasis added)). Despite this opinion of the Department of Justice, Customs officials continued to prohibit depictions of anal sex until Memorandum D9-1-1 was revised in September 1994 just prior to trial. The trial judge found (at para. 272) that Customs’ refusal to abide by the Justice opinion deprived the gay community

of representations of practices central to the values and culture of the minority group to which they belong. As well, as Professor Waugh pointed out, it constituted an embargo of “safe sex” guidelines within Canadian homosexual communities at a time, in the context of the AIDS epidemic, when such guidelines have been particularly important.

Significantly, the trial judge found that the failure of Customs to amend their manuals in this regard was no accident. He states (at para. 268):

The decision not to amend was one deliberately taken, and no satisfactory explanation was offered by the federal Crown for the fact that Customs continued to prohibit depictions of anal penetration in the face of the jurisprudence I have referred to and the opinions received from the Department of Justice.

Taking the evidence as a whole, it was clearly open to the trial judge to find, as he did, that the appellants suffered differential treatment when compared to importers of heterosexually explicit material, let alone more general bookstores that

dée l’opinion du juge Borins (maintenant juge à la Cour d’appel) dans *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (C. cté Ont.), qui a été citée avec approbation par le juge Wilson, en 1985, dans l’arrêt *Towne Cinema*, précité, à la p. 523, et selon laquelle les tribunaux ont jugé que [TRADUCTION] «[I]es normes sociales contemporaines toléreraient aussi la distribution de films qui comportent des scènes d’orgie sexuelle, de lesbianisme, de fellation, de cunnilinctus et de sodomie» (p. 173 (je souligne)). Malgré l’avis exprimé par le ministère de la Justice, les fonctionnaires des douanes ont continué à prohiber les représentations de relations sexuelles anales jusqu’à la révision du Mémoire D9-1-1 en septembre 1994, tout juste avant le procès. Le juge de première instance a estimé (au par. 272) que le refus des Douanes de se conformer à l’avis du ministère de la Justice avait privé la communauté gaie

[TRADUCTION] de représentations de pratiques qui sont centrales aux valeurs et à la culture du groupe minoritaire auquel ils appartiennent. De même, comme l’a souligné le professeur Waugh, cela constituait un embargo sur les lignes directrices en matière de «pratiques sexuelles sans risque» au sein des communautés homosexuelles canadiennes à un moment où, dans le contexte de l’épidémie du SIDA, ces lignes directrices étaient particulièrement importantes.

Fait important, le juge de première instance a conclu que l’omission des autorités douanières de modifier leurs guides sur ce point n’était pas le fruit du hasard. Il a dit ceci (au par. 268):

[TRADUCTION] La décision de ne pas apporter de modification a été prise délibérément, et aucune explication satisfaisante n’a été fournie par la Couronne fédérale pour justifier le fait que les Douanes ont continué d’interdire les représentations de pénétration anale malgré la jurisprudence dont j’ai fait état et les avis reçus du ministère de la Justice.

Si on considère la preuve dans son ensemble, il est clair que le juge de première instance était fondé à conclure, comme il l’a fait, que les appellants ont été traités différemment si on les compare aux importateurs de matériel sexuellement explicite destiné aux hétérosexuels, et encore plus si on les compare aux librairies d’intérêt plus général

115

116

carried at least some of the same titles as Little Sisters.

(b) Stage Two: Enumerated and Analogous Grounds

117

The trial judge rejected the second stage of the appellants' analysis despite his view that the appellants had suffered adverse treatment because they were part of, and suppliers to, the lesbian and gay community. He concluded the differentiation was based on "real" characteristics and not the "stereotypical application of presumed group or personal characteristics". He thought it significant that both homosexuality and obscenity are defined in terms of sexual practices. He agreed that the differentiation was based on sexual orientation (second stage). He nevertheless found (at para. 135) no infringement because:

Since homosexuals are defined by their homosexuality and their art and literature is permeated with representations of their sexual practices, it is inevitable that they will be disproportionately affected by a law proscribing the proliferation of obscene sexual representations.

There was no evidence to support the linkage thus made between the frequency and scale of sexual representations and the quite different issue of obscenity. A flourishing of sexual expression may have no connection whatsoever with harm-based obscenity. The trial judge himself protested against the detention of a "disturbing amount of homosexual art and literature that is arguably not obscene" (para. 252). Nevertheless he concluded that much of the imported material could be seen as degrading and dehumanizing and therefore prohibited "because it is obscene, not because it is homosexual" (para. 136).

118

In my view, the issue of discrimination arises with regard to material that was not obscene but was nevertheless detained, damaged, misclassified

qui vendaient au moins certains des titres offerts par Little Sisters.

b) Deuxième étape: les motifs énumérés et analogues

Le juge de première instance a rejeté la deuxième étape de l'analyse des appelants, même s'il était d'avis que ceux-ci avaient subi un traitement préjudiciable du fait qu'ils appartenaient à la communauté gaie et lesbienne et qu'ils en étaient des fournisseurs. Il a estimé que la distinction était fondée sur des caractéristiques [TRADUCTION] «réelles» et non sur l'«application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe». Il a considéré important le fait que tant l'homosexualité que l'obscénité sont définies en fonction de pratiques sexuelles. Il a accepté que la distinction était fondée sur l'orientation sexuelle (deuxième étape). Il a néanmoins conclu (au par. 135) à l'absence d'atteinte pour le motif suivant:

[TRADUCTION] Étant donné que les homosexuels sont définis par leur homosexualité et que leur art et leur littérature sont empreints de représentations de leurs pratiques sexuelles, il est inévitable qu'ils seront touchés de façon disproportionnée par une loi prohibant la prolifération de représentations sexuelles obscènes.

Il n'y avait aucune preuve appuyant l'existence du lien ainsi fait entre la fréquence et l'ampleur des représentations à caractère sexuel d'une part, et la question fort différente de l'obscénité d'autre part. Une abondance de représentations à caractère sexuel peut n'avoir aucun lien avec l'obscénité fondée sur le préjudice. Le juge de première instance lui-même a protesté contre la retenue d'un [TRADUCTION] «volume troublant d'art et de littérature homosexuels qui, on peut le prétendre, n'est pas obscène» (par. 252). Il a néanmoins jugé qu'une bonne partie du matériel importé pouvait être considéré dégradant et déshumanisant et en conséquence prohibé [TRADUCTION] «parce qu'[il] est obscène, et non en raison de son caractère homosexuel» (par. 136).

Je suis d'avis que la question de la discrimination se pose à l'égard du matériel qui n'était pas obscène, mais qui a néanmoins été retenu, endom-

or without justification turned back at the border *because* it was destined for the gay and lesbian community. While sexual orientation is not mentioned explicitly in s. 15 of the *Charter*, it is clearly an analogous ground to the listed personal characteristics, as was held in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, and *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

(c) Stage Three: Discrimination

There is no need here to review at length the “[contextual] factors which may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate that legislation has the effect of demeaning his or her dignity, as dignity is understood for the purpose of the *Charter* equality guarantee” (*Law, supra*, at para. 62). The Court held in *Vriend, supra*, that the gay and lesbian community has historically been the victim of disadvantage, stereotyping, prejudice and vulnerability. As discussed earlier, the community standard of tolerance of harm is a broad church that embraces respect for minority expression. It is antithetical to the remedial reasons underlying adoption of the community standard to single out a particular minority as being less worthy than others of protection and respect.

The appellants claim that only 14 charges of obscenity were laid in four years in British Columbia while approximately 35,000 prohibitions were imposed by Customs in the same period. We do not know how many of these charges relate to material imported by, amongst others, the appellants, or how many of the 14 charges (if any) resulted in convictions. Targeting is not necessarily unconstitutional. The Customs Department is obliged to use its limited resources in the most cost-effective way. This might include targeting shipments that, on the basis of experience or other information, are more likely than others to contain prohibited goods. The evidence here, however, did not justify the targeting of Little Sisters and the three other lesbian and gay bookstores. The Crown did not suggest that so-called XXX sex shops that specialize in hard core heterosexual material were

magé, mal classifié ou refusé sans justification à la frontière *parce qu’il* était destiné à la communauté gaie et lesbienne. Quoique l’orientation sexuelle ne soit pas mentionnée explicitement à l’art. 15 de la *Charte*, il s’agit clairement d’un motif analogue aux caractéristiques personnelles énumérées, comme il a été jugé dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, et *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

c) Troisième étape: la discrimination

Il n’est pas nécessaire en l’espèce d’examiner en profondeur les «facteurs [contextuels] sur lesquels peut s’appuyer un demandeur pour démontrer que des dispositions législatives ont pour effet de saper sa dignité, au sens où ce terme est interprété aux fins de la garantie d’égalité de la *Charte*» (*Law, précité*, au par. 62). Dans l’arrêt *Vriend*, précité, notre Cour a jugé que la communauté gaie et lesbienne a traditionnellement fait l’objet de désavantages, de stéréotypes, de préjugés et de vulnérabilité. Comme il a été expliqué précédemment, la norme sociale de tolérance au préjudice à un large champ d’application, qui englobe le respect de la liberté d’expression des minorités. Le fait de considérer une minorité donnée comme étant moins digne de protection et de respect que les autres est antithétique aux justifications réparatoires qui sont à la base de l’adoption de la norme sociale.

Les appelants avancent que seulement 14 accusations d’obscénité ont été portées en quatre ans en Colombie-Britannique alors qu’environ 35 000 prohibitions ont été prononcées par les Douanes durant la même période. Nous ne savons pas combien de ces accusations ont trait à du matériel importé par les appelants notamment, ni combien (s’il en est) des 14 accusations ont donné lieu à des déclarations de culpabilité. Le ciblage n’est pas nécessairement inconstitutionnel. Les autorités douanières sont obligées d’utiliser leurs ressources limitées de la façon la plus efficace. Cela peut vouloir dire viser des envois qui, à la lumière de l’expérience ou d’autres renseignements, risquent davantage que d’autres de contenir des marchandises prohibées. En l’espèce, toutefois, la preuve ne justifiait pas que l’on prenne pour cibles Little Sisters et les trois autres librairies gaies et lesbiennes.

119

120

subject to such blanket surveillance, even though, unlike in the case of Little Sisters, little if any of their stock is found routinely on display in the Vancouver Public Library. The appellants were entitled to the equal benefit of a fair and open Customs procedure, and because they imported gay and lesbian erotica, which was and is perfectly lawful, they were adversely affected in comparison to other individuals importing comparable publications of a heterosexual nature.

121 On a more general level, there was no evidence that homosexual erotica is proportionately more likely to be obscene than heterosexual erotica. It therefore cannot be said that there was any legitimate correspondence between the ground of alleged discrimination (sexual orientation) and the reality of the appellants' circumstances (importers of books and other publications including, but by no means limited to, gay and lesbian erotica).

122 As to the nature and importance of the interest affected, the trial judge himself concluded that access to homosexual erotica was central to gay and lesbian culture at para. 128:

Because sexual practices are so integral to homosexual culture, any law proscribing representations of sexual practices will necessarily affect homosexuals to a greater extent than it will other groups in society, to whom representations of sexual practices are much less significant and for whom such representations play a relatively marginal role in art and literature.

123 There was ample evidence to support the trial judge's conclusion that the adverse treatment meted out by Canada Customs to the appellants and through them to Vancouver's gay and lesbian community violated the appellants' legitimate sense of self-worth and human dignity. The Customs treatment was high-handed and dismissive of the appellants' right to receive lawful expressive

La Couronne n'a pas indiqué que des boutiques érotiques dites XXX se spécialisant dans le matériel hétérosexuel «*hard-core*» étaient soumises à la même surveillance généralisée même si, contrairement à Little Sisters, très peu sinon aucun des documents vendus par ces boutiques se trouvent généralement sur les rayons de la bibliothèque publique de Vancouver. Les appelants avaient droit à l'égalité de bénéfice de l'application d'une procédure douanière équitable et transparente, et, parce qu'ils importaient du matériel érotique gai et lesbien — activité qui était et qui demeure parfaitement licite —, ils ont été lésés par rapport à d'autres personnes important des publications comparables de nature hétérosexuelle.

De façon plus générale, il n'y avait aucune preuve indiquant que, toutes proportions gardées, le matériel érotique homosexuel risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel. Il est donc impossible d'affirmer qu'il y avait une correspondance légitime entre le motif de discrimination invoqué (l'orientation sexuelle) et la situation concrète des appelants (leur qualité d'importateurs de livres et autres publications, notamment du matériel érotique gai et lesbien).

Quant à la nature et à l'importance du droit touché, le juge de première instance lui-même a estimé que l'accès au matériel érotique homosexuel était crucial pour la culture gaie et lesbienne, au par. 128:

[TRADUCTION] Parce que les pratiques sexuelles sont tellement fondamentales pour la culture homosexuelle, toute loi interdisant les représentations de pratiques sexuelles affectera nécessairement les homosexuels davantage que d'autres groupes de la société, pour qui les représentations de pratiques sexuelles revêtent beaucoup moins d'importance et jouent un rôle relativement marginal dans l'art et la littérature.

Il y avait amplement d'éléments de preuve étayant la conclusion du juge de première instance que le traitement préjudiciable réservé par Douanes Canada aux appelants et, par l'intermédiaire de ceux-ci, à la communauté gaie et lesbienne de Vancouver, a porté atteinte à l'estime de soi et à la dignité humaine légitimes des appelants. Les Douanes ont traité les appelants de façon arbi-

material which they had every right to import. When Customs officials prohibit and thereby censor lawful gay and lesbian erotica, they are making a statement about gay and lesbian culture, and the statement was reasonably interpreted by the appellants as demeaning gay and lesbian values. The message was that their concerns were less worthy of attention and respect than those of their heterosexual counterparts.

While here it is the interests of the gay and lesbian community that were targeted, other vulnerable groups may similarly be at risk from overzealous censorship. Little Sisters was targeted because it was considered “different”. On a more general level, it seems to me fundamentally unacceptable that expression which is free within the country can become stigmatized and harassed by government officials simply because it crosses an international boundary, and is thereby brought within the bailiwick of the Customs department. The appellants’ constitutional right to receive perfectly lawful gay and lesbian erotica should not be diminished by the fact their suppliers are, for the most part, located in the United States. Their freedom of expression does not stop at the border.

That having been said, there is nothing on the face of the Customs legislation, or in its necessary effects, which contemplates or encourages differential treatment based on sexual orientation. The definition of obscenity, as already discussed, operates without distinction between homosexual and heterosexual erotica. The differentiation was made here at the administrative level in the implementation of the Customs legislation.

H. *The Morgentaler Issue*

My colleague Iacobucci J. concludes that even if the existence of *some* type of border inspection or surveillance could be justified under s. 1 of the

traire et ont montré de l’indifférence envers leur droit de recevoir du matériel expressif licite, qu’ils avaient parfaitement le droit d’importer. Lorsque les fonctionnaires des douanes prohibent et de ce fait censurent du matériel érotique licite destiné aux gais et aux lesbiennes, ils se prononcent sur la culture gaie et lesbienne, et cette intervention a raisonnablement été interprétée par les appelants comme ayant pour effet de rabaisser les valeurs gaies et lesbiennes. Le message était que les préoccupations des gais et des lesbiennes étaient moins dignes d’attention et de respect que celles de leurs homologues hétérosexuels.

Bien que, en l’espèce, ce soient les droits de la communauté gaie et lesbienne qui aient été visés, d’autres groupes vulnérables pourraient également risquer d’être soumis à une censure exagérée. Little Sisters a été visée parce qu’elle était considérée «différente». De façon plus générale, il me semble fondamentalement inacceptable qu’une forme d’expression qui se manifeste librement à l’intérieur du pays puisse faire l’objet de stigmatisation et de harcèlement par les fonctionnaires simplement parce qu’elle traverse une frontière internationale et qu’elle tombe ainsi sous l’autorité des Douanes. Le droit constitutionnel des appelants de recevoir du matériel érotique gai et lesbien parfaitement licite ne devrait pas être diminué du fait que leurs fournisseurs sont pour la plupart situés aux États-Unis. Leur liberté d’expression ne s’arrête pas à la frontière.

Cela dit, il n’y a rien dans le texte même de la législation douanière ou dans ses effets nécessaires qui prévoit ou encourage une différence de traitement fondée sur l’orientation sexuelle. Comme il a été expliqué plus tôt, la définition de l’obscénité s’applique sans distinction au matériel érotique homosexuel et au matériel érotique hétérosexuel. En l’espèce, la distinction a été faite au niveau administratif, dans la mise en œuvre de la législation douanière.

H. *L’argument fondé sur l’arrêt Morgentaler*

Mon collègue le juge Iacobucci estime que, même si une *certaine* forme d’inspection ou de surveillance frontalière pouvait être justifiée au

124

125

126

Charter, this particular scheme fails the minimal impairment test because what Parliament has enacted is inherently and inevitably violative of rights of free expression.

127 In reaching this conclusion, Iacobucci J. relies on some of the things that Parliament *could* have said but does *not* say, and on this basis cites certain pronouncements in *Morgentaler*, *Hunter v. Southam* and *Bain* to find the Customs legislation unconstitutional. I do not disagree with what is said in those cases but, with respect, I do not find the legislation in this case to be comparable to the legislation at issue in those cases.

128 In *Morgentaler*, the unconstitutionally cumbersome procedures governing therapeutic abortion committees were spelled out in s. 251 of the *Criminal Code*. The legislative scheme itself was held to be unworkable. The problem resided in what was laid down by Parliament itself in the *Criminal Code*, not with what was *not* laid down. The procedures enacted by Parliament itself were the root cause of the *Charter* violations, *per* Dickson C.J., at p. 62:

It is not possible to say that delay results only from administrative constraints, such as limited budgets or a lack of qualified persons to sit on therapeutic abortion committees. Delay results from the cumbersome operating requirements of s. 251 itself.

. . .

Even if the purpose of legislation is unobjectionable, the administrative procedures created by law to bring that purpose into operation may produce unconstitutional effects, and the legislation should then be struck down. [Emphasis in original.]

The problem was located in s. 251 of the *Code*. It therefore had to be addressed at the legislative level. There is no equivalent in this case to the cumbersome statutory procedures imposed on therapeutic abortion committees by s. 251. It is true

regard de l'article premier de la *Charte*, le régime en cause ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale, car les dispositions édictées par le Parlement portent inévitablement et intrinsèquement atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

Le juge Iacobucci tire cette conclusion en invoquant certains éléments qui *auraient pu* faire partie de la législation douanière mais *ne sont pas* prévus par celle-ci, et sur cette base il cite certains énoncés faits dans les arrêts *Morgentaler*, *Hunter c. Southam* et *Bain* et conclut à l'inconstitutionnalité de la législation douanière. Je ne suis pas en désaccord avec ce qui est dit dans ces arrêts, mais, en toute déférence, je ne considère pas que les dispositions législatives litigieuses en l'espèce soient comparables à celles qui étaient en cause dans ces arrêts.

Dans l'arrêt *Morgentaler*, la procédure inconstitutionnellement lourde qui régissait les comités de l'avortement thérapeutique était prévue par l'art. 251 du *Code criminel*. Le régime législatif lui-même a été jugé impossible à appliquer. Le problème résidait dans ce que le Parlement lui-même avait prévu dans le *Code criminel*, plutôt que dans ce qu'il *n'y* avait *pas* prévu. La procédure édictée par le Parlement lui-même constituait la cause fondamentale des atteintes à la *Charte*, le juge en chef Dickson, à la p. 62:

Il n'est pas possible de dire que ces retards ne résultent que des contraintes administratives, tels les budgets restreints ou le manque de personnel qualifié apte à siéger aux comités de l'avortement thérapeutique. Les délais résultent de la lourdeur du mécanisme prévu à l'art. 251 lui-même.

. . .

Même si l'objet d'une loi est inattaquable, la procédure administrative créée par la loi pour la mise en œuvre de cet objet peut produire des effets inconstitutionnels et la loi doit alors être invalidée. [Souligné dans l'original.]

Le problème résidait dans l'art. 251 du *Code*. Il devait par conséquent être réglé au niveau législatif. Il n'y a en l'espèce rien d'équivalent aux lourdes procédures qui étaient imposées aux comités de l'avortement thérapeutique par

that at p. 68 Dickson C.J. also referred to the “further flaw” that Parliament had failed to provide in s. 251 “an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted”. In this case, the appropriate legal standard is supplied by the incorporation by reference of s. 163(8) of the *Criminal Code*, as Iacobucci J. concedes in para. 225.

In *Hunter v. Southam*, s. 10(3) of the *Combines Investigation Act* purported to permit a member of the Restrictive Trade Practices Commission to authorize a search and seizure. The Court held (at p. 164) that a condition precedent to a valid search was the requirement of an authorization — in advance where feasible — by an *impartial* arbiter. Parliament had vested members of the Restrictive Trade Practices Commission with investigatory functions. They were therefore not impartial in the matter of searches. The Act thus purported to confer on the members a power that could not constitutionally be granted to them, and nothing that they could do under the Act was capable of curing the statute’s wrongful attribution.

Dickson J. went on to consider the government’s alternative argument, at p. 168:

... that even if subs. 10(1) and 10(3) do not specify a standard consistent with s. 8 for authorizing entry, search and seizure, they should not be struck down as inconsistent with the *Charter*, but rather that the appropriate standard should be read into these provisions. [Emphasis added.]

It was in this context that Dickson J. observed at p. 169:

It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional.

In the case of Customs prohibitions, as stated, the “standard” or legal threshold to lawful state inter-

l’art. 251. Il est vrai que, à la p. 68, le juge en chef Dickson a également fait état de l’«autre faiblesse», à savoir le fait que le Parlement n’avait pas énoncé, à l’art. 251, de «norme adéquate à laquelle les comités de l’avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu’ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé». En l’espèce, la norme légale appropriée est fournie au moyen de l’incorporation par renvoi du par. 163(8) du *Code criminel*, comme le concède le juge Iacobucci, au par. 225 de ses motifs.

Dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, le par. 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* avait pour objet d’habiliter les membres de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce à autoriser des fouilles, perquisitions et saisies. La Cour a jugé (à la p. 164) qu’une condition préalable à la validité d’une fouille ou d’une perquisition était l’obligation d’obtenir — à l’avance si possible — une autorisation à cet effet d’un arbitre *impartial*. Le Parlement avait investi les membres de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce de pouvoirs d’enquêtes. Ceux-ci n’étaient donc pas impartiaux en matière de fouilles et de perquisitions. La Loi visait donc à donner à ces personnes un pouvoir qui ne pouvait constitutionnellement leur être accordé, et rien de ce qu’ils pouvaient faire en vertu de la Loi aurait pu permettre de corriger l’attribution erronée de pouvoirs prévue par le texte de la loi.

Le juge Dickson a examiné ensuite, à la p. 168, l’autre argument du gouvernement, selon lequel:

... même si les par. 10(1) et 10(3) n’établissent pas un critère compatible avec l’art. 8 lorsqu’il s’agit d’autoriser une entrée, une fouille, une perquisition et une saisie, ils ne devraient pas être radiés comme incompatibles avec la *Charte*, mais ils devraient plutôt recevoir une interprétation large de manière à leur prêter le critère approprié. [Je souligne.]

C’est dans ce contexte que le juge Dickson a fait l’observation suivante, à la p. 169:

Il n’appartient pas aux tribunaux d’ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.

Comme il a été expliqué plus tôt, dans le cas des prohibitions prononcées par les Douanes, le «cri-

vention is found in the definition of obscenity in s. 163(8) of the *Criminal Code*. Section 163(8) is clearly specified in *Customs Tariff Code 9956* (which my colleague would declare unconstitutional). Dickson J. did not go on to suggest, as does my colleague, that not only the standard but also the procedures attending its exercise must be spelled out in the legislation. If this is correct, there is a great deal of legislation governing *Charter*-sensitive conduct — by the police, for example — that is constitutionally deficient.

tère» ou seuil légal justifiant l'intervention de l'État réside dans la définition d'obscénité énoncée au par. 163(8) du *Code criminel*. Le paragraphe 163(8) est clairement mentionné dans le code 9956 du *Tarif des douanes* (que mon collègue déclarerait inconstitutionnel). Le juge Dickson n'a pas été jusqu'à indiquer, comme le fait mon collègue, que non seulement le critère mais également les procédures relatives à son application doivent être exposés dans la législation. Si c'est le cas, il y a alors beaucoup de textes de loi régissant des activités délicates du point de vue de la *Charte* — exercées par les policiers par exemple — qui sont déficients sur le plan constitutionnel.

131 In *Bain, supra*, the accused challenged the lack of even-handedness in the selection process for a criminal jury. Parliament gave the Crown the ability to stand aside 48 prospective jurors and to challenge 4 jurors peremptorily. The accused in such case had but 12 peremptory challenges, a legislated advantage to the Crown of over 4 to 1. The Crown assured the court that its power would be exercised responsibly but the court considered that the discriminatory law could not be thus salvaged. *Bain* is the opposite of this case. There it was unsuccessfully argued that a discriminatory law was capable of implementation in a neutral fashion. Here the neutral law was found to have been implemented in a discriminatory fashion. The issues are different and the remedy is therefore not the same.

Dans l'affaire *Bain*, précitée, l'accusé contestait le manque d'équité du processus de sélection du jury dans les affaires criminelles. Le Parlement avait donné au ministère public le pouvoir d'écartier 48 candidats jurés et de récuser 4 jurés péremptoirement. Pour sa part, l'accusé n'avait droit qu'à 12 récusations péremptoires, un avantage de plus de 4 contre 1 accordé par la loi au ministère public. Le ministère public a assuré la cour qu'il exercerait son pouvoir de façon responsable, mais la cour a estimé que la validité des dispositions discriminatoires ne pouvait être sauvegardée de cette façon. L'affaire *Bain* est à l'opposé de la présente affaire. Dans *Bain*, on a prétendu sans succès que des dispositions discriminatoires pouvaient être appliquées de façon neutre. En l'espèce, il a été jugé que des dispositions neutres ont été mises en œuvre de manière discriminatoire. Les questions en litige sont différentes, de sorte que la réparation accordée ne sera pas la même.

132 The *Customs Act*, as is the case with most departmental legislation, is rather short on the detail of how the department is actually to be run. This is for good reason. Departmental priorities change and resources rise and fall in response to a moving government agenda. The Minister requires flexibility to determine how the departmental mandate is to be met.

Comme c'est le cas pour la plupart des lois créant un ministère, la *Loi sur les douanes* est plutôt laconique sur la façon dont celui-ci fonctionnera dans les faits. Il y a une bonne raison à cela. Les priorités du ministère changent et les ressources dont il dispose fluctuent au gré du programme du gouvernement. Le ministre a besoin de souplesse pour décider de quelle façon le ministère s'acquittera de sa mission.

133 A large measure of discretion is granted in the administration of the Act, from the level of the Customs official up to the Minister, but it is well

Un large pouvoir discrétionnaire est accordé aux personnes chargées de l'application de la Loi, et ce à tous les niveaux, de l'agent des douanes jusqu'au

established that such discretion must be exercised in accordance with the *Charter* for the reasons articulated by Professor Peter Hogg in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 34-11:

Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the *Charter*, neither body can authorize action which would be in breach of the *Charter*. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the *Charter* will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

Where legislation cannot be so construed, as in *Hunter v. Southam, Morgentaler and Bain*, the infringing statutory measure of course must be justified. In this case, however, I think the Customs legislation is quite capable of being applied in a manner consistent with respect for *Charter* rights. I do not agree with my colleague's conclusion (at para. 204) that:

This Court's precedents demand sufficient safeguards in the legislative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights. In the face of an extensive record of unconstitutional application, it is not enough merely to provide a structure that could be applied in a constitutional manner. This is particularly the case where fundamental *Charter* rights, such as the right to free expression, are at stake. [Emphasis in original.]

Free expression was at stake in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, yet the Court did not require Parliament to amend the *Canada Labour Code*. The Court ruled only that an adjudicator appointed under the *Code* must exercise his or her discretion in accordance with the *Charter*. As Lamer J. (as he then was) stated at p. 1078: "Legislation conferring an imprecise dis-

ministre, mais il est bien établi qu'un tel pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément à la *Charte* pour les raisons énoncées par le professeur Peter Hogg dans l'ouvrage *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 34-11:

[TRADUCTION] Un acte accompli en vertu d'une autorisation du législateur n'est valide que s'il respecte les limites de cette autorisation. Étant donné que ni le Parlement ni les législatures ne peuvent eux-mêmes voter des lois contraires à la *Charte*, ils ne peuvent pas autoriser un acte qui contreviendrait à la *Charte*. Par conséquent, les limites imposées à l'autorisation du législateur par la *Charte* descendent le long de la chaîne hiérarchique des autorisations du législateur et s'appliquent aux règlements proprement dits, aux règlements administratifs, aux décrets, aux arrêtés, aux ordonnances, aux décisions ainsi qu'à tout autre acte (législatif, administratif ou judiciaire) dont la validité dépend de l'autorisation donnée par le législateur.

Lorsque le texte de loi ne peut être interprété de la sorte, comme c'était le cas dans *Hunter c. Southam, Morgentaler et Bain*, la mesure législative attentatoire doit évidemment être justifiée. En l'espèce, toutefois, j'estime que la législation douanière peut très bien être appliquée d'une manière qui respecte les droits garantis par la *Charte*. Je ne suis pas d'accord avec la conclusion suivante exprimée par mon collègue, au par. 204 de ses motifs:

La jurisprudence de notre Cour exige que le régime législatif lui-même comporte des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution. Compte tenu de l'imposant bilan d'application inconstitutionnelle, il n'est pas suffisant de se contenter d'établir un régime qui pourrait être appliqué de manière constitutionnelle. C'est particulièrement vrai dans les cas où des droits fondamentaux garantis par la *Charte*, telle la liberté d'expression, sont en jeu. [Souligné dans l'original.]

Même si la liberté d'expression était en jeu dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, notre Cour n'a cependant pas ordonné au Parlement de modifier le *Code canadien du travail*. Notre Cour a seulement jugé que les arbitres nommés en vertu du *Code* devaient exercer leur pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte*. Comme l'a dit le juge Lamer (plus

cretion must therefore be interpreted as not allowing *Charter* rights to be infringed". See also *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Cases dealing with *Charter* rights other than freedom of expression have been similarly disposed of. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, the Court reversed the Saskatchewan Court of Appeal and upheld as valid the broad discretion given to police officers under a power to fingerprint suspects, despite objections about potential abuse. The *Criminal Code* provides enormous discretion to government officials and the police in matters that directly affect *Charter* rights, yet as La Forest J. pointed out at p. 411:

The *Criminal Code* provides no guidelines for the exercise of discretion in any of these areas. The day to day operation of law enforcement and the criminal justice system nonetheless depends upon the exercise of that discretion.

This Court has already recognized that the existence of prosecutorial discretion does not offend the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons*, [[1987] 2 S.C.R. 309], at p. 348; see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 303-4. The Court did add that if, in a particular case, it was established that a discretion was exercised for improper or arbitrary motives, a remedy under s. 24 of the *Charter* would lie, but no allegation of this kind has been made in the present case.

If Parliament is constitutionally able to confer broad powers on the police and Justice Department officials under the *Criminal Code* without establishing a specific institutional framework to deal with out-of-court *Charter*-sensitive activities, I fail to see how Parliament is nevertheless required to legislate special procedures to govern Customs officials.

135

In the case of the Customs legislation, Parliament contemplated that more detailed regulations may be necessary for the guidance of officials and

tard Juge en chef) à la p. 1078: «Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*». Voir également *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Des affaires portant sur des droits garantis par la *Charte*, autres que la liberté d'expression, ont été décidées de la même manière. Dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, notre Cour a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et confirmé la validité du large pouvoir discrétionnaire conféré aux policiers relativement à la prise des empreintes digitales des suspects, malgré les objections fondées sur les risques d'abus qui ont été formulées. Le *Code criminel* donne aux fonctionnaires de l'État et aux policiers un pouvoir discrétionnaire énorme à l'égard de questions touchant directement les droits garantis par la *Charte* et pourtant, comme l'a souligné le juge La Forest, à la p. 411:

Le *Code criminel* ne donne aucune directive sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans aucun de ces cas. L'application de la loi et le fonctionnement de la justice criminelle n'en dépendent pas moins, quotidiennement, de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Cette Cour a déjà reconnu que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, voir *R. c. Lyons*, [[1987] 2 R.C.S. 309], à la p. 348; voir aussi *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, aux pp. 303 et 304. La Cour a néanmoins ajouté que si, dans un cas particulier, il était établi qu'un pouvoir discrétionnaire était exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires, il existerait un recours en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, mais aucune allégation de ce genre n'a été faite en l'espèce.

Si la Constitution habilite le Parlement à accorder, dans le *Code criminel*, de vastes pouvoirs aux policiers et aux fonctionnaires du ministère de la Justice sans établir de cadre institutionnel précis à l'égard d'activités extrajudiciaires délicates du point de vue de la *Charte*, je ne vois pas pourquoi le Parlement serait par ailleurs tenu d'établir, par voie législative, des procédures spéciales pour régir les fonctionnaires des douanes.

Dans le cas de la législation douanière, le Parlement avait prévu que des dispositions réglementaires plus précises pourraient se révéler néces-

others. It provided in s. 164(1)(j) of the *Customs Act*, to repeat, that the Governor in Council “may make regulations . . . generally to carry out the purposes and provisions of this Act”. Many of the systemic problems identified by the trial judge in the department’s treatment of potentially obscene imports might have been dealt with by institutional arrangements implemented by regulation, but this was not done. However, the fact that a regulatory power lies unexercised provides no basis for attacking the validity of the statute that conferred it.

The specific provisions of the *Customs Act* relevant to the appellants are the tariff classification provision (s. 58) and the various rights to a redetermination (ss. 60, 63 and 71) and appeals to the courts (ss. 67 and 152). Parliament was entitled, I think, to expect that the Minister, with or without regulations under s. 164, would put in place the necessary detailed procedures, including procedures appropriate for processing constitutionally sensitive material.

The fact this issue arises in connection with the administration of a government department prompts two further comments. The first is that it is in the nature of government work that the power of the state is exercised and the *Charter* rights of the citizen may therefore be engaged. While there is evidence of actual abuse here, there is the *potential* for abuse in many areas, and a rule requiring Parliament to enact in each case special procedures for the protection of *Charter* rights would be unnecessarily rigid.

Secondly, the government needs neither a special statute nor special regulations to deal with its own employees. Customs officials are responsible to the Minister by virtue of their jobs. I have already held that *Customs Tariff Code 9956* creates a constitutionally valid standard. In the administration of the department the Minister may supple-

saies pour guider les fonctionnaires et autres intéressés. Comme il été dit plus tôt, le Parlement a précisé, à l’al. 164(1)(j) de la *Loi sur les douanes*, que le gouverneur en conseil «peut, par règlement [. . .] prendre toute mesure d’application de la présente loi». Bon nombre des problèmes systémiques signalés par le juge de première instance relativement à la façon dont le ministère traite les importations potentiellement obscènes auraient pu être corrigés au moyen de pratiques à caractère institutionnel mises en œuvre par règlement, mais cela n’a pas été fait. Toutefois, le fait qu’un pouvoir réglementaire ne soit pas exercé ne peut être invoqué pour contester la validité de la loi qui l’a conféré.

Les dispositions particulières de la *Loi sur les douanes* qui concernent les appelants sont la disposition relative au classement tarifaire (art. 58) et celles établissant les divers droits de révision ou réexamen (art. 60, 63 et 71) ainsi que les droits d’appel aux tribunaux judiciaires (art. 67 et 152). J’estime que le Parlement pouvait supposer que le ministre mettrait en place, avec ou sans règlement pris en vertu de l’art. 164, les procédures détaillées nécessaires, y compris la procédure appropriée pour traiter le matériel délicat du point de vue constitutionnel.

Le fait que cette question se pose relativement à l’administration d’un ministère m’incite à faire deux autres observations. La première est qu’il est normal, de par la nature des activités de l’État, que celui-ci soit appelé à exercer son pouvoir et que les droits garantis au citoyen par la *Charte* puissent en conséquence être touchés. Quoiqu’il y ait preuve d’abus réel en l’espèce, il y a *risque* d’abus dans de nombreux domaines, et une règle qui obligerait le Parlement à édicter dans chaque cas des procédures spéciales pour protéger les droits garantis par la *Charte* serait inutilement rigide.

Deuxièmement, le gouvernement n’a pas besoin d’une loi ou d’un règlement spécial pour intervenir auprès de ses propres employés. Les fonctionnaires des douanes relèvent du ministre du fait de leur poste. J’ai conclu, plus tôt, que le code 9956 du *Tarif des douanes* créait une norme valide sur le plan constitutionnel. Dans le cours de l’administra-

136

137

138

ment by directive the provisions of the *Customs Act* for its implementation. The public service responds to ministerial direction with no less alacrity than it responds to statute or regulation. In short, an importer's rights may be protected in fact by statute, regulation, ministerial direction or even departmental practice. What is crucial, at the end of the day, is that *Charter* rights are in fact respected. The modalities for achieving that objective will vary with the context. There is nothing unconstitutional about the option selected by Parliament in this case.

139 All of this is to say that there are various methods to ensure respect by the public service for the *Charter* rights of importers. Each method has its advantages and disadvantages. The fact Parliament opted for the more flexible routes of delegated regulation and ministerial directive is not, I think, a reason to invalidate the legislation itself.

I. *Section 1 Justification*

140 As stated, the Crown fairly acknowledged from the outset that the *Customs Act* and *Customs Tariff* infringe the freedom of expression of individuals by imposing a barrier to the communication of expressive material. No matter how many (or how few) safeguards are built into the Customs legislation, this barrier will remain. It is inherent in any Customs scheme and the government must demonstrate that such a barrier is a reasonable limit.

141 It should be noted at the outset that the s. 15(1) infringements identified by the trial judge are incapable of s. 1 justification. Violative conduct by government officials that is not authorized by statute is not "prescribed by law" and cannot therefore be justified under s. 1. The equality rights issues therefore proceed directly to the remedy phase of the analysis. Limitations on free expression were, however, authorized by Parliament in the Customs

tion de son ministère, le ministre peut, au moyen de directives, compléter les dispositions de la *Loi sur les douanes* en vue de la mise en œuvre de celle-ci. La fonction publique ne réagit pas avec moins d'empressement aux directives du ministre qu'aux lois et aux règlements. Bref, les droits d'un importateur peuvent effectivement être protégés par une loi, un règlement, une directive du ministre ou même une pratique institutionnelle. Ce qui importe en bout de ligne, c'est que les droits garantis par la *Charte* soient respectés dans les faits. Les modalités permettant d'atteindre cet objectif varient selon le contexte. La solution retenue par le Parlement en l'espèce n'a rien d'inconstitutionnel.

Tout ce qui précède signifie simplement qu'il existe diverses méthodes permettant d'assurer le respect par la fonction publique des droits garantis par la *Charte* aux importateurs. Chaque méthode comporte ses avantages et ses inconvénients. Le fait que le Parlement ait opté pour des méthodes plus souples, soit la délégation d'un pouvoir de réglementation et la directive ministérielle, ne constitue pas, à mon sens, une raison d'invalider la législation elle-même.

I. *La justification au regard de l'article premier*

Comme il a été mentionné précédemment, la Couronne a à juste titre reconnu dès le départ que la *Loi sur les douanes* et le *Tarif des douanes* portent atteinte à la liberté d'expression des individus en faisant obstacle à la communication de matériel expressif. Peu importe le nombre (petit ou grand) de protections incorporées dans la législation douanière, cet obstacle va rester. Il est inhérent à tout régime douanier, et le gouvernement doit démontrer qu'un tel obstacle est une limite raisonnable.

Il faut souligner au départ que les plaintes fondées sur le par. 15(1) mentionnées par le juge de première instance ne peuvent être justifiées au regard de l'article premier. Une conduite attentatoire par des fonctionnaires qui n'est pas autorisée par un texte de loi n'est pas «prescrite par une règle de droit» et ne saurait en conséquence être justifiée au regard de l'article premier. Pour ce qui est des questions touchant les droits à l'égalité, on

law” within the meaning of s. 1 of the *Charter* when applied to gay and lesbian erotica.

146 Section 163 having been upheld in *Butler*, and the *Customs Tariff* having incorporated s. 163 and the related jurisprudence, it follows that the *Customs Tariff* prohibition is not void for vagueness or uncertainty, and is therefore validly “prescribed by law”. The appellants argued that a legal standard which may be intelligible to a judge in a criminal trial surrounded with all the appropriate procedural protections is not necessarily intelligible to a Customs official left to his or her own devices supplemented by Memorandum D9-1-1. I do not think “intelligibility” varies with the level of procedural sophistication. The standard set out in s. 163(8) of the *Criminal Code* either affords a reasonable guide to well-intentioned individuals seeking to keep themselves within the law or it does not. *Butler* held that it did. The standard is related to the community’s tolerance of harm. It is the severity of the potential consequences that requires a judge to preside over a criminal trial, not the intelligibility of the “community tolerance” standard.

(b) Pressing and Substantial Objective

147 Parliament’s legislative objective is to prevent Canada from being inundated with obscene material from abroad. As in *Butler*, the ultimate objective was the avoidance of harm that Parliament had a reasonable apprehension would be caused by exposure to obscene material (*Butler, supra*, at p. 491). This is a valid objective.

(c) Proportionality

(i) *Rational Connection*

148 Canadian sovereignty includes the right to inspect and if considered appropriate to prohibit the entry of goods which Parliament, in the valid exercise of its criminal law power, has prohibited

pas une limite «prescrite par une règle de droit» au sens de l’article premier de la *Charte* lorsqu’elle est appliquée au matériel érotique gai et lesbien.

Puisque la constitutionnalité de l’art. 163 a été confirmée dans l’arrêt *Butler* et que cet article et la jurisprudence pertinente ont été incorporés dans le *Tarif des douanes*, il s’ensuit que la prohibition prévue par le *Tarif des douanes* n’est pas nulle pour cause d’imprécision ou d’incertitude et qu’elle est donc validement «prescrite par une règle de droit». Les appelants ont plaidé qu’une norme légale, qui peut être intelligible pour un juge présidant un procès criminel où s’appliquent toutes les garanties procédurales appropriées, ne l’est pas nécessairement pour un fonctionnaire des douanes abandonné à son sort avec le *Mémoire D9-1-1*. Je ne crois pas que «l’intelligibilité» varie selon le degré de sophistication de la procédure. Ou bien la norme énoncée au par. 163(8) du *Code criminel* constitue un guide raisonnable pour des individus bien intentionnés qui désirent respecter la loi ou bien elle ne l’est pas. Dans l’arrêt *Butler*, il a été jugé qu’elle constituait un tel guide. La norme est liée à la tolérance de la société au préjudice. C’est la gravité des conséquences potentielles qui commande qu’un juge préside un procès criminel, non pas l’intelligibilité de la norme «de tolérance de la société».

b) Un objectif urgent et réel

L’objectif visé par la loi fédérale en cause est d’empêcher que le Canada soit inondé de matériel obscène provenant de l’étranger. Tout comme dans *Butler*, l’objectif ultime visé en l’espèce était d’éviter le préjudice qui, craignait raisonnablement le Parlement, serait causé par l’exposition au matériel obscène (*Butler, précité*, à la p. 491). Il s’agit d’un objectif valable.

c) La proportionnalité

(i) *Le lien rationnel*

La souveraineté canadienne implique le droit d’inspecter et, si la chose est jugée appropriée, d’interdire l’entrée au pays des marchandises que le Parlement a prohibées dans l’exercice valide de

(*Simmons, supra*). Customs procedures are rationally connected to that objective.

(ii) *Minimal Impairment*

Customs officials have no authority to deny entry to sexually explicit material unless it comes within the narrow category of pornography that Parliament has validly criminalized as obscene. With respect to lawful publications, the interference sanctioned by Parliament was limited to the delay, cost and aggravation inherent in inspection, classification and release procedures. Unlike *Butler*, we are not dealing here with the denial of the expressive right but with a temporary delay in obtaining possession of lawful materials while the importation is being processed.

As stated, the Customs legislation outlines a skeletal scheme consisting of a border inspection, a classification procedure for tariff purposes, and a system of both internal and judicial appeals from a prohibition based on a finding of obscenity. The inspection and classification provisions are inherent in any border control, and are valid unless the appellants can establish a constitutional right to open borders, which they have not done. The re-determination and appeal provisions are inserted for the importer's benefit. It is difficult to envisage how the Crown could achieve its legitimate objective at the border, or be fair to the public interest expressed through the obscenity provisions of the *Criminal Code* as well as the interests of the importers of expressive material, without such a system. It is clear that the statutory scheme required supplementary measures by regulation or ministerial direction beyond the skeletal provisions that were made. The operation of the statutory scheme, as found by the trial judge, created a barrier to free expression that exceeded the government's legitimate objectives, but that is a matter for regulatory or administrative not necessarily legislative action. In my view the basic statutory scheme set forth in the Customs legislation, properly implemented by the government within the

sa compétence sur le droit criminel (*Simmons, précité*). Les procédures douanières sont rationnellement liées à cet objectif.

(ii) *L'atteinte minimale*

Les fonctionnaires des douanes n'ont le pouvoir de refuser l'entrée du matériel sexuellement explicite que si celui-ci appartient à la catégorie étroite du matériel pornographique, que le Parlement a validement criminalisé pour cause d'obscénité. Relativement aux publications licites, l'atteinte autorisée par le Parlement se limite aux délais, coûts et contrariétés inhérents aux procédures d'inspection, de classement et de dédouanement. Contrairement à l'affaire *Butler*, le présent pourvoi ne porte pas sur la privation d'un droit lié à la liberté d'expression, mais plutôt sur la période temporaire durant laquelle il faut attendre avant d'être mis en possession de matériel licite importé, pendant que celui-ci est traité.

Comme il a été expliqué, la législation douanière établit un régime sommaire comprenant une inspection frontalière, une procédure de classement à des fins tarifaires et une série d'appels internes et judiciaires en cas de prohibition pour cause de constatation d'obscénité. Les dispositions relatives à l'inspection et à la classification sont inhérentes à tout contrôle frontalier et sont valides à moins que les appelants ne puissent démontrer l'existence d'un droit constitutionnel à des frontières ouvertes, ce qu'ils n'ont pas fait. Les dispositions en matière de révision, réexamen et appel ont été insérées au bénéfice des importateurs. Il est difficile d'imaginer comment, sans un tel système, la Couronne pourrait réaliser l'objectif légitime qu'elle vise aux frontières ou être juste envers l'intérêt public exprimé par les dispositions relatives à l'obscénité du *Code criminel* d'une part, et les intérêts des importateurs de matériel expressif d'autre part. Il est clair que le régime établi par la loi nécessitait la prise, par règlement ou directive ministérielle, de mesures supplémentaires afin de compléter les dispositions sommaires existantes. Comme l'a constaté le juge de première instance, l'application du régime prévu par la loi a créé un obstacle à la liberté d'expression qui est excessif par rapport aux objectifs légitimes du gouvernement, mais il

149

150

powers granted by Parliament, was capable of being administered with minimal impairment of the s. 2(b) rights of importers, apart from the reverse onus provision which should be declared inapplicable to the obscenity issue for the reasons previously mentioned.

s'agit d'une question qui commande une solution réglementaire ou administrative, pas *nécessairement* législative. À mon avis, s'il est adéquatement mis en œuvre par le gouvernement, dans le respect des pouvoirs conférés par le Parlement, le régime de base prévu par la législation douanière pourrait être administré de manière à ne porter atteinte que de façon minimale aux droits garantis aux importateurs par l'al. 2b), exception faite de la disposition portant inversion de la charge de la preuve, qui doit être déclarée inapplicable à la question de l'obscénité pour les raisons mentionnées antérieurement.

151 Parliament created a broad regulation-making power in s. 164(1)(j) of the *Customs Act* for the better implementation of the Act. Parliament has given the executive the authority to put in place by regulation an administrative or institutional structure that would protect the expressive rights of the appellants and others. The problem here is not with the legislators but with the failure of those responsible to exercise the powers that they possess, including, according to the trial judge, the failure of Customs to make available adequate resources to do the job effectively.

Le Parlement a créé un large pouvoir de réglementation à l'al. 164(1)(j) de la *Loi sur les douanes* en vue de permettre la mise en œuvre efficace de la Loi. Le Parlement a donné à l'exécutif le pouvoir d'établir, par règlement, un régime administratif ou institutionnel protégeant le droit à la liberté d'expression des appelants et autres intéressés. En l'espèce, le problème n'est pas le fait du législateur, mais résulte plutôt de l'omission des autorités concernées d'exercer les pouvoirs dont elles disposent, y compris, de l'avis du juge de première instance, de l'omission des Douanes de fournir les ressources adéquates pour que le travail soit effectué efficacement.

(d) Overall Proportionality

d) La proportionnalité globale

152 In my view Parliament has struck an appropriate balance between the limiting effects of the Customs legislation and the legislative objective of prohibiting the entry of socially harmful material. As held in *Butler*, at p. 509, the benefits sought by the criminalization of obscenity are the avoidance of harm and the enhancement of respect for all members of society, and the promotion of non-violence and equality in their relations with each other. If I am correct that the source of the appellants' problem lies at the administrative level rather than the legislative level, the restriction imposed by Parliament to catch expressive materials that violate s. 163 of the *Criminal Code* at the international border does not outweigh the importance of the legislative objective.

Je suis d'avis que le Parlement a établi l'équilibre approprié entre les effets restrictifs de la législation douanière et l'objectif de la loi qui consiste à prohiber l'entrée de matériel préjudiciable à la société. Comme il a été jugé dans l'arrêt *Butler*, à la p. 509, les avantages recherchés par la criminalisation de l'obscénité sont de parer aux préjudices et de favoriser le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens. Si j'ai raison de dire que la source du problème des appelants se situe au niveau administratif plutôt qu'au niveau législatif, la restriction qu'a imposée le Parlement en vue d'intercepter le matériel expressif visé par l'art. 163 du *Code criminel* aux frontières internationales ne l'emporte pas sur l'importance de l'objectif de la loi.

(e) Deleterious Effects Versus Salutory Benefits

The deleterious effects on the appellants found by the trial judge went way beyond any salutary benefits for Canadian society in this case, but that is not the test. The test is whether the deleterious effects of the Customs legislation, properly administered, exceed the salutary effect of the Customs legislation. The Customs legislation, properly administered, is designed to prevent entry into Canada of material that in all probability is obscene, i.e., likely to cause harm in excess of the community's standard of tolerance. That is a salutary benefit, although there is little evidence in the record on this point, apart from identification of some adult heterosexual pornographic magazines which are regularly and apparently effectively monitored. Against this, the deleterious effect on importers of lawful material is expected by Parliament to be no more than temporary detention and the various costs in time and money reasonably occasioned by the processing of the goods. If the Customs legislation operated as intended, as it apparently does across a broad range of commercial and other goods, the deleterious effects would be outweighed by its salutary benefit. The problem, to repeat, is in the implementation and it is to the remedy for the deficient administration of the Customs legislation that I now turn.

J. *Remedy*

In my view, the appellants have established that:

1. Section 152(3) of the *Customs Act* should not be construed and applied so as to place the onus on an importer to establish that goods are not obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. The burden of proving obscenity rests on the Crown or other person who alleges it.

e) Les effets préjudiciables par rapport aux effets bénéfiques

Les effets préjudiciables aux appelants constatés par le juge de première instance dépassaient largement tout effet bénéfique pour la société canadienne en l'espèce, mais il ne s'agit pas là du critère applicable. Le critère consiste à se demander si les effets préjudiciables de la législation douanière dépassent les effets bénéfiques de celle-ci lorsqu'elle est bien appliquée. Bien appliquée, la législation douanière vise à empêcher l'entrée au Canada de matériel qui, selon toute probabilité, est obscène, c'est-à-dire susceptible de causer un préjudice excédant le seuil de tolérance de la société. Il s'agit là d'un effet bénéfique, bien qu'il y ait peu d'éléments de preuve au dossier à cet égard, si ce n'est la mention de certains magazines pornographiques destinés aux adultes hétérosexuels qui sont contrôlés de façon régulière et apparemment de manière efficace. En comparaison, le Parlement ne voit pas d'autres effets préjudiciables pour les importateurs de matériel licite que la retenue temporaire des marchandises et les divers coûts en temps et en argent raisonnablement occasionnés par le traitement des marchandises. Si la législation douanière était appliquée de la manière envisagée, comme elle l'est apparemment en ce qui concerne un large éventail de biens — commerciaux et autres —, ses effets préjudiciables seraient surpassés par son effet bénéfique. Je le répète, le problème réside dans la mise en œuvre, et je vais maintenant me pencher sur la réparation relative à l'application déficiente de la législation douanière.

J. *La réparation*

À mon avis, les appelants ont établi les points suivants:

1. Le paragraphe 152(3) de la *Loi sur les douanes* ne doit pas être interprété et appliqué de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que les marchandises ne sont pas obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. La charge de prouver l'obscénité incombe à la Couronne ou à la personne qui invoque ce moyen.

2. The rights of the appellants under s. 2(b) and s. 15(1) of the *Charter* have been infringed in the following respects:

(a) They have been targeted as importers of obscene materials despite the absence of any evidence to suggest that gay and lesbian erotica is more likely to be obscene than heterosexual erotica, or that the appellants are likely offenders in this regard;

(b) In consequence of the targeting, the appellants have suffered excessive and unnecessary prejudice in terms of delays, cost and other losses in having their goods cleared (if at all) through Canada Customs;

(c) The reasons for this excessive and unnecessary prejudice include:

- (i) failure by Customs to devote a sufficient number of officials to carry out the review of the appellants' publications in a timely way;
- (ii) the inadequate training of the officials assigned to the task;
- (iii) the failure to place at the disposal of these officials proper guides and manuals, failure to update Memorandum D9-1-1 and its accompanying illustrative manual in a timely way, and the failure to develop workable procedures to deal with books consisting mostly or wholly of written text;
- (iv) failure to establish internal deadlines and related criteria for the expeditious review of expressive materials;
- (v) failure to incorporate into departmental guides and manuals relevant advice received from time to time from the Department of Justice;
- (vi) failure to provide the appellants in a timely way with notice of the basis for detention of publications, the opportunity to make meaningful submissions on

2. Il a été porté atteinte de la manière suivante aux droits qui sont garantis aux appelants par l'al. 2b) et le par. 15(1) de la *Charte*:

a) Les appelants ont été visés comme importateurs de matériel obscène malgré l'absence de tout élément de preuve tendant à indiquer que le matériel érotique gai et lesbien risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel, ou encore que les appelants sont vraisemblablement des contrevenants à cet égard.

b) Du fait qu'ils ont été ciblés, les appelants ont souffert d'un préjudice excessif et inutile en raison des délais, frais et autres pertes subis afin de faire dédouaner leurs marchandises (si tant est qu'ils y sont parvenus) par Douanes Canada.

c) Les raisons de ce préjudice excessif et inutile sont notamment:

- (i) l'omission des Douanes d'affecter un nombre suffisant de fonctionnaires au contrôle des publications des appelants pour faire effectuer cette tâche en temps utile;
- (ii) la formation inadéquate des fonctionnaires affectés à cette tâche;
- (iii) l'omission de mettre à la disposition de ces fonctionnaires des guides et manuels appropriés, l'omission de mettre à jour en temps utile le Mémoire D9-1-1 et le guide illustré connexe, et l'omission d'élaborer des procédures applicables pour évaluer les livres constitués entièrement ou essentiellement de texte;
- (iv) l'omission d'établir des délais et autres critères connexes applicables à l'interne en vue d'assurer le contrôle expéditif du matériel expressif;
- (v) l'omission d'incorporer aux guides et manuels du ministère les avis pertinents reçus du ministère de la Justice;
- (vi) l'omission de donner aux appelants, en temps utile, un avis les informant des raisons de la retenue des publications, ainsi que la possibilité de présenter des

a re-determination, and reasonable access to the disputed materials for that purpose; and

- (vii) failure to extend to the appellants the equal benefit of fair and expeditious treatment of their imported goods without discrimination based on sexual orientation.

It is apparent that this catalogue particularizes in greater detail the declaration issued by the trial judge, namely:

THIS COURT DECLARES that Tariff Code 9956(a) of Schedule VII and s. 114 of the *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 41 (3rd Supplement) and ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, S.C. 1986, c. 1 (2nd Supplement) have at times been construed and applied in a manner contrary to s. 2(b) and s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Crown did not cross-appeal the grant of the declaration and neither in this Court nor in the British Columbia Court of Appeal did the appellants make submissions on whether or how a declaration under s. 24(1) of the *Charter* could be better framed to grant substantial relief. Their objective there as here was to get rid of the legislation altogether.

Having rejected that s. 52 argument, except as to the reverse onus provision, the remaining question is whether the Court should attempt to fashion a more structured s. 24(1) remedy. I conclude, with some hesitation, that it is not practicable to do so. The trial concluded on December 20, 1994. We are told that in the past six years, Customs has addressed the institutional and administrative problems encountered by the appellants. In the absence of more detailed information as to what precisely has been done, and the extent to which (if at all) it has remedied the situation, I am not prepared to endorse my colleague's conclusion that these measures are "not sufficient" (para. 262) and have offered "little comfort" (para. 265). Equally,

observations utiles en cas de révision ou réexamen, et, à cette fin, de consulter le matériel contesté; et

- (vii) l'omission d'accorder aux appelants l'égalité de bénéfice en matière de traitement équitable et expéditif de leurs marchandises importées, indépendamment de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Il est apparent que cette liste vient préciser le jugement déclaratoire suivant, qui a été rendu par le juge de première instance:

[TRADUCTION] LA COUR DÉCLARE que le code tarifaire 9956a) de l'annexe VII, l'art. 114 du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 41 (3^e supplément) et les art. 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, ch. 1 (2^e supplément), ont à l'occasion été interprétés et appliqués d'une manière contraire à l'al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La Couronne n'a pas formé d'appel incident contre le jugement déclaratoire. De plus, les appelants n'ont présenté aucune observation à notre Cour ou à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question de savoir s'il est possible de mieux formuler le jugement déclaratoire fondé sur le par. 24(1) de la *Charte* afin d'accorder une réparation substantielle et, si oui, de quelle façon. Leur objectif, tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, était de faire invalider l'ensemble des mesures législatives.

L'argument fondé sur l'art. 52 ayant été rejeté, sauf en ce qui concerne la disposition portant inversion de la charge de la preuve, il reste à répondre à la question de savoir si notre Cour devrait tenter de façonner une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1). C'est avec une certaine réticence que je conclus que cela n'est pas réalisable. Le procès s'est terminé le 20 décembre 1994. On nous dit qu'au cours des six dernières années, les Douanes ont corrigé les problèmes institutionnels et administratifs éprouvés par les appelants. En l'absence de données plus précises sur ce qui a été fait exactement et sur la mesure dans laquelle on a ainsi remédié à la situation (si tant est qu'on l'a fait), je ne suis pas prêt à souscrire à la

155

156

157

however, we have not been informed by the appellants of the specific measures (short of declaring the legislation invalid or inoperative) that in the appellants' view would remedy any continuing problems.

158 The most detailed suggestion the appellants have made in the way of a s. 24(1) remedy is the following request:

... in the final alternative an injunction restraining Customs from applying and administering the *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 41 (3rd Supplement) s. 114, Schedule VII, Code 9956(a) and the *Customs Act*, S.C. 1986 (2nd Supp.), s. 58 and s. 71, as amended, permanently or until such time as there is no risk that the unconstitutional administration will continue.

The first branch of the proposed injunction (“permanently”) amounts to a s. 52 declaration of inoperability, which I do not consider justified. The second branch (“until such time”) sets an unrealistic standard (“no risk”). If diluted to a call for constitutional behaviour, the result would add little to the general duty that falls on any government official to act in accordance with the Constitution, injunction or no injunction, and would scarcely advance the objectives of either clarity or enforceability. A more structured s. 24(1) remedy might well be helpful but it would serve the interests of none of the parties for this Court to issue a formal declaratory order based on six-year-old evidence supplemented by conflicting oral submissions and speculation on the current state of affairs. The views of the Court on the merits of the appellants' complaints as the situation stood at the end of 1994 are recorded in these reasons and those of my colleague Iacobucci J. These findings should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme

conclusion de mon collègue selon laquelle ces mesures ne sont «pas suffisantes» (par. 262) et ne sont pas d'un «grand secours» (par. 265). Dans le même ordre d'idées, toutefois, les appelants ne nous ont pas indiqué quelles sont, à leur avis, les mesures précises (à défaut de déclarer les dispositions législatives invalides ou inopérantes) qui permettraient de corriger tout problème qui subsisterait.

La suggestion la plus précise formulée par les appelants relativement à une réparation fondée sur le par. 24(1) est la demande suivante:

[TRADUCTION] ... en dernier recours, une injonction interdisant aux Douanes d'appliquer le *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 41 (3^e supplément), art. 114, annexe VII, code 9956a), et la *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, ch. 1 (2^e suppl.), art. 58 et 71, et leur modification, en permanence ou jusqu'à ce qu'il n'y ait plus aucun risque que l'application inconstitutionnelle se poursuive.

Le premier volet de l'injonction proposée (l'interdiction «en permanence») équivaut à une déclaration d'inapplicabilité fondée sur l'art. 52, réparation que je ne considère pas justifiée. Le deuxième volet de l'injonction proposée (l'interdiction «jusqu'à ce qu'») fixe un objectif irréaliste («aucun risque»). Si on réduit l'injonction à un appel au maintien d'un comportement conforme à la Constitution, cela ajouterait peu à l'obligation générale qui incombe à tout fonctionnaire — injonction ou non — d'agir en conformité avec la Constitution, et favoriserait très peu les objectifs de clarté et d'applicabilité. Le fait de prononcer une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1) pourrait bien être utile, mais il ne servirait les intérêts d'aucune des parties que notre Cour rende une ordonnance déclaratoire formelle sur la foi d'une preuve vieille de six ans, complétée par des plaidoiries contradictoires et des conjectures quant à l'état actuel de la situation. Les vues de notre Cour sur le fond des plaintes des appelants, au regard de la situation qui existait à la fin de 1994, sont exprimées dans les présents motifs et dans ceux de mon collègue le juge Iacobucci. Ces constatations devraient fournir aux appelants des assises solides, susceptibles de fonder toute autre action qu'ils estimeraient néces-

Court of British Columbia should they consider that further action is necessary.

VIII. Disposition

The appeal is therefore allowed in part, and a declaration will issue under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* that s. 152(3) of the *Customs Act* is not to be construed and applied so as to place on an importer the onus to establish that goods are *not* obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. The burden of proving obscenity rests on the Crown or other person who alleges it.

The constitutional questions stated by the Chief Justice on July 8, 1999 should be answered as follows:

1. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36) in whole or in part, insofar as they authorize customs officials to detain and prohibit material deemed to be obscene, or in their application to either textual or gay and lesbian material or to both, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is yes, except with respect to the reverse onus provision as presently construed and applied by Canada Customs.

3. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(a) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36), in whole or in part, in their application to gay and

saire d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

VIII. Le dispositif

Le pourvoi est donc accueilli en partie, et un jugement déclaratoire portant que le par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* ne doit pas être interprété et appliqué de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que des marchandises *ne* sont pas obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel* est rendu en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La charge de prouver l'obscénité incombe à la Couronne ou à la personne qui invoque ce moyen.

Les questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef le 8 juillet 1999 doivent recevoir les réponses suivantes:

1. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), et l'art. 114 et le code 9956a) de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l'annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36), violent-ils, en totalité ou en partie, l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils autorisent les fonctionnaires des douanes à retenir et à interdire du matériel réputé obscène, ou lorsqu'ils sont appliqués à des écrits ou à du matériel destinés aux gais et aux lesbiennes, ou les deux à la fois?

La réponse est oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

La réponse est oui, sauf en ce qui concerne la disposition portant inversion de la charge de la preuve telle qu'elle est actuellement interprétée et appliquée par Douanes Canada.

3. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), et l'art. 114 et le code 9956a) de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l'annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36), violent-ils, en tota-

159

160

lesbian material, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is no. The appellants' equality rights are not infringed by the Customs legislation itself.

4. If the answer to question 3 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The question need not be answered.

161

The appellants have been compelled to come to this Court to achieve even the limited relief they have obtained, and they are therefore entitled to their costs in this Court and in the British Columbia Court of Appeal on a party and party basis. The award of costs at trial in favour of the appellants dated March 29, 1996 is affirmed.

The reasons of Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting in part) —

I. Introduction and Summary

162

The individual appellants in this appeal operate a bookstore in Vancouver, the Little Sisters Book and Art Emporium ("Little Sisters"). The store is also an appellant. As described in their amended statement of claim:

6. The principal business of Little Sisters is the sale of books and magazines most of which are written by and for homosexual men and women. Little Sisters also operates a mail order business selling books to customers all across Canada.

7. Most of the books and magazines sold by Little Sisters are published in the United States and imported into Canada by Little Sisters.

lité ou en partie, le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils sont appliqués à du matériel destiné aux gais et aux lesbiennes?

La réponse est non. La législation douanière elle-même ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité des appelants.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

Les appelants ont dû se pourvoir devant notre Cour pour obtenir la réparation, par ailleurs limitée, qui leur est accordée; ils ont en conséquence droit aux dépens, taxés entre parties, devant notre Cour et devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'ordonnance datée du 29 mars 1996 par laquelle le tribunal de première instance accordait les dépens aux appelants est confirmée.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Arbour et LeBel rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident en partie) —

I. Introduction et sommaire

Les personnes physiques appelantes au présent pourvoi exploitent une librairie à Vancouver, soit Little Sisters Book and Art Emporium («Little Sisters»). La librairie, également partie appelante, est décrite ainsi dans la déclaration modifiée:

[TRADUCTION]

6. La principale activité de Little Sisters est la vente de livres et de magazines, dont la plupart sont écrits pour des hommes et des femmes homosexuels par des hommes et des femmes homosexuels. Little Sisters exploite également une entreprise de vente par correspondance de livres à des clients à travers tout le pays.

7. La plupart des livres et des magazines vendus par Little Sisters sont publiés aux États-Unis et importés par celle-ci au Canada.

All commercial goods imported into Canada, including books, magazines, and other expressive materials, are subject to the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), and the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.) (together, the “Customs legislation”). The appellants argue that applying these procedures to the books and magazines imported by Little Sisters violates their rights to freedom of speech, and to equality, which are guaranteed under ss. 2(b) and 15, respectively, of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Binnie J. in this case. While I agree with his conclusion that the Customs legislation, as applied to books, magazines, and other expressive materials, violates the appellants’ rights under s. 2(b) of the *Charter*, it is my opinion that the legislation itself violates s. 2(b) and is not demonstrably justified in a free and democratic society. In particular, the Customs legislation does not minimally impair the appellants’ rights, nor do the benefits of the legislation outweigh its detrimental effects on the right of free expression.

With regard to the appellants’ claim that the Customs legislation also violates the equality guarantee contained in s. 15(1) of the *Charter*, I agree with my colleague Binnie J. that it is only the application of the legislation, not the legislation itself, that has resulted in violations of the appellants’ equality rights. The harm-based obscenity test set out by this Court in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, is not in need of modification and applies equally to all materials regardless of the sexual orientation of the individuals involved or the characters depicted. The Customs legislation, which imports the obscenity provision in s. 163(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and thus the test outlined in *Butler*, therefore does not in and of itself infringe s. 15(1) of the *Charter*.

Toutes les marchandises importées au Canada, y compris les livres, les magazines et autres formes de matériel expressif, sont assujetties aux dispositions du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), et de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.) (collectivement appelées ci-après la «législation douanière»). Les appelants prétendent que l’application de la procédure prévue aux livres et aux magazines importés par Little Sisters porte atteinte au droit à la liberté d’expression et aux droits à l’égalité qui leur sont garantis par l’al. 2b) et par l’art. 15, respectivement, de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

J’ai eu l’avantage de lire les motifs exposés par mon collègue le juge Binnie dans la présente affaire. Bien que je sois d’accord avec sa conclusion que l’application de la législation douanière aux livres, magazines et autres formes de matériel expressif porte atteinte aux droits garantis aux appelants par l’al. 2b) de la *Charte*, je suis d’avis que la législation elle-même contrevient à cet alinéa et que sa justification ne peut pas se démontrer dans une société libre et démocratique. En particulier, la législation douanière ne porte pas atteinte le moins possible aux droits des appelants et ses avantages ne l’emportent pas sur les effets préjudiciables qu’elle a sur la liberté d’expression.

Relativement à la prétention des appelants que la législation douanière porte également atteinte à la garantie d’égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*, je souscris à l’opinion de mon collègue le juge Binnie que seule l’application de la loi, et non la loi elle-même, a entraîné la violation du droit des appelants à l’égalité. Le critère de détermination de l’obscénité en fonction du préjudice qui a été établi par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, n’a pas besoin d’être modifié et s’applique à toute forme de matériel expressif, indépendamment de l’orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés. La législation douanière, qui incorpore la disposition relative à l’obscénité, le par. 163(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et par conséquent le critère exposé dans l’arrêt *Butler*, ne contrevient donc pas en soi au par. 15(1) de la *Charte*.

163

164

165

166 However, the current procedures by which Customs enforces s. 163(8) at the border are grossly inadequate. With a few minor exceptions, expressive materials are classified when entering Canada in the same manner as mundane commercial goods. The Customs legislation lacks the most basic procedures necessary for a fair and accurate determination of whether something is obscene. Compounding these legislative deficiencies is the fact that Customs officers, while no doubt well-intentioned and conscientious civil servants, lack the training, time or resources to accomplish the task set for them. In my respectful opinion, the Customs legislation makes no meaningful accommodation for the expressive freedoms raised by this appeal. Such a regime cannot be demonstrably justified in a free and democratic society.

167 The appropriate remedy for this violation of the appellants' constitutional rights is to strike down Tariff Code 9956(a) (now Tariff Item 9899.00.00) of the *Customs Tariff*. Particularly in a case like the one before us, where there is an extensive record of the improper detention of non-obscene works, the only choice to ensure full protection of the constitutional rights at stake is to invalidate the legislation and invite Parliament to remedy the constitutional infirmities.

II. Factual and Legal Background

168 While both the courts below and my colleague Binnie J. have done an excellent job of summarizing the voluminous record in this appeal, I wish to provide my own synopsis in order to emphasize several points that are particularly relevant to my reasoning. I will first outline the Customs legislation challenged in this appeal and then describe the history of Customs' enforcement of this legislation. This examination will demonstrate that the problems with the Customs regime are not simply the product of isolated mistakes by individual Customs officers; instead, they reflect systemic

Toutefois, la procédure actuelle suivie par les Douanes pour l'application du par. 163(8) à la frontière est tout à fait inadéquate. À quelques exceptions mineures près, les diverses formes de matériel expressif sont, à leur entrée au Canada, classées de la même manière que des biens courants. La législation douanière souffre de l'absence de la plus élémentaire forme de procédure nécessaire pour déterminer de manière équitable et précise si quelque chose est obscène. Ces lacunes de la législation sont exacerbées par le fait que, quoiqu'ils soient sans nul doute des fonctionnaires bien intentionnés et consciencieux, les douaniers n'ont ni la formation, ni le temps, ni les ressources pour accomplir la tâche qui leur est confiée. À mon humble avis, la législation douanière ne comporte aucune mesure concrète pour tenir compte des droits à la liberté d'expression en cause dans le présent pourvoi. La justification d'un tel régime ne peut pas se démontrer dans une société libre et démocratique.

La réparation convenable à l'égard de cette atteinte aux droits constitutionnels des appelants consiste à invalider le code tarifaire 9956(a) (maintenant le numéro tarifaire 9899.00.00) du *Tarif des douanes*. Plus particulièrement dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, où il y a de nombreux antécédents de retenue irrégulière d'ouvrages non obscènes, la seule façon d'assurer la protection complète des droits constitutionnels en jeu est d'invalider les dispositions législatives contestées et d'inviter le Parlement à remédier aux atteintes à la Constitution.

II. Le contexte factuel et juridique

Bien que les juridictions inférieures et mon collègue le juge Binnie aient fait un excellent résumé du volumineux dossier du présent pourvoi, je désire en donner ma propre synthèse afin de souligner plusieurs éléments particulièrement pertinents pour mon raisonnement. Je vais d'abord présenter la législation douanière contestée dans le présent pourvoi et ensuite faire l'historique de son application par les Douanes. Cet examen démontrera que les difficultés que pose le régime douanier ne sont pas simplement le fruit d'erreurs isolées commises par certains douaniers, mais témoignent plutôt de

problems that can only be adequately addressed by rewriting the applicable legislation.

A. *The Relevant Constitutional and Statutory Provisions*

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides the following:

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.

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;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Section 163 of the *Criminal Code* prohibits the production or dissemination of obscene materials. The definition of obscenity is found in s. 163(8):

163. . . .

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

The *Customs Act*, ss. 58, 60, 63, 64 and 71 (as in force at the time of the trial), sets out the procedures whereby Customs determines the tariff classification of imported goods:

l'existence de problèmes systémiques qui ne peuvent être corrigés adéquatement qu'en réécrivant les dispositions législatives applicables.

A. *Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes*

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . . .

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

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

L'article 163 du *Code criminel* interdit la production et la diffusion de matériel obscène. La définition de l'obscénité se trouve au par. 163(8):

163. . . .

(8) Pour l'application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

La *Loi sur les douanes*, aux art. 58, 60, 63, 64 et 71 (en vigueur au moment du procès), expose la procédure suivie par les Douanes pour déterminer le classement tarifaire des marchandises importées:

169

170

171

58. (1) An officer may determine the tariff classification . . . of imported goods at any time before or within thirty days after they are accounted for

(5) Where an officer does not make a determination . . . under subsection (1) in respect of goods, a determination of the tariff classification . . . of the goods shall, for the purposes of sections 60, 61 and 63, be deemed to have been made thirty days after the time the goods were accounted for . . . in accordance with any representations made at that time in respect of the tariff classification . . . by the person accounting for the goods.

(6) A determination of tariff classification . . . is not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 60 to 65.

60. (1) The importer . . . may . . .

(a) within ninety days, or

(b) where the Minister deems it advisable, within two years

after the time the determination . . . was made in respect of the goods under section 58, request a re-determination of the tariff classification

(2) A request under this section shall be made to a designated officer in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, a designated officer shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification . . . and give notice of his decision to the person who made the request.

63. (1) Any person may,

(a) within ninety days after the time he was given notice of a decision under section 60 . . . or

(b) where the Minister deems it advisable, within two years after the time a determination . . . was made under section 58,

request a further re-determination of the tariff classification . . . re-determined . . . under section 60

58. (1) L'agent peut intervenir, soit avant, soit dans les trente jours suivant leur déclaration en détail [. . .] pour effectuer le classement tarifaire [. . .] des marchandises importées.

(5) À défaut de l'intervention de l'agent prévue par le paragraphe (1), le classement tarifaire [. . .] [est] considéré[é], pour l'application des articles 60, 61 et 63, comme ayant été fai[t] trente jours après la date de la déclaration en détail [. . .] selon les énonciations que celle-ci comporte à cet égard.

(6) Le classement tarifaire [. . .] [n'est] susceptible de révision ou réexamen, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 60 à 65.

60. (1) L'importateur [. . .] peut [. . .]:

a) soit dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date du classement tarifaire [. . .] prév[u] à l'article 58, en demander la révision;

b) soit, si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant cette date, demander pareille révision.

(2) La demande prévue au présent article est à présenter à l'agent désigné, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, l'agent désigné procède dans les meilleurs délais à la révision et donne avis de sa décision au demandeur.

63. (1) Toute personne peut demander le réexamen de la révision:

a) dans les quatre-vingt-dix jours suivant l'avis de la décision prise en vertu de l'article 60 [. . .];

b) si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant le classement [. . .] prév[u] à l'article 58.

(2) A request under this section shall be made to the Deputy Minister in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, the Deputy Minister shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification . . . and give notice of his decision to the person who made the request.

64. The Deputy Minister may re-determine the tariff classification . . . of imported goods

(a) within two years after the time a determination . . . was made under section 58, where the Minister deems it advisable,

. . . .

(c) at any time, where the person who accounted for the goods . . . has failed to comply with any of the provisions of this Act or the regulations or has committed an offence under this Act in respect of the goods,

(d) at any time, where the re-determination . . . would give effect to a decision of the Canadian International Trade Tribunal, the Federal Court or the Supreme Court of Canada made in respect of the goods, and

(e) at any time, where the re-determination . . . would give effect in respect of the goods, in this paragraph referred to as the “subsequent goods”, to a decision of the Canadian International Trade Tribunal, the Federal Court or the Supreme Court of Canada . . . made in respect of

(i) other like goods of the same importer or owner imported on or prior to the date of importation of the subsequent goods, where the decision relates to the tariff classification of those other goods,

. . . .

and, where the Deputy Minister makes a re-determination . . . under this section, the Deputy Minister shall forthwith give notice of that decision to the person who accounted for the goods . . . the importer of the goods or the person who was the owner of the goods at the time of release.

71. (1) Where the release of goods has been refused on the ground that the goods have been determined to be prohibited goods as described in code 9956 or 9957 of Schedule VII to the *Customs Tariff*, re-determination may be requested under sections 60 and 63 or made

(2) La demande prévue au présent article est à présenter au sous-ministre, selon les modalités réglementaires ainsi qu’en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, le sous-ministre procède dans les meilleurs délais au réexamen et donne avis de sa décision au demandeur.

64. Le sous-ministre peut procéder au réexamen du classement tarifaire [. . .] des marchandises importées:

a) dans les deux ans suivant le classement [. . .] prév[u] à l’article 58, si le ministre l’estime souhaitable;

. . . .

c) à tout moment, si la personne qui a déclaré en détail les marchandises en cause [. . .] ne s’est pas conformée à la présente loi ou à ses règlements, ou a enfreint les dispositions de cette loi applicables aux marchandises;

d) à tout moment, au cas où le nouveau classement [. . .] donnerait effet à une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, de la Cour fédérale ou de la Cour suprême du Canada rendue au sujet des marchandises;

e) à tout moment, au cas où le nouveau classement [. . .] donnerait effet, pour ce qui est des marchandises en cause, à une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, de la Cour fédérale ou de la Cour suprême du Canada [. . .] rendue au sujet:

(i) soit d’autres marchandises pareilles du même importateur ou propriétaire importées au plus tard à la même date que les marchandises en cause, si la décision porte sur le classement tarifaire des premières,

. . . .

Le cas échéant, il donne avis sans délai de sa décision à la personne qui a déclaré en détail les marchandises en cause [. . .] à l’importateur des marchandises ou à la personne qui était propriétaire des marchandises au moment de leur dédouanement.

71. (1) En cas de refus de dédouanement de marchandises fondé sur une décision de classement parmi les marchandises prohibées visées aux codes 9956 et 9957 de l’annexe VII du *Tarif des douanes*, cette décision peut faire l’objet des révisions ou réexamens prévus aux

under section 64 and appeals may be taken under sections 67 and 68 in respect of the determination

articles 60, 63 et 64, ainsi que des appels ou recours prévus aux articles 67 et 68

172 The *Customs Tariff*, s. 114, states that “[t]he importation into Canada of any goods enumerated or referred to in Schedule VII is prohibited”. Schedule VII, Code 9956(a), prohibits importation of:

L’article 114 du *Tarif des douanes* précise que «[l’]importation au Canada des marchandises dénommées ou visées à l’annexe VII est prohibée». Le code 9956a) de l’annexe VII interdit l’importation des:

Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that

Livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui:

(a) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*;

a) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*;

173 Several aspects of this regulatory scheme warrant comment. The first is that the initial classification decision, according to s. 58 of the *Customs Act*, is to be made by “[a]n officer”. Section 2 of the Act states that a Customs officer includes any “person employed in the administration or enforcement” of the *Customs Act*, and any member of the Royal Canadian Mounted Police. In practice, these decisions are made by Customs Inspectors and Commodity Specialists, the front-line Customs officers. The statute does not designate any specialized officers to make obscenity determinations. Instead, any one of the approximately 4,000 Customs officers working at the border can prohibit a book from entering the country. The officers receive minimal training with regard to obscenity determinations and are not required to have any specialized knowledge of art or literature.

Plusieurs aspects de ce régime de réglementation appellent des observations. Le premier est le fait que, en vertu de l’art. 58 de la *Loi sur les douanes*, la décision initiale en ce qui concerne le classement est prise par un «agent». Aux termes de l’art. 2 de la Loi, est un agent des douanes toute «personne affectée à l’exécution ou au contrôle d’application» de la *Loi sur les douanes* ainsi que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada. En pratique, ces décisions sont prises par les inspecteurs des douanes et les spécialistes des marchandises, c’est-à-dire les agents des douanes qui travaillent en première ligne. La Loi ne désigne aucun agent spécialisé pour prendre les décisions en matière d’obscénité. Au contraire, chacun des quelque 4 000 agents des douanes en poste aux frontières peut interdire l’entrée d’un livre au pays. Les agents ne reçoivent qu’une formation minimale à l’égard des décisions qu’ils sont appelés à prendre en matière d’obscénité, et ils ne sont pas tenus d’avoir des connaissances approfondies en art ou en littérature.

174 At high-volume border crossings, such as the Toronto region, certain Commodity Specialists are given special responsibilities over obscenity determinations. Goods suspected of being obscene are detained and forwarded to a Commodity Specialist for classification. However, John Shearer, the Director General of the Tariff Programs Division, testified that working on obscenity classifications is perceived to be more stressful and limiting career-wise. As a result, as Smith J. recognized, “Customs employees generally consider this work to be undesirable, not all officers participate in it

Aux postes frontaliers où le volume de marchandises est grand, la région de Toronto par exemple, certains spécialistes des marchandises se voient confier des responsabilités spéciales à l’égard des décisions en matière d’obscénité. Les marchandises soupçonnées d’être obscènes sont retenues et remises à un spécialiste des marchandises aux fins de classement. Toutefois, John Shearer, directeur général de la Division des programmes douaniers, a témoigné que le travail au classement en matière d’obscénité est considéré plus stressant et limitatif du point de vue de la carrière. Par conséquent,

and those assigned to it are regularly moved from these duties into other areas, generally after three to six months” ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, at para. 44).

Section 58 is also notable for its failure to offer any guidance as to how the tariff classification is to be made. It does not provide for even the simplest of hearings. It does not allow the importer to present evidence, call witnesses, or submit written arguments. It does not require the officer to provide reasons for the decision to prohibit. It does not even require the officer to read or view the material in question. In fact, the only guidance offered by s. 58 is that the tariff classification of imported goods “may” be determined within 30 days of its arrival.

At the time this case was heard by the Supreme Court of British Columbia, s. 60 established the first level of review for a s. 58 determination (the *Customs Act* has since been amended to remove this level of review: S.C. 1997, c. 36, s. 166). Section 60 sets out little more than the right to appeal “to a designated officer in the prescribed manner and in the prescribed form”; there is no right to even the most rudimentary hearing. In practice, s. 60 re-determinations are made by a Tariff and Values Administrator (TVA). TVAs also serve as advisors to lower level Customs officers. While TVAs have more training than Customs Inspectors or Commodity Specialists, they can hardly be called experts. As Frank Lorito, a former TVA, testified, his obscenity training consisted of five to ten hours with his predecessor going over materials, and one day spent at the Prohibited Importations Directorate (PID). Moreover, reviewing

comme l’a reconnu le juge Smith, [TRADUCTION] «les employés des Douanes considèrent généralement ce travail comme indésirable, les agents n’y participent pas tous et ceux qui y sont affectés se voient d’ordinaire assigner d’autres fonctions, généralement au bout de trois à six mois» ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, au par. 44).

Il convient également de souligner le fait que l’art. 58 ne donne pas d’indications quant à la manière d’établir le classement tarifaire. Il ne prévoit même pas la plus élémentaire audience. Il n’autorise pas l’importateur à produire des éléments de preuve, à faire entendre des témoins ou à présenter des observations écrites. Il n’oblige pas l’agent à motiver la décision de prohiber le matériel en question. Il n’exige même pas que l’agent lise ou regarde ce matériel. En fait, la seule indication fournie par l’art. 58 est que le classement tarifaire des marchandises importées «peut» être déterminé dans un délai de 30 jours de leur arrivée.

Au moment où la présente affaire a été entendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l’art. 60 établissait le premier niveau de révision des décisions prises en vertu de l’art. 58 (la *Loi sur les douanes* a depuis lors été modifiée pour éliminer ce niveau de révision: L.C. 1997, ch. 36, art. 166). L’article 60 ne fait pas beaucoup plus qu’établir le droit d’appel «à l’agent désigné, selon les modalités réglementaires ainsi qu’en la forme [. . .] déterminé[e]»; aucun droit à une audience, même la plus sommaire, n’est prévu. En pratique, les révisions fondées sur l’art. 60 sont faites par un applicateur du tarif et des valeurs («ATV»). Les ATV servent également de conseillers aux agents des douanes de rang inférieur. Même si les ATV ont une formation plus grande que les inspecteurs des douanes et les spécialistes des marchandises, on peut difficilement les qualifier d’experts. Comme l’a dit Frank Lorito, un ancien ATV, durant son témoignage, sa formation en matière d’obscénité a consisté en une période de cinq à dix heures passées à examiner des documents en compagnie de son prédécesseur, et une journée à la direction générale des importations prohibées (DGIP). De plus, l’examen de matériel qui serait

175

176

allegedly obscene material accounts for only a small percentage of a TVA's workload.

177 The final level of administrative review is established by s. 63, which provides for an appeal to the Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise. Under s. 2(3), the Deputy Minister is authorized to delegate his powers under the Act to any person. In practice, these powers are delegated to a handful of TVAs working at the PID. The TVAs at the PID are generally people with advanced degrees (though not necessarily in literature), and they receive several days of informal training from more senior officers upon being appointed. While the importer is allowed to put forward any information for consideration, s. 63 does not require that the Deputy Minister (or his or her delegate) consider that information, nor is there a right to a hearing of any kind.

178 Having exhausted three levels of administrative review, an importer is entitled under s. 67 to appeal the Deputy Minister's determination. While reviews of the determinations for all other goods are made by the Canadian International Trade Tribunal, materials prohibited under Tariff Code 9956(a) are reviewed by the superior court of a province or territory. This is the scheme's only special accommodation for the expressive rights at stake in the appeal. Section 68 grants the right to seek leave to appeal from the superior court to the Federal Court.

B. *Enforcement of the Customs Legislation*

179 The central documents for enforcing Tariff Code 9956(a) are: (1) Memorandum D9-1-1, "Interpretative Policy and Procedures for the Administration of Tariff Code 9956" — an internal directive for Customs staff not generally available to the public; and (2) a large binder entitled "Prohibited Importations Directorate Material to Assist in the Interpretation of Tariff Code 9956, Memorandum D9-1-1 With Respect to Obscenity" — which is also an internal Customs document not available to the

obsène ne représente qu'un faible pourcentage de la charge de travail des ATV.

Le dernier niveau de révision administrative est prévu à l'art. 63, qui établit un appel auprès du sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise. En vertu du par. 2(3), le sous-ministre est autorisé à déléguer à toute personne les pouvoirs que lui confère la Loi. En pratique, ces pouvoirs sont délégués à un groupe d'ATV travaillant à la DGIP. Les ATV de la DGIP détiennent généralement un diplôme d'études supérieures (quoique ce ne soit pas nécessairement en littérature) et, lorsqu'ils sont nommés, ils reçoivent plusieurs jours de formation informelle de la part d'agents plus expérimentés. Quoique l'importateur soit autorisé à soumettre de l'information pour examen, l'art. 63 n'oblige pas le sous-ministre (ou son délégué) à tenir compte de cette information, et aucun droit à une quelconque forme d'audience n'est prévu.

L'importateur qui a épuisé les trois niveaux de révision administrative peut, en vertu de l'art. 67, interjeter appel de la décision du sous-ministre. Alors que la révision des décisions relatives à toutes les autres marchandises relève du Tribunal canadien du commerce extérieur, la révision des décisions relatives aux marchandises prohibées en vertu du code tarifaire 9956(a) relève de la cour supérieure de la province ou du territoire concerné. Il s'agit de la seule mesure spéciale prévue par le régime pour tenir compte des droits à la liberté d'expression en jeu dans ces appels. L'article 68 accorde le droit de demander à la Cour fédérale l'autorisation d'appeler de la décision de la cour supérieure.

B. *L'application de la législation douanière*

Les principaux documents relatifs à l'application du code tarifaire 9956(a) sont: (1) le Mémoire D9-1-1, intitulé «Politique d'interprétation et procédure concernant l'application du code tarifaire 9956» — directive interne à l'intention du personnel des Douanes qui n'était généralement pas mise à la disposition du public; (2) un gros relieur intitulé [TRADUCTION] «Guide d'interprétation de la direction générale des importations prohibées du code tarifaire 9956 et du Mémoire

public. Both documents describe what types of materials are deemed obscene by Customs (examples include depictions of bondage, pregnant or lactating women, postures of submission or humiliation, child abuse and necrophilia), while the latter binder contains reproductions of previously seized materials.

Until September 29, 1994 — mere days before the commencement of the trial in this case — Memorandum D9-1-1 prohibited depictions of anal penetration. This prohibition persisted to that date in spite of the fact that on March 18, 1992 — a full 30 months earlier — the Department of Justice had sent an analysis of the *Butler* decision to senior counsel at Customs, reaching the following conclusion:

... as we have advised in previous opinions, there is no jurisprudence supporting the proposition that all depictions or descriptions of anal penetration are obscene in and of themselves on the basis that anal penetration is inherently degrading or dehumanizing. [Emphasis in original.]

As this episode makes clear, Memorandum D9-1-1 is only Customs' interpretation of s. 163(8); there is no guarantee that it conforms with what this Court said in *Butler*. In fact, for over two years Memorandum D9-1-1 was directly at odds with our jurisprudence.

Initial determinations by Customs officers are often not completed within the 30-day period prescribed by s. 58. Section 60 re-determinations took up to three and one-half months, and s. 63 re-determinations have taken over a year. Smith J. concluded that these problems were a result of "the inability of customs officers to deal with such a large volume of materials in the short time they have available" (para. 114).

Customs officers' review of imported materials is frequently superficial and context-insensitive. A

D9-1-1 relativement à l'obscénité» — également un document interne des Douanes qui n'était pas mis à la disposition du public. Les deux documents décrivent les divers types de matériel réputés obscènes par les Douanes (on y trouve des exemples de représentations d'asservissement, de femmes enceintes ou allaitantes, de personnes en position de soumission ou d'humiliation, d'exploitation d'enfants et de nécrophilie), et le relieur contient des reproductions de matériel saisi antérieurement.

Jusqu'au 29 septembre 1994 — quelques jours à peine avant le début du procès dans la présente affaire — le Mémorandum D9-1-1 prohibait les représentations de pénétration anale. Cette prohibition a été maintenue jusqu'à cette date malgré le fait que, le 18 mars 1992 — soit au moins 30 mois avant —, le ministère de la Justice avait fait parvenir à l'avocat principal des Douanes une analyse de l'arrêt *Butler*, dans laquelle on tirait la conclusion suivante:

[TRADUCTION] ... comme nous l'avons indiqué dans des avis antérieurs, aucune décision judiciaire n'appuie la proposition que toutes les représentations de pénétration anale sont en soi obscènes parce que cette activité est intrinsèquement dégradante ou déshumanisante. [Souligné dans l'original.]

Comme ce fait l'indique clairement, le Mémorandum D9-1-1 ne constitue que l'interprétation que font les Douanes du par. 163(8); rien ne garantit qu'elle soit conforme à ce que notre Cour a dit dans l'arrêt *Butler*. En fait, pendant plus de deux ans, le Mémorandum D9-1-1 était en contradiction directe avec notre jurisprudence.

Souvent, la décision initiale de l'agent des douanes n'est pas rendue dans le délai de 30 jours prescrit par l'art. 58. En effet, il a parfois fallu attendre jusqu'à trois mois et demi pour obtenir la révision prévue à l'art. 60 et plus d'un an pour le réexamen visé à l'art. 63. Le juge Smith a estimé que ces problèmes résultaient de [TRADUCTION] «l'incapacité des agents des douanes de traiter un volume aussi important de marchandises dans les courts délais dont ils disposent» (par. 114).

L'examen du matériel importé par les agents des douanes est fréquemment accompli de manière

180

181

182

typical example is provided by the testimony of Scenery Slater, a Customs Inspector at the Vancouver Mail Center, describing how she would review a videotape:

[W]e would view it on fast forward. And if there was — there was a scene or scenes we deemed might be potentially prohibited, we rewind and slow it down to verify, and do this through the entirety of the tape.

When asked whether she would typically read a book in its entirety, she responded as follows:

That was rarely necessary. It's — what you — what you would initially do is you would try to determine the gist of the book If you started reading it and the general nature was sort of sensationalistic in a sexual manner, and you might flip through to make sure the entirety is like that, go to various sections throughout. . . . You would find — try to find at least two to three instances of having something prohibited and then once you hit three in the — it was deemed that the rest of the book was of the same nature you would prohibit it there without reading the rest of it.

183

Several Customs officers testified that they did not even attempt to judge the political, artistic, or literary merit of a particular work. Mr. Shearer freely admitted that Customs officers do not hold themselves out to be experts on artistic or literary merit. Moreover, Customs officers often do not understand the context in which a book was written. For example, Linda Murphy, the Director of the PID, admitted her lack of understanding of “the S and M practices engaged in by some people in our society”. Another Customs officer admitted that she had not recognized Marguerite Duras as a major French novelist of the twentieth century, and that she generally did not have enough time to investigate the literary credentials of the authors whose books appear before her for review. As Smith J. noted (at para. 116), “[t]here is no formal procedure for placing evidence of artistic or literary merit before the classifying officers”.

superficielle et sans égard au contexte. Un exemple typique ressort du témoignage de Scenery Slater, inspectrice des douanes au Centre de courrier de Vancouver, qui a décrit la manière dont elle s'y prendrait pour examiner une vidéocassette:

[TRADUCTION] [N]ous la visionnons en défilement accéléré. Et s'il y a — s'il y avait une ou plusieurs scènes qui selon nous pourraient être prohibées nous rembobinons et visionnons à nouveau plus lentement pour vérifier, et nous faisons de même pour l'ensemble de la cassette.

Lorsqu'on lui a demandé si elle lisait habituellement les livres en entier, elle a répondu ce qui suit:

[TRADUCTION] C'est rarement nécessaire. C'est — ce qu'on — ce qu'on fait au départ c'est essayer de déterminer l'idée générale du livre [. . .] Si on commence à le lire et que la nature générale est plutôt sensationnaliste du point de vue sexuel, alors on va peut-être le feuilleter pour s'assurer que l'ensemble du livre est comme ça, on en regarde différentes parties [. . .] On trouve — on tente de trouver au moins deux à trois exemples de choses prohibées, et une fois qu'on en a trouvé trois dans le — on estime que le reste du livre est de la même nature et on le prohibe sans lire le reste.

Plusieurs agents des douanes ont témoigné qu'ils ne tentaient même pas de juger la valeur politique, artistique ou littéraire de l'ouvrage. Monsieur Shearer a volontiers reconnu que les agents des douanes ne prétendent pas être des experts de la valeur artistique ou littéraire. De plus, il arrive souvent que les agents des douanes ne comprennent pas le contexte dans lequel un livre a été écrit. Par exemple, Linda Murphy, directrice de la DGIP, a admis son manque de compréhension des [TRADUCTION] «pratiques sadomasochistes auxquelles se livrent certaines personnes dans notre société». Un autre agent des douanes a admis qu'elle ne savait pas que Marguerite Duras était une importante auteure française du vingtième siècle, et qu'elle n'avait généralement pas suffisamment de temps pour s'enquérir des antécédents littéraires des auteurs dont les livres lui sont soumis aux fins de contrôle. Comme l'a souligné le juge Smith (au par. 116), [TRADUCTION] «[i]l n'y a aucune procédure formelle permettant de présenter aux agents de classement des éléments de preuve relatifs à la valeur artistique ou littéraire».

Incorrect determinations are the inevitable result of these factors. If Customs officers have no literary training; if they receive no arguments or submissions from importers; if they do not take artistic merit into account; if they do not attempt to investigate the literary reputation of the author; if they know nothing about the culture for which various books are written; one perhaps should not be surprised that mistakes will often be made. And indeed, the record is full of mistaken determinations by Customs. Smith J. provided the following statistical summary (at para. 100):

The plaintiffs identified 261 titles detained from imported shipments destined for Little Sisters since 1984, seventy-seven of them on more than one occasion. Of those, sixty-two were released for delivery after examination pursuant to s. 58. Little Sisters sought re-determinations pursuant to s. 60 on 210 prohibitions and were successful on twenty-eight. Of 150 re-determinations sought pursuant to s. 63, they were successful on forty-six. As mentioned, they were successful on their one appeal pursuant to s. 67. Thus, roughly 20% of prohibitions at the s. 58 level were considered to be incorrect by Tariff and Values Administrators acting pursuant to s. 60, and roughly 30% of the decisions of lower-ranking officers were considered to be incorrect by Tariff Administrators reviewing the materials pursuant to s. 63. Such high rates of error indicate more than mere differences of opinion and suggest systemic causes.

Behind the statistics are countless anecdotes of incorrect seizures. Customs have prohibited entry of photographs taken by three Vancouver artists, which had been taken abroad as part of an internationally recognized work on lesbian sexuality. Jane Rule, the winner of a prize for best Canadian novel of 1978, had her award-winning book *Contract With the World* detained for inspection by Customs. The book was released only because the supervisor of the officer reviewing the book happened to recognize Jane Rule's name. In the 1980s, Customs seized a film on male masturbation destined for the University of Manitoba's Medical School: see A. A. Borovoy, *When Freedoms Col-*

Il est inévitable que ces divers facteurs entraînent des décisions erronées. Si les agents des douanes n'ont aucune formation en littérature, s'ils ne reçoivent aucune observation — orale ou écrite — des importateurs, s'ils ne tiennent pas compte de la valeur artistique, s'ils ne tentent pas de s'enquérir de la réputation littéraire de l'auteur et s'ils ne connaissent rien de la culture à propos de laquelle différents livres sont écrits, il ne faudrait peut-être pas se surprendre qu'il survienne souvent des erreurs. D'ailleurs, le dossier regorge d'exemples de décisions erronées prises par les Douanes. Le juge Smith a fourni le résumé statistique suivant (au par. 100):

[TRADUCTION] Les demandeurs ont fait état de 261 titres faisant partie des expéditions importées destinées à Little Sisters qui ont été retenus depuis 1984, dont soixante-dix-sept à plus d'une occasion. De ces titres, soixante-deux ont été dédouanés après l'examen prévu à l'art. 58. Little Sisters a sollicité, en vertu de l'art. 60, la révision de 210 prohibitions et a eu gain dans vingt-huit cas. Des 150 réexamens qu'elle a sollicités en vertu de l'art. 63, elle a eu gain de cause dans quarante-six. Comme il a été mentionné, les demandeurs ont eu gain de cause dans le seul appel interjeté en vertu de l'art. 67. Par conséquent, environ 20 % des prohibitions prononcées en vertu de l'art. 58 ont été jugées erronées par les applicateurs du tarif et des valeurs en vertu de l'art. 60, et environ 30 % des décisions des agents de niveau inférieur ont été jugées erronées par les applicateurs du tarif qui ont réexaminé le matériel en vertu de l'art. 63. Des taux d'erreur aussi élevés révèlent bien plus que de simples différences d'opinion et suggèrent l'existence de causes systémiques.

Derrière les statistiques se cachent d'innombrables anecdotes de saisies erronées. Les Douanes ont interdit l'entrée de photographies prises par trois artistes de Vancouver, lesquelles avaient été emportées à l'étranger en tant que parties d'une œuvre reconnue internationalement sur la sexualité des lesbiennes. Jane Rule, lauréate du prix pour le meilleur roman canadien en 1978, a vu son livre primé *Contract With the World* retenu aux fins d'inspection par les Douanes. Le livre a été dédouané uniquement parce que le surveillant de l'agent qui contrôlait le livre a reconnu le nom de Jane Rule. Dans les années 1980, les Douanes ont saisi un film sur la masturbation masculine qui

lide: The Case for Our Civil Liberties (1988), at p. 62.

était destiné à la Faculté de médecine de l'Université du Manitoba: voir A. A. Borovoy, *When Freedoms Collide: The Case for Our Civil Liberties* (1988), à la p. 62.

186 An importer or exporter with a history of dealing in pornography is also susceptible to increased scrutiny. During the time period relevant to this appeal, Customs officers in British Columbia inspected virtually every shipment of books and magazines headed to Little Sisters. The frequent detention and prohibition of imported goods caused substantial hardship to Little Sisters and its suppliers. Janine Fuller, an employee of Little Sisters, testified as follows:

I think there's many different ramifications for the store. One is accountability to the customers who come into the store having to explain over and over and over again why specific titles might not be available. We do a tremendous amount of special orders for people, having to indicate to them when we make those special orders that we can't in good conscience assure them that this book is going to arrive undetained by Canada Customs.

I don't know of many book stores that have to go through that tedious and expensive process. I think there's also a sense of self-censorship that occurs around ordering books in that you start to try and read into what you think a customs agent would be assessing a book at and you order accordingly. . . . So it certainly cuts down on what your book orders are.

187 Little Sisters' suppliers were also affected by Customs' policies. One of Little Sisters' main suppliers, Inland Distributors Ltd., routinely had its shipments inspected. Golden-Lee Book Distributors, Inc. actually ceased shipping to Little Sisters as of September 1, 1994, for the following reason:

As I am sure you are aware every shipment we send to you, whether containing questionable material or not, is detained for months at a time. When shipments are returned to us they are always missing books. Further,

Les importateurs ou exportateurs ayant des antécédents en matière de matériel pornographique sont également susceptibles de faire l'objet d'une surveillance accrue. Durant la période pertinente à l'égard du présent pourvoi, les agents des douanes en Colombie-Britannique ont inspecté pratiquement tous les envois de livres et de magazines destinés à Little Sisters. Les fréquentes retenues et prohibitions ont causé des difficultés considérables à Little Sisters et à ses fournisseurs. Voici ce qu'a dit Janine Fuller, une employée de Little Sisters, dans son témoignage:

[TRADUCTION] Je pense que cette situation a de nombreuses répercussions pour le magasin. L'une d'elles est le fait qu'il faut sans cesse expliquer aux clients qui viennent au magasin les raisons pour lesquelles certains titres pourraient ne pas être disponibles. Nous faisons énormément de commandes spéciales pour les gens, et nous devons leur expliquer lorsque nous faisons ces commandes que nous ne pouvons pas en toute bonne foi leur garantir que le livre arrivera sans avoir été retenu par Douanes Canada.

Je ne connais pas beaucoup de librairies qui doivent se soumettre à ce processus fastidieux et coûteux. Je pense qu'il se développe aussi une tendance à l'autocensure lorsque vient le temps de commander des livres, car on commence à tenter de deviner ce sur quoi l'agent des douanes évaluera un livre et on commande en conséquence. [. . .] Donc, cela limite certainement le genre de livres qu'on commande.

Les fournisseurs de Little Sisters ont également été affectés par les politiques des Douanes. Inland Distributors Ltd., l'un des principaux fournisseurs de Little Sisters, a vu ses expéditions être inspectées de façon routinière. Golden-Lee Book Distributors, Inc. a dans les faits cessé ses expéditions à Little Sisters le 1^{er} septembre 1994, et ce pour la raison suivante:

[TRADUCTION] Comme vous le savez sans doute, chaque envoi que nous vous faisons est retenu pendant des mois, qu'il contienne ou non du matériel douteux. Lorsque des envois nous sont retournés, il manque tou-

the books returned to us are so damaged that we have to write them off as unsalable.

While Little Sisters and its suppliers are routinely targeted, mainstream bookstores receive more favourable treatment. For example, the operator of Duthie Books, a general interest bookstore in British Columbia, testified that at the request of Little Sisters they ordered a number of books that had been prohibited when destined for Little Sisters. The shipping instructions were intentionally made identical to those given by Little Sisters. In spite of the fact that Customs inspected the books, they arrived without incident. Similarly, books that were prohibited when destined for Little Sisters were widely available at other general interest bookstores in Vancouver, and even at the Vancouver Public Library. Moreover, Little Sisters was not the only victim. As Nadine Strossen has noted in *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights* (1995), at p. 231, within two and one-half years after *Butler* was decided, over half of all Canadian feminist bookstores had had materials confiscated or detained by Customs.

There is also evidence that high-profile books receive favourable treatment. The appellants noted two instances where such books — specifically, Madonna's *Sex*, and Bret Easton Ellis's *American Psycho* — were permitted entry in spite of containing depictions that are indistinguishable from items routinely prohibited by Customs. *Sex* contains an account of a sexual encounter with a pubescent boy. *American Psycho* contains explicit accounts of sex and violence. The protagonist describes in detail how he seduces, tortures, rapes, and kills his victims.

After an earlier public relations problem caused by the detention of Salman Rushdie's book *Satanic Verses*, Customs approached *American Psycho*'s publisher, Random House, about pre-screening the

jours des livres. En outre, les livres qui nous sont retournés sont si endommagés que nous devons les passer par profits et pertes parce qu'ils sont invendables.

Tandis que Little Sisters et ses fournisseurs sont pris pour cibles de façon routinière, les librairies grand public reçoivent un traitement plus favorable. Par exemple, l'exploitant de Duthie Books, une librairie d'intérêt général située en Colombie-Britannique, a témoigné qu'à la demande de Little Sisters sa librairie avait commandé un certain nombre de livres qui avaient été frappés de prohibition lorsque destinés à Little Sisters. Les commandes avaient à dessein été formulées exactement comme Little Sisters l'avait fait. Bien que les Douanes aient inspecté les livres en question, ceux-ci se sont rendus sans incident. De même, des livres qui avaient été prohibés lorsque destinés à Little Sisters étaient largement disponibles dans des librairies d'intérêt général de Vancouver et même à la bibliothèque publique de Vancouver. De plus, Little Sisters n'était pas la seule victime. Comme l'a souligné Nadine Strossen dans *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights* (1995), à la p. 231, au cours des deux ans et demi qui ont suivi l'arrêt *Butler*, plus de la moitié des librairies féministes au Canada ont eu du matériel confisqué ou retenu par les Douanes.

La preuve révèle également que les livres dont la sortie est fortement médiatisée reçoivent un traitement favorable. Les appelants ont mentionné deux cas où on a autorisé l'entrée de livres de ce genre — soit le livre de Madonna intitulé *Sex*, et celui de Bret Easton Ellis intitulé *American Psycho* — malgré le fait qu'ils contenaient des représentations qui ne peuvent être différenciées des articles régulièrement prohibés par les Douanes. *Sex* contient le récit d'une aventure sexuelle avec un garçon pubère. *American Psycho* contient des descriptions explicites de sexe et de violence. Le protagoniste explique en détail la façon dont il séduit, torture, viole et tue ses victimes.

À la suite du problème de relations publiques qu'avait causé la retenue du livre de Salman Rushdie, *Les versets sataniques*, les Douanes ont proposé à la maison d'édition de *American Psycho*,

188

189

190

book. The review was conducted by senior officials rather than front-line Customs Inspectors, who ultimately concluded that the book did not depict the undue exploitation of sex. I do not question the merits of that decision. However, I would note that had such attention been paid to items destined for Little Sisters, many of the mistakes detailed above might have been avoided.

191 In spite of all these problems, John Shearer, the Director General of Tariff Programs Division, saw no problems with the targeting of Little Sisters:

[T]here was no evidence that there was any harassment. Our understanding of the way the system works is that, indeed, this was a normal enforcement practice that met the practices and procedures we follow in the Department.

That Mr. Shearer could say this in light of the compelling evidence to the contrary presented in the course of this appeal emphasizes the depth of the problem.

192 The net effect of Customs' enforcement of Code 9956(a) against Little Sisters is well-summarized by Smith J. as follows (at para. 99):

The delays and disruptions caused by detained and prohibited shipments have affected Little Sisters financially and in other ways. Often, material is dated by the time it is received and has lost its sales value. Publications denied entry to Little Sisters are often successfully imported and sold by other stores. Planned events, like book launches, are sometimes jeopardized when Customs interrupts shipment of the publications involved. The proprietors often refer customers to local general-interest stores to obtain publications that Little Sisters is unable to import. More subtly, Mr. Deva and Ms. Fuller must be very circumspect in their ordering. They are uncomfortable with this self-censorship.

Random House, de faire un contrôle anticipé du livre. Le contrôle a été fait par des fonctionnaires supérieurs plutôt que par des inspecteurs de première ligne, et les fonctionnaires ont jugé que le livre ne constituait pas une exploitation indue des choses sexuelles. Je ne mets pas en doute le bien-fondé de cette décision. Toutefois, je tiens à souligner que si on avait accordé une telle attention aux biens destinés à Little Sisters, bon nombre des erreurs décrites précédemment auraient pu être évitées.

Malgré toutes ces difficultés, John Shearer, le directeur général de la Division des programmes douaniers, ne considérait pas que la prise pour cible de Little Sisters soulevait quelque problème que ce soit:

[TRADUCTION] [I]l n'y avait aucune preuve de harcèlement. Selon notre façon de concevoir le fonctionnement du système, il s'agissait de fait d'un cas d'application ordinaire, conforme aux pratiques et procédures que nous suivons au ministère.

Le fait que M. Shearer ait pu faire cette affirmation en regard de la preuve irrésistible à l'effet contraire qui a été présentée au cours du présent pourvoi fait bien ressortir l'ampleur du problème.

L'effet net de l'application du code 9956(a) à Little Sisters par les Douanes a été bien résumé par le juge Smith, qui s'est exprimé ainsi (au par. 99):

[TRADUCTION] Les délais et les inconvénients causés par la retenue et la prohibition d'envois qui lui étaient destinés ont fait du tort à Little Sisters sur le plan financier ainsi qu'à d'autres égards. Souvent, le matériel n'est plus récent au moment de sa réception et a perdu sa valeur commerciale. Les publications qu'on refuse de dédouaner en faveur de Little Sisters sont souvent importées sans problème et vendues par d'autres magasins. Des activités prévues, tels des lancements de livres, sont parfois compromises lorsque les Douanes interceptent l'envoi contenant les publications en cause. Les propriétaires dirigent souvent des clients vers des magasins d'intérêt général afin qu'ils puissent obtenir des publications que Little Sisters est incapable d'importer. Plus subtilement, M. Deva et M^{me} Fuller doivent être très circonspects dans leurs commandes. Cette autocensure les met mal à l'aise.

A discussion of the facts as brief as this cannot capture adequately the complexities of the record compiled in this appeal. Nevertheless, I hope to have conveyed a basic portrayal of the Customs legislation and its enforcement.

III. Analysis

A. *Applicability of Butler*

I agree with my colleague Binnie J.'s defence of the harm-based approach to obscenity set out by this Court in *Butler*, *supra*. In particular, I agree with his conclusions that the *Butler* test does not distinguish between materials based on the sexual orientation of the individuals involved or characters depicted. It seems to me that the *Butler* test applies equally to heterosexual, homosexual and bisexual materials. The use of national community standards as the arbiter of what materials are harmful, and therefore obscene, remains the proper approach. I agree with Binnie J.'s conclusions that the harm-based approach is not merely morality in disguise and that the *Butler* test does apply to written materials.

On this latter point, however, I wish to emphasize Binnie J.'s holding that it will be "very difficult to make the case of obscenity against a book, which is a medium perhaps less likely to be conducive to harm and more likely to be protected by the artistic merit or 'inherent necessities' defence" (para. 65). This is borne out by the fact that relatively few books have been held to be obscene in Canada: see, e.g., *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681 (*Lady Chatterley's Lover* by D. H. Lawrence not obscene), and *R. v. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.) (*Fanny Hill — Memoirs of a Woman of Pleasure* by John Cleland not obscene — a similar result was reached by the U.S. Supreme Court in *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413

Un aussi bref exposé des faits ne permet pas de cerner convenablement toutes les subtilités du dossier constitué dans le présent pourvoi. Néanmoins, j'espère avoir présenté l'essentiel de la législation douanière et de son application.

III. L'analyse

A. *L'applicabilité de l'arrêt Butler*

Je suis d'accord avec la défense que fait mon collègue le juge Binnie de l'approche fondée sur la détermination de l'obscénité en fonction du préjudice qu'a énoncée notre Cour dans l'arrêt *Butler*, précité. Je souscris notamment à sa conclusion selon laquelle le critère établi dans *Butler* ne fait, en ce qui concerne le matériel, aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés. Il me semble que le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique également au matériel hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel. Le recours à des normes sociales nationales pour juger si du matériel est préjudiciable et, de ce fait, obscène demeure l'approche appropriée. Je suis également d'accord avec les conclusions du juge Binnie selon lesquelles l'approche fondée sur le préjudice n'est pas simplement du moralisme déguisé et le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique aux écrits.

Sur ce dernier point, toutefois, je désire souligner la conclusion du juge Binnie, selon laquelle il est «très difficile de démontrer le caractère obscène d'un livre, moyen d'expression qui est peut-être moins susceptible de causer un préjudice mais en même temps davantage susceptible de bénéficier de la protection des moyens de défense fondés sur la valeur artistique ou les "besoins internes"» (par. 65). Cette conclusion est étayée par le fait que relativement peu de livres ont été jugés obscènes au Canada: voir, par exemple, *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681 (*L'Amant de Lady Chatterley* de D. H. Lawrence, non obscène), et *R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.) (*Fanny Hill — Memoirs of a Woman of Pleasure*, par John Cleland, non obscène — la même conclusion a été tirée par la Cour suprême des États-Unis dans *A Book Named «John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure» c. Attorney General of Mas-*

193

194

195

(1966)). As Porter C.J.O. stated for the majority in *C. Coles Co.*, at p. 563:

The freedom to write books, and thus to disseminate ideas, opinions, and concepts of the imagination — the freedom to treat with complete candour of an aspect of human life and the activities, aspirations and failings of human beings — these are fundamental to progress in a free society. In my view of the law, such freedom should not, except in extreme circumstances, be curtailed.

196

I also wish to make it absolutely clear that a book must be read in its entirety when determining whether or not it is obscene. As Judson J. stated in the majority opinion in *Brodie*, at p. 702:

[A determination of obscenity] necessarily involves a reading of the whole book with the passages and words to which objection is taken read in the context of the whole book. Of that now there can be no doubt. No reader can find a dominant characteristic on a consideration of isolated passages and isolated words. Under this definition the book now must be taken as a whole. It is not the particular passages and words in a certain context that are before the Court for judgment but the book as a complete work. The question is whether the book as a whole is obscene not whether certain passages and certain words, part of a larger work, are obscene.

See also the concurring opinion of Ritchie J. at p. 709. Customs must keep these points in mind when dealing with written works in the future.

197

I further agree with Binnie J. that the *Butler* test does not mean that concerns for minority expression cannot be taken into account. This is because, as my colleague points out, the national community standard relates only to harm not to taste. While *Butler* must be applied in a contextual manner, I am not convinced that homosexual pornography is so distinct from heterosexual pornography that a different standard must apply. As this Court recognized in *Butler*, at p. 502, “a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish”. Nonetheless,

sachusetts, 383 U.S. 413 (1966)). Comme l’a dit le juge en chef Porter de la Cour d’appel de l’Ontario, au nom de la majorité, dans l’arrêt *C. Coles Co.*, à la p. 563:

[TRADUCTION] La liberté d’écrire des livres et, par conséquent, celle de diffuser des idées, opinions et autres fruits de l’imagination — la liberté de traiter sans retenue d’un aspect de la vie humaine et des activités, des aspirations et des faiblesses des êtres humains — sont fondamentales pour le progrès dans une société libre. Selon ma vision du droit, cette liberté ne devrait pas être restreinte, sauf dans des circonstances extrêmes.

Je désire aussi qu’il soit absolument clair qu’un livre doit être lu au complet lorsqu’on détermine s’il est obscène ou non. Comme l’a dit le juge Judson pour la majorité dans l’arrêt *Brodie*, à la p. 702:

[TRADUCTION] [Une constatation d’obscénité] suppose nécessairement la lecture de l’ensemble du livre, les extraits et les mots contestés étant considérés dans le contexte de l’ensemble du livre. Cela ne saurait maintenant être mis en doute. Aucun lecteur ne peut dégager une caractéristique dominante après examen d’extraits et de mots isolés. Suivant cette définition, le livre doit donc désormais être considéré globalement. Ce ne sont pas des passages et des mots donnés dans un certain contexte qu’on demande à la Cour de juger mais le livre en tant qu’œuvre complète. Il s’agit non pas de déterminer si certains extraits et certains mots, faisant partie d’un ouvrage, sont obscènes, mais plutôt si l’ouvrage dans son ensemble est obscène.

Voir également l’opinion concordante du juge Ritchie à la p. 709. Les Douanes devront avoir ces points à l’esprit lorsqu’ils examineront des écrits dans le futur.

Je partage en outre l’opinion du juge Binnie que le critère établi dans l’arrêt *Butler* ne signifie pas que le souci de protéger la liberté d’expression de la minorité ne peut être pris en compte. Il en est ainsi parce que, comme le souligne mon collègue, la norme sociale nationale est fonction du préjudice et non du goût. Quoique l’arrêt *Butler* doive être appliqué d’une manière contextuelle, je ne suis pas convaincu que la pornographie homosexuelle soit à ce point différente de la pornographie hétérosexuelle qu’il faille lui appliquer une norme distincte. Comme l’a reconnu notre Cour dans l’arrêt

we concluded that “it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs”. See also *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 776.

Given the near impossibility of demonstrating conclusive proof in these kinds of cases, this Court has wisely held on many occasions that the legislature is owed a certain amount of deference in fashioning solutions. The respondent Canada relied primarily on the evidence of Dr. Neil Malamuth. In his report, he concluded that “homosexual pornography may have harmful effects even if it is distinct in certain ways from heterosexual pornography”. In his opinion, even allowing for differences in content, the messages conveyed in homosexual pornography were sufficiently similar to those in heterosexual pornography to raise an apprehension of harm.

The types of harms that *Butler* concluded might be exacerbated by obscenity are capable of being present in all human relationships, regardless of the sexual orientation of the individuals involved. There is no evidence that the homosexual community is immune from the kinds of problems that s. 163’s obscenity provisions are designed to address. On the contrary, the evidence is, sadly, that gay and lesbian relationships suffer from physical, sexual, and mental abuse in much the same way that heterosexual relationships do: see F. C. I. Hickson et al., “Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex” (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281, at p. 281; D. Island and P. Letellier, *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence* (1991), at p. 1; C. M. Renzetti, *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Relationships* (1992), at p. 115; and S. Jeffreys, *The Lesbian Heresy: A Feminist Per-*

Butler, précité, à la p. 502, «il [peut] être difficile, voire impossible, d’établir l’existence d’un lien direct entre l’obscénité et le préjudice causé à la société». Néanmoins, nous avons jugé qu’«il est raisonnable de supposer qu’il existe un lien causal entre le fait d’être exposé à des images et les changements d’attitude et de croyance». Voir également *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 776.

Étant donné qu’il est presque impossible de présenter une preuve concluante dans ce genre d’affaires, notre Cour a sagement conclu, à de nombreuses reprises, qu’il convenait de faire preuve d’un certain degré de déférence envers le législateur dans l’élaboration des solutions. Le Canada intimé s’est appuyé principalement sur la preuve fournie par le Dr Neil Malamuth. Dans son rapport, ce dernier a conclu que [TRADUCTION] «la pornographie homosexuelle peut avoir des effets préjudiciables même si elle se distingue à certains égards de la pornographie hétérosexuelle». À son avis, même en tenant compte des différences de contenu, les messages transmis par la pornographie homosexuelle étaient suffisamment similaires à ceux transmis par la pornographie hétérosexuelle pour faire naître une appréhension de préjudice.

Les types de préjudices qui, a-t-on conclu dans l’arrêt *Butler*, sont susceptibles d’être exacerbés par l’obscénité, peuvent se retrouver dans toutes relations humaines, indépendamment de l’orientation sexuelle des personnes en cause. Il n’y a aucune preuve que la communauté homosexuelle est à l’abri du genre de problèmes auxquels les dispositions en matière d’obscénité de l’art. 163 visent à remédier. Au contraire, la preuve indique malheureusement que les relations gaies et lesbiennes donnent lieu sensiblement aux mêmes abus physiques, sexuels et psychologiques que les relations hétérosexuelles: voir F. C. I. Hickson et autres, «Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex» (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281, à la p. 281; D. Island et P. Letellier, *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence* (1991), à la p. 1; C. M. Renzetti, *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Rela-*

198

199

spective on the Lesbian Sexual Revolution (1993), at pp. 187-88. As a result, I conclude that there is a reasoned apprehension of harm from homosexual obscenity, and that *Butler* should apply to all obscenity, regardless of the sexual orientation of its audience.

B. *Does the Customs Legislation Violate Section 2(b) of the Charter?*

200

The respondents properly conceded that the Customs legislation violates s. 2(b). As this Court made clear in *Butler*, *supra*, at p. 489, depictions of purely physical sexual activity can be expression. This Court has ruled many times that even speech without any “redeeming” qualities deserves the protection of s. 2(b): see, e.g., *Keegstra*, *supra*, at p. 732; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1206 (the “Prostitution Reference”) (*per* Wilson J., in dissent but not on this point). Especially given the high value of the non-obscene materials affected by the Customs legislation, the violation of s. 2(b) is clear.

C. *Does the Customs Legislation Violate Section 15(1) of the Charter?*

201

For the reasons given by my colleague Binnie J., I agree that the Customs legislation does not itself violate s. 15(1) of the *Charter*. The Customs legislation incorporates the obscenity definition in s. 163(8) of the *Criminal Code*. As I have already made clear, the harm-based test for obscenity set out in *Butler* is the same for all materials, regardless of the sexual orientation of the individuals involved or characters depicted. While it is arguable that pornographic materials play a more important role in the gay and lesbian communities (because these communities are defined by their sexuality and because they are minority communities), gays and lesbians remain able to access pornographic materials that do not create a substantial risk of harm. Any heightened need for pornogra-

tionships (1992), à la p. 115; et S. Jeffreys, *The Lesbian Heresy: A Feminist Perspective on the Lesbian Sexual Revolution* (1993), aux pp. 187 et 188. En conséquence, j’estime que l’obscénité homosexuelle fait naître une appréhension raisonnée de préjudice, et que l’arrêt *Butler* doit s’appliquer à toute forme d’obscénité, indépendamment de l’orientation sexuelle du public visé.

B. *La législation douanière viole-t-elle l’al. 2b) de la Charte?*

Les intimés ont à juste titre concédé que la législation douanière contrevient à l’al. 2b). Comme l’a clairement indiqué notre Cour dans l’arrêt *Butler*, précité, à la p. 489, les représentations d’activités purement sexuelles peuvent constituer une forme d’expression. Notre Cour a jugé à de nombreuses reprises que même une forme d’expression dénuée de toute qualité «rachetant ses lacunes» méritait la protection de l’al. 2b): voir, par exemple, *Keegstra*, précité, à la p. 732; *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. 1206 (le «*Renvoi relatif à la prostitution*») (le juge Wilson, dissidente, mais non sur ce point). Compte tenu particulièrement de la grande valeur du matériel non obscène touché par la législation douanière, la violation de l’al. 2b) est claire.

C. *La législation douanière viole-t-elle le par. 15(1) de la Charte?*

Pour les motifs exposés par mon collègue le juge Binnie, je reconnais que la législation douanière ne viole pas en soi le par. 15(1) de la *Charte*. La législation douanière incorpore la définition d’obscénité figurant au par. 163(8) du *Code criminel*. Comme je l’ai déjà indiqué clairement, le critère de détermination de l’obscénité en fonction du préjudice qui a été établi dans l’arrêt *Butler* s’applique à tout matériel, indépendamment de l’orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés. Quoiqu’il soit possible d’affirmer que le matériel pornographique joue un rôle plus important dans les communautés gaie et lesbienne (parce qu’il s’agit de communautés minoritaires définies par leur sexualité), les gais et les lesbiennes ne cessent pas d’avoir accès au

phy in these communities, if such a need indeed exists, must be met through the use of non-harmful pornography. Therefore legislation banning obscenity alone has no adverse effects, and it is unnecessary to proceed with the rest of the analysis prescribed under *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

This said, it is crucial to keep in mind that, as Smith J. found at para. 282 of his reasons for judgment and as my colleague Binnie J. concludes at para. 123, the application of the Customs legislation has discriminated against gays and lesbians in a manner that violated s. 15. This is an important factor in determining the appropriate remedy in this appeal.

D. Legislation Versus Application

To this point, I have largely agreed with the conclusions of my colleague Binnie J. We differ, however, over the crucial issue of whether the Customs legislation itself is responsible for the constitutional violations documented in this case, or whether it is only the legislation's application that was at fault. We also differ over whether the infringements of the appellants' free expression rights have been justified by the government. Before turning to the s. 1 analysis, I wish to establish why I have reached the conclusion that it is the Customs legislation itself that is also responsible for the s. 2(b) violations in this case.

As noted, both my colleague Binnie J. and the courts below agreed that the legislation had been administered in an unconstitutional manner. In their opinion, the Customs legislation is capable of constitutional application and therefore a declaratory remedy is sufficient to safeguard the *Charter* rights involved. With the greatest respect, I cannot agree that this is the proper approach. This Court's precedents demand sufficient safeguards in the leg-

matériel pornographique qui ne crée pas un risque appréciable de préjudice. Tout besoin supérieur de pornographie dans ces communautés, à supposer bien entendu qu'un tel besoin existe, doit être comblé au moyen de pornographie non préjudiciable. Par conséquent, les dispositions législatives interdisant l'obscénité ne produisent pas à elles seules d'effets préjudiciables, et il est inutile de compléter l'analyse prescrite par l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

Cela dit, il est essentiel de se rappeler, comme ont conclu le juge Smith au par. 282 de ses motifs de jugement et mon collègue le juge Binnie au par. 123 des siens, que l'application de la législation douanière a été source de discrimination à l'endroit des gais et des lesbiennes, d'une manière incompatible avec l'art. 15. Il s'agit d'un facteur important dans la détermination de la réparation qui convient dans le présent pourvoi.

D. La législation et son application

Jusqu'à maintenant, j'ai souscrit en grande partie aux conclusions de mon collègue le juge Binnie. Nous divergeons toutefois d'opinion sur la question cruciale de savoir si la législation douanière elle-même est responsable des violations de la Constitution qui sont documentées en l'espèce ou si celles-ci résultent uniquement de son application. Nous divergeons également d'opinion sur la question de savoir si les atteintes au droit à la liberté d'expression des appelants ont été justifiées par le gouvernement. Avant de passer à l'analyse relative à l'article premier, je tiens à expliquer pourquoi j'arrive à la conclusion que c'est la législation douanière elle-même qui est également responsable des violations de l'al. 2b) en l'espèce.

Comme je l'ai mentionné, tant mon collègue le juge Binnie que les juridictions inférieures sont d'avis que la loi a été appliquée de manière inconstitutionnelle. Selon eux, la législation douanière peut être appliquée de manière constitutionnelle et, de ce fait, un jugement déclaratoire suffit pour sauvegarder les droits garantis par la *Charte* qui sont en cause. En toute déférence, je ne peux accepter qu'il s'agit là de l'approche appropriée. La juris-

202

203

204

islative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights. In the face of an extensive record of unconstitutional application, it is not enough merely to provide a structure that could be applied in a constitutional manner. This is particularly the case where fundamental *Charter* rights, such as the right to free expression, are at stake. The legislation itself must provide an adequate process to ensure that *Charter* rights are respected when the legislation is applied at the administrative level.

prudence de notre Cour exige que le régime législatif lui-même comporte des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution. Compte tenu de l'imposant bilan d'application inconstitutionnelle, il n'est pas suffisant de se contenter d'établir un régime qui pourrait être appliqué de manière constitutionnelle. C'est particulièrement vrai dans les cas où des droits fondamentaux garantis par la *Charte*, telle la liberté d'expression, sont en jeu. La loi elle-même doit établir un processus propre à assurer le respect des droits garantis par la *Charte* lorsqu'elle est appliquée au niveau administratif.

205

Consequently, I disagree with my colleague Binnie J.'s interpretation of this Court's decisions in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. In my opinion, these cases illustrate the vigilance of this Court in protecting *Charter* rights when the legislative scheme in question is being applied in an unconstitutional fashion. Regardless of whether the legislation is under- or over-inclusive, if it lends itself to the repeated violations of *Charter* rights, as does the legislative scheme here, the legislation itself is partially responsible and must be remedied.

Par conséquent, je suis en désaccord avec l'interprétation que fait mon collègue le juge Binnie des décisions de notre Cour dans les affaires *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. À mon avis, ces arrêts illustrent la vigilance avec laquelle notre Cour protège les droits garantis par la *Charte* lorsque le régime législatif en question est appliqué de façon inconstitutionnelle. Peu importe que la loi ait une portée trop restreinte ou trop large, si elle prête flanc aux violations répétées des droits garantis par la *Charte*, comme le fait le régime législatif en l'espèce, elle est alors partiellement responsable et doit être corrigée.

206

In *Hunter v. Southam*, this Court considered a law that was, like the one at bar, capable of being applied in a constitutional manner. The law in question set out the procedures by which the Restrictive Trade Practices Commission (RTPC) authorized searches by the Combines Investigation Branch (CIB) to gather evidence of violations of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10. The law allowed the CIB to enter any premises "on which the Director [of the CIB] believes there may be evidence relevant to the matters being inquired into", so long as a member of the RTPC granted an authorizing certificate available on *ex parte* application by the CIB: *Combines Investigation Act*. The government submitted that "the constitutionality of s. 10 ought to be considered on the basis of whether its provisions could be

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, notre Cour a examiné des mesures législatives qui, comme celles en cause en l'espèce, pouvaient être appliquées d'une manière constitutionnelle. Les dispositions en question établissaient la procédure par laquelle la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (la «CPRC») autorisait la Direction des enquêtes sur les coalitions (la «DEC») à procéder à des fouilles ou perquisitions pour recueillir des éléments de preuve établissant des contraventions à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 10. Les dispositions contestées permettaient à la DEC de pénétrer dans tout local «où le directeur [de la DEC] cro[yait] qu'il p[ouvait] exister des preuves se rapportant à l'objet de l'enquête», dans la mesure où un membre de la CPRC délivrait un certificat d'autorisation, que la

applied consistently with the *Charter*” (p. 153 (emphasis in original)). If such an approach had been adopted, the law probably would have been upheld. Nothing stopped RTPC members from issuing certificates only if there were reasonable and probable grounds that a search would uncover evidence.

However, Dickson J. (as he then was), writing for a unanimous Court, roundly rejected that argument. He stated, at p. 166, that to read the legislation “as simply allowing the authorizing party to satisfy himself on [the legality of the search], without requiring him to do so, would in my view be clearly inadequate” (emphasis in original). Permissive legislation was not enough. The statute had to require prior authorization of the search by a “neutral and impartial” arbiter (at pp. 160-62). In that case, it was not thought sufficient to leave it to those applying the statute to deal with the matter; similarly here, it hardly seems appropriate to entrust the Customs bureaucracy, in its administration of the Customs legislation, to deal with the matter through proper recognition of the constitutional values in play.

Other decisions by this Court have confirmed *Hunter v. Southam*’s early promise not to entrust the vindication of constitutional rights to the executive branch. The most important case upholding this principle is *Morgentaler, supra*. In that case a majority of this Court (with Dickson C.J. and Beetz J. writing separately) struck down Canada’s abortion law for unduly restricting access to abortions. While in *Morgentaler* the problem was a surfeit of “procedure” rather than an absence, the basic problem was the same as in this appeal: the legislation created unacceptable delays and limita-

DEC pouvait obtenir sur demande *ex parte*: *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le gouvernement a prétendu qu’ «en examinant la constitutionnalité de l’art. 10 il faut se demander si ses dispositions peuvent être appliquées de manière compatible avec la *Charte*» (p. 153 (souligné dans l’original)). Si une telle approche avait été retenue, la validité des dispositions aurait probablement été confirmée. Rien n’empêchait les membres de la CPRC de ne délivrer des certificats que s’ils croyaient, pour des motifs raisonnables et probables, que la fouille ou la perquisition permettrait de découvrir des éléments de preuve.

Toutefois, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s’exprimant pour la Cour à l’unanimité, a carrément rejeté cet argument. Il a dit ceci, à la p. 166 : «[i] serait, à mon avis, manifestement incorrect de considérer que [les dispositions législatives] permettent simplement à la partie qui donne l’autorisation de vérifier [la légalité de la fouille], sans l’obliger à le faire» (souligné dans l’original). L’existence de dispositions législatives créant une faculté ne suffisait pas. La loi devait exiger que la fouille soit préalablement autorisée par un arbitre «neutre et impartial» (pp. 160 à 162). Dans cette affaire, on a jugé qu’il n’était pas suffisant de laisser aux responsables de l’application de la loi le soin de se charger de cette question; de même, en l’espèce, il apparaît peu judicieux de confier à la bureaucratie douanière, lorsqu’elle applique la législation douanière, la responsabilité de donner effet aux valeurs constitutionnelles en jeu.

D’autres arrêts de notre Cour ont confirmé la promesse faite plus tôt dans l’arrêt *Hunter c. Southam* de ne pas confier au pouvoir exécutif la défense des droits constitutionnels. La décision la plus importante qui a confirmé ce principe est l’arrêt *Morgentaler*, précité. Dans cet arrêt, notre Cour à la majorité a invalidé (le juge en chef Dickson et le juge Beetz ayant rédigé des motifs distincts) les dispositions législatives canadiennes en matière d’avortement parce qu’elles restreignaient indûment l’accès aux avortements. Quoique, dans *Morgentaler*, le problème ait été non pas une absence

207

208

tions on the right to an abortion, just as the Customs legislation creates unacceptable delays and limitations on the right to import non-obscene expressive materials. As Dickson C.J. wrote in *Morgentaler*, at p. 75, “many women whom Parliament professes not to wish to subject to criminal liability will nevertheless be forced by the practical unavailability of the supposed defence to risk liability or to suffer other harm such as a traumatic late abortion caused by the delay inherent in the s. 251 system”. Similarly in this appeal, a great number of non-obscene works that Parliament did not intend to prohibit have been barred from entering the country as a result of the flaws inherent in the current regime.

de «procédure» mais une procédure surabondante, le problème fondamental était le même que dans le présent pourvoi: les dispositions législatives avaient créé des délais et des restrictions inacceptables relativement au droit à l’avortement, tout comme la législation douanière crée de tels délais et restrictions relativement au droit d’importer du matériel expressif non obscène. Comme a écrit le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Morgentaler*, à la p. 75, «beaucoup de femmes que le Parlement prétend ne pas vouloir tenir criminellement responsables seront néanmoins forcées, par l’impossibilité pratique de se prévaloir de cette supposée défense, de prendre le risque d’être tenues responsables ou de s’exposer à un autre danger, tel un avortement tardif traumatisant, en raison des délais inhérents au système de l’art. 251». De même, dans le présent pourvoi, une grande quantité d’œuvres non obscènes, que le Parlement n’entendait pas prohiber, ne peuvent entrer au pays par suite des lacunes intrinsèques du régime actuel.

209

Morgentaler also rejected the argument that any problems were a product of maladministration, not the legislation itself. As Beetz J. noted at pp. 92-93, three main factors contributed to the impugned delays in the system: “(1) the absence of hospitals with therapeutic abortion committees in many parts of Canada; (2) the quotas which some hospitals with committees impose on the number of therapeutic abortions which they perform and (3) the committee requirement itself”. Only the third of these was directly imposed by the legislation. Under the legislation it was entirely open to the Canadian Council on Hospital Accreditation and the provincial Ministers of Health to approve more hospitals to perform abortions. The legislation did not prevent hospitals from appointing more therapeutic abortion committees. The legislation did not force hospitals to set insufficient abortion quotas. Nonetheless, the majority of the Court recognized that these problems were attributable to the legislation’s own shortcomings: see *ibid.*, at p. 62, *per* Dickson C.J.; at p. 98, *per* Beetz J.

L’arrêt *Morgentaler* a également rejeté l’argument selon lequel les problèmes étaient imputables non pas à la loi elle-même mais à sa mauvaise application. Comme l’a souligné le juge Beetz, aux pp. 92 et 93, trois facteurs principaux contribuaient aux délais reprochés au système: «(1) l’absence, dans bien des régions du Canada, d’hôpitaux dotés de comités de l’avortement thérapeutique, (2) les contingents que certains hôpitaux dotés de comités fixent au nombre d’avortements thérapeutiques qu’ils pratiqueront et (3) l’obligation même de recourir à un comité». Seul le troisième de ces facteurs était directement imposé par la loi elle-même. Selon la loi, il était tout à fait loisible au Conseil canadien d’agrément des hôpitaux et aux ministres provinciaux de la Santé d’accréditer ou d’approuver davantage d’hôpitaux afin qu’ils puissent pratiquer des avortements. La loi n’empêchait pas les hôpitaux de constituer davantage de comités de l’avortement thérapeutique. La loi n’obligeait pas les hôpitaux à fixer des contingents d’avortements insuffisants. Néanmoins, notre Cour a la majorité reconnue que ces problèmes étaient attribuables aux lacunes de la loi elle-même: voir, *ibid.*, à la p. 62, le juge en chef Dickson; à la p. 98, le juge Beetz.

A final example is *Bain, supra*, where this Court struck down Crown Attorneys' power to "stand aside" up to 48 prospective jurors without cause. Writing for a plurality, Cory J. decided at pp. 103-4, that this was unacceptable:

Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively. The protection of basic rights should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control. Rather the offending statutory provision should be removed. [Emphasis added.]

In concurring reasons, Stevenson J. similarly held, at p. 155, that while "the stand by may be used beneficially, I do not think we can rely on professed good intentions to uphold such a disparity".

The issue is therefore not solely whether the Customs legislation is capable of being applied constitutionally, as Binnie J. suggests. Instead, the crucial consideration is that the legislation makes no reasonable effort to ensure that it will be applied constitutionally to expressive materials. It lacks an adequate process to ensure that s. 2(b) rights are fully considered and respected. The Customs legislation's failure in this regard practically invites violations of the right to free expression, which is exactly what has happened. It is the inevitable result of leaving the protection of fundamental *Charter* rights solely to the good faith discretion of delegated power.

In this case, Binnie J. argues that a failure at the implementation level can be addressed at that level. As will be discussed below, however, the government has provided little reason to believe that reforms at the implementation level will ade-

Un dernier exemple est l'arrêt *Bain*, précité, dans lequel notre Cour a annulé le pouvoir du substitut du procureur général d'«écarter» sans justification jusqu'à 48 candidats jurés. S'exprimant au nom d'une pluralité de juges, le juge Cory a conclu, aux pp. 103 et 104, que ce pouvoir était inacceptable:

Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l'occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie. [Je souligne.]

Dans ses motifs concordants, le juge Stevenson a lui aussi conclu, à la p. 155, que «la mise à l'écart peut être employée de façon bénéfique, mais je ne crois pas que nous puissions nous en remettre à l'expression de bonnes intentions pour justifier une telle inégalité».

La question en litige ne consiste donc pas uniquement à déterminer si la législation douanière peut être appliquée de façon constitutionnelle, comme le suggère le juge Binnie. Au contraire, le point fondamental est le fait que cette législation ne comporte aucune mesure raisonnable visant à assurer qu'elle soit appliquée au matériel expressif d'une manière conforme à la Constitution. Elle n'est dotée d'aucun processus propre à permettre la prise en considération et le respect intégraux des droits garantis par l'al. 2b). La déficience de la législation douanière à cet égard constitue pratiquement une invitation à la violation de la liberté d'expression, exactement ce qui s'est produit. Il s'agit du résultat inévitable du fait de s'en remettre uniquement à la bonne foi du délégataire d'un pouvoir discrétionnaire pour ce qui concerne la protection des droits fondamentaux garantis par la *Charte*.

En l'espèce, le juge Binnie avance qu'un manquement au niveau de la mise en œuvre peut être corrigé à ce niveau. Comme nous le verrons plus loin, cependant, le gouvernement a donné peu de raisons de croire que des réformes au niveau de la

210

211

212

quately protect the expressive rights involved or that any such reforms will not be dependent on exemplary conduct by Customs officials to avoid future violations of constitutional rights. Furthermore, it is not just the “rough and ready border screening procedure”, as referred to by Binnie J. (at para. 80), that has been responsible for these constitutional infirmities, but the entire system by which these screening decisions are reviewed. Violations of expressive rights stemming from the review procedures are caused by the legislation itself and cannot be remedied at the implementation level. They require Parliament to turn its attention to the entire scheme under which expressive materials are prevented from entering Canada and to craft a response which at least makes a significant effort to take the expressive rights which are interfered with by such a regime into account.

213

In fact, the trial judge himself found that some of the violations of expressive rights in this case stemmed from the Customs legislation itself. He stated (at para. 234):

The deleterious effects of the legislation, as opposed to the effects of its administration and application, are that admissible material is sometimes detained to be examined for compliance and that wrong decisions are sometimes made in the classification of materials.

When the problems at the review stages are also taken into consideration, it is clear that the legislative scheme must take significant responsibility for the violations of expressive rights that have been documented in this case. This is not surprising when one considers that the Customs legislation was designed to deal with mechanical, objective determinations under a taxing regime and not nuanced judgments on literary and expressive values that are inherently subjective. I therefore conclude that it is the Customs legislation itself which is largely responsible for the infringement of s. 2(b) *Charter* rights in this case.

mise en œuvre protégeront convenablement les droits à la liberté d’expression en cause ou que le succès de telles réformes à prévenir de futures atteintes aux droits constitutionnels ne dépendra pas du maintien par les agents des douanes d’une conduite exemplaire. En outre, ce n’est pas seulement la «procédure sommaire de contrôle frontalier» mentionnée par le juge Binnie (au par. 80) qui est responsable de ces déficiences constitutionnelles, mais bien l’ensemble du système de révision de ces décisions initiales. Les atteintes aux droits liés à la liberté d’expression qui découlent de la procédure de révision sont causées par la loi elle-même et ne peuvent être corrigées au niveau de la mise en œuvre. Pour y remédier, le Parlement doit revoir l’ensemble du régime qui empêche l’entrée au Canada du matériel expressif et élaborer une solution par laquelle on s’efforcerait à tout le moins de prendre en compte les droits à la liberté d’expression auxquels porte atteinte ce régime.

En fait, le juge de première instance lui-même a estimé que certaines atteintes aux droits liés à la liberté d’expression découlaient en l’espèce de la législation douanière elle-même. Voici ce qu’il dit (au par. 234):

[TRADUCTION] Les effets préjudiciables de la législation, par opposition aux effets de son administration et de son application, sont le fait que du matériel admissible est parfois retenu aux fins de contrôle de sa conformité et que des décisions erronées sont parfois prises dans le classement du matériel.

Lorsqu’on prend également en compte les problèmes survenant aux étapes de révision, il est clair que le régime établi par la loi porte une part appréciable de responsabilité pour les atteintes aux droits liés à la liberté d’expression documentées en l’espèce. Cela n’est pas étonnant si l’on considère que la législation douanière a été conçue pour permettre la prise de décisions mécaniques et objectives en application d’un régime d’imposition et non la formulation d’opinions nuancées sur des valeurs littéraires et expressives qui sont intrinsèquement subjectives. J’arrive donc à la conclusion que c’est la législation douanière elle-même qui, en l’espèce, est largement responsable de l’atteinte aux droits garantis par l’al. 2b) de la *Charte*.

E. *Is the Violation of Section 2(b) Justified Under Section 1?*

(i) Introduction

Having reached this conclusion, I will now turn my attention to whether the government has successfully justified the violations of expressive rights in this case. As the analysis below will establish, I do not agree with the view that the Customs legislation minimally impairs the appellants' s. 2(b) rights or that the benefits of the legislation outweigh its detrimental effects. While Binnie J. concludes that it is only s. 152 of the *Customs Act* which cannot be justified under s. 1, and therefore must be read down, I believe the whole regime must fall.

The appropriate test under s. 1 is well-known. There are three essential requirements: (1) the limit on *Charter* freedoms must be "prescribed by law"; (2) the law in question must be directed at a "pressing and substantial objective"; and (3) the means chosen must be a rational, proportionate response to the legislative objective. There are three elements of the third requirement: the law must show a rational connection to the government's objective, it must minimally impair the rights in question, and the legislation's benefits must outweigh its deleterious effects on *Charter* rights. See, e.g., *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 21 and 97; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 887; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Both Smith J. and Macfarlane J.A. suggested that *Butler* controlled the s. 1 analysis in this appeal: see Smith J.'s reasons for judgment, at para. 206; Macfarlane J.A.'s reasons for judgment ((1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306), at para. 75. With

E. *La violation de l'al. 2b) est-elle justifiée au regard de l'article premier?*

(i) Introduction

Ayant tiré cette conclusion, je vais maintenant examiner la question de savoir si le gouvernement a réussi à justifier les atteintes aux droits liés à la liberté d'expression dans la présente affaire. Comme l'établira l'analyse qui suit, je ne partage pas l'avis que la législation douanière porte le moins possible atteinte aux droits garantis aux appellants par l'al. 2b) ou que ses avantages l'emportent sur ses effets préjudiciables. Bien que le juge Binnie conclue que seul l'art. 152 de la *Loi sur les douanes* ne peut être justifié au regard de l'article premier et doit donc recevoir une interprétation atténuante, j'estime pour ma part que l'ensemble du régime doit être invalidé.

Le critère approprié pour l'application de l'article premier est bien connu. Il comporte trois conditions essentielles: (1) la restriction des libertés garanties par la *Charte* doit être «prescrite par une règle de droit»; (2) la loi en question doit viser un «objectif urgent et réel»; (3) les moyens choisis doivent constituer une solution rationnelle et proportionnelle à l'objectif visé par la loi. La troisième condition se subdivise en trois éléments: il doit exister un lien rationnel entre la loi et l'objectif du gouvernement, la loi doit porter le moins possible atteinte aux droits en question et les avantages de la loi doivent l'emporter sur les effets préjudiciables qu'elle a sur les droits garantis par la *Charte*. Voir, par exemple, *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, aux par. 21 et 97; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 887; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Tant le juge Smith, du tribunal de première instance, que le juge Macfarlane de la Cour d'appel ont avancé que, en l'espèce, l'arrêt *Butler* régit l'analyse fondée sur l'article premier: voir les motifs du juge Smith, au par. 206, et ceux du juge Macfarlane ((1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306), au par. 75. En toute déférence, je ne peux pas être

214

215

216

respect, I cannot agree. The appellants put the point well at para. 87 of their factum:

Butler concerned Parliament's constitutional competence to proscribe the distribution of obscene material. *Butler* had nothing to do with the **process** by which material is judged to be obscene except to the extent that it is judged to be obscene after a criminal trial process. [Emphasis in original.]

While the reasoning of *Butler* is obviously instructive for many aspects of this appeal, I cannot accept that it is dispositive of the s. 1 analysis.

(ii) The Importance of Context

217 As this Court has frequently pointed out, context is indispensable to the s. 1 analysis of freedom of expression cases:

In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

(*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87)

See also *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 63; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 129-34; *Butler, supra*, at p. 500. A vitally important contextual factor is the nature of the expressive activity the state is seeking to restrict: see *Keegstra, supra*, at p. 760. In *Thomson Newspapers*, at para. 91, Bastarache J. explained that the nature of the expression in question matters "not because a lower standard is applied, but because the low value of the expression may be more easily outweighed by the government objective". Similarly, in *RJR-MacDonald, supra*, McLachlin J. (as she then was) noted at para. 134 that "nothing in the jurisprudence suggests that the contextual approach reduces the obligation on the state to meet the burden of demonstrating that the limita-

d'accord. Les appelants ont bien énoncé la question au par. 87 de leur mémoire:

[TRADUCTION] L'affaire *Butler* portait sur la compétence constitutionnelle du Parlement de proscrire la diffusion de matériel obscène. L'affaire *Butler* ne concernait aucunement le **processus** par lequel le matériel est jugé obscène, sauf dans la mesure où il est jugé obscène au terme d'un procès criminel. [En caractères gras dans l'original.]

Quoique le raisonnement suivi dans l'arrêt *Butler* soit évidemment instructif relativement à bien des aspects du présent pourvoi, je ne peux accepter l'argument qu'il a un caractère déterminant en ce qui concerne l'analyse fondée sur l'article premier.

(ii) L'importance du contexte

Comme l'a fréquemment souligné notre Cour, le contexte est un élément indispensable de l'analyse fondée sur l'article premier dans les affaires de liberté d'expression:

Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

(*Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 87)

Voir également *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, au par. 63; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, aux par. 129 à 134; *Butler, précité*, à la p. 500. La nature de l'activité d'expression que l'État cherche à restreindre constitue un facteur crucial: voir *Keegstra, précité*, à la p. 760. Dans *Thomson Newspapers, précité*, au par. 91, le juge Bastarache a expliqué que la nature de la forme d'expression en question avait de l'importance «pas parce qu'une norme moins exigeante est appliquée, mais plutôt parce que, compte tenu dans certains cas de la faible valeur de la forme d'expression en cause, l'objectif du gouvernement l'emporte plus facilement sur celle-ci». De même, dans l'arrêt *RJR-MacDonald, précité*, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a souligné, au par. 134,

tion on rights imposed by the law is reasonable and justified”. In short, neither the value of the expressive material, nor any other contextual factor, will ever be determinative.

As Sopinka J. stated in *Butler, supra*, at p. 499, the core values of freedom of expression include “the search for truth, participation in the political process, and individual self-fulfilment”. Obscenity “does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the ‘core’ of the freedom of expression values”: *Butler, supra*, at p. 500; cf. *Keegstra, supra*, at pp. 762-63. However, the very nature of a contextual approach demands attention to how the Customs legislation is actually applied. As Smith J. found, at para. 223, “much homosexual erotica that has been prohibited as obscene is not, in fact, obscene”. Moreover, these were not isolated errors like those dismissed as constitutionally insignificant by Dickson C.J. in *Keegstra, supra*, at p. 783. To the contrary, Smith J. found “grave systemic problems in the Customs administration” (para. 250), not isolated instances of “illegal police harassment”. Smith J.’s conclusion is confirmed by a record that is replete with detentions and seizures of award-winning novels, safe-sex manuals, celebrations of gay and lesbian identity, and other extremely meritorious items.

The government’s burden under s. 1 is to justify the actual infringement on rights occasioned by the impugned legislation, not simply that occasioned by some hypothetical ideal of the legislation. In my view, my colleague Binnie J. incorrectly analyzes the s. 1 justification with regard only to the Customs legislation when properly administered. Examining such a hypothetical ideal runs the risk of allowing even egregious violations of *Charter*

que «la jurisprudence n’indique aucunement que l’analyse contextuelle diminue l’obligation qu’a l’État de démontrer que la restriction des droits est raisonnable et justifiée». En bref, ni la valeur du matériel expressif ni aucun autre facteur contextuel n’auront jamais un rôle déterminant.

Comme l’a dit le juge Sopinka dans l’arrêt *Butler*, précité, à la p. 499, parmi les valeurs qui constituent l’essence de la liberté d’expression mentionnons «la recherche de la vérité, [...] la participation au processus politique et [...] l’épanouissement personnel». L’obscénité «n’est pas du même calibre que les autres genres d’expression qui touchent directement à l’«essence» des valeurs relatives à la liberté d’expression»: *Butler*, précité, à la p. 500; cf. *Keegstra*, précité, aux pp. 762 et 763. Toutefois, une démarche contextuelle exige de par sa nature même que l’on porte attention à la manière dont la législation douanière est appliquée dans les faits. Comme a conclu le juge Smith, au par. 223, [TRADUCTION] «une large part du matériel érotique homosexuel qui a été prohibé pour cause d’obscénité n’est pas, dans les faits, obscène». De plus, il ne s’agissait pas d’erreurs isolées comme celles qui ont été qualifiées de négligeables sur le plan constitutionnel par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 783. Au contraire, le juge Smith a conclu à l’existence de [TRADUCTION] «problèmes systémiques graves dans l’administration douanière» (par. 250), et non de cas isolés de «harcèlement policier illégal». La conclusion du juge Smith est confirmée par un dossier qui regorge d’exemples de retenues et de saisies de romans primés, de guides sur les pratiques sexuelles sans risque, d’éloges de l’identité homosexuelle et d’autres documents extrêmement valables.

Conformément à l’article premier, le gouvernement a l’obligation de justifier les atteintes réelles causées aux droits par la loi contestée, et non pas simplement celles causées par une hypothétique version idéale de la loi. À mon avis, mon collègue le juge Binnie fait erreur en analysant la justification requise par l’article premier au regard seulement de la législation douanière lorsqu’elle est bien appliquée. L’examen d’un tel idéal hypothé-

218

219

rights to go unaddressed. Obviously any substantive standard for obscenity will have difficulties in application, regardless of the institutional setting in which it is applied. As we recognized in *Butler* and *Keegstra*, this will not necessarily be cause for concern. Where, however, the challenge is to the procedures by which the law is enforced, the fact that far more materials are prohibited than intended is extremely relevant.

tique risque de permettre que même des violations flagrantes de la *Charte* soient passées sous silence. Il est évident que toute norme substantielle en matière d'obscénité sera difficile d'application, indépendamment du cadre institutionnel dans lequel elle est appliquée. Comme nous l'avons reconnu dans les arrêts *Butler* et *Keegstra*, cela ne constituera pas nécessairement une source de préoccupation. Toutefois, lorsque la contestation vise les procédures au moyen desquelles la loi est appliquée, le fait que beaucoup plus de matériel soit prohibé que ce qui est voulu est extrêmement pertinent.

220

Many of the seized items were eventually determined not to be obscene. These wrongfully detained items clearly engaged the values underlying the guarantee of free expression in s. 2(b). A number of commentators have stated that it is important that all Canadians have the freedom to criticize and challenge the dominant culture: As Wendy McElroy has noted in *XXX: A Woman's Right to Pornography* (1995), at p. 141: "Freedom of speech is the ally of those who seek change; it is the enemy of those who seek to maintain control. Pornography is nothing more or less than freedom of speech applied to the sexual realm". Similarly, C. Paglia has described pornographic images as "shock devices to break down bourgeois norms of decorum, reserve, and tidiness": *Vamps & Tramps* (1994), at p. 66; see also L. Duggan, N. Hunter and C. S. Vance, "False Promises: Feminist Anti-pornography Legislation in the U.S.", in V. Burstyn, ed., *Women Against Censorship* (1985), 130, at p. 145; M. D. Lepofsky, "Towards a Purposeful Approach to Freedom of Expression and its Limitation", in F. E. McArdle, ed., *The Cambridge Lectures 1989* (1990), 1, at p. 11; S. Tisdale, *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex* (1994), at p. 157; and L. Nead, "From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality", in N. Mirzoeff, ed., *The Visual Culture Reader* (1998), 485, at p. 489.

Bon nombre des articles qui ont été saisis ont en bout de ligne été jugés non obscènes. Ces articles retenus à tort faisaient manifestement intervenir les valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression prévue par l'al. 2b). Plusieurs auteurs ont indiqué qu'il est important que tous les Canadiens soient libres de critiquer et de contester la culture dominante. Comme l'a fait remarquer Wendy McElroy, dans *XXX: A Woman's Right to Pornography* (1995), à la p. 141: [TRADUCTION] «La liberté de parole est l'alliée de ceux qui prônent le changement; elle est l'ennemie de ceux qui désirent conserver le pouvoir. La pornographie n'est rien de plus et rien de moins que la liberté de parole appliquée au domaine sexuel». De même, C. Paglia a qualifié les images pornographiques [TRADUCTION] «d'instruments de choc pour briser les normes bourgeoises que sont les convenances, la réserve et l'ordre»: *Vamps & Tramps* (1994), à la p. 66; voir également L. Duggan, N. Hunter et C. S. Vance, «False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.», dans V. Burstyn, dir., *Women Against Censorship* (1985), 130, à la p. 145; M. D. Lepofsky, «Towards a Purposeful Approach to Freedom of Expression and its Limitation», dans F. E. McArdle, dir., *The Cambridge Lectures 1989* (1990), 1, à la p. 11; S. Tisdale, *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex* (1994), à la p. 157; L. Nead, «From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality», dans N. Mirzoeff, dir., *The Visual Culture Reader* (1998), 485, à la p. 489.

Another contextual factor, identified in *Irwin Toy, supra*, at pp. 993-94, is whether the government is mediating between competing groups as a social policy maker. In such cases, a more deferential approach is appropriate than when the government acts as a “singular antagonist of the individual whose right has been infringed”; see also *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772. In this appeal, the Customs legislation attempts to balance the right to free expression and the government interest in protecting society from obscene materials. Clearly some latitude to Parliament is appropriate. That said, I agree with McLachlin J.’s warning at para. 136 of *RJR-MacDonald, supra*:

Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. . . . To carry judicial deference to the point of accepting Parliament’s view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

While deference is appropriate, our Court cannot abdicate its duty to demand that the government justify legislation limiting *Charter* rights.

(iii) A Limit Prescribed by Law

Section 1 of the *Charter* allows only those limits on rights that are “prescribed by law”. Citing *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 635 and 639, Smith J. described the test as follows (at para. 153):

What is required is that the law in question be sufficiently intelligible to provide fair notice to citizens, that is, “an understanding that certain conduct is the subject

Un autre facteur contextuel, dégagé dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994, est la question de savoir si le gouvernement joue le rôle d’arbitre entre des groupes opposés lorsqu’il agit comme architecte de la politique sociale. Dans de tels cas, une approche empreinte d’une plus grande déférence convient davantage que dans les cas où le gouvernement agit en tant qu’«adversaire singulier de l’individu dont le droit a été violé»; voir également l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 772. Dans le présent pourvoi, la législation douanière tente de mettre en équilibre le droit à la liberté d’expression et l’intérêt qu’a l’État à protéger la société contre l’obscénité. Il est clairement approprié de laisser une certaine latitude au Parlement. Cela dit, je suis d’accord avec la mise en garde suivante, faite par le juge McLachlin au par. 136 de l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité:

Le respect porté 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. [. . .] Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l’intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s’ils portaient le respect jusqu’au point d’accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

Quoiqu’il convienne de faire montre de déférence, notre Cour ne peut pas faire abstraction de l’obligation qui lui incombe d’exiger du gouvernement qu’il justifie les mesures législatives restreignant des droits garantis par la *Charte*.

(iii) Une restriction prescrite par une règle de droit

L’article premier de la *Charte* n’autorise que les restrictions aux droits qui sont prescrites «par une règle de droit». Citant l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, aux pp. 635 et 639, le juge Smith a décrit ainsi le critère (au par. 153):

[TRADUCTION] Il faut que la règle de droit en question soit suffisamment intelligible pour constituer un avertissement raisonnable aux citoyens, savoir «la conscience

of legal restrictions” (p. 635). In addition, the law must be precise enough that it sufficiently describes the boundaries of unlawful conduct and delineates “an area of risk to allow for substantive notice to citizens” (p. 639).

See also *Butler, supra*, at p. 490; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at pp. 35-11 and 35-12.

qu’une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales» (p. 635). En outre, la règle de droit doit être assez précise pour décrire de façon suffisante les contours de la conduite illégale et pour délimiter «une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis» (p. 639).

Voir également *Butler*, précité, à la p. 490; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, aux pp. 35-11 et 35-12.

223 There can be no doubt that the Customs legislation itself is relatively clear; the challenges made by the appellants and Finch J.A. focused on whether the substantive standard for obscenity set out in s. 163(8) of the *Criminal Code*, as applied by Customs, is an intelligible standard.

Il ne fait aucun doute que la législation douanière elle-même est relativement claire; les objections formulées par les appelants et le juge Finch portaient principalement sur la question de savoir si la norme substantielle établie au par. 163(8) du *Code criminel* en matière d’obscénité, telle qu’elle est appliquée par les Douanes, constitue une norme intelligible.

224 In his dissent Finch J.A. found, at para. 218, that Memorandum D9-1-1 was not “law”; that Customs officers could not apply the legislation without the memo; and that therefore the standard being applied was not one prescribed by law. I agree with Finch J.A. that Memorandum D9-1-1 is not “law”; indeed, this was conceded on appeal. However, and with great respect, I cannot agree that Customs officers are entirely without an intelligible standard. First of all, the fact that a law requires administrative interpretation is not necessarily fatal. For example, in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, the Court considered a law restricting political participation by public servants. The plaintiffs in that appeal claimed that the limit on their rights was not prescribed by law because it “require[d] extensive guidelines in the form of non-authoritative views” (p. 94), just as Memorandum D9-1-1 does in the present appeal. The Court rejected that claim. Even though the legislation presented “considerable difficulty in application to a specific situation”, “difficulty of interpretation cannot be equated

Dans sa dissidence, le juge Finch a conclu, au par. 218, que le Mémoire D9-1-1 ne constituait pas «une règle de droit», que les agents des douanes ne pouvaient pas appliquer la législation sans le Mémoire et que, en conséquence, la norme qui était appliquée n’était pas prescrite par une règle de droit. Je partage l’avis du juge Finch que le Mémoire D9-1-1 ne constitue pas «une règle de droit»; ce point a d’ailleurs été concédé en appel. En toute déférence, cependant, je ne peux accepter que les agents des douanes ne disposent d’absolument aucune norme intelligible. Premièrement, le fait qu’une règle de droit nécessite une interprétation administrative n’est pas nécessairement déterminant. Par exemple, dans l’arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, notre Cour a examiné une règle de droit restreignant les activités politiques des fonctionnaires. Dans ce pourvoi, les demandeurs prétendaient que la restriction apportée à leurs droits n’était pas prescrite par une règle de droit parce qu’elle «rend[ait] nécessair[e] des lignes directrices détaillées revêtant la forme d’opinions qui ne font pas autorité en la matière» (p. 94), tout comme le fait le Mémoire D9-1-1 dans la présente affaire. Notre Cour a rejeté cette prétention. Même si l’«application [de la loi] à un cas particulier est [. . .] fort difficile», la «difficulté d’inter-

with the absence of any intelligible standard” (pp. 96-97).

Second, and more importantly, I believe the Customs legislation (through s. 163(8)) provides an intelligible standard for the simple reason that the *Butler* test is an intelligible standard. In *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 639, we held that legislation must define “an area of risk to allow for substantive notice to citizens”. Subsection 163(8) provides “substantive notice to citizens” in the criminal context. It is equally capable of providing such notice in the Customs context. Whether the procedures in place for applying that standard are sufficient to protect the expressive rights at stake — the question to which I will soon turn — is an entirely different matter.

(iv) Pressing and Substantial Objective

In *Butler, supra*, at p. 496, this Court recognized that “the harm caused by the proliferation of materials which seriously offend the values fundamental to our society is a substantial concern which justifies restricting the otherwise full exercise of the freedom of expression”. The Customs legislation is similarly intended to limit the importation of obscene materials into the country, and I conclude that this objective is pressing and substantial.

That said, I would note that in *Butler, supra*, at p. 498, Sopinka J. also warned that “the objective of the impugned section is valid only in so far as it relates to the harm to society associated with obscene materials”. What is challenged primarily in this appeal is not the exclusion of obscenity from this country; instead, it is the legislation which establishes the procedural mechanism for doing so, by which a great number of non-obscene works are detained or prohibited. The narrow ambit of the government’s legitimate purpose will be important to remember when determining whether the Customs legislation is a proportional

prétation n’emporte pas absence de norme intelligible» (pp. 96 et 97).

Deuxièmement, élément encore plus important, j’estime que la législation douanière (par l’entremise du par. 163(8)) fournit une norme intelligible tout simplement parce que le critère énoncé dans l’arrêt *Butler* constitue une telle norme. Dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 639, nous avons jugé que la loi devait circonscrire «une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis». Le paragraphe 163(8) fait en sorte que «les citoyens soient prévenus quant au fond» en matière criminelle. Il est également capable de le faire en contexte douanier. La question de savoir si les procédures qui existent actuellement aux fins d’application de cette norme suffisent pour protéger les droits liés à la liberté d’expression en cause — aspect que je vais bientôt examiner — constitue une toute autre question.

(iv) L’objectif urgent et réel

Dans l’arrêt *Butler*, précité, à la p. 496, notre Cour a reconnu que «le préjudice causé par la prolifération de matériel qui va sérieusement à l’encontre des valeurs fondamentales de notre société constitue une préoccupation réelle qui justifie la restriction du plein exercice de la liberté d’expression». La législation douanière vise elle aussi à limiter l’importation de matériel obscène au pays, et j’estime qu’il s’agit d’un objectif urgent et réel.

Cela dit, je tiens à souligner que dans l’arrêt *Butler*, précité, à la p. 498, le juge Sopinka a également fait la mise en garde suivante: «l’objectif de la disposition attaquée est valide seulement dans la mesure où il vise le préjudice que le matériel obscène risque de causer à la société». Dans le présent pourvoi, ce n’est pas l’exclusion de l’obscénité de notre pays qui est contestée au premier chef, mais plutôt les mesures législatives qui établissent le mécanisme procédural servant à cette fin et en vertu duquel beaucoup d’œuvres non obscènes sont retenues ou prohibées. Il sera important de se rappeler le champ d’application restreint de

225

226

227

response to the danger posed by the entry of obscene materials to Canada.

(v) Proportionality

(a) *Rational Connection*

228 This test is not particularly onerous. As McLachlin J. stated in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 154, a rational connection may be found “on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective”: see also *ibid.*, at para. 184, *per Iacobucci J.*, concurring; *Keegstra*, *supra*, at p. 776. Applying this standard in *Butler*, *supra*, at p. 504, Sopinka J. held that scientific proof of obscenity laws’ efficacy was unnecessary:

... I am of the view that there is a sufficiently rational link between the criminal sanction, which demonstrates our community’s disapproval of the dissemination of materials which potentially victimize women and which restricts the negative influence which such materials have on changes in attitudes and behaviour, and the objective.

229 In my opinion, preventing obscene materials from ever entering the country is also a rational a means of protecting society from harm. While, as noted above, the Customs legislation in practice prohibits many works that are not obscene, I believe this argument is better addressed to minimal impairment than rational connection.

(b) *Minimal Impairment*

(1) Introduction

230 In light of the Customs legislation’s failure to acknowledge effectively the unique *Charter* concerns raised by expressive materials, I conclude that it is not minimally intrusive. As noted above, the only accommodation made for expressive

l’objectif légitime du gouvernement lorsque viendra le moment de déterminer si la législation douanière est une réponse proportionnée au danger que constitue l’entrée de matériel obscène au Canada.

(v) La proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

Ce critère n’est pas particulièrement exigeant. Comme l’a dit le juge McLachlin dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au par. 154, on peut conclure à l’existence d’un lien rationnel «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»: voir également, *ibid.*, au par. 184, le juge Iacobucci, dans des motifs concordants; *Keegstra*, précité, à la p. 776. Appliquant cette norme dans l’arrêt *Butler*, précité, à la p. 504, le juge Sopinka a conclu qu’il n’était pas nécessaire d’apporter la preuve scientifique de l’efficacité des dispositions en matière d’obscénité:

... j’estime qu’il existe un lien suffisamment rationnel entre l’objectif et la sanction pénale, qui, d’une part, montre la désapprobation de notre société à l’égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et, d’autre part, restreint l’influence négative que ce genre de matériel risque d’avoir sur les changements d’attitude et de comportement.

À mon avis, le fait d’empêcher du matériel obscène d’entrer au pays constitue également un moyen rationnel de protéger la société contre les préjudices. Bien que, comme je l’ai mentionné précédemment, la législation douanière interdise dans les faits de nombreuses œuvres qui ne sont pas obscènes, j’estime qu’il est préférable d’examiner cet argument à l’étape de l’atteinte minimale plutôt qu’à celle du lien rationnel.

b) *L’atteinte minimale*

(1) Introduction

Étant donné que la législation douanière ne tient pas compte concrètement des considérations particulières que soulève le matériel expressif eu égard à la *Charte*, j’estime que ces dispositions ne sont pas le moins attentatoire possible. Comme je l’ai

materials is that their review under s. 67 is done by a superior court rather than by the Canadian International Trade Tribunal. In my view, this is insufficient to safeguard the fundamental *Charter* rights at stake. The sheer number of contested prohibitions, and the cost of challenging them through the various levels of administrative review, make it completely impracticable for the appellants to contest each one of them up to the s. 67 level. Thus the one accommodation provided is not even triggered for the vast majority of prohibitions.

Context must be kept in mind at this stage of the analysis. While the Customs legislation does not engage the appellants' personal liberty interests, as is the case with an obscenity-related charge under s. 163 of the *Criminal Code*, it does engage one of the rights most central to the well-being of a free and democratic society — that of free expression. The protection of expressive freedom is central to the social and political discourse in our country. If such a fundamental right is to be restricted, it must be done with care. This is particularly the case when the nature of the interference is one of prior restraint, not subsequent silencing through criminal sanction.

(2) The Nature of Prior Restraint

The Customs legislation enacts a prior restraint on speech. A prior restraint is “a requirement that the censor, acting to enforce standards announced by statute, must approve before one may publish or exhibit”: A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (2nd ed. 1986), at p. 135. By contrast, subsequent prohibitions depend “not on prior censorship, but on subsequent criminal prosecutions and on their *in terrorem* effect”: *ibid.*, at p. 136. Prior restraints are particularly severe restrictions on speech.

mentionné précédemment, la seule mesure spéciale qui a été prise en ce qui concerne le matériel expressif est le fait que la révision prévue par l'art. 67 est effectuée par une cour supérieure plutôt que par le Tribunal canadien du commerce extérieur. À mon avis, cette mesure ne suffit pas pour protéger les droits fondamentaux garantis par la *Charte* qui sont en jeu. Le nombre considérable de prohibitions contestées et les coûts qu'entraîne leur contestation aux différents niveaux de révision administrative font en sorte qu'il est totalement impossible en pratique pour les appelants de les contester toutes jusqu'au niveau de révision prévu par l'art. 67. Par conséquent, la seule mesure spéciale qui a été prévue n'entre même pas en jeu dans la vaste majorité des prohibitions.

Il faut avoir le contexte à l'esprit à cette étape de l'analyse. Quoique la législation douanière ne fasse pas intervenir les droits à la liberté personnelle des appelants, comme le fait une accusation relative à l'obscénité portée en vertu de l'art. 163 du *Code criminel*, elle fait intervenir l'un des droits les plus fondamentaux pour le bien-être d'une société libre et démocratique — la liberté d'expression. La protection de la liberté d'expression est vitale pour le discours social et politique dans notre pays. Si un droit aussi fondamental doit être restreint, cela doit être fait avec soin, particulièrement lorsque la nature de l'atteinte prend la forme d'une restriction préalable, et non d'une réduction au silence subséquente au moyen d'une sanction pénale.

(2) La nature des restrictions préalables

La législation douanière édicte une restriction préalable à la liberté de parole. Constitue une restriction préalable [TRADUCTION] «l'obligation que le censeur, lorsqu'il applique des normes annoncées par la loi, doive donner son autorisation avant la publication ou l'exposition»: A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (2^e éd. 1986), à la p. 135. À l'opposé, les prohibitions subséquentes reposent [TRADUCTION] «non pas sur une censure préalable, mais sur des poursuites criminelles subséquentes et sur leur effet *in terrorem*»: *ibid.*, à la p. 136. Les restrictions préalables constituent des restrictions particulièrement sérieuses à la liberté de parole.

231

232

233

The common law has a long tradition disfavouring prior restraint. For example, in the famous English case of *Entick v. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, the plaintiff sued several of the King's messengers in trespass for entering into his home, searching through his private papers, and seizing certain items. The defence relied on a King's warrant authorizing them to search for seditious writings. The court rejected their defence, holding that the State could not invade a person's privacy without any evidence that he was guilty of libel (at p. 817):

The warrant in our case was an execution in the first instance, without any previous summons, examination, hearing the plaintiff, or proof that he was the author of the supposed libels; . . . it was left to the discretion of these defendants to execute the warrant in the absence or presence of the plaintiff, when he might have no witness present to see what they did

234

Similarly, in his *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book IV, at pp. 151-52, Blackstone equates prior restraints with the death of free speech:

The liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state: but this consists in laying no *previous* restraints upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter when published. Every free-man has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public; to forbid this, is to destroy the freedom of the press; but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequence of his own temerity. [Italics in original; underlining added.]

Interpreting this common law history as incorporated into the First Amendment to the United States Constitution, former United States Chief Justice Hughes wrote in *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), at p. 713, that the "chief purpose"

La common law a comme tradition de longue date de décourager les restrictions préalables. Par exemple, dans la célèbre affaire anglaise *Entick c. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, le demandeur avait poursuivi plusieurs des messagers du Roi pour intrusion parce qu'ils avaient pénétré dans sa demeure, fouillé dans ses documents personnels et saisi certains articles. La défense a invoqué le mandat du Roi autorisant les messagers à exécuter la fouille en vue de trouver des écrits séditieux. La cour a rejeté ce moyen de défense, jugeant que l'État ne pouvait pas violer la vie privée d'une personne en l'absence de toute preuve qu'elle était coupable de libelle (à la p. 817):

[TRADUCTION] En l'espèce, le mandat était un cas d'exécution immédiate, sans citation préalable à comparaître, sans interrogatoire préalable, sans audition du demandeur et sans preuve qu'il était l'auteur des libelles reprochés; [. . .] Les défendeurs avaient le pouvoir discrétionnaire d'exécuter le mandat soit en présence du demandeur soit en son absence, alors même que ce dernier pouvait n'avoir aucun témoin présent pour observer ce qu'ils faisaient. . .

De même, dans *Commentaries on the Laws of England* (4^e éd. 1770), Livre IV, aux pp. 151 et 152, Blackstone assimile les interdictions préalables à la mort de la liberté d'expression:

La liberté de la presse est véritablement essentielle à la nature d'un État libre: mais ce qui la constitue, c'est l'affranchissement de tout obstacle, de toute restriction *avant* la publication, et non de toute répression de toute punition *après* la publication, si l'objet en est criminel. Tout homme libre a le droit incontestable de publier telles opinions qu'il lui plaît; le lui défendre, ce serait détruire la liberté de la presse; mais si ce qu'il publie est inconvénant, nuisible, ou illégal, il doit supporter les conséquences de sa propre témérité. [En italique dans l'original; je souligne.]

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), t. 5, aux pp. 453 et 454)

Considérant que cette tradition de la common law avait été incorporée au Premier Amendement de la Constitution américaine, l'ancien juge en chef des États-Unis Hughes a écrit, dans *Near c. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), à la p. 713, que [TRADUC-

of the right to free speech is “to prevent previous restraints upon publication”.

I would stop short of asserting, like Blackstone, that any prior restraint is necessarily destructive of freedom of the press. As the respondent Attorney General of British Columbia points out, this Court has not universally adhered to a rule against prior restraints: see, e.g., *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892. (The same is true of the United States Supreme Court: see *Times Film Corp. v. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961).) However, we have demanded that prior restraint only be used where necessary to vindicate the societal interests at stake. For example, in *Dagenais, supra*, the Court put constitutional limits on the use of publication bans. The Court placed the burden of proof on the party seeking the ban; required the trial judge to consider all reasonable alternatives to a ban; directed the trial judge to limit the scope of the ban as much as possible; and permitted a ban only where the privacy rights at stake outweighed the right to free speech (at pp. 881 and 890-91). In short, a prior restraint was permitted only when it was necessary, and when it was as narrowly tailored as possible. Similarly, in *Taylor, supra*, the prior restraint was only imposed after the appellants had been held in contempt of a prior order to cease and desist disseminating hate speech. Moreover, neither of these cases involved a pure prior restraint on speech. In both cases, the bans were enforced by subsequent punishment, not by a requirement, like the one in the Customs legislation, to submit materials for approval.

There are very good reasons for the traditional reticence of English, American, and Canadian

TION] «[l']objet premier» du droit à la liberté d'expression est «d'empêcher les restrictions préalables à la publication».

Je n'irais pas jusqu'à affirmer, comme Blackstone, que toute restriction préalable a nécessairement pour effet de détruire la liberté de la presse. Comme le souligne le procureur général de la Colombie-Britannique intimé, notre Cour n'a pas adhéré universellement à une règle prohibant les restrictions préalables: voir, par exemple, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892. (Il en est également de même pour la Cour suprême des États-Unis: voir *Times Film Corp. c. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961).) Nous avons toutefois exigé que les restrictions préalables ne soient utilisées que dans les cas où cela est nécessaire pour défendre les intérêts sociétaux en jeu. Par exemple, dans l'arrêt *Dagenais*, précité, notre Cour a imposé des restrictions d'ordre constitutionnel à l'usage des interdictions de publication. Notre Cour a imposé la charge de la preuve à la partie qui sollicite l'interdiction et elle a précisé que le juge de première instance devait examiner toutes les solutions de rechange raisonnables à l'interdiction, restreindre autant que possible la portée de l'interdiction et ne prononcer l'interdiction que dans les cas où les droits à la vie privée en jeu l'emportent sur le droit à la liberté d'expression (aux pp. 881, 890 et 891). En résumé, le recours à une restriction préalable n'a été autorisé que lorsque cela était nécessaire et que la restriction était aussi limitée que possible. De même, dans *Taylor*, précité, l'interdiction préalable a été imposée seulement après que les appelants eurent été déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir refusé d'obtempérer à une ordonnance antérieure leur interdisant de diffuser de la propagande haineuse. Qui plus est, ni l'une ni l'autre de ces affaires ne portaient sur une authentique restriction préalable de la liberté d'expression. Dans les deux affaires, le respect des interdictions était assuré par voie de sanction subséquente, et non pas, comme le prévoit la législation douanière, par l'obligation de soumettre le matériel aux fins d'approbation.

De très bonnes raisons expliquent la réticence traditionnelle des tribunaux anglais, américains et

courts to impose prior restraints on speech. As Thomas Emerson argued in “The Doctrine of Prior Restraint” (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648, at pp. 656-59, all systems of prior restraint have certain inherent flaws. These include the breadth of potential censorship, delays in publication of time-sensitive material, a lack of transparency, and a propensity to favour censorship over speech. This last flaw is perhaps the most important, as Emerson’s prediction is a chillingly accurate prediction of how the Customs legislation at issue has been applied (at p. 659):

The function of the censor is to censor. He has a professional interest in finding things to suppress. His career depends upon the record he makes. He is often acutely responsive to interests which demand suppression — interests which he himself represents — and not so well attuned to the more scattered and less aggressive forces which support free expression The long history of prior restraint reveals over and over again that the personal and institutional forces inherent in the system nearly always end in a stupid, unnecessary, and extreme suppression.

See also Bickel, *supra*, at p. 141. Moreover, Emerson argued, at p. 670, that the “worst evils of the system are likely to accumulate” where the system “entrusts the prevention of communication to an executive official”. This is not to criticize the character of those charged with enforcing the Customs legislation. I have no doubt that they are generally honest, well-intentioned, hard-working civil servants. Emerson’s point, to the contrary, is that the institutional dynamics of prior restraint commonly produce the kinds of “grave systemic problems” found in this case by Smith J. A constitutional scheme of prior restraint at the border must, at the very least, recognize and make accommodations for the inherent dangers in such a system.

canadiens à imposer des restrictions préalables en matière de liberté d’expression. Comme a soutenu Thomas Emerson dans «The Doctrine of Prior Restraint» (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648, aux pp. 656 à 659, tout régime de restriction préalable comporte certaines lacunes intrinsèques. Parmi ces lacunes, mentionnons le champ d’application de la censure potentielle, les délais dans la publication de matériel à durée de vie critique, le manque de transparence et la propension à favoriser la censure par rapport à la liberté d’expression. Cette dernière lacune est peut-être la plus importante, car la prédiction d’Emerson a été confirmée avec une troublante exactitude par la manière dont la législation douanière en cause a été appliquée (à la p. 659):

[TRADUCTION] Le rôle du censeur est de censurer. Il a un intérêt professionnel à trouver des choses à supprimer. Sa carrière dépend des résultats qu’il obtient. Il est souvent extrêmement sensible aux intérêts qui exigent la suppression — intérêts qu’il représente lui-même — et moins en accord avec les forces plus éparées et moins agressives qui appuient la liberté d’expression [. . .] La longue histoire des restrictions préalables révèle invariablement que le jeu des forces personnelles et institutionnelles inhérentes au système aboutit presque toujours à des suppressions stupides, inutiles et extrêmes.

Voir également Bickel, *op. cit.*, à la p. 141. De plus, Emerson a affirmé, à la p. 670, que les [TRADUCTION] «pires maux du système tendent à s’accumuler» lorsque le système «confie la prévention de la communication à un fonctionnaire de l’administration». Ce qui précède ne se veut pas une critique de l’intégrité des personnes chargées de l’application de la législation douanière. Je n’ai aucun doute que ces personnes sont des fonctionnaires généralement honnêtes, bien intentionnés et travailleurs. L’argument d’Emerson, au contraire, est que la dynamique institutionnelle d’un régime d’interdiction préalable produit généralement le genre de [TRADUCTION] «problèmes systémiques graves» dont le juge Smith a constaté l’existence en l’espèce. Pour être constitutionnel, un régime de restriction préalable à la frontière doit à tout le moins reconnaître les dangers inhérents à une telle procédure et prévoir des mécanismes permettant d’y parer.

(3) The Customs Regime Is Not Minimally Intrusive

The facts of this appeal are consistent with Emerson's critique. The flaws in the Customs regime are not the product of simple bad faith or maladministration, but rather flow from the very nature of prior restraint itself. Given these inherent dangers it is obviously important to have procedural protections in the legislation itself that can minimize the dangers posed by prior restraint. The Customs legislation fails the s. 1 analysis primarily because it lacks any such protections.

In my respectful opinion, a minimally intrusive scheme would ensure that those enforcing the law actually obey its dictates. To determine whether something is obscene, it must be seen in its entirety, with close attention to context, tone, and purpose. A work that may appear to be obscene may in fact be a biting political satire or critique. Customs officers have consistently failed to apply *Butler's* command to consider the context and artistic merit of items under consideration.

In short, the Customs legislation displays all the hallmarks of prior restraint criticized by *Entick v. Carrington*, Blackstone, and Emerson. While procedural safeguards might alleviate many of these problems, their complete absence from the Customs legislation simply confirms the inadequacy of the current scheme. Absolute discretion rests in a bureaucratic decision-maker, who is charged with making a decision without any evidence or submissions, without any requirement to render reasons for decision, and without any guarantee that the decision-maker is aware of or understands the legal test he or she is applying. Such a system cannot be minimally intrusive.

(3) Le régime douanier n'est pas le moins attentatoire possible

Les faits du présent pourvoi concordent avec la critique faite par Emerson. Les lacunes du régime douanier ne résultent pas de simples actes de mauvaise foi ou de mauvaise application, mais découlent plutôt de la nature même d'un régime de restriction préalable. Compte tenu de ces dangers intrinsèques, il est évidemment important d'intégrer à la législation elle-même des garanties procédurales qui permettent de réduire au minimum les dangers créés par la restriction préalable. La législation douanière ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'article premier, principalement parce qu'elle ne comporte aucune mesure de protection de ce genre.

À mon humble avis, un régime qui serait le moins attentatoire possible veillerait à ce que ceux qui appliquent la loi obéissent bien à ses prescriptions. Pour déterminer si une chose est obscène, il faut l'examiner au complet, en accordant une grande attention au contexte, au ton et à l'objet. Une œuvre peut paraître obscène mais être en réalité une satire ou critique politique mordante. Les agents des douanes ont systématiquement omis d'appliquer l'ordre qui a été donné dans l'arrêt *Butler* de tenir compte du contexte et de la valeur artistique des articles examinés.

En bref, la législation douanière présente toutes les caractéristiques des régimes de restriction préalable qu'ont critiqués le tribunal dans l'affaire *Entick c. Carrington* ainsi que les auteurs Blackstone et Emerson. Quoique des garanties procédurales soient susceptibles d'atténuer bon nombre de ces problèmes, l'absence totale de ces garanties dans la législation douanière ne fait que confirmer le caractère inadéquat du régime actuel. Un pouvoir discrétionnaire absolu est conféré à un décideur administratif, qui est chargé de prendre une décision en l'absence de toute preuve ou observation, sans être tenu de la motiver et sans aucune garantie qu'il connaît ou comprend le critère légal qu'il applique. Un tel système ne saurait être le moins attentatoire possible.

237

238

239

240

And indeed, the Customs legislation is readily distinguishable from all previous cases in which this Court has upheld a restriction on freedom of speech. In *Keegstra, supra, R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, and *Butler, supra*, the person whose speech was restricted had the benefit of a criminal trial and all its concomitant procedural safeguards. *Irwin Toy, supra*, involved a similar scheme of subsequent punishment. In *Dagenais, supra*, a prior restraint was only justified after a careful judicial balancing process that took into account the free speech interests at stake. In *Taylor, supra*, the restriction on free speech was imposed by an independent, specialized tribunal that had many of the trappings of a judicial body. A prior restraint was imposed only after a determination, in an adversarial setting, that Mr. Taylor had violated Canada's provisions regarding hate speech. The Customs legislation, by contrast, offers none of the protections of a criminal trial; it is enforced by relatively untrained bureaucrats rather than a judge or specialized adjudicator; and it targets expressive material, often of high literary value, aimed at adults.

D'ailleurs, la présente affaire concernant la législation douanière peut facilement être différenciée de toutes les autres affaires où notre Cour a confirmé la validité d'une restriction à la liberté d'expression. Dans les arrêts *Keegstra*, précité, *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, et *Butler*, précité, la personne dont la liberté d'expression était restreinte avait profité d'un procès criminel et de toutes les garanties procédurales qui l'accompagnent. L'arrêt *Irwin Toy*, précité, portait sur un régime de sanction subséquente analogue. Dans l'arrêt *Dagenais*, précité, la restriction préalable n'a été considérée justifiée qu'au terme seulement d'un délicat processus de pondération judiciaire ayant pris en compte les droits à la liberté d'expression en jeu. Dans l'arrêt *Taylor*, précité, la restriction à la liberté d'expression avait été imposée par un tribunal administratif spécialisé indépendant, qui possédait plusieurs des caractéristiques d'un tribunal judiciaire. La restriction préalable n'avait été imposée qu'après la prise, dans le cadre d'une procédure contradictoire, d'une décision portant que M. Taylor avait contrevenu aux dispositions législatives canadiennes sur la propagande haineuse. La législation douanière, par contraste, ne comporte aucune des mesures de protection qu'offre un procès criminel; elle est appliquée par des bureaucrates relativement peu formés plutôt que par un juge ou un décideur spécialisé; de plus, elle vise du matériel expressif qui a souvent une grande valeur littéraire et qui est destiné à des adultes.

241

I disagree with the suggestion that a less intrusive system is difficult to envision. A less intrusive scheme is clearly possible. One obvious option is that of expeditious judicial determination, which is favoured in the United States. The United States Supreme Court held, in *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965), at p. 58, that: "[B]ecause only a judicial determination in an adversary proceeding ensures the necessary sensitivity to freedom of expression, only a procedure requiring a judicial determination suffices to impose a valid final restraint". The court went even further in *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971), where it considered a Customs regime that provided for immediate referral to a federal district

Je ne partage pas l'opinion selon laquelle il est difficile d'imaginer un régime moins attentatoire. Un tel régime est clairement possible. Une solution évidente, qui est celle que l'on privilégie aux États-Unis, consiste à faire trancher la question de manière expéditive par un tribunal judiciaire. La Cour suprême des États-Unis a tiré la conclusion suivante, dans *Freedman c. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965), à la p. 58: [TRADUCTION] «[P]arce que seule une décision judiciaire prise dans le cadre d'une procédure contradictoire assure la nécessaire attention à la liberté d'expression, seule une procédure exigeant une décision judiciaire permet d'imposer une restriction finale valide». La cour est allée encore plus loin dans *United States c.*

court of any material suspected of being obscene. The court held that such proceedings must be instituted within 14 days, and completed within 60 days of commencement. Such expeditious review was essential to ensure that “administrative delay does not in itself become a form of censorship” (p. 367).

While I do not believe that expeditious judicial determination is necessary for the Customs regime to be minimally impairing, I would like to point out several means of accommodating the expressive rights at stake that are not currently required by the Customs legislation:

- Allowing importers to examine the prohibited goods.
- Establishing a time limit within which importers are entitled to a final determination.
- Placing the burden of proof on the government to prove that something is obscene.
- Requiring Customs officers to consider evidence or arguments submitted in support of detained goods.
- Requiring Customs officers making determinations under ss. 58, 60, and 63 to compile a record and give reasons for their decisions.
- Entitling importers to at least a rudimentary hearing, which could be done by written submissions.
- Ensuring that Customs officers enjoy a large degree of independence, so that the role of “prosecutor” and “judge” is not merged into a single Customs officer position.
- Setting up a specialized tribunal at high-volume entry points, such as Vancouver and Fort Erie, to review front-line decisions regarding obscenity determinations.
- Compiling a database of items that have been reviewed and determined to be non-obscene.

Thirty-Seven Photographs, 402 U.S. 363 (1971), où elle a examiné un régime douanier prévoyant le renvoi immédiat à une cour de district fédérale de tout matériel soupçonné d’être obscène. La cour a estimé qu’une telle procédure devait être engagée dans un délai de 14 jours et complétée dans un délai de 60 jours de son introduction. Une révision aussi expéditive était essentielle pour faire en sorte que [TRADUCTION] «le délai administratif ne devienne pas en soi une forme de censure» (p. 367).

Bien que je ne croie pas qu’une décision judiciaire expéditive soit nécessaire pour que le régime douanier soit le moins attentatoire possible, je désire souligner plusieurs mesures qui ne sont pas prescrites actuellement par la législation douanière et qui permettraient de tenir compte des droits liés à la liberté d’expression qui sont en jeu:

- Permettre aux importateurs d’examiner les marchandises prohibées.
- Fixer le délai dans lequel les importateurs ont droit à une décision finale.
- Imposer au gouvernement la charge de prouver qu’une chose est obscène.
- Obliger les agents des douanes à prendre en considération les éléments de preuve ou les arguments présentés à l’égard des marchandises retenues.
- Obliger les agents des douanes qui rendent des décisions en vertu des art. 58, 60 et 63 à constituer un dossier et à motiver leurs décisions.
- Accorder aux importateurs à tout le moins le droit à une audience sommaire, qui pourrait être tenue par présentation d’observations écrites.
- Assurer aux agents des douanes une grande indépendance, afin qu’ils ne jouent pas à la fois le rôle de «poursuivant» et celui de «juge».
- Établir aux points d’entrée très occupés, tels Vancouver et Fort Erie, un tribunal spécialisé chargé de réviser les décisions rendues en première ligne en matière d’obscénité.
- Constituer une banque de données à l’égard d’articles contrôlés et jugés non obscènes.

Some of these suggestions are outlined by Professors B. Cossman and B. Ryder, “Customs Censorship and the *Charter: The Little Sisters Case*” (1996), 7 *Constitutional Forum* 103, at p. 109.

Certaines de ces suggestions sont abordées par les professeurs B. Cossman et B. Ryder dans «Customs Censorship and the *Charter: The Little Sisters Case*» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 103, à la p. 109.

243 I do not believe that all of these safeguards are constitutionally necessary. However, the absence of all of them is, in my opinion, strong evidence that Parliament has not made any significant attempt to accommodate the free speech rights at stake in this appeal. Such a law cannot be minimally intrusive.

Je ne crois pas que toutes ces mesures de protection soient nécessaires sur le plan constitutionnel. Toutefois, le fait qu’elles soient toutes absentes constitue à mon avis une solide indication que le Parlement n’a pas fait d’effort appréciable pour tenir compte des droits à la liberté d’expression en jeu dans le présent pourvoi. Une telle loi ne peut pas être la moins attentatoire possible.

244 In short, the legislation does almost nothing to accommodate the free speech rights at stake in this appeal:

En résumé, la législation douanière ne fait presque rien pour tenir compte des droits liés à la liberté d’expression en jeu dans le présent pourvoi:

Apart from the right to appeal the deputy minister’s redetermination to court (sections 67 and 71), no special procedures are established by the act for determining whether publications should be classed as prohibited. The legislative policy of the Canadian government appears to be that such determinations are to be treated as raising legal issues no different in difficulty or importance than those raised by the determination of the correct tariff on other goods. The elementary point that other tariff classifications have nothing to do with freedom of expression appears to have been overlooked in the drafting of the legislation.

[TRADUCTION] Hormis le droit d’interjeter appel auprès des tribunaux de la décision du sous-ministre en cas de révision ou réexamen (articles 67 et 71), la loi n’établit aucune procédure spéciale en vue de déterminer si les publications devraient être déclarées prohibées. La politique du gouvernement canadien dans cette loi semble être que ces décisions ne doivent pas être considérées comme soulevant des questions de droit plus difficiles ou importantes que celles soulevées par la détermination du tarif applicable à d’autres marchandises. Le fait élémentaire que le classement tarifaire d’autres marchandises n’a rien à voir avec la liberté d’expression semble avoir été négligé dans le cours de la rédaction de la loi.

(B. Ryder, “Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada”, in K. Petersen and A. C. Hutchinson, eds., *Interpreting Censorship in Canada* (1999), 129, at p. 133)

(B. Ryder, «Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada», dans K. Petersen et A. C. Hutchinson, dir., *Interpreting Censorship in Canada* (1999), 129, à la p. 133)

245 The respondent Canada replies that “since Canada imports much of its pornography, the appellants’ suggested alternative to the impugned legislation would bring the legitimate work of Customs to a standstill” (factum, at para. 68). In essence, the respondent asserts that the costs of a minimally intrusive scheme would outweigh its benefits. Since this issue is more appropriately addressed under the third prong of the proportionality test, I will now turn to that question.

Le Canada intimé répond que, [TRADUCTION] «comme le Canada importe une large part de sa pornographie, la solution que proposent les appelants en remplacement des dispositions contestées aurait pour effet de paralyser le travail légitime accompli par les Douanes» (mémoire, au par. 68). Essentiellement, l’intimé affirme que les coûts d’un régime qui serait le moins attentatoire possible l’emporteraient sur ses avantages. Étant donné qu’il est préférable d’examiner cette question au troisième volet du critère de la proportionnalité, je vais maintenant passer à ce volet.

(c) *Proportionality of Effects*

I have concluded that the deleterious effects of the existing Customs regime outweigh its benefits. The first obvious deleterious effect of the current system is the extraordinarily high rate of error. As discussed, 75 of 210 prohibitions challenged by Little Sisters were overturned. Added to the 62 out of 261 detained items that were eventually released, this is a disturbing rate of error. This rate would likely have been higher had the appellants possessed the resources to challenge all prohibitions to the level of s. 71 review by the superior court. As it is, they only challenged one prohibition to that level, where they were successful. Such a high rate of error results in a substantial number of non-obscene materials being wrongfully detained or prohibited. This is a significant deleterious effect. Every book wrongfully prohibited from entering Canada inflicts a wound on our literary and cultural freedoms; every unjustified interference with intellectual freedom to some extent embarrasses our country on the world stage.

Aside from such abstract harms, these detentions have had a dramatic, tangible effect on the lives of countless Canadians. Alternative bookstores like Little Sisters have had their viability threatened by the constant delays and outright prohibitions. Authors and artists have suffered the indignity of having their works condemned as obscene, and not fit to enter the country. Perhaps most important of all, ordinary Canadians have been denied important pieces of literature. This effect is particularly significant for homosexuals. That homosexuals are a disadvantaged group in Canadian society cannot be disputed: see *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, *Egan*, *supra*. Homosexual literature is an important means of self-discovery and affirmation for gay, lesbian and bisexual individuals. In a society which marginalizes sexual difference, literature has the potential to show individuals that they are not alone and that others share their experience. To ban books carrying these messages can

c) *La proportionnalité des effets*

J'ai jugé que les effets préjudiciables du régime douanier existant excédaient ses avantages. Le premier effet préjudiciable du régime actuel est son taux d'erreur extraordinairement élevé. Comme il a été mentionné plus tôt, 75 des 210 prohibitions qu'a contestées Little Sisters ont été levées. Si on les ajoute aux 62 articles sur 261 qui ont été retenus puis finalement dédouanés, cela donne un taux d'erreur troublant. Ce taux aurait probablement été plus élevé si les appelants avaient disposé des ressources nécessaires pour contester toutes les prohibitions jusqu'à l'étape de la révision par la cour supérieure en vertu de l'art. 71. Dans les faits, ils n'ont contesté qu'une prohibition devant cette juridiction et ils ont eu gain de cause. Du fait de ce taux d'erreur aussi élevé, un nombre considérable d'articles non obscènes sont erronément retenus ou prohibés. Il s'agit là d'un effet préjudiciable important. Chaque fois qu'on empêche à tort un livre d'entrer au Canada, on porte atteinte à nos libertés littéraires et culturelles; chaque atteinte injustifiée à notre liberté intellectuelle crée dans une certaine mesure une situation embarrassante pour notre pays sur la scène internationale.

Hormis ces préjudices abstraits, ces retenues ont eu des conséquences tangibles et dramatiques sur la vie d'innombrables Canadiens. Les librairies parallèles telle Little Sisters ont vu leur viabilité menacée par les délais continuels et les prohibitions proprement dites. Des auteurs et des artistes ont essuyé l'affront de voir leurs œuvres condamnées pour cause d'obscénité et déclarées indignes d'entrer au pays. Fait peut-être le plus important, on a privé l'ensemble des Canadiens d'importantes œuvres littéraires. Cet effet a une incidence particulière sur les homosexuels. Le fait que les homosexuels constituent un groupe défavorisé dans la société canadienne ne peut être contesté: voir *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Egan*, précité. La littérature homosexuelle est un important moyen de découverte et d'affirmation de soi pour les gais, les lesbiennes et les bisexuels. Dans une société qui marginalise la différence sexuelle, la littérature peut leur permettre de découvrir qu'ils ne sont pas seuls et que

246

247

only reinforce the existing perceptions gay, lesbian and bisexual individuals have of their marginalization by society.

d'autres partagent leur expérience. Le fait de prohiber des livres véhiculant ces messages ne peut que renforcer les perceptions qu'ont les gais, les lesbiennes et les bisexuels de leur marginalisation par la société.

248 Weighed against these costs are the benefits of a Customs regime that makes almost no special accommodations for the free expression rights at stake. We are not concerned in this appeal with the benefits of keeping obscenity out of Canada, as the appellants do not challenge the government's right to exclude genuinely obscene materials. What the appellants challenge, and what the respondents must justify, are the lack of safeguards in the Customs legislation for expressive rights protected by s. 2(b) of the *Charter*.

Comparativement à ces coûts, il y a les avantages d'un régime douanier qui ne comporte presque aucune mesure spéciale pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression en jeu. Le présent pourvoi ne porte pas sur les avantages qui découlent du fait d'empêcher le matériel obscène d'entrer au Canada, puisque les appelants ne contestent pas le droit du gouvernement d'exclure le matériel véritablement obscène. Ce que les appelants contestent, et ce que les intimés doivent justifier, c'est l'absence, dans la législation douanière, de mesures visant à protéger les droits liés à la liberté d'expression garantis par l'al. 2b) de la *Charte*.

249 The benefits of the present legislation are primarily monetary, as the reforms sought by the appellants will require public expenditures. However, it is important not to overestimate those costs. Our jurisprudence has never said that the Constitution mandates luxurious responses. But having no adequate response is not constitutionally acceptable. In my opinion, the benefits of the current system cannot outweigh the costs imposed by the Customs legislation.

Les avantages de la législation actuelle sont principalement d'ordre financier, car les réformes sollicitées par les appelants exigeront la dépense de deniers publics. Il importe toutefois de ne pas surestimer ces coûts. La Cour n'a jamais dit dans sa jurisprudence que la Constitution commande des solutions fastueuses. Toutefois, l'absence de solution adéquate n'est pas acceptable sur le plan constitutionnel. À mon avis, les avantages du système actuel ne peuvent pas l'emporter sur les coûts qu'impose la législation douanière.

250 All this said, it is unlikely that complying with the Constitution's mandates will be costless. However, this Court has rarely allowed that fact alone to be determinative. Going back to *Hunter v. Southam, supra*, this Court has not hesitated to impose potentially costly requirements on government in the interest of vindicating *Charter* freedoms: see also *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; see also A. Lajoie, "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338. Moreover, the government has not presented any evidence that a

Cela dit, il est peu probable que la conformité aux prescriptions de la Constitution se fasse sans frais. Toutefois, notre Cour a rarement accepté que ce seul fait soit déterminant. Si on remonte à l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, notre Cour n'a pas hésité à imposer des obligations potentiellement coûteuses au gouvernement dans le but de faire respecter des libertés garanties par la *Charte*: voir également *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; voir également A. Lajoie, «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 *R.D. McGill* 1338. En outre, le gouver-

scheme with more procedural safeguards would be impossible: see *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 163, *per* McLachlin J.; *ibid.*, at para. 188, *per* Iacobucci J. In the absence of any such evidence I am loathe to assume that Parliament is completely incapable of devising a cost-effective legislative scheme that better protects the constitutional rights in question.

On the other hand, I recognize the context in which any new legislative scheme must operate. As Smith J. pointed out at trial (at para. 48):

There are approximately 240 ports of entry in Canada, and in the fiscal year 1993-1994, for example, almost 230,000 shipments, made up of about 330,000,000 goods, were imported through them. Customs officials estimate that there are approximately 10.5 million entry transactions each year and that between 20,000 and 40,000 items of mail enter the Customs Mail Center daily in Vancouver alone.

Canada is a huge importer of expressive materials. A large reason why this case arose is that Little Sisters, and other bookstores catering to the gay and lesbian community, need to import many of the books and magazines they stock from the United States. Given the tremendous volume of materials that must be processed at our borders, leeway must be accorded to Parliament in striking an appropriate balance between administrative efficiency and the protection of expressive rights. I realize that a front-line screening process is a necessity under a prior restraint approach, that government resources are limited, that the border cannot be policed perfectly, and that mistakes in obscenity determinations will occur. For these reasons, I agree with my colleague Binnie J. that Parliament must be accorded some flexibility in establishing an appropriate Customs regime. However, I cannot agree that the Customs legislation presently in force, which makes almost no effort to accom-

nement n'a présenté aucune preuve indiquant qu'il serait impossible d'établir un régime comportant davantage de garanties procédurales: voir *RJR-MacDonald*, précité, au par. 163, le juge McLachlin; *ibid.*, au par. 188, le juge Iacobucci. En l'absence de preuve à cet effet, je suis réticent à supposer que le Parlement est absolument incapable d'élaborer un régime législatif qui, tout en étant efficient, protégerait mieux les droits constitutionnels en cause.

Par ailleurs, je suis conscient du contexte dans lequel tout nouveau régime législatif devrait s'appliquer. Comme l'a souligné le juge Smith au procès (au par. 48):

[TRADUCTION] Il y a environ 240 points d'entrée au Canada, et au cours de l'exercice 1993-1994, par exemple, presque 230 000 envois, constitués d'environ 330 000 000 biens, ont été importés par ces points. Les agents des douanes estiment qu'environ 10,5 millions de déclarations de marchandises sont faites chaque année et que le centre de courrier des Douanes de Vancouver reçoit à lui seul de 20 000 à 40 000 pièces postales chaque jour.

Le Canada est un très grand importateur de matériel expressif. L'une des principales raisons pour lesquelles la présente affaire s'est présentée est que Little Sisters et d'autres librairies desservant la communauté gaie et lesbienne doivent importer des États-Unis bon nombre des livres et magazines qu'elles vendent. Compte tenu de l'énorme volume de matériel qui doit être traité à nos frontières, il faut accorder au Parlement la latitude requise pour établir l'équilibre approprié entre l'efficacité administrative et la protection des droits liés à la liberté d'expression. Je reconnais que l'existence d'un mécanisme de contrôle en première ligne est une nécessité dans le cadre d'un régime de restriction préalable, que les ressources de l'État sont limitées, que la surveillance frontalière ne peut pas être parfaite et que des décisions erronées seront prises en matière d'obscénité. Pour ces motifs, je partage l'opinion de mon collègue le juge Binnie selon laquelle il faut accorder au Parlement une certaine souplesse dans l'établissement du régime douanier approprié. Toutefois, je ne peux accepter que la législation douanière actuellement en vigueur — et dans laquelle pratiquement aucun

modate constitutionally protected expressive rights, has struck the appropriate balance.

(vi) Conclusions

252

My colleague Binnie J. concludes that part of the Customs legislation violates s. 2(b) and that this violation was not justified under s. 1. As a result, he holds that the reverse onus requirement in s. 152 of the *Customs Act* is unconstitutional and must be read down (para. 105). I am not convinced that it is only part of the Customs legislation that is unconstitutional. As the Customs legislation makes only the most meagre of efforts to accommodate expressive rights and as it has created deleterious effects that far outweigh the primarily monetary benefits which result from the chosen legislative approach, I believe the Customs legislation as a whole cannot survive s. 1 scrutiny. The fact is that this legislation has resulted in an appalling level of over-censorship. The government has simply not established that the serious violation of the appellants' s. 2(b) rights caused by this legislation is demonstrably justified in our free and democratic society. The remaining question is the appropriate remedy.

F. *What Is the Appropriate Remedy?*

253

Given Smith J.'s finding that there were "grave systemic problems" in the administration of the law — a conclusion with which I whole-heartedly agree — the primarily declaratory remedy relied on by Binnie J. is simply inadequate. Systemic problems call for systemic solutions. I believe that Customs' history of improper censorship, coupled with its inadequate response to the declarations of the courts below, confirms that only striking down the legislation in question will guarantee vindication of the appellants' constitutional rights. Having

effort n'est déployé pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression protégés par la Constitution — réalise l'équilibre approprié.

(vi) Conclusions

Mon collègue le juge Binnie conclut qu'une partie de la législation douanière viole l'al. 2b) et que cette violation ne peut être justifiée au regard de l'article premier. En conséquence, il estime que la disposition portant inversion de la charge de la preuve prévue à l'art. 152 de la *Loi sur les douanes* est inconstitutionnelle et doit recevoir une interprétation atténuante (par. 105). Je ne suis pas convaincu que seule une partie de la législation douanière soit inconstitutionnelle. Comme la législation douanière ne comporte que des mesures minimales en vue de tenir compte des droits liés à la liberté d'expression et qu'elle crée des effets préjudiciables qui excèdent considérablement les avantages — principalement d'ordre financier — qui résultent de la solution législative choisie, j'estime que l'ensemble de la législation douanière ne peut résister à l'examen fondé sur l'article premier. Le fait est que cette législation a entraîné un degré consternant de censure excessive. Le gouvernement n'a tout simplement pas démontré que l'atteinte grave causée par ces mesures législatives aux droits garantis aux appelants par l'al. 2b) pouvait se justifier dans le cadre de notre société libre et démocratique. La question qu'il reste à résoudre est celle de la réparation qu'il convient d'accorder.

F. *Quelle est la réparation qui convient?*

Étant donné que le juge Smith a conclu à l'existence de «problèmes systémiques graves» dans l'application de la loi — conclusion à laquelle je souscris entièrement —, la réparation principalement déclaratoire à laquelle s'en remet le juge Binnie est tout simplement insuffisante. Des problèmes systémiques commandent des solutions systémiques. J'estime que les antécédents des Douanes en matière de censure irrégulière, conjugués à leur réponse insuffisante aux jugements déclaratoires des juridictions inférieures, confirment que seule l'invalidation des mesures législatives en cause garantira le respect des droits constitutionnels des appelants. Ayant jugé que ces

concluded that the law must fall, I will offer some broad guidelines for future reform.

(i) Legislation Must Ensure Constitutional Application

As was already illustrated in reviewing this Court's decisions in *Morgentaler*, *Hunter v. Southam*, and *Bain*, it is legislation itself, not merely its application, that must make an effort to ensure that constitutionally protected rights are not infringed. In this case, it is true that nothing in the Customs legislation itself forces Customs to ignore evidence of literary and artistic merit; to make decisions without even allowing written submissions from the parties affected; and to discriminate against gay and lesbian materials. However, the legislation does call for prior restraint by an investigatory rather than adjudicatory body, and does not provide for any meaningful safeguards aimed at preventing the inevitable flaws that result from such a system.

Effectively, the respondents call on this Court to trust them. Indeed, when questioned at oral arguments about what guarantee we have that the mistakes of the past will not continue, counsel for the respondent Canada replied "what may have occurred then, I trust will not occur now". Our jurisprudence, most explicitly in *Bain* has consistently rejected such flimsy constitutional protections. In *Morgentaler*, *Hunter v. Southam* and *Bain*, this Court rejected the government's invitation to trust them. Instead, we demanded that the legislature enact laws that affirmatively safeguarded constitutional rights, rather than leaving them to the mercy of administrators.

In fact, the respondents' approach would mean that every unconstitutional law requires no more than a declaratory remedy; after all, Parliament is fully capable of amending a law to bring it into

mesures législatives doivent être invalidées, je vais fournir quelques indications générales en vue d'une future réforme.

(i) Un texte de loi doit pourvoir à la constitutionnalité de son application

Comme l'a illustré l'examen que j'ai fait plus tôt des arrêts de notre Cour *Morgentaler*, *Hunter c. Southam* et *Bain*, c'est dans la loi elle-même, et non pas simplement dans le cadre de son application, qu'il faut s'efforcer de prévenir la violation des droits protégés par la Constitution. En l'espèce, il est vrai que rien dans la législation douanière ne contraint les Douanes à faire abstraction de la preuve de la valeur littéraire ou artistique, à rendre des décisions sans même permettre aux parties touchées de présenter des observations écrites et à réserver un traitement discriminatoire au matériel gai et lesbien. Toutefois, la législation douanière implique l'application d'un régime de restriction préalable par un organisme jouant un rôle d'enquête plutôt que juridictionnel, et elle ne comporte aucune mesure de protection concrète visant à prévenir les inévitables dérapages d'un tel système.

Dans les faits, les intimés demandent à notre Cour de s'en remettre à eux. D'ailleurs, lorsqu'on lui a demandé durant des plaidoiries quelle garantie nous avons que les erreurs du passé ne se reproduiraient pas, l'avocat du Canada intimé a répondu ceci: [TRADUCTION] «j'ai confiance que ce qui a pu se passer à l'époque ne se reproduira plus». Notre Cour a toujours rejeté, et ce de façon on ne peut plus explicite dans l'arrêt *Bain*, des mesures de protection constitutionnelle aussi fragiles. Dans les arrêts *Morgentaler*, *Hunter c. Southam* et *Bain*, notre Cour a refusé l'invitation que lui faisait le gouvernement de s'en remettre à lui. Nous avons plutôt demandé au législateur d'édicter des lois protégeant de façon positive les droits constitutionnels plutôt que de laisser ceux-ci à la merci d'administrateurs.

En fait, suivant l'approche proposée par les intimés, toute règle de droit inconstitutionnelle n'exigerait rien de plus qu'un jugement déclaratoire comme réparation; après tout, le Parlement

254

255

256

compliance with the Constitution at any time. I therefore disagree with Binnie J.'s conclusion that, with the exception of s. 152(3) of the *Customs Act*, a declaratory remedy is sufficient in this case. While the government is free to delegate powers, it must do so in a way that ensures — or at the very least attempts to ensure — that *Charter* rights will be respected.

257

The respondents' request for trust is particularly inappropriate in this appeal, where there is a voluminous record of discriminatory enforcement. Counsel for the intervener the Canadian AIDS Society summed up the point well in his oral submissions:

What the Customs is saying to us in effect is, having [been] in your henhouse for almost twenty years, this fox has now become vegetarian, and should remain in charge with no further restrictions. Well, speaking for the chickens, we are not very reassured. . . .

As a matter of logic, reason, and constitutional precedent, the appellants are entitled to more. Even leaving aside the precedents of *Hunter v. Southam*, *Morgentaler*, and *Bain*, Customs have proven themselves unworthy of trust. In such a situation, in my respectful opinion, the only proper solution is to give Parliament the opportunity to re-write the legislation.

(ii) Declaratory Relief Is Insufficient

258

The need to strike down the Customs legislation as it applies to expressive materials is reinforced by comparison with the alternate remedy adopted by both the courts below, and by Binnie J. in this Court. Declarations are, in many cases, an appropriate constitutional remedy. As Kent Roach has summarized in his *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf ed.), at para. 12.30, declarations are often preferable to injunctive relief because they are more flexible, require less supervision, and are more deferential to the other

est parfaitement capable de modifier une loi à tout moment pour la rendre conforme à la Constitution. Je suis donc en désaccord avec la conclusion du juge Binnie selon laquelle, à l'exception du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes*, un jugement déclaratoire est une réparation suffisante en l'espèce. Quoique le gouvernement soit libre de déléguer des pouvoirs, il doit le faire d'une manière qui assure — ou qui à tout le moins tente d'assurer — que les droits garantis par la *Charte* seront respectés.

La demande des intimés qu'on s'en remette à eux est particulièrement malvenue dans le présent pourvoi, où il y a un volumineux bilan d'application discriminatoire. L'avocat de la Société canadienne du SIDA intervenante a bien résumé la question dans sa plaidoirie:

[TRADUCTION] Ce que les Douanes nous disent dans les faits c'est ceci, après avoir passé presque vingt ans dans le poulailler, le renard est devenu végétarien et il devrait demeurer en charge sans restriction supplémentaire. Et bien, au nom des poulets, nous disons que nous ne sommes pas très rassurés. . . .

La logique, la raison et les précédents en matière constitutionnelle nous disent que les appelants ont droit à plus. Indépendamment même des arrêts *Hunter c. Southam*, *Morgentaler* et *Bain*, les Douanes se sont montrées totalement indignes de confiance. Vu la situation, à mon humble avis, la seule solution convenable consiste à donner au Parlement la possibilité de réécrire les mesures législatives.

(ii) Une réparation de nature déclaratoire ne suffit pas

La nécessité de déclarer la législation douanière inopérante à l'égard du matériel expressif ressort avec plus d'acuité si on compare cette réparation avec celle retenue tant par les juridictions inférieures que par le juge Binnie de notre Cour. Dans bien des cas, le jugement déclaratoire constitue la réparation constitutionnelle convenable. Kent Roach résume bien ce point dans son ouvrage intitulé *Constitutional Remedies in Canada* (éd. feuilles mobiles), au par. 12.30, lorsqu'il dit qu'un jugement déclaratoire est souvent préférable à une

branches of government. However, declarations can suffer from vagueness, insufficient remedial specificity, an inability to monitor compliance, and an ensuing need for subsequent litigation to ensure compliance: see *ibid.*, at para. 12.320.

Mahe v. Alberta, [1990] 1 S.C.R. 342, illustrates the appropriate role of declaratory relief. In that case the Court held that Edmonton's school system violated s. 23 of the *Charter* because it did not grant sufficient "management and control" over French-language education to the linguistic minority. In determining the appropriate remedy, Dickson C.J. recognized, at pp. 391-92, that the impugned provisions of the *School Act* were "'permissive' provisions, that is, they do not prevent authorities from acting in accordance with the *Charter*, but neither do they guarantee that such compliance will occur". The Chief Justice declined to strike down the legislation, instead choosing to issue a declaration. He feared that "the result of a declaration of invalidity would be to create a legislative vacuum" (p. 392), which would potentially leave the appellants worse off. The Court therefore simply issued "a declaration in respect of the concrete rights which are due to the minority language parents in Edmonton under s. 23" (p. 392). Similarly in *Eldridge, supra*, the Court simply declared that services must be provided to the deaf instead of striking down the entire legislative scheme.

The rationale behind the remedial choice in those cases does not apply to the present appeal. Striking down the applicability of the Customs legislation to expressive materials will not make the appellants worse off; it will fully vindicate their rights. While the appellants are admittedly not entitled to any particular legislative scheme, they are entitled to a remedy that will prevent further

injonction parce qu'il constitue une réparation plus souple, exigeant moins de surveillance et permettant de faire montre d'une plus grande déférence envers les autres pouvoirs de l'État. Toutefois, les jugements déclaratoires peuvent souffrir des maux suivants: imprécision, spécificité insuffisante de la réparation, impossibilité de contrôler le respect du jugement et, de ce fait, obligation de recourir de nouveau aux tribunaux pour le faire respecter: voir *ibid.*, au par. 12.320.

L'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, illustre bien le rôle que doit jouer le jugement déclaratoire. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que le système scolaire d'Edmonton contrevenait à l'art. 23 de la *Charte* parce qu'il ne conférait pas à la minorité linguistique un pouvoir de «gestion et de contrôle» suffisant sur l'éducation en langue française. En déterminant la réparation convenable, le juge en chef Dickson a reconnu, aux pp. 391 et 392, que les dispositions contestées de la *School Act* étaient «des dispositions "créant une faculté", c'est-à-dire qu'elles n'empêchent pas les autorités d'agir conformément à la *Charte*, mais elles ne garantissent pas non plus que celle-ci sera respectée». Le Juge en chef a refusé d'invalider les dispositions en cause, préférant plutôt rendre un jugement déclaratoire. Il craignait qu'«une déclaration d'invalidité aurait pour effet de créer un vide législatif» (p. 392) susceptible d'aggraver la situation des appelants. La Cour a donc simplement prononcé «une déclaration à l'égard des droits concrets qui sont dus, en vertu de l'art. 23, aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton» (p. 392). De même, dans l'arrêt *Eldridge*, précité, notre Cour a simplement déclaré que des services devaient être fournis aux personnes sourdes au lieu de déclarer inopérant l'ensemble du régime établi par loi.

La raison qui justifiait la réparation choisie dans ces arrêts ne s'applique pas dans le présent pourvoi. Le fait de déclarer la législation douanière inapplicable au matériel expressif n'aggraverait pas la situation des appelants; elle assurerait le respect complet de leurs droits. Bien qu'il soit vrai que les appelants n'ont pas droit à un régime législatif particulier, ils ont néanmoins droit à une réparation

259

260

systematic and consistent violations of their constitutional rights. Only invalidating the impugned Customs legislation will achieve that goal.

261

A final reason that declaratory relief is inappropriate in this case is the difficulties the appellants face in enforcing it. This case has been a massive undertaking for the appellants. Proving the constitutional violations recognized by Smith J. required the production of an enormous record. Unfortunately, if the appellants are unsatisfied with the government's compliance with the declaration affirmed by this Court, they have little choice but to try to assemble a similar record documenting the enforcement of the Customs regime since the declaration was made. This is obviously a heavy burden, and indeed unfair. A stronger remedy is necessary to vindicate the appellants' rights.

(iii) Reforms Undertaken Since Smith J.'s Declaration Are Insufficient

262

In my respectful opinion, declaratory relief has already proven ineffective. As Roach, *supra*, at para. 13.884 has noted, "declaratory relief does not facilitate continued judicial supervision and may not be effective where governments do not take prompt and good faith steps to comply with the declaration". While obviously we lack evidence of the enforcement of the Customs regime since Smith J.'s declaration, I believe that the reforms thus far are not sufficient.

263

The first remedial measure, effected almost immediately, was to put in place "interim procedures . . . designed to prevent the detention of books with literary, artistic, scholarly or instructional merit which would override Schedule VII,

qui empêchera qu'on continue de violer systématiquement leurs droits constitutionnels. Seule l'invalidation de la législation douanière contestée permettra de réaliser cet objectif.

La dernière raison pour laquelle un jugement déclaratoire n'est pas une réparation convenable en l'espèce découle des difficultés qu'éprouvent les appellants à faire respecter une telle mesure. La présente affaire a constitué une entreprise colossale pour les appelants. La preuve des violations constitutionnelles dont le juge Smith a constaté l'existence a exigé la production d'un énorme dossier. Malheureusement, si les appelants ne sont pas satisfaits de la manière dont le gouvernement se conforme au jugement déclaratoire dont notre Cour a confirmé la validité, ils n'auront pas d'autre choix que de tenter d'assembler à nouveau un dossier semblable, documentant l'application du régime douanier depuis le prononcé du jugement déclaratoire. Il s'agit évidemment d'une tâche très lourde et du reste injuste. Une réparation plus énergique est nécessaire pour faire respecter les droits des appelants.

(iii) Les réformes apportées depuis le jugement déclaratoire du juge Smith sont insuffisantes

À mon humble avis, le jugement déclaratoire s'est déjà révélé une réparation inefficace en l'espèce. Comme l'a mentionné Roach, *op. cit.*, au par. 13.884, [TRADUCTION] «le respect d'un jugement déclaratoire n'est pas quelque chose qui peut être facilement contrôlé de façon continue par les tribunaux et une réparation peut ne pas se révéler efficace lorsque les gouvernements n'agissent pas promptement et de bonne foi pour s'y conformer». Quoique nous ne n'ayons évidemment pas de preuve concernant l'application du régime douanier depuis le jugement déclaratoire rendu par le juge Smith, j'estime que les réformes apportées jusqu'à présent ne sont pas suffisantes.

La première mesure correctrice — qui a été apportée pratiquement sur-le-champ — a consisté à mettre en place [TRADUCTION] «une procédure temporaire [. . .] visant à prévenir la retenue de livres ayant une valeur littéraire, artistique, savante

Tariff Code 9956(a) consideration” (respondent Canada’s factum, at p. 8). Specifically, before detaining any book Customs Inspectors were instructed to consult designated officers, who in turn would consult the Prohibited Importations Directorate. Any detained book would be read by one of the designated officers, and the determination would be reviewed by another officer. Any prohibition would be reviewed by a Tariff and Values Administrator.

Subsequently, over two years after Smith J.’s reasons for judgment were released, Customs effected seven specific reforms which are described in the respondent Canada’s factum (at pp. 8-9):

- (a) Memorandum D9-1-1 was re-written with particular attention being given to s. 2(b) *Charter* rights, artistic merit and importers [*sic*] rights.
- (b) A series of Information Bulletins were issued by the Prohibited Importations Unit of Customs, with the purpose of clarifying issues relating to the administration of Tariff Item 9899.00.00. These Bulletins are available to the public through the Prohibited Importations Unit.
- (c) The somewhat complicated B2 form by which an importer appealed a determination was replaced by a simple written request for re-determination or review.
- (d) Importers may submit with their re-determination request any evidence which they view as relevant.
- (e) When goods are detained and suspected of being obscene, the importer receives a written notice containing the following information: a brief description of the goods; port of entry; date of detention; statement of reasons for the detention, and a contact name and telephone number. The importer is also invited to view the materials and submit evidence in writing attesting to their admissibility.
- (f) If the goods are determined to be obscene according to the legislation, the importer receives a written notice of determination containing the following information: a brief description of the goods; the

ou instructive qui écarterait l’examen fondé sur le code tarifaire 9956a) de l’annexe VII» (mémoire du Canada intimé, à la p. 8). Plus précisément, on a ordonné aux inspecteurs des douanes de ne pas retenir de livre avant d’avoir consulté un agent désigné, qui à son tour devait consulter la direction générale des importations prohibées. Tout livre retenu doit être lu par l’un des agents désignés et la décision doit être révisée par un autre agent. Toute interdiction doit être révisée par un applicateur du tarif et des valeurs.

Subséquemment, soit plus de deux ans après le dépôt des motifs de jugement du juge Smith, les Douanes ont apporté sept réformes précises, qui sont décrites dans le mémoire du Canada intimé (aux pp. 8 et 9):

[TRADUCTION]

- a) Le Mémoire D9-1-1 a été réécrit en accordant une attention particulière aux droits garantis par l’al. 2b) de la *Charte*, à la valeur artistique et aux droits des importateurs.
- b) Une série de bulletins d’information ont été établis par l’Unité des importations prohibées des Douanes dans le but de clarifier certaines questions touchant l’application du numéro tarifaire 9899.00.00. Le public peut obtenir ces bulletins en s’adressant à l’Unité des importations prohibées.
- c) Le formulaire B2, qui était relativement complexe et au moyen duquel l’importateur interjetait appel de la décision, a été remplacé par une simple demande écrite de révision ou réexamen.
- d) Les importateurs peuvent joindre à leur demande de révision tout élément de preuve qu’ils considèrent pertinent.
- e) Lorsque des marchandises qu’on soupçonne d’être obscènes sont retenues, on transmet à l’importateur un avis écrit faisant état des renseignements suivants: une description sommaire des marchandises; l’identité du bureau d’entrée; la date de la retenue; les motifs de retenue ainsi que le nom et le numéro de téléphone d’une personne-ressource. On invite également l’importateur à examiner le matériel et à présenter par écrit des éléments de preuve justifiant leur admissibilité.
- f) Si les marchandises sont jugées obscènes au regard de la loi, l’importateur est informé de la décision au moyen d’un avis écrit donnant les renseignements suivants: une brève description des marchandises; les

reasons for prohibition; a contact name and telephone number; a list of options available, including instructions for appeal. If the goods are not obscene, they are forwarded immediately to the importer after any duties and taxes, if applicable, are paid.

- (g) Customs officers are instructed to resolve all doubts in favour of freedom of expression.

265

With respect, I am not satisfied that these measures will remedy the “grave systemic problems” found by Smith J. They are largely hortatory or permissive. The new provisions also seem to rely heavily on the expertise of the Prohibited Importations Directorate. This is not reassuring. Linda Murphy, the Director of that group, testified that she was completely unaware of the cultural practices of various sexual minorities, and that she did not consider it her job to consider a book’s purpose and effect. Given the absence of any legislative provisions to ensure that importers’ arguments and evidence will be considered and that decisions will be rendered in a timely fashion, these reforms offer little comfort.

266

By the foregoing, I do not mean to suggest that the reforms effected thus far are without merit. Many of them may prove extremely valuable. However, both constitutional precedent and common sense suggest that when a government agency has systematically violated constitutional rights, structural reforms are necessary. In *Morgentaler*, *supra*, the Court could also have simply issued a declaration. The various federal and provincial ministries could have approved more hospitals, eliminated quotas, and otherwise solved the problems identified by this Court. However, the Court recognized that such a solution was inappropriate. Where the problems are a direct result of flaws in the legislation itself, as I believe is the case here, patchwork measures aimed at various symptoms will not cure the underlying ailment. As Smith J. found, and as I have endeavoured to demonstrate in these reasons, the flaws in the Cus-

raisons justifiant la prohibition; le nom et le numéro de téléphone d’une personne-ressource; la liste des solutions qui s’offrent à l’importateur, y compris les instructions à suivre pour interjeter appel. Si les marchandises ne sont pas obscènes, elles sont remises immédiatement à l’importateur après paiement des droits et taxes, s’il y a lieu.

- g) Les agents des douanes ont comme instruction d’interpréter tout doute en faveur de la liberté d’expression.

En toute déférence, je ne suis pas convaincu que ces mesures remédieront aux «problèmes systémiques graves» constatés par le juge Smith. Elles participent largement de la nature d’une recommandation ou faculté. Les nouvelles dispositions semblent également s’en remettre beaucoup à l’expertise de la direction générale des importations prohibées. Cela n’a rien de rassurant. Linda Murphy, directrice de ce groupe, a témoigné qu’elle ignorait totalement les pratiques culturelles des différentes minorités sexuelles et qu’elle n’estimait pas que l’examen de l’objet et de l’effet d’un livre faisait partie de ses fonctions. Vu l’absence de toute disposition législative visant à assurer que les arguments et éléments de preuve présentés par les importateurs seront pris en considération et que les décisions seront rendues en temps utile, ces réformes ne sont pas d’un grand secours.

Je ne veux pas dire par ce qui précède que les réformes apportées jusqu’ici sont sans mérite. Nombre d’entre elles pourraient se révéler extrêmement valables. Toutefois, tant les précédents en matière constitutionnelle que le bon sens suggèrent que, dans les cas où un organisme gouvernemental a porté atteinte de façon systématique à des droits garantis par la Constitution, des réformes structurelles s’imposent. Dans l’arrêt *Morgentaler*, précité, notre Cour aurait également pu se contenter de rendre un jugement déclaratoire. Les différents ministères fédéraux et provinciaux auraient pu accréditer plus d’hôpitaux, éliminer les contingents et résoudre autrement les problèmes relevés par notre Cour. Celle-ci a toutefois reconnu qu’une telle solution ne convenait pas. Lorsque les problèmes résultent directement de lacunes existant dans la loi elle-même, ce qui à mon avis est le cas en l’espèce, des mesures disparates s’attaquant à

toms regime are systemic. They flow from the very nature of prior restraint, and require careful consideration by Parliament. Declaratory relief, in my opinion, is not appropriate.

The need for structural reform is reinforced by Customs' long history of excessive, inappropriate censorship. Before the appellants launched this case, Customs illegally prohibited depictions of anal penetration; it systematically targeted Little Sisters and other alternative bookstores; it favoured books by mainstream authors like Bret Easton Ellis and Madonna, in comparison to gay and lesbian authors; and it failed to consider artistic merit in spite of *Butler's* clear instruction to always err on the side of protecting expressive freedom. Customs has entirely fulfilled Emerson's dire predictions of how a system of prior restraint will work in practice.

These are not the kinds of problems that can be solved by simply directing Customs to behave themselves. In all the circumstances, further indulgence misses the mark; what is needed is the firm guidance that only new legislation from Parliament can provide. Striking down the applicability of the Customs legislation to expressive materials is consistent with the "*Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*", as it was described by Peter Hogg and Allison Bushell: (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. This Court has frequently recognized the importance of fostering a dialogue between courts and legislatures: see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 57; *Vriend, supra*, at para. 139. Particularly where, as here, it appears that Parliament has not turned its mind to the issue at hand,

divers symptômes ne feront pas disparaître la cause profonde du mal. Comme l'a constaté le juge Smith et comme je me suis efforcé de le démontrer dans les présents motifs, les lacunes du régime douanier ont un caractère systémique. Elles découlent de la nature même d'un régime de restriction préalable et elles doivent être examinées avec soin par le Parlement. À mon avis, le jugement déclaratoire n'est pas la réparation qui convient.

La nécessité d'une réforme structurelle est renforcée par la longue histoire de censure excessive et inappropriée de la part des Douanes. Avant que les appelants n'engagent la présente affaire, les Douanes prohibaient illégalement les représentations de pénétration anale, visaient systématiquement Little Sisters et d'autres librairies parallèles, accordaient un traitement favorable aux livres d'auteurs faisant partie du courant dominant tels Bret Easton Ellis et Madonna, comparativement à ceux d'auteurs et auteures gais et lesbiennes, et ne tenaient pas compte de la valeur artistique malgré l'instruction claire de l'arrêt *Butler* de toujours privilégier la protection de la liberté d'expression. Les Douanes ont entièrement réalisé les sinistres prédictions d'Emerson sur la façon dont un régime de restriction préalable fonctionnera en pratique.

267

Il ne s'agit pas de problèmes qui peuvent être réglés simplement en ordonnant aux Douanes de bien se comporter. Compte tenu de toutes les circonstances, on se tromperait en continuant à faire preuve d'indulgence; ce qui est requis, ce sont des indications fermes, que seule une nouvelle loi du Parlement est à même de fournir. Le fait de déclarer la législation douanière inapplicable au matériel expressif est conforme au [TRADUCTION] «dialogue sur la *Charte* entre les tribunaux et le législateur» qu'ont décrit Peter Hogg et Allison Bushell: (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. Notre Cour a fréquemment reconnu l'importance de favoriser le dialogue entre les tribunaux et le législateur: voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 57; *Vriend*, précité, au par. 139. Particulièrement dans les cas où, comme en l'espèce, il apparaît que le Parlement n'a pas prêté attention à la question en litige, l'invalidation des mesures légis-

268

striking down the legislation may encourage much needed changes.

269 This would not be the first time a court has struck down the Customs provisions for obscenity. In 1985, the Federal Court held that the existing Customs legislation was an unjustifiable infringement of the right to free expression: see *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.). The law had prohibited “immoral and indecent” works, a standard the Federal Court correctly held to be unduly vague. The government almost immediately introduced new legislation tying the standard to the *Criminal Code* definition of obscenity, and in the House of Commons debates various Members applauded the Court’s ruling: see *House of Commons Debates*, vol. III, 1st Sess., 33rd Parl., April 2, 1985, at pp. 3605-6, 3608 and 3611.

270 It required a court ruling to force Parliament to rethink the substantive standard Customs is to apply at the border. It seems to me that the same should be done for the procedural mechanisms used to apply that standard. Broad, structural reforms are necessary to remedy the manifold problems identified through the course of this appeal, and I fear those remedies will only come if this Court acts decisively, as the Federal Court did in 1985, to invalidate the existing legislation.

(iv) Remedial Options

271 Given the remedy adopted by Binnie J., Parliament will not, strictly speaking, have to amend the current legislation. However, Parliament is not restricted to acting only when this Court tells it to. Even accepting my colleague’s conclusion in this appeal, I would quote the wise words of Frankfurter J., dissenting, in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), at p. 670:

latives contestées peut susciter des changements grandement nécessaires.

Ce ne serait pas la première fois qu’un tribunal invalide des dispositions douanières en matière d’obscénité. En 1985, la Cour fédérale a jugé que la législation douanière de l’époque portait atteinte de manière injustifiable au droit à la liberté d’expression: voir *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.). Le texte de loi prohibait les ouvrages «immoraux ou indécents», norme que la Cour fédérale a avec raison jugé indûment imprécise. Le gouvernement a presque sur-le-champ présenté de nouvelles dispositions législatives rattachant la norme à la définition d’obscénité figurant dans le *Code criminel*, et, lors des débats de la Chambre des communes, différents députés ont applaudi à la décision de la cour: voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 1^{re} sess., 33^e lég., 2 avril 1985, aux pp. 3605, 3606, 3608 et 3611.

Il a fallu une décision judiciaire pour forcer le Parlement à repenser la norme substantielle que les Douanes doivent appliquer à la frontière. Il me semble qu’il faudrait faire de même à l’égard des mécanismes procéduraux servant à l’application de cette norme. De vastes réformes structurelles sont nécessaires pour corriger les divers problèmes constatés dans le cadre du présent pourvoi, et je crains que ces corrections ne viendront que si, à l’instar de la Cour fédérale en 1985, notre Cour agit de façon décisive et invalide la loi existante.

(iv) Les réparations possibles

Vu la réparation retenue par le juge Binnie, le Parlement ne sera pas à strictement parler tenu de modifier la loi actuelle. Le Parlement n’est toutefois pas contraint d’agir uniquement lorsque notre Cour lui dit de le faire. Même si j’acceptais la conclusion tirée par mon collègue dans le présent pourvoi, je citerais quand même les judicieux propos qui suivent, qu’a formulés le juge Frankfurter, en dissidence, dans *West Virginia State Board of Education c. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), à la p. 670:

Our constant preoccupation with the constitutionality of legislation rather than with its wisdom tends to preoccupation of the . . . mind with a false value. The tendency of focussing attention on constitutionality is to make constitutionality synonymous with wisdom, to regard a law as all right if it is constitutional. Such an attitude is a great enemy of liberalism.

The constitutional is not always synonymous with the optimal: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142, *per* Lamer C.J. Sometimes “constitutional-ity” means only that an unimpressive, minimal threshold has been met. I hope that Parliament, recognizing this truth, will address the problems identified in this appeal even without an order from this Court.

Books are different from other goods crossing the border. As Voltaire noted, “Liberty of thought is the life of the soul”: *Essay on Epic Poetry* (1727). While he was writing in the context of political speech, I believe the words of Cory J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336, are apt here:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. . . . 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.

Cory J. went on to cite (at p. 1337) the following passage from John Stuart Mill, “On Liberty” in *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at p. 14:

If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person,

[TRADUCTION] Notre constante préoccupation pour la constitutionnalité des lois plutôt que pour leur sagesse répond à une préoccupation de [. . .] l’esprit pour une fausse valeur. La tendance à s’attacher à la question de la constitutionnalité a pour effet d’assimiler la constitutionnalité à la sagesse, de faire en sorte qu’une loi est considérée adéquate si elle est constitutionnelle. Une telle attitude constitue une grande ennemie du libéralisme.

Le fait qu’une mesure soit constitutionnelle ne signifie pas toujours qu’elle est aussi la mesure optimale: *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, le juge en chef Lamer. Parfois, la «constitutionnalité» d’une mesure signifie tout simplement que celle-ci respecte un critère minimal et peu impressionnant. Je ne peux qu’espérer que, reconnaissant cette vérité, le Parlement s’attaquera aux problèmes mentionnés dans le présent pourvoi, même en l’absence d’ordonnance de notre Cour.

Les livres sont différents des autres marchandises qui traversent la frontière. Comme l’a souligné Voltaire, [TRADUCTION] «La liberté de pensée est la vie de l’âme»: *Essay on Epic Poetry* (1727). Même si le juge Cory s’exprimait dans le contexte de l’expression politique, j’estime que ses propos dans l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336, sont pertinents en l’espèce:

Il est difficile d’imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d’expression dans une société démocratique. [. . .] 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.

Le juge Cory a poursuivi en citant, à la p. 1337, les propos suivants de John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), à la p. 14:

[TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu’une seule personne fût d’avis contraire, il ne serait pas justifié que l’ensemble des hommes bâil-

than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

273 Books with no political context must not be undervalued. John Milton recognized the universal value of literature in his *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644):

[A]s good almost kill a Man as kill a good Book; who kills a Man kills a reasonable creature, God's Image; but he who destroys a good Book, kills reason itself, kills the Image of God, as it were in the eye. Many a man lives a burden to the Earth; but a good Book is the precious life-blood of a master spirit, embalmed and treasured upon purpose to a life beyond life.

Obviously this Court has previously recognized that some expressive materials merit suppression. But we must do so only with sombre recognition that we are choosing the lesser of two very great evils.

274 Freedom of speech means not just the right to question the dominant political structure, but to question the dominant society and culture. Unfortunately, the Customs legislation has systematically stifled that right. I sincerely hope that Parliament will recognize this grave injustice. In that hope, I will offer several suggestions as to how the current legislative scheme could be constitutionally improved. I have already set out a list, at para. 242, of several means of accommodating the expressive rights at stake that are not currently mandated by the Customs legislation. While not all of these protections are constitutionally required, some are worthy of special emphasis. I should also emphasize the point made above that, because of the volume and complexity of materials imported into Canada, Parliament must be accorded flexibility in fashioning its response.

lonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

Il ne faut pas sous-estimer la valeur des livres qui n'ont aucun aspect politique. John Milton a reconnu la valeur universelle de la littérature dans son ouvrage intitulé *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644):

[TRADUCTION] [A]utant presque, tuer un Homme que tuer un bon Livre! Qui tue un Homme tue une créature de raison à l'Image de Dieu; mais celui-là qui détruit un bon Livre tue la raison elle-même, tue l'Image et comme le regard de Dieu. Plus d'un homme vit qui n'est que fardeau pour la Terre; mais un bon Livre est le sang vital d'un esprit supérieur, précieux trésor embaumé et gardé à dessein, en vue d'une vie qui dépasse la vie.

Certes, notre Cour a reconnu dans le passé que certaines formes de matériel expressif méritaient d'être supprimées. Mais nous ne devons le faire qu'en reconnaissant à regret que nous choisissons le moindre de deux très grands maux.

La liberté d'expression ne s'entend pas seulement du droit de remettre en cause le régime politique dominant, mais aussi celui de remettre en cause la société et la culture dominantes. Malheureusement, la législation douanière a systématiquement étouffé ce droit. Je souhaite sincèrement que le Parlement reconnaisse cette grave injustice. À cette fin, je vais faire plusieurs suggestions sur la manière dont le régime législatif actuel pourrait être amélioré sur le plan constitutionnel. J'ai déjà énuméré, au par. 242, plusieurs mesures qui ne sont pas prescrites actuellement par la législation douanière et qui permettraient de tenir compte des droits liés à la liberté d'expression qui sont en jeu. Quoique ces mesures de protection ne soient pas toutes requises par la Constitution, certaines méritent une attention particulière. Je dois également rappeler le point mentionné précédemment, selon lequel en raison de la masse et de la complexité du matériel qui est importé au Canada, il faut accorder au Parlement la souplesse requise dans l'élaboration de la solution.

First, I believe that new legislation must provide for a number of basic standards to properly safeguard the fundamental expressive rights at stake. At a minimum, there should be a procedure to allow citizens to be promptly informed of the fact that expressive materials which they are attempting to import have been detained, along with the preliminary reasons for this detention. The importer should then have a right to examine the detained materials and to make effective representations as to why the detained materials are not obscene. A right to make “effective representations” would include, among other things, the right to make at least written submissions, to present evidence, and a statutory guarantee that these submissions and evidence will be considered by the decision-maker. As pointed out by Binnie J., the onus must be on the state to establish, on a balance of probabilities, that the detained materials are in fact obscene under s. 163(8) of the *Criminal Code*. Determinations should be made in a prompt fashion, and brief reasons must be given when materials are determined to be obscene. A time limit to exhaust the administrative decision and internal appeal mechanisms should be provided, with any materials not released or prohibited within the prescribed time being automatically released. Of course, a further right of appeal must continue to exist to the superior court of a province. The goal would be to create an open, expeditious process that allows for greater interaction between the individuals affected and the state.

Second, I believe that Parliament should give consideration to the establishment of a specialized administrative tribunal to expeditiously review obscenity determinations made by front-line Customs officers. The animating principles in establishing such a tribunal should be independence and effectiveness. A model could be the boards that currently review and classify all films that are publicly displayed in each province. While front-line Customs Inspectors would still make the initial determination as to whether something should be detained, the questionable materials should then immediately be passed on to the tribunal for a

Premièrement, j’estime que les nouvelles dispositions législatives devraient établir un certain nombre de règles de base afin de protéger adéquatement les droits fondamentaux liés à la liberté d’expression qui sont en jeu. À tout le moins, il faudrait établir une procédure permettant aux citoyens d’être informés promptement du fait que le matériel expressif qu’ils désirent importer a été retenu, ainsi que des raisons préliminaires de cette décision. L’importateur devrait alors avoir le droit d’examiner le matériel retenu et de présenter des arguments utiles quant aux raisons pour lesquelles le matériel retenu n’est pas obscène. Le droit de présenter des «arguments utiles» comporterait entre autres le droit de présenter au moins des arguments écrits et des éléments de preuve ainsi que la garantie légale que ces arguments et éléments de preuve seront pris en considération par le décideur. Comme l’a souligné le juge Binnie, il incombe à l’État de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le matériel retenu est effectivement obscène au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. Les décisions devraient être rendues promptement et accompagnées de brefs motifs lorsque le matériel est jugé obscène. Un délai devrait être prévu pour l’épuisement des mécanismes de décision administrative et d’appel interne, et le matériel non dédouané ni prohibé dans le délai prescrit serait automatiquement dédouané. Il va de soi que le droit d’appel supplémentaire à la cour supérieure de la province doit être maintenu. L’objectif serait de créer un processus ouvert et expéditif, permettant une plus grande interaction entre les personnes touchées et l’État.

Deuxièmement, j’estime que le Parlement devrait envisager d’établir un tribunal administratif spécialisé qui serait chargé de réviser de manière expéditive les décisions en matière d’obscénité rendues par les agents de première ligne des Douanes. Les principes qui devraient guider l’établissement d’un tel tribunal seraient l’indépendance et l’efficacité. Les commissions chargées d’examiner et de classer les films présentés au public dans chaque province pourraient servir de modèle. Les inspecteurs de première ligne des Douanes continueraient de décider initialement si une chose doit être retenue, mais dans les cas dis-

prompt decision. The procedures of such a tribunal should provide for similar rights to those just discussed in relation to the drafting of new Customs legislation.

277 As the great majority of commercial shipments of books enter Canada at a handful of high-volume ports of entry, it would be efficient for a tribunal of this nature to operate in these places. In my opinion, such a system would not necessarily be much more onerous on the government than the existing one. It would free ordinary Customs officers to fulfil the many other functions that they are far better equipped to perform. Moreover, by separating the function of screening the material from actually determining its status, it would avoid the problem identified in *Hunter v. Southam, supra*, of merging the investigatory and adjudicatory functions. As Dickson J. noted in that case at p. 164: “A member of the R.T.P.C. passing on the appropriateness of a proposed search under the *Combines Investigation Act* is caught by the maxim *nemo iudex in sua causa*. He simply cannot be the impartial arbiter necessary to grant an effective authorization.”

278 Implicit in such a regime is that the tribunal will be properly staffed and have access to adequate resources. For any administrative agency to be independent and efficacious, its members must be at arm’s length from government, its procedures must be sufficiently developed, its resources must be proportionate to its workload (perhaps with some sort of case management system), it must be properly managed, and its staff and members must receive adequate training and legal advice.

279 Finally, and as a further alternative, I believe that Parliament may wish to consider relying on the criminal law to deal with the importation of

cutables le matériel serait transmis immédiatement au tribunal pour qu’il statue promptement à cet égard. La procédure d’un tel tribunal devrait comporter les mêmes droits que ceux qui ont été mentionnés relativement à la rédaction de la nouvelle législation douanière.

Étant donné que la vaste majorité des expéditions commerciales de livres arrivent au Canada par un petit nombre de points d’entrée, où sont traités de larges volumes de marchandises, il serait efficace d’établir un tel tribunal à ces endroits. À mon avis, un tel système ne serait pas nécessairement beaucoup plus coûteux pour le gouvernement que le système actuel. Il aurait pour effet de libérer les agents des douanes ordinaires, qui pourraient vaquer à leurs nombreuses autres fonctions pour lesquelles ils sont beaucoup mieux préparés. De plus, le fait de séparer les fonctions de contrôle préliminaire du matériel et de qualification de celui-ci préviendrait le problème mentionné dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, précité, soit celui de la fusion des rôles d’enquêteur et de décideur. Comme l’a fait remarquer le juge Dickson dans cet arrêt, à la p. 164: «Un membre de la CPRC qui examine l’opportunité de procéder à une perquisition en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est touché par la maxime *nemo iudex in sua causa*. Il ne peut tout simplement pas être l’arbitre impartial nécessaire pour accorder une autorisation valable.»

Dans un tel régime, il est entendu que le tribunal devrait disposer des ressources suffisantes, notamment du personnel approprié. Pour qu’un organisme administratif soit indépendant et efficace, il ne doit exister aucune lien de dépendance entre ses membres et le gouvernement, sa procédure doit être suffisamment sophistiquée, ses ressources doivent être proportionnées à sa charge de travail (le tribunal pourrait peut-être être doté d’un genre de système de gestion des dossiers), il doit être bien géré et son personnel ainsi que ses membres doivent recevoir la formation et les avis juridiques dont ils ont besoin.

Enfin, une autre solution de rechange qui, selon moi, pourrait être envisagée par le Parlement serait de s’en remettre au droit criminel, plutôt qu’à un

obscene materials into the country in lieu of a prior restraint regime. In 1958, the Tariff Board was asked to re-determine the admissibility of the novel *Peyton Place*, which had been banned in 1956. The majority of the Board, by a 2-1 margin, found it to be non-obscene: see *Dell Publishing Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154. The decision itself is unremarkable; what is remarkable is what the majority said in a postscript not found in the reported version cited above:

The Board, with great respect, wishes to draw to the attention of the Government an opinion which it has formed as a consequence of performing this rather distasteful responsibility. We cannot bring ourselves to believe that either the officers of the Department of National Revenue, Customs and Excise, or ourselves are qualified to make the kind of decision involved in classifying books under tariff item 1201. Essentially, this is a decision that a book would constitute an offence under the Criminal Code if publicly sold or publicly offered for sale in Canada. Such decisions, we believe, should be made by courts with appropriate jurisdiction in criminal matters.

Therefore, unless there are compelling reasons to the contrary, we suggest that tariff item 1201 be amended so as to apply only to books which have been adjudged to constitute an offence under the Criminal Code. [Emphasis added.]

(National Archives of Canada, RG 79, vol. 276, file 471)

As a matter of public policy, I agree with the Tariff Board majority's suggestion. However, as a matter of law, I am quite rightly restricted to determining what is constitutional; and, as already noted, that does not necessarily overlap perfectly with what is optimally right or just. A system of prior restraint which sufficiently respects the expressive rights of Canadians may well be constitutional. But in the digital and information age in which we now find ourselves, I question whether such an approach continues to be either fair or effective. In my respectful opinion, a better approach would be to have Customs officers alert

régime de restriction préalable, pour lutter contre l'importation de matériel obscène au pays. En 1958, on a demandé à la Commission du tarif de procéder au réexamen de l'admissibilité du roman *Peyton Place*, qui avait été prohibé en 1956. La Commission, à une majorité de deux contre un, a jugé le livre non obscène: voir *Dell Publishing Co. c. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154. La décision elle-même n'a rien de remarquable; ce qui l'est toutefois ce sont les propos suivants, qui ont été ajoutés par la majorité en post-scriptum mais ne figurent pas dans la version publiée susmentionnée de sa décision:

[TRADUCTION] En toute déférence, la Commission souhaite faire part au gouvernement de l'opinion que lui a inspirée l'exécution de cette tâche désagréable. Nous ne pouvons pas nous résoudre à croire que les fonctionnaires du ministère du Revenu national, Douanes et Accise, ou nous-mêmes soyons qualifiés pour prendre le genre de décision que comporte le classement des livres sous le numéro tarifaire 1201. Essentiellement, il s'agit de décider si le livre donnerait lieu à une infraction au Code criminel s'il était vendu ou offert en vente au public au Canada. Nous croyons que ces décisions devraient être prises par les tribunaux compétents en matière criminelle.

Par conséquent, à moins qu'il n'y ait des raisons impérieuses de ne pas le faire, nous suggérons que le numéro tarifaire 1201 soit modifié de façon à ne viser que les livres dont on a jugé qu'ils donnaient lieu à une infraction au Code criminel. [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, GA 79, vol. 276, dossier 471)

Du point de vue des politiques d'intérêt général, je suis d'accord avec la suggestion de la majorité de la Commission du tarif. Sur le plan juridique, toutefois, mon rôle se limite à juste titre à déterminer si une mesure est constitutionnelle; et, comme il a été souligné plus tôt, cette mesure ne correspond pas nécessairement de façon parfaite à celle qui serait optimalement appropriée ou juste. Un régime de restriction préalable qui respecte suffisamment les droits liés à la liberté d'expression des Canadiens peut fort bien être constitutionnel. Toutefois, dans l'ère de l'information et du numérique dans laquelle nous vivons aujourd'hui, je me

the proper authorities when questionable materials come to their attention, and leave the obscenity determination to prosecutorial discretion and the courts. This accords with Blackstone's view, outlined above (at para. 234), that every individual should have the right to put their views forward, but if these views happen to be illegal they must "take the consequence of [their] own temerity". Under this approach, every Canadian would be able to import any expressive material they desire into the country, but if those materials are obscene they must be ready to accept the consequences of their action, which may include seizure of the materials and, possibly, the laying of criminal charges.

demande si une telle approche continue d'être équitable ou efficace. À mon humble avis, une meilleure façon de faire serait que les agents des douanes alertent les autorités compétentes lorsqu'ils voient du matériel suspect et qu'ils laissent au ministère public, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre, et en bout de ligne aux tribunaux, le soin de prendre les décisions en matière d'obscénité. Cette façon de faire est conforme à l'opinion de Blackstone, citée plus tôt (au par. 234), selon laquelle il faut respecter le droit de toute personne d'exprimer ses opinions, mais que si ces opinions se révèlent illégales, cette personne doit «supporter les conséquences de sa propre témérité». Suivant cette approche, chaque Canadien pourrait importer au pays tout le matériel expressif qu'il désire, mais si le matériel était obscène, il devrait être prêt à accepter les conséquences de ses actes, notamment le fait que ce matériel pourrait être saisi et que des accusations criminelles pourraient être portées.

281 No doubt there are many other steps that could be taken to improve the current system. I put these suggestions forward to show that there is a variety of approaches available to Parliament to underscore the importance of ensuring Canadians have access to as many expressive materials as possible while realizing the practical constraints that are involved. Because the present regime essentially treats books like any other commodity, I hope that Parliament will review and revise the current Customs legislation to reflect the seminal importance of freedom of expression in our Canadian democracy.

Il ne fait aucun doute que de nombreuses autres mesures pourraient être prises pour améliorer le système actuel. Je fais ces suggestions pour illustrer l'éventail des solutions dont dispose le Parlement afin de souligner qu'il est important de garantir aux Canadiens l'accès à autant de sources de matériel expressif que possible, tout en tenant compte des contraintes d'ordre pratique qui entrent en jeu. Étant donné que le régime actuel traite les livres essentiellement comme toute autre marchandise, j'espère que le Parlement examinera la législation douanière actuelle et la modifiera pour qu'elle reflète l'importance fondamentale de la liberté d'expression dans notre démocratie canadienne.

IV. Conclusion

IV. Conclusion

282 In conclusion, I respectfully cannot agree with my colleague Binnie J. that the only amendment needed to the existing legislation is to shift the onus from the importer to the government. Without the opportunity for importers to make effective representations and a statutory guarantee that decisions will be made in a timely fashion, I question the significance of a shift in onus. In my opinion, the record in this appeal amply bears out Smith J.'s

En conclusion, je ne peux souscrire à l'opinion de mon collègue le juge Binnie que la seule modification que requiert la loi actuelle consiste à déplacer la charge de la preuve, de façon qu'elle incombe non plus à l'importateur mais au gouvernement. Étant donné que les importateurs n'ont pas la possibilité de présenter des arguments utiles et que la loi ne comporte aucune garantie que les décisions seront rendues en temps opportun, je

conclusion that there are “grave systemic” flaws in the enforcement of the Customs legislation. But I cannot agree that the remedy is simply to issue a declaration and take it on faith that Canada Customs — an agency which, it bears repeating, has a long and ignominious record of excessive censorship throughout this century — will reform its ways.

I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal and declare, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, that Schedule VII, Tariff Code 9956(a) (now Tariff Item 9989.00.00) is of no force and effect. I would suspend this declaration of invalidity for a period of 18 months to allow the government time to choose the preferred remedial option described in these reasons, and to take the related steps necessary to make the implementation of the chosen option effective.

Appeal allowed in part with costs, IACOBUCCI, ARBOUR and LEBEL JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellants: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitor for the respondents the Minister of Justice and Attorney General of Canada and the Minister of National Revenue: The Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

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

Solicitors for the intervener the Canadian AIDS Society: Elliott & Kim, Toronto.

m’interroge sur la portée qu’aura ce déplacement de la charge de la preuve. À mon avis, le dossier produit en l’espèce confirme amplement la conclusion du juge Smith selon laquelle l’application de la législation douanière comporte des lacunes «systémiques graves». Je ne peux toutefois accepter que la réparation qui convienne consiste simplement à rendre un jugement déclaratoire et à avoir confiance que Douanes Canada — organisme qui, il convient de le répéter, a une longue et honteuse histoire de censure excessive au cours de ce siècle — changera sa façon de faire.

Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi, j’infirmes l’arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique et, en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je déclarerais inopérant le code tarifaire 9956a) de l’annexe VII (maintenant le numéro tarifaire 9989.00.00). Je suspendrais la prise d’effet de cette déclaration d’invalidité pour une période de 18 mois, afin de donner au gouvernement le temps de choisir la solution correctrice qu’il préfère parmi celles décrites dans les présents motifs, et de prendre les mesures requises pour mettre en œuvre efficacement la solution qu’il aura retenue.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens, les juges IACOBUCCI, ARBOUR et LEBEL sont dissidents en partie.

Procureurs des appelants: Arvay Finlay, Victoria.

Procureur des intimés le ministre de la Justice et procureur général du Canada et le ministre du Revenu national: Le ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l’intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l’intervenante la Société canadienne du SIDA: Elliott & Kim, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Conference of the Arts: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener EGALE Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener Equality Now: Janine Benedet, Toronto.

Solicitors for the intervener PEN Canada: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF): Karen Busby and Claire Klassen, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Conférence canadienne des arts: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante EGALE Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenante Equality Now: Janine Benedet, Toronto.

Procureurs de l'intervenante PEN Canada: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Karen Busby et Claire Klassen, Winnipeg.