

Dick Orlf Dechow *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: April 27; 1977: June 24.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Obscenity — Distribution of obscene material — Whether certain articles publications — Test of obscenity — Whether statutory test exclusive — Criminal Code, ss. 8, 159(1), 159(8), 163, 164.

The appellant operated a "sex shop" where he exhibited for sale to the public certain items known as "sex devices" or "sex stimulators". The store had two large signs on either side of its entrance reading "Erotique Ltd." and there were two window displays of books and assorted paraphernalia. Inside the store, a number of items were displayed in glass cases with a framed description under each one in addition to the price. The appellant was charged under s. 159(1)(a) of the *Criminal Code* that he had in his possession "for the purpose of distribution obscene material consisting of written matter, books, models, preparations, tape recordings and other devices, equipment and paraphernalia." The appellant was found guilty at trial and his conviction was upheld in the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per: Laskin C.J. and Judson, Spence and Dickson JJ.: An associated description of an article of commerce does not transform that article into a publication where it would not be one standing alone. The articles in question are not publications. A dilemma has arisen because of the existence of two definitions of obscenity, one found in s. 159(8) and the other existing at common law (*R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360). This dilemma is that articles not "publications" within s. 159(8) could only with difficulty be dealt with under the test in that provision and consideration of them as "publications" would be a distortion of the meaning of that word.

Section 159(8) lays down the exhaustive test of obscenity in respect of a publication which has sex as a theme or characteristic. The theory of the *Criminal Code* is that substantive criminal law is found in the *Code* itself and it would be strange for Parliament to

Dick Orlf Dechow *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1977: 27 avril; 1977: 24 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Droit criminel — Obscénité — Distribution d'articles obscènes — Certains de ces articles sont-ils des publications? — Critère de l'obscénité — La loi donne-t-elle une définition exclusive? — Code criminel, art. 8, 159(1), 159(8), 163 et 164.

L'appelant exploitant un «sex shop» où il exposait à la vue du public pour les vendre certains articles appelés «stimulants érotiques». Un grand écriteau, de chaque côté de la porte d'entrée de la boutique, annonçait «Erotique Ltd.» et divers livres et accessoires étaient exposés en vitrine. A l'intérieur de la boutique, plusieurs articles étaient placés dans des vitrines et chaque article était accompagné d'une description encadrée et portait un prix. L'appelant fut inculpé en vertu de l'al. 159(1)a) du *Code criminel* pour possession «aux fins de distribution, d'articles obscènes consistant en des écrits, livres, modèles, préparations, bandes magnétiques, appareils et autres accessoires». Il fut déclaré coupable au procès et sa condamnation fut confirmée par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence et Dickson: Un article commercial ne devient pas une publication parce qu'il est accompagné d'une description, si en lui-même cet article n'en est pas une. Les articles en cause ne sont pas des publications. Des difficultés ont surgi du fait de l'existence de deux définitions de l'obscénité, l'une au par. 159(8) et l'autre en *common law* (*R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360). Les difficultés viennent de ce que les articles qui ne sont pas des «publications» aux termes du par. 159(8) permettent difficilement l'application du critère défini dans cet article et que les considérer comme des «publications» reviendrait à fausser le sens de ce mot.

Le paragraphe 159(8) fournit une définition exhaustive de l'obscénité à l'égard d'une publication dont le thème ou la caractéristique dominante sont les choses sexuelles. Aux termes du *Code criminel*, le droit pénal positif est contenu dans le *Code* lui-même et il serait

give a prescription for obscenity and get be taken to have preserved the larger common law definition. The test in s. 159(8) should be applied in all other provisions of the *Code* where the obscenity revolves around sex considerations and the *Hicklin* test should not be applied when the test prescribed in s. 159(8) is not met. The *Hicklin* rule cannot be maintained consistently with the prescription of s. 159(8) because it goes much beyond that prescription.

The judicial approach should be to give a consistent meaning to the same word used by Parliament where that word is a designation of an offence which is of generic character or distributive by reason of the specification of different situations in which it may be committed.

Per: Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: Section 159(8) refers only to publications and not to any other form of expression. The issue here therefore turns on the meaning to be given to the word "publication". This meaning is not to be derived from the verb "to publish" but from the noun itself which may be defined as "that which is published".

The appellant made the character of his wares publicly known. This he did by making it publicly known by the two large signs at the entrance of his shop that it dealt in erotic material and by displaying the articles in glass cases plainly visible to the visiting public, such articles being accompanied by descriptions phrased in language the dominant characteristic of which was the undue exploitation of sex. The articles in question were therefore publications within the meaning of s. 159(8). It was established in *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681, that in relation to a "publication" the statutory provisions regarding obscenity are exclusive.

Brodie v. The Queen, [1962] S.C.R. 681, followed; *R. v. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273; *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. v. Carty* (1972), 6 C.C.C. (2d) 248; *R. v. Lambert* (1965), 47 C.R. 12; *R. v. Small* (1973), 12 C.C.C. (2d) 145; *R. v. Goldberg and Reitman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 187; *R. v. Times Square Cinema* (1971), 4 C.C.C. (2d) 229; *R. v. O'Reilly*, [1970] 3 O.R. 429; *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 130; *Daylight Theatre Co. Ltd. v. The Queen* (1973), 24 C.R.N.S. 368; *Gaysek v. The Queen*, [1971] S.C.R. 888, referred to.

étrange que le Parlement prévoie une définition de l'obscénité tout en préservant une définition plus large, le critère fourni par la *common law*. Le critère établi par le par. 159(8) doit être appliqué à l'égard de toutes les autres dispositions du *Code* où l'allégation d'obscénité se rapporte à des choses sexuelles et la règle élaborée dans *Hicklin* ne doit pas être appliquée lorsque le critère prescrit par le par. 159(8) n'est pas satisfait. Le critère énoncé dans *Hicklin* n'est pas compatible avec les dispositions du par. 159(8) parce qu'il va beaucoup plus loin que ces dispositions.

Les tribunaux judiciaires devraient viser à donner une définition constante au mot employé par le Parlement quand ce mot désigne une infraction de nature générique ou une infraction qui peut prendre diverses formes, du fait que les différentes situations dans lesquelles elle peut être commise sont précisées.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Le paragraphe 159(8) ne vise que des publications et aucune autre forme d'expression. Le litige dépend donc du sens du mot «publication». Il ne faut pas étudier la signification du verbe «publier» mais celle du nom «publication» qui signifie: «ce qui est publié».

L'appelant rendait public le caractère des marchandises qu'il vendait. Il avertissait le public, par les panneaux publicitaires à l'entrée de la boutique, qu'il vendait des marchandises à caractère érotique, et en exposant dans des vitrines, à la vue de ceux qui entraient dans la boutique, les objets en cause accompagnés d'une description formulée dans un langage dont la caractéristique dominante était l'exploitation des choses sexuelles. Les articles en question étaient donc des «publications» aux termes du par. 159(8). L'arrêt *Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681 a établi qu'en ce qui concerne les «publications» les dispositions légales relatives à l'obscénité excluent tout autre critère.

Arrêt suivi: *Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681; arrêts mentionnés: *R. v. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273; *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. v. Carty* (1972), 6 C.C.C. (2d) 248; *R. v. Lambert* (1965), 47 C.R. 12; *R. v. Small* (1973), 12 C.C.C. (2d) 145; *R. v. Goldberg and Reitman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 187; *R. v. Times Square Cinema* (1971), 4 C.C.C. (2d) 229; *R. v. O'Reilly*, [1970] 3 O.R. 429; *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 130; *Daylight Theatre Co. Ltd. v. The Queen* (1973), 24 C.R.N.S. 368; *Gaysek c. La Reine*, [1971] R.C.S. 888.

Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal from a judgment of Scott Co. Ct. J.² on trial *de novo* upholding convictions on charges involving unlawful possession for distribution of obscene materials. Appeal dismissed.

E. W. Trasewick, for the appellant.

David H. Doherty, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Judson, Spence and Dickson JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant was convicted on a charge, laid under s. 159(1)(a) of the *Criminal Code* that, within a specified period of time, he “unlawfully did have in his possession, for the purpose of distribution, obscene materials consisting of written matter, pictures, models, preparations, tape recordings and other devices, equipment and paraphernalia”. The information containing this charge also included three other counts, being another one under s. 159(1)(a) and two under s. 159(2)(a), but these were withdrawn. The conviction was upheld after a trial *de novo* before Judge D. H. Scott, and leave to appeal to the Ontario Court of Appeal was given by that Court on the question “[whether] the test of obscenity laid down in s. 159(8) of the *Criminal Code* [applies] to the articles which were the subject matter of the charge in this case”. The contention before that Court was that s. 159(8) was confined to printed material only. Gale C.J.O., speaking for the Court in giving leave in the light of that contention, observed that “no Court of Appeal in Canada has held that articles and devices such as the ones in question here are embraced by . . . section 159(8) . . .”

Having given leave, the Ontario Court of Appeal, in the words of Gale C.J.O. disposed of the appeal as follows:

Turning to the merits of the appeal on that point, we have no difficulty whatever in coming to the conclusion that the subsection does extend to objects such as these. In *Regina v. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273, a judgment of our Court, and in *Regina v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110, a decision of the Court of Appeal of British

d'appel de l'Ontario¹ rejetant un appel d'un jugement du juge Scott de la Cour de comté² en procès *de novo*, confirmant les déclarations de culpabilité sur l'accusation de possession, aux fins de distribution, d'articles obscènes. Pourvoi rejeté.

E. W. Trasewick, pour l'appelant.

David H. Doherty, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson, Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appelant a été déclaré coupable, sur une accusation portée en vertu de l'al. 159(1)a) du *Code criminel*, de [TRADUCTION] «possession illégale, aux fins de distribution, d'articles obscènes consistant en des écrits, livres, modèles, préparations, bandes magnétiques, appareils et autres accessoires», pendant une période précisée dans l'acte d'accusation. La dénonciation contenait en outre trois autres chefs d'accusation, abandonnés depuis, l'un relevant également de l'al. 159(1)a) et les deux autres de l'al. 159(2)a). La condamnation a été maintenue après un procès *de novo* devant le juge D. H. Scott et la Cour d'appel de l'Ontario a accordé l'autorisation d'interjeter appel sur la question de savoir [TRADUCTION] «[si] le critère d'obscénité énoncé au par. 159(8) du *Code criminel* [s'applique] aux articles en cause dans l'accusation». On a plaidé devant cette Cour que le par. 159(8) ne vise que les imprimés. Le juge en chef Gale qui, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a accordé l'autorisation d'interjeter appel sur la base de cet argument, a fait remarquer que [TRADUCTION] «aucune cour d'appel du Canada n'a jugé que les dispositions du par. 159(8) . . . couvrent des articles et accessoires comme ceux en cause en l'espèce».

Ayant accordé l'autorisation d'interjeter appel, la Cour d'appel de l'Ontario, par la voix du juge en chef Gale, a tranché l'appel en ces termes:

[TRADUCTION] Quant au fond de l'appel sur ce point, nous n'hésitons pas à conclure que le paragraphe s'applique aussi à de pareils objets. Dans *Regina v. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273, un arrêt de la présente cour, et dans *Regina v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110, un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, on a statué

¹ (1974), 18 C.C.C. (2d) 106.

² 18 C.C.C. (2d) 107.

¹ (1974), 18 C.C.C. (2d) 106.

² 18 C.C.C. (2d) 107.

Columbia, it was held that section 159(8) of the Code applies to paintings, pictures and motion picture films. It appears to us that to conclude that this subsection does not extend to articles such as these would be quite illogical. In other words, it would be nonsensical to hold that while pictures of the articles would be included in the terms of section 159(8) of the Code, the subjects of the pictures themselves would not come within that subsection.

Leave to come to this Court was given on the following question of law:

Did the Court of Appeal err in holding that s. 159(8) of the Criminal Code applied to the articles found by the trial judge to be obscene and that consequently the trial judge did not err in holding that s. 159(8) provided the sole test of obscenity in respect to those articles?

The articles alleged to be obscene in this case, and so found by Judge Scott on the trial *de novo*, may comprehensively be called sex devices or sex stimulators. They embraced a wide range, as indicated by the fact that more than seventy were filed as exhibits. Some had been displayed in the accused's shop window where they were accompanied by a framed written description of their character and use. Catalogues showing these items and containing identical descriptions in respect of the items in the shop window were among the exhibits at the trial *de novo*. It does not appear, however, that the catalogues themselves were the subject of the charge on which the accused was convicted. Judge Scott divided the articles into two groups and found those in one group obscene and those in the second group not obscene. What is important in this case is not an examination and assessment of the articles put by the trial judge into the one group or the other, but rather whether he and the Court of Appeal erred in applying to those articles the test of obscenity found in s. 159(8) of the *Criminal Code*. In approaching this question, I put to one side (because there was no issue raised on these points) the question of possession and the fact that distribution of the articles was contemplated by the accused; nor was there any claim in this Court of the defence of public good, within s. 159(3)(4).

que le par. 159(8) du Code s'applique aux peintures, aux images et aux films. A notre avis, il serait illogique de conclure que ce paragraphe ne s'applique pas aux objets en cause. En d'autres termes, il serait absurde de juger que la représentation des objets relève du par. 159(8) du Code, mais que les objets représentés y échappent.

L'autorisation d'interjeter appel devant cette Cour a été accordée sur la question de droit suivante:

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en statuant que le par. (8) de l'art. 159 du Code criminel s'appliquait aux articles considérés obscènes par le juge de première instance et que, par conséquent, le juge de première instance avait eu raison de décider que le par. (8) de l'art. 159 constituait le seul critère d'obscénité à l'égard de ces articles?

Les articles en question, que le juge Scott a jugés obscènes dans le procès *de novo*, peuvent être décrits comme des stimulants érotiques. Ils sont nombreux et variés: on en a d'ailleurs déposé 70 à titre de pièces à conviction. Certains avaient été exposés dans la vitrine de la boutique de l'accusé, accompagnés d'une description et d'un mode d'emploi encadrés. Des catalogues représentant ces articles et contenant les mêmes descriptions que dans la vitrine ont été déposés comme pièces au procès *de novo*. Cependant, il ne semble pas que ces catalogues étaient visés par l'accusation aux termes de laquelle l'appellant a été déclaré coupable. Le juge Scott a réparti les articles en deux catégories et a jugé que ceux de la première étaient obscènes et que ceux de la seconde ne l'étaient pas. L'important en l'espèce n'est pas d'examiner et d'évaluer la façon dont le juge du procès a réparti les articles dans l'une ou l'autre des catégories, mais plutôt de déterminer si ce dernier et la Cour d'appel ont commis une erreur en appliquant à ces articles le critère d'obscénité établi au par. 159(8) du *Code criminel*. Pour résoudre cette question, je mets de côté la question de la possession et le fait que l'accusé projetait de distribuer les articles, parce que ces points n'ont pas été soulevés. On n'a pas non plus invoqué devant cette Cour le moyen de défense fondé sur le bien public, au sens des par. 159(3) et (4).

It will be sufficient to reproduce s. 159(1) and (8) to provide a basis for considering the legal question posed by this Court and dealt with by the Ontario Court of Appeal. These provisions are as follows:

- 159. (1)** Every one commits an offence who
- (a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatsoever, or
 - (b) makes, prints, publishes, distributes, sells or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation, a crime comic.

(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.

In his reasons for conviction, the trial judge concluded, after canvassing various cases including the judgment of this Court in *Brodie v. The Queen*³, that s. 159(8) provided an exhaustive test of obscenity, displacing the common law test of *R. v. Hicklin*⁴. The authorities that he cited made it evident, however, that the test of obscenity under s. 159(8) had theretofore been applied, following the reasons of Judson J. in the *Brodie* case, only to undue exploitation of sex and, moreover, that the statutory test had theretofore depended on showing that this exploitation was a dominant characteristic of a "publication", a word not defined in s. 159.

What appears to be new in Judge Scott's decision was the application of the test to a charge of distribution which did not involve a "publication". I point out, however, that one of the submissions of counsel for the Crown was that the noun "publication" in s. 159(8) should be taken to embrace articles or contrivances of the kind in question here when associated with the written descriptions thereof and that in such an association they could fall within the proscription of the charge of posses-

Il suffit de citer les par. 159(1) et (8) pour fonder notre étude de la question de droit, telle que formulé par cette Cour et traitée auparavant par la Cour d'appel de l'Ontario:

- 159. (1)** Commet une infraction, quiconque
- a) produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène, ou
 - b) produit, imprime, publie, distribue, rend, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, une histoire illustrée de crime.

(8) Aux fins 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 quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

Dans ses motifs concluant à la culpabilité, le juge de première instance a décidé, après avoir examiné plusieurs arrêts de cette Cour, dont *Brodie c. La Reine*³, que le par. 159(8) fournissait une définition exhaustive de l'obscénité et remplaçait le critère de *common law* établi dans *R. v. Hicklin*⁴. Toutefois les arrêts qu'il cite indiquent clairement que le critère de l'obscénité défini au par. 159(8) n'a été appliqué jusqu'ici, à la suite des motifs du juge Judson dans l'arrêt *Brodie*, que dans le cas d'exploitation indue de choses sexuelles et en outre que l'application de ce critère légal a dépendu jusqu'ici de la preuve que cette exploitation était une caractéristique dominante de la «publication» (mot que l'art. 159 ne définit pas).

Le jugement du juge Scott innove en ce sens qu'il applique ce critère à une accusation de distribution d'articles qui ne sont pas des «publications». Je souligne toutefois que selon un des arguments du ministère public, le nom «publication» au par. 159(8) doit comprendre les articles ou appareils en question ici, puisqu'ils sont accompagnés d'une description écrite de sorte qu'ils pourraient tomber sous le coup d'une accusation de possession aux fins de distribution. La question de savoir si ces

³ [1962] S.C.R. 681.

⁴ (1868), L.R. 3 Q.B. 360.

³ [1962] R.C.S. 681.

⁴ (1868), L.R. 3 Q.B. 360.

sion for the purpose of distribution. Whether, on this view of the matter, they could also be caught on a charge of publishing or of having in possession for the purpose of publication under s. 159(1)(a) was left at large.

The factual basis for the foregoing position was not clearly reflected in Judge Scott's reasons, although in assessing whether certain contrivances were obscene he did refer to their descriptions. The descriptions, admitted by the accused to be his or, at least, adopted by him, were in the nature of evidence of the character or use of the articles; and it is their character or use that brought them within the scope of obscenity under the trial judge's finding. The descriptions merely identified their purpose and, in my opinion, it would be stretching the word "publication" beyond reason to find that because of an associated description an article of commerce, not being written or visual matter, became a publication when it would not be one if it stood alone. Displaying wares is not publishing them, nor can a manufactured article, having no communicative character, be termed a "publication" without a statutory enlargement of the ordinary meaning of that word.

The reasons given by the Court of Appeal in no way indicate that the Court brought the particular articles within s. 159(8) by reason of the associated descriptions. It does appear, rather, that the Court considered them to fall within s. 159(8) *per se*. I take this view by reason of the Court's reference to *R. v. Cameron*⁵, and to *R. v. Fraser*⁶, dealing respectively with paintings and with books and moving pictures. I would observe, however, that the *Cameron* case did not decide that paintings were "publications" within s. 159(8). The Court there proceeded on the basis of the agreement of counsel that they should be so regarded. In the *Fraser* case, where the charge was one of possession of obscene matter (books and moving pictures) for the purpose of publication, distribution or circulation, the British Columbia Court of Appeal held that the motion pictures, which the

articles et appareils peuvent également donner lieu à l'accusation de publication ou de possession à cette fin, aux termes de l'al. 159(1)a), n'a pas été discutée.

Le juge Scott n'a pas exposé clairement les faits sur lesquels il a fondé son raisonnement bien qu'en déclarant obscènes certains de ces objets, il ait effectivement mentionné les descriptions que l'accusé a reconnu avoir rédigées ou reproduites. Elles concernaient les caractéristiques et le mode d'emploi des articles; selon le juge de première instance, c'est cette description de leurs caractéristiques et de leur mode d'emploi qui en faisait des articles obscènes. Les descriptions visaient seulement à expliquer l'utilisation des articles et, à mon avis, c'est fausser le sens du mot «publication» que de conclure que parce qu'un article commercial, autre qu'un écrit ou une image, est accompagné d'une description, il devient une publication, alors qu'en lui-même cet article n'en serait pas une. Exposer des articles n'est pas synonyme de publier et un article manufacturé, n'ayant aucunement le caractère d'un message, ne peut être considéré comme une «publication» sans qu'une loi élargisse le sens ordinaire de ce terme.

Les motifs de la Cour d'appel n'indiquent pas du tout qu'elle a considéré que les articles en question relevaient du par. 159(8) à cause des descriptions qui les accompagnaient. Au contraire, la Cour a manifestement jugé que les articles tombaient d'eux-mêmes sous le coup de l'interdiction prévue au par. 159(8). C'est ce que je déduis des renvois aux arrêts *R. v. Cameron*⁵, et *R. v. Fraser*⁶, portant respectivement sur des peintures et sur des livres et des films. Je souligne cependant que l'arrêt *Cameron* n'a pas statué que des peintures étaient des «publications» au sens du par. 159(8), mais que la Cour les a considérées comme telles du consentement des avocats. Dans l'affaire *Fraser*, relative à une accusation de possession d'articles obscènes (livres et films) aux fins de publication, de distribution ou de mise en circulation, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que les

⁵ [1966] 4 C.C.C. 273, appeal quashed [1967] S.C.R. v.

⁶ [1966] 1 C.C.C. 110, aff'd [1967] S.C.R. 38.

⁵ [1966] 4 C.C.C. 273, appel annulé [1967] R.C.S. v.

⁶ [1966] 1 C.C.C. 110, conf. [1967] R.C.S. 38.

convicting magistrate found to be obscene, were publications within what is now s. 159(8). This issue does not appear to have been raised when the *Fraser* case came to this Court but, even if I was satisfied that the British Columbia Court could properly characterize the motion pictures as publications, it does not follow that the articles in the present case may be so characterized.

I prefer the view that the articles in question here are not "publications". Crown counsel took the alternative position that, accepting this view, it was still proper for the trial judge and the Court of Appeal (if that is what it did) to apply the test of obscenity in s. 159(8) to the charge of possession for the purpose of distributing under s. 159(1)(a). He thus joined issue with the appellant on the central point in the latter's case, namely, that the formulation of s. 159(8) (and especially the concluding words "shall be deemed to be obscene") pointed to a particular definition in respect of publications, leaving the common law *Hicklin* rule to apply to the undefined word "obscene" in s. 159(1)(a). Counsel for the appellant also laid emphasis on the fact that s. 159(8) could not appropriately be applied to the articles in question here when regard was had to the association therein of "sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence". I do not find this submission in itself persuasive when among the subjects associated with sex are cruelty and violence. The issue lies in the general formulation of a "publication" which "shall be deemed to be obscene".

Counsel for the respective parties agreed that it was undesirable to have two definitions of obscenity, here two definitions where the obscenity related to exploitation of sex, but counsel for the appellant contended that the facts of this case revealed a failure of Parliament to establish a uniform test and the Courts could not come to it without legislating. They could not establish uniformity (so it was alleged) merely through interpretation, which was their only role where statutes are concerned.

It is doubtful, in my opinion, that the appellant would find any solace if his culpability was deter-

films, considérés comme obscènes par le magistrat, constituaient des publications au sens de la disposition qui est maintenant le par. 159(8). La question ne semble pas avoir été soulevée au cours du pourvoi devant cette Cour mais, même si j'étais convaincu que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pouvait à juste titre considérer les films comme des publications, cela ne veut pas dire que les articles en cause ici peuvent également en être.

J'opte pour le point de vue que les articles faisant l'objet du litige ne sont pas des «publications». Subsidiairement, l'avocat du ministère public a soutenu que, même dans ce cas-là, le juge de première instance et la Cour d'appel (si c'est ce qu'elle a fait) ont eu raison d'appliquer le critère de l'obscénité du par. 159(8) à l'accusation de possession aux fins de distribution portée en vertu de l'al. 159(1)a). Il s'est donc attaqué à l'argument principal de l'appellant, à savoir que le libellé du par. 159(8) (et surtout l'expression «est réputée obscène») visait une définition particulière concernant les «publications», de sorte que la règle de *common law* élaborée dans *Hicklin* s'appliquait au mot «obscène» qui n'est pas défini à l'al. 159(1)a). L'avocat de l'appellant a aussi insisté sur le fait que le par. 159(8) ne peut valablement s'appliquer aux articles en question car celui-ci associe les «choses sexuelles et . . . l'un quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence». Je ne trouve pas cet argument convaincant lorsque, parmi les sujets associés aux choses sexuelles, on trouve la cruauté et la violence. Le litige porte donc sur le sens général de l'expression une «publication . . . réputée obscène».

Les avocats des parties ont convenu qu'il n'était pas souhaitable d'avoir deux définitions de l'obscénité, toutes deux relatives à l'exploitation des choses sexuelles, mais l'avocat de l'appellant a soutenu que les faits de cette affaire révèlent simplement que le Parlement n'a pas établi de critère uniforme et que les tribunaux ne pourraient pas y parvenir sans légiférer. Les tribunaux ne peuvent uniformiser ce critère (a-t-il prétendu) en ayant recours aux règles d'interprétation, leur seule option lorsque le litige porte sur un texte législatif.

Je doute fort que l'appellant trouve quelque réconfort à être jugé selon la règle élaborée dans

mined under the *Hicklin* rule. In *R. v. Carty*⁷, where a charge of possession for purpose of distribution related to articles of a kind similar to those involved here, District Court Judge Kidd in Alberta held that the accused was liable to conviction under either test of obscenity. He realized the dilemma that confronted him, namely, that if the articles were not "publications" within s. 159(8) it was doubtful that the issue of obscenity could be determined under the test in that provision, and to consider them as "publications" would be a distortion of the meaning of that word. He took comfort in the reasons of McFarlane J. in *R. v. Lambert*⁸, at p. 15 who noted that the *Brodie* case was concerned with "publications" which were deemed to be obscene if they possessed certain characteristics, and that where the charge did not relate to publications, there was no binding decision requiring the application of the test prescribed by s. 159(8). McFarlane J. also escaped the dilemma by holding that the charge, being one of mailing obscene matter under what is now s. 164, was established, whether the *Hicklin* test or that under s. 159(8) was applied.

Another instance of the same dilemma, referable to a charge under s. 163 of presenting and appearing in an obscene performance, is evident in *R. v. Small*⁹, where the majority of the British Columbia Court of Appeal distinguished the act of publishing under s. 159(1)(a) and "publication" under s. 159(8), noting that the *Brodie* case was concerned with a book as a publication under the latter provision. The majority judgment refused to apply the test in s. 159(8) to determine whether the theatrical performance was obscene under s. 163, holding that it was not a publication. At the same time, the majority held that the *Hicklin* test, developed in relation to books, should not be applied to a theatrical performance. In the result, Robertson J.A., speaking for the majority, having by his reasoning (as he himself said) left himself

Hicklin. En Alberta, dans l'affaire *R. v. Carty*⁷, relative à une accusation de possession, aux fins de distribution, d'articles similaires à ceux dont il s'agit ici, le juge Kidd de la Cour de district a jugé que l'accusé pouvait être déclaré coupable aux termes de l'un ou l'autre des deux critères de l'obscénité. Il s'est rendu compte du dilemme posé, c'est-à-dire d'une part que si les articles ne sont pas des «publications» au sens du par. 159(8), il n'est pas certain que la question de l'obscénité puisse être tranchée à la lumière du critère établi dans cette disposition et, d'autre part, que les considérer comme des «publications» reviendrait à forcer le sens de ce mot. Il s'est appuyé sur les motifs du juge McFarlane dans *R. v. Lambert*⁸, à la p. 15, qui a souligné que l'affaire *Brodie* portait sur des «publications» réputées obscènes si elles possédaient certaines caractéristiques et que lorsque l'accusation ne visait pas des publications, aucune jurisprudence n'imposait l'application du critère prescrit par le par. 159(8). Le juge McFarlane a aussi évité le dilemme en jugeant que l'accusation (en l'occurrence d'avoir transmis par la poste des objets obscènes) aux termes de la disposition qui est maintenant l'art. 164 avait été prouvée, que l'on applique le critère énoncé dans *Hicklin* ou au par. 159(8).

L'affaire *R. v. Small*⁹, relative à une accusation, aux termes de l'art. 163, d'avoir présenté une représentation obscène et d'y avoir participé, illustre aussi ce dilemme; dans cette affaire, le jugement de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établi une distinction entre l'action de publier au sens de l'al. 159(1)a) et une «publication» au sens du par. 159(8), soulignant que l'affaire *Brodie* concernait un livre et donc une publication au sens de ce dernier paragraphe. Dans son jugement, la majorité de la Cour a refusé d'appliquer le critère établi au par. 159(8) pour déterminer si la représentation théâtrale était obscène au sens de l'art. 163, parce qu'à son avis, il ne s'agissait pas d'une publication. Dans le même arrêt, elle a jugé que le critère énoncé dans *Hicklin* relativement à des livres, ne devait pas s'appliquer

⁷ (1972), 6 C.C.C. (2d) 248.

⁸ (1965), 47 C.R. 12.

⁹ (1973), 12 C.C.C. (2d) 145.

⁷ (1972), 6 C.C.C. (2d) 248.

⁸ (1965), 47 C.R. 12.

⁹ (1973), 12 C.C.C. (2d) 145.

without either a statutory or judicial definition of obscene performance, concluded that he should interpret the words "obscene performance" in s. 163 "in their natural and ordinary sense". He then propounded a number of matters to be considered for that exercise and ordered a new trial accordingly.

Nemetz J.A. (as he then was), in a concurring judgment, concluded that performance of a play in public was a publication, enabling him to apply the test of obscenity under s. 159(8), but he joined in the order for a new trial because the trial judge rejected uncontradicted evidence of the defence on the question of community standards and made a finding unsupported by the evidence. He seemed to be apprehensive that otherwise a producer of a play based on a book would escape prosecution when the distributor of the book would be liable to conviction. I do not think that this follows, but the learned judge's concern again points up the dilemma of which I have spoken.

The dilemma has resulted, in my opinion, in Courts pressing on the meaning of publication in s. 159(8) in order to be able to apply the test of obscenity which that provision prescribes rather than the *Hicklin* rule, a judge-made rule which has been extensively criticized in both judicial decisions in this country and in periodical literature: see, Mackay, *The Hicklin Rule and Judicial Censorship* (1958), 36 Can. Bar Rev. 1. Judson J. in the *Brodie* case considered the *Hicklin* definition of obscenity to be "vague, difficult and unsatisfactory to apply": see [1962] S.C.R. 681, at p. 702. Illustrative of the cases pressing on the term "publication" in s. 159(8) are *R. v. Goldberg and Reitman*¹⁰ (movies); *R. v. Times Square Cinema*¹¹ (video tape); *R. v. O'Reilly*¹², (play); *R.*

dans le cas d'une représentation théâtrale. En conséquence, le juge Robertson, porte-parole de la majorité, après avoir écarté dans son raisonnement (comme il l'a lui-même déclaré) toute définition légale ou judiciaire de l'expression «représentation obscène», a conclu que les mots «représentation obscène» à l'art. 163 devaient être interprétés [TRADUCTION] «selon leur sens courant et ordinaire». Il a ensuite exposé certains points à étudier à cette fin et a ordonné un nouveau procès.

Le juge d'appel Nemetz (tel était alors son titre), dans ses motifs au même effet, a conclu que la représentation publique d'une pièce était une publication, ce qui rendait possible l'application du critère de l'obscénité établi au par. 159(8). Il s'est néanmoins rallié à la majorité pour ordonner un nouveau procès parce que le juge de première instance avait rejeté la preuve non réfutée présentée par la défense sur les mœurs de la collectivité et donc était parvenu à une conclusion non étayée par la preuve. Il craignait qu'autrement le metteur en scène d'une pièce basée sur un livre ne soit pas passible de poursuites alors que le distributeur du livre pourrait l'être. Je ne pense pas que ce raisonnement soit exact, mais le savant juge expose néanmoins dans son jugement le dilemme dont je viens de parler.

A mon avis, le dilemme résulte du fait que les tribunaux ont forcé le sens du mot «publication» au par. 159(8) afin d'appliquer le critère de l'obscénité qui y est défini, plutôt que la règle élaborée dans *Hicklin*, une règle jurisprudentielle et considérablement critiquée par les tribunaux canadiens et les revues juridiques: voir, Mackay, *The Hicklin Rule and Judicial Censorship* (1958), 36 Rev. du Bar. can. 1. Dans *Brodie*, le juge Judson a qualifié la définition de l'obscénité élaborée dans *Hicklin* de [TRADUCTION] «vague et difficile d'application»: voir [1962] R.C.S. 681, à la p. 702. Les arrêts suivants donnent des exemples de définition élargie du mot «publication» au par. 159(8): *R. v. Goldberg and Reitman*¹⁰ (films); *R. v. Times Square Cinema*¹¹ (magnétoscope); *R. v.*

¹⁰ (1971), 4 C.C.C. (2d) 187.

¹¹ (1971), 4 C.C.C. (2d) 229.

¹² [1970] 3 O.R. 429.

¹⁰ (1971), 4 C.C.C. (2d) 187.

¹¹ (1971), 4 C.C.C. (2d) 229.

¹² [1970] 3 O.R. 429.

*v. Campbell*¹³ (theatrical performance); *Daylight Theatre Co. Ltd. v. The Queen*¹⁴ (movies).

This Court should resolve the dilemma revealed by the case law and say whether s. 159(8) exhaustively defines obscenity where exploitation of sex is concerned, regardless of whether or not a "publication" is involved. I take the *Brodie* case as the proper starting point for the consideration of this matter because there the Court was divided on the question whether s. 159(8) established the exhaustive test of obscenity even in respect of what was clearly a publication. Thus, Fauteux J., as he then was, and Ritchie J. thought that s. 159(8) merely expanded the definition of obscenity without displacing the *Hicklin* rule. Three other members of the Court, Kerwin C.J.C., Taschereau J., as he then was, and Locke J., applied s. 159(8) without saying that it was exhaustive and, indeed, Taschereau J. expressly reserved his opinion on that question. Cartwright J., as he then was, also reserved his view on the exhaustiveness of s. 159(8), being content to proceed on counsel's agreement that it was. On the other hand, Judson J., speaking for Abbott and Martland JJ. as well as for himself, was of the firm opinion that s. 159(8) laid down the exhaustive test of obscenity in respect of a publication. He said this (at p. 701):

... A writer who faces a charge of obscenity is entitled to know by what standard his work is to be judged and what defence, if any, he is called upon to make. Under the *Criminal Code*, as amended in 1959, there is no double standard, that is to say (1) the statutory definition intended to strike down the obvious, and (2), the *Hicklin* test still in the background, although unstated in the Code, for those works that are not within the statutory definition. If there is to be a double standard, it must be expressly set out in the Code and I would disapprove of *R. v. Munster* (1960), 129 C.C.C. 277, where, in sending the case back for a new trial, the Supreme Court of Nova Scotia *in banco* held that there was error when the magistrate directed himself exclusively according to s. 150(8) (sic) on the ground that the subsection does not purport to be a definition of what is obscene and because matter not

*O'Reilly*¹², (pièce); *R. v. Campbell*¹³ (représentation théâtrale); *Daylight Theatre Co. Ltd. v. The Queen*¹⁴ (films).

Cette Cour devrait résoudre le dilemme qui ressort de la jurisprudence et déterminer si le par. 159(8) donne une définition exhaustive de l'obscénité en matière d'exploitation de choses sexuelles, qu'il s'agisse ou non d'une «publication». L'arrêt *Brodie* nous donne un bon point de départ pour étudier cette question car la Cour n'était pas unanime sur le point de savoir si le par. 159(8) établissait un critère exhaustif de l'obscénité, même lorsqu'il s'agit clairement d'une publication. Ainsi, le juge Fauteux, alors juge puîné, et le juge Ritchie ont estimé que le par. 159(8) avait pour effet d'étendre la définition de l'obscénité sans écarter la règle élaborée dans *Hicklin*. Trois autres membres de la Cour, le juge en chef Kerwin, le juge Taschereau, alors juge puîné, et le juge Locke ont appliqué le par. 159(8) sans dire pour autant qu'il donnait une définition exhaustive—en fait, le juge Taschereau a expressément déclaré qu'il ne se prononçait pas sur ce point. Le juge Cartwright, alors juge puîné, a également réservé son opinion sur la question et a procédé à partir de l'accord des avocats sur la question. En revanche, le juge Judson, parlant aussi au nom des juges Abbott et Martland, était nettement d'avis que le par. 159(8) donnait une définition exhaustive de l'obscénité en matière de publication. Il a dit ceci (à la p. 701):

[TRADUCTION] ... L'écrivain accusé d'obscénité est en droit de savoir selon quel critère son œuvre sera jugée et quels moyens il peut invoquer en défense. Aux termes du *Code criminel* et de ses modifications de 1959, il n'y a pas dualité de normes, à savoir (1) la définition légale pour les cas évidents, et (2) le critère établi dans *Hicklin*, toujours à l'arrière-plan sans figurer au Code, pour ce qui ne relève pas de ladite définition. Si cette dualité doit subsister, le Code doit le prévoir expressément et je ne suis pas d'accord avec l'arrêt *R. v. Munster* (1960), 129 C.C.C. 277, où, en ordonnant un nouveau procès, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a jugé, *in banco*, que le juge de première instance avait commis une erreur en se fondant exclusivement sur le par. 150(8) (sic), parce que ce paragraphe ne prétend pas donner une définition de l'obscénité et parce que des sujets qui

¹³ (1974), 17 C.C.C. (2d) 130.

¹⁴ (1973), 24 C.R.N.S. 368.

¹³ (1974), 17 C.C.C. (2d) 130.

¹⁴ (1973), 24 C.R.N.S. 368.

included with its provisions may be obscene under the *Hicklin* test.

If a result such as this is to be brought about the legislation must define the two standards of obscenity and tell the Court that the charge is proved if the work offends either standard. I note that this is the way that the New Zealand legislation is framed, *Re Lolita*, [1961] N.Z.L.R. 542 and also the Australian legislation, although not so clearly, as considered in *Wavish v. Associated Newspapers Ltd.*, [1959] V.R. 57; *MacKay v. Gordon & Gatch (Australasia) Ltd.*, [1959] V.R. 420; and *Kyte-Powell v. Heinemann Ltd.*, [1960] V.R. 425. Otherwise, why define obscenity for the purposes of the Act, if it is still permissible for the Court to take a definition of the crime formulated 100 years ago and one that has proved to be vague, difficult and unsatisfactory to apply?

In contrast, I think that the new statutory definition does give the Court an opportunity to apply tests which have some certainty of meaning and are capable of objective application and which do not so much depend as before upon the idiosyncrasies and sensitivities of the tribunal of fact, whether judge or jury. We are now concerned with a Canadian statute which is exclusive of all others.

I agree with him that it would be incongruous to have a double standard for obscenity in respect of publications which exploit sex, especially when, in my opinion, the *Hicklin* rule can be said to be more comprehensive than s. 159(8), leaving this provision as a particular illustration of what is obscene under the *Hicklin* rule and thus as having no independent force. I would not construe this statutory provision in such a dependent sense.

The theory of the *Criminal Code*, reflected in s. 8 thereof is that the substantive criminal law is found in the *Code* itself. There are, of course, situations where words in the *Code* either express or require a reference back to the common law, as, for example, in the case of forgery, but where the *Code* has also brought within the definition of the offence acts which were not offences at common law: see *Gaysek v. The Queen*¹⁵. The present case is different because s. 159(8) does not lie outside

n'y sont pas mentionnés peuvent être obscènes en vertu du critère établi dans *Hicklin*.

Pour parvenir à un tel résultat, la loi doit définir les deux critères de l'obscénité et indiquer aux tribunaux que l'accusation est prouvée si l'œuvre contrevient à l'un des deux. Je souligne que c'est ce que fait la législation néo-zélandaise *Re Lolita*, [1961] N.Z.L.R. 542 et australienne, bien que cette dernière ne soit pas aussi explicite sur ce point, comme le montrent les arrêts *Wavish v. Associated Newspapers Ltd.*, [1959] V.R. 57; *MacKay v. Gordon & Gatch (Australasia) Ltd.*, [1959] V.R. 420; et *Kyte-Powell v. Heinemann Ltd.*, [1960] V.R. 425. Sinon, pourquoi définir l'obscénité aux fins de la Loi, si les tribunaux peuvent toujours recourir à une définition élaborée il y a plus de 100 ans et qui s'est avérée vague et difficile d'application?

En revanche, je pense que la nouvelle définition légale donne à la Cour la possibilité d'appliquer des critères passablement clairs et suffisamment objectifs, dépendant donc moins qu'avant du tempérament et des sentiments du juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury. Nous avons à statuer à partir d'une loi canadienne qui se suffit à elle-même.

Je partage son opinion qu'il serait illogique de maintenir un double critère de l'obscénité pour les publications qui exploitent des choses sexuelles, d'autant plus qu'à mon avis la règle élaborée dans *Hicklin* est d'application plus large que le par. 159(8) et que cette disposition pourrait être considérée comme fournissant des exemples de ce qui est obscène en vertu de cette règle et comme n'ayant, en conséquence, aucun effet propre. Je ne suis pas prêt à interpréter cette disposition de telle façon.

Selon l'art. 8 du *Code criminel*, le droit pénal positif est contenu dans le *Code* lui-même. Il y a bien sûr des cas où les dispositions du *Code* renvoient directement ou indirectement aux règles de *common law* comme, par exemple, dans le cas du faux, mais il y a aussi ceux où le *Code* a inclus dans la définition de l'infraction des actes qui ne constituaient pas des infractions en *common law*: voir *Gaysek c. La Reine*¹⁵. La présente affaire diffère parce que le par. 159(8) ne se situe pas en

¹⁵ [1971] S.C.R. 888.

¹⁵ [1971] R.C.S. 888.

the common law but reflects a definition which would be within it, if the common law test was to be applied; and I would regard it as strange, as did Judson J., for Parliament to give a prescription for obscenity and yet to be taken to have preserved a larger definition. I do not regard the phrase in s. 159(8) "shall be deemed" as detracting from what I have said. It must be taken in context with the opening phrase in s. 159(8) "for the purposes of this Act", and I read this as meaning for all the purposes of the *Criminal Code*. The term "Act" was used when s. 159(8) and the present s. 160 were introduced into the *Criminal Code* by 1959 (Can.), c. 41 which embodied a large number of amendments and in which the *Criminal Code* was referred to as "the Act". That designation in the original of s. 159(8) has remained.

I am not only satisfied to regard s. 159(8) as prescribing an exhaustive test of obscenity in respect of a publication which has sex as a theme or characteristic but I am also of the opinion that this Court should apply that test in respect of other provisions of the *Code*, such as ss. 163 and 164, in cases in which the allegation of obscenity revolves around sex considerations. Since the view that I take, in line with that expressed by Judson J. in the *Brodie* case, is that the *Hicklin* rule has been displaced by s. 159(8) in respect of publications, I would not bring it back under any other sections of the *Code*, such as ss. 159, 163 and 164, to provide a back-up where a sexual theme or sexual factors are the basis upon which obscenity charges are laid and the charges fail because the test prescribed by s. 159(8) has not been met.

The *Hicklin* rule was established in a case which dealt with a pamphlet, with a "publication", as that word is ordinarily understood. Although it was an attack upon the Roman Catholic Church, and especially upon the confessional practice of that Church, the basic allegation was the depravity of the priesthood, a depravity having sexual aspects. In my opinion, the *Hicklin* test cannot be maintained consistently with the prescription of s. 159(8) because it goes much beyond that prescription.

dehors de la *common law*, mais donne une définition qui y ressortirait si le critère de *common law* était appliqué; et, comme le juge Judson, j'estime qu'il serait étrange que le Parlement prévoie une définition de l'obscénité tout en préservant une définition plus large. A mon avis, l'expression «est réputée», au par. 159(8), n'est pas incompatible avec ce que je viens de dire. Elle doit être interprétée dans le contexte des premiers mots du par. 159(8) «aux fins de la présente loi», ce qui, à mon avis, signifie «aux fins du *Code criminel*». Le mot «loi» date de l'introduction du par. 159(8) et de l'actuel art. 160 dans le *Code criminel*, par. 1959 (Can.), c. 41, qui contenait plusieurs modifications dans lesquelles le *Code criminel* était désigné par le mot «loi». Cette désignation que l'on trouve dans le texte initial du par. 159(8), a été maintenue.

Non seulement suis-je d'avis de considérer que le par. 159(8) donne une définition exhaustive de l'obscénité en matière de publications dont la caractéristique ou le thème principal portent sur les choses sexuelles, mais j'estime également que cette Cour devrait appliquer ce critère à l'égard d'autres dispositions du *Code*, notamment les art. 163 et 164, dans le cas où l'allégation d'obscénité se rapporte à des choses sexuelles. Puisque je conclus, comme le juge Judson dans *Brodie*, que la règle élaborée dans *Hicklin* a été écartée par le par. 159(8) en matière de publications, je suis d'avis qu'elle ne devrait être invoquée à l'égard d'aucune autre disposition du *Code*, comme les art. 159, 163 et 164, pour fournir un critère supplémentaire dans le cas où des accusations d'obscénité échouent parce que le critère prescrit au par. 159(8) n'est pas satisfait.

La règle élaborée dans *Hicklin* a été établie dans une affaire relative à un pamphlet, à une «publication», au sens ordinaire de ce mot. Il s'agissait d'une attaque contre l'Église catholique, et plus particulièrement les confessionnaires, alléguant principalement la corruption des prêtres prenant parfois l'aspect d'une dépravation sexuelle. A mon avis, le critère énoncé dans *Hicklin* n'est pas compatible avec les dispositions du par. 159(8) parce qu'il va beaucoup plus loin que cette disposition.

It is reasonable for a Court to apply the statutory standard, prescribed by Parliament as a definition of an offence of a generic character, when it is called upon to determine, in allied provisions of the *Criminal Code*, the sense in which the expression of some offence, made punishable in other circumstances, should be taken. Where no constitutional considerations are involved but only the interpretation and application of the words of Parliament, the judicial approach should be in the direction of consistency of meaning of the same word used by Parliament where that word is a designation of an offence which is a distributive one by reason of the specification of different situations in which it may be committed. So it is with obscenity in the various provisions of the *Code* under which it is an offence. If the issue under any of those provisions is sexual exploitation, either alone or in association with any of the subjects mentioned in s. 159(8), then I think it the proper course for this Court to apply in all such cases the standard or test that s. 159(8) prescribes for publications.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

RITCHIE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by the Chief Justice and while I agree with him that this appeal should be dismissed, I reach this conclusion for such materially different reasons that I find it necessary to express my views separately.

The Chief Justice has discussed the circumstances giving rise to this appeal at some length and I will endeavour to avoid repetition except in so far as I find it necessary in order to make my views clear.

The appellant operated a business of the type sometimes described as a "sex shop" where he exhibited for sale to the public certain items which were obviously designed for, and could in fact only be used for, unnatural sexual practices. The manner in which these items were presented to the public is described by the trial judge as follows:

Il est raisonnable qu'un tribunal applique la définition légale, prescrite par le Parlement pour une infraction de nature générique, lorsqu'il doit déterminer, au sujet de dispositions connexes du *Code criminel*, le sens qu'il faut donner à la définition d'une infraction punissable en d'autres circonstances. Lorsque le problème ne porte pas sur une question constitutionnelle mais seulement sur l'interprétation et l'application des termes employés par le Parlement, les tribunaux judiciaires devraient viser à donner une définition constante au mot employé à plusieurs reprises par le Parlement lorsque ce mot désigne une infraction qui peut prendre diverses formes, du fait que les différentes situations dans lesquelles elle peut être commise sont précisées. C'est le cas de l'obscénité qui, aux termes de nombreuses dispositions du *Code*, constitue une infraction. Lorsque le litige en vertu de l'une de ces dispositions concerne un cas d'exploitation de choses sexuelles, seule ou avec l'un quelconque des sujets mentionnés au par. 159(8), j'estime que cette Cour doit appliquer la norme ou le critère établi au par. 159(8) à l'égard des publications.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Le jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le Juge en chef. Je conclus comme lui au rejet du pourvoi, mais pour des motifs tellement différents que j'estime nécessaire d'exprimer mon opinion séparément.

Le Juge en chef a exposé en détail les circonstances à l'origine de ce pourvoi et je tenterai d'éviter toute répétition sauf dans la mesure où cela s'avérera nécessaire pour exposer clairement mon point de vue.

L'appellant exploitait une entreprise du genre de ce qu'on appelle parfois un «sex shop», où il exposait à la vue du public pour les vendre certains articles qui étaient de toute évidence destinés à certaines perversions sexuelles. Le juge de première instance a décrit comme suit le mode de présentation de ces articles au public:

According to Exhibit 1(p) the store had two large signs on either side of the entrance, in large letters reading, 'Erotique Ltd.'. There are two window displays of various books and assorted paraphernalia. A number of photographs admitted in evidence show the interior of the store. Briefly, a quantity of articles was displayed in glass cases plainly visible to anyone attending at the premises, while under each item was a framed description of the article with its price

The framed description to which the trial judge refers was identical in wording with those contained in a catalogue which was one of the exhibits before this Court, and in this regard the trial judge made the following finding in the concluding portion of his reasons for judgment:

In any event, having considered the articles (and more particularly their description) which I have found to be obscene, I am of the opinion that their dominant characteristic is the undue exploitation of sex and taking a general average of community thinking and feeling, they are a clear and unequivocal offence against community standards.

The Court of Appeal, in a judgment delivered by Chief Justice Gale on behalf of himself and Evans and Martin, J.J.A., limited the issue before it to one point which was expressed as follows:

The only point to which we gave consideration was the first one argued, namely, that the test of obscenity laid down in section 159(8) of the Criminal Code does not apply to the articles which were the subject matter of the charge in this case, the contention being that the subsection is confined to printed material only. We agree that there is a question of law involved in that issue and that leave ought to be granted in respect thereto.

Gale C.J., after having considered the merits of the appeal, dealt with this point succinctly in the following sentence:

Turning to the merits of the appeal on that point, we have no difficulty whatever in coming to the conclusion that the subsection does extend to objects such as these.

And having referred to the cases of *R. v. Cameron*¹⁶ and *R. v. Fraser*¹⁷, concluded by saying:

¹⁶ [1966] 4 C.C.C. 273, appeal quashed [1967] S.C.R. v.

¹⁷ [1966] 1 C.C.C. 110, aff'd [1967] S.C.R. 38.

[TRANSLATION] Selon la pièce 1(p), il y avait de chaque côté de la porte d'entrée de la boutique un écriteau sur lequel on pouvait lire «Erotique Ltd.». Divers livres et accessoires étaient exposés dans les deux vitrines. Plusieurs photographies admises en preuve montrent l'intérieur de la boutique. Plusieurs articles étaient placés dans les vitrines à la vue de tous ceux qui entraient dans la boutique et chaque article était accompagné d'une description encadrée et portait un prix . . .

La description encadrée dont parle le juge de première instance reprend les termes employés dans un catalogue déposé en preuve devant cette Cour et, à ce sujet, le juge de première instance est parvenu à la conclusion suivante dans la dernière partie de ses motifs de jugement:

[TRANSLATION] Quoi qu'il en soit, après avoir examiné les articles (et plus particulièrement leur description) j'en conclus qu'ils sont obscènes et que leur caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles. Compte tenu de l'opinion publique moyenne de la collectivité en cause, j'estime qu'ils lui font outrage de façon claire et non équivoque.

La Cour d'appel, dans un jugement prononcé par le juge en chef Gale auquel ont souscrit les juges Evans et Martin, a restreint la question qui lui était soumise au point de droit suivant:

[TRANSLATION] Nous n'avons examiné que le premier point plaidé, selon lequel le critère de l'obscénité énoncé au par. 159(8) du Code criminel ne s'applique pas aux objets en cause dans l'accusation parce qu'il ne viserait que les imprimés. Nous reconnaissons que cette affaire soulève une question de droit et accordons en conséquence l'autorisation d'interjeter appel sur ce point.

Après avoir étudié le fond de l'appel, le juge en chef Gale a brièvement traité du point en litige; il a dit ceci:

[TRANSLATION] Quant au fond de l'appel sur ce point, nous n'hésitons pas à conclure que le paragraphe s'applique aussi à de pareils objets.

Puis, après avoir cité les arrêts *R. v. Cameron*¹⁶, et *R. v. Fraser*¹⁷, il conclut:

¹⁶ [1966] 4 C.C.C. 273, appel annulé [1967] R.C.S. v.

¹⁷ [1966] 1 C.C.C. 110, conf. [1967] R.C.S. 38.

Accordingly, we decide the point of law against the appellant.

Leave to appeal to this Court was granted on a slightly broader issue than that which was considered by the Court of Appeal. The question is stated in the reasons for judgment prepared by Chief Justice Laskin, but I think it desirable to reproduce it here:

Did the Court of Appeal err in holding that s. 159(8) of the *Criminal Code* applied to articles found by the learned trial judge to be obscene and that consequently the trial judge did not err in holding that s. 159(8) provided the sole test of obscenity in respect of those articles.

It will be seen that while the Court of Appeal confined itself to the question of whether or not the test of obscenity laid down in s. 159(8) was confined to printed material only, the question posed in this Court raises the issue as to whether the test so laid down is the sole test of obscenity in respect of the articles found to have been obscene.

The charge upon which the appellant was convicted was that he had in his possession "for the purpose of distribution obscene material consisting of written matter, books, models, preparations, tape recordings and other devices, equipment and paraphernalia". This charge is clearly laid under the provisions of s. 159(1)(a) of the *Criminal Code* which is reproduced in the reasons for judgment of Chief Justice Laskin and need not be repeated except to point out that the offence thereby created relates to "possession for the purpose of publication, distribution or circulation". Both the trial judge and the Court of Appeal found that the appellant had a large number of items in his possession which were obscene within the meaning of 159(8) of the *Criminal Code*, and I find it necessary to reproduce that subsection:

159. (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 italics are my own.]

[TRANSLATION] En conséquence, nous tranchons le point de droit à l'encontre de l'appellant.

L'autorisation d'interjeter appel devant cette Cour a été accordée pour une question un peu plus large que celle dont a traité la Cour d'appel. Le juge en chef Laskin cite cette question dans ses motifs de jugement, mais je crois néanmoins préférable de la répéter:

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en statuant que le par. (8) de l'art. 159 du *Code criminel* s'appliquait aux articles considérés obscènes par le juge de première instance et que, par conséquent, le juge de première instance avait eu raison de décider que le par. (8) de l'art. 159 constituait le seul critère d'obscénité à l'égard de ces articles?

Soulignons que la Cour d'appel a limité son examen à la question de savoir si le critère de l'obscénité établi au par. 159(8) s'applique seulement aux imprimés, alors que la question posée à la présente Cour est de savoir si le critère établi audit paragraphe constitue la seule définition de l'obscénité applicable aux objets qu'on prétend obscènes.

L'appellant a été déclaré coupable sur une accusation de possession [TRANSLATION] «aux fins de distribution, d'articles obscènes consistant en des écrits, livres, modèles, préparations, bandes magnétiques, appareils et autres accessoires». Cette accusation relève clairement des dispositions de l'al. 159(1)a) du *Code criminel*; le juge en chef Laskin ayant cité le texte de cet alinéa dans ses motifs, je m'en tiendrai à souligner que l'infraction qu'il crée a trait à la «possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation». Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux conclu que l'appellant était en possession d'un grand nombre d'articles obscènes au sens du par. 159(8) du *Code criminel*, dont j'estime nécessaire de reproduire le texte:

159. (8) Aux fins 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 quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence. [Les italiques sont de moi.]

It was contended on behalf of the appellant that none of the materials of which he was found to be in possession was a "publication" so that the provisions of s. 159(8) could not apply and there being no other statutory standard of obscenity, resort must be had to the common law.

With the greatest respect for those who may hold a different view, I am of opinion that, when the plain and ordinary meaning is given to the language used in s. 159(8) it is to be construed as referring only to publications; nothing else is mentioned in that section, and it appears to me to be straining the language there used to construe it as being directed to any other form of expression. The issue in my view must therefore turn on the meaning to be given to the word "publication". In the *Shorter Oxford English Dictionary* this word is defined in part as follows:

The action of publishing or that which is published.

1. The action of making publicly known; public notification or announcement; promulgation. Notification or communication to those concerned, or to a limited number regarded as representing the public . . .
2. The issuing, or offering to the public, of a book, map, engraving, piece of music, etc.; also the work or business of producing and issuing copies of such works . . . b. a work published; a book or the like printed or otherwise produced and issued for public sale . . .

We are not concerned here with the meaning derived from the verb "to publish" but rather with the noun, i.e., "publication", and in this latter sense the given meaning is "that which is published" and this is made manifest by the example given under 2. b. in the definition, namely, "a work published; a book or the like printed or otherwise produced and issued for public sale." This latter definition was adopted by Maclean J.A. in writing the reasons for judgment for the majority of the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. Fraser*¹⁸, at p. 121, where the statutory definition was held to apply to moving pictures, and in the case of *R. v. Cameron*¹⁹, Laskin, J.A., as he then was, in the course of his dissenting reasons for

On a plaidé au nom de l'appellant qu'aucun des articles trouvés en sa possession ne constitue une «publication», que les dispositions du par. 159(8) ne peuvent donc pas s'appliquer et qu'en l'absence de toute autre définition légale de l'obscénité, il faut s'en remettre à la *common law*.

Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, j'estime que si l'on donne aux termes du par. 159(8) leur sens courant et ordinaire, le paragraphe ne peut viser que les publications car il ne mentionne rien d'autre; il me semble que c'est faire violence au texte de ce paragraphe de l'interpréter de façon à le rendre applicable aux autres formes d'expression. A mon avis, le cœur du litige dépend du sens du mot «publication». Voici un extrait de la définition de ce mot au *Shorter Oxford English Dictionary*:

[TRANSLATION] Action de publier ou ce qui est publié.

1. Action de porter à la connaissance du public; avis au public ou annonce; promulgation. Signification ou communication aux intéressés ou à un nombre restreint de personnes considérées comme représentant le public . . .
2. Éditer ou offrir au public un livre, une carte, une gravure, une partition musicale etc.; également le métier ou l'activité ayant pour objet la reproduction et la diffusion de telles œuvres . . . b. œuvre publiée; livre ou écrit imprimé ou autrement reproduit et mis en vente . . .

Il ne s'agit pas ici d'examiner la signification du verbe «publier» mais celle du nom «publication»; la définition qu'on en donne est «ce qui est publié» comme l'illustre précisément l'al. 2. b. de la définition, soit «œuvre publiée; livre ou écrit imprimé ou autrement reproduit et mis en vente». Cette dernière définition a été retenue par le juge Maclean dans ses motifs de jugement rendus au nom de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. v. Fraser*¹⁸, à la p. 121, où l'on a jugé que la définition légale s'appliquait à des films et par le juge d'appel Laskin, tel était alors son titre, en dissidence dans l'arrêt *R. v. Cameron*¹⁹, où, après avoir jugé que les images en cause n'étaient pas obscènes, il fit remarquer, en

¹⁸ [1966] 1 C.C.C. 110, aff'd [1967] S.C.R. 38.

¹⁹ [1966] 4 C.C.C. 273, appeal quashed [1967] S.C.R. v.

¹⁸ [1966] 1 C.C.C. 110, conf. [1967] R.C.S. 38.

¹⁹ [1966] 4 C.C.C. 273, appel annulé [1967] R.C.S. v.

judgment wherein he found that the pictures there in question were not obscene, had occasion to observe, at p. 301, speaking of the counsel in that case, that:

They also agree that the term 'publication', awkward as it is to embrace paintings or drawings, should be taken as being comprehensive enough to do so. In the result, the inquiry to be made is whether in the case of each picture 'a dominant characteristic ... is the undue exploitation of sex'.

It is apparent therefore that although the conclusion that the word "publication" applied to paintings or drawings was founded on an agreement of counsel, it was nevertheless the basis upon which all judges in that case treated the problem before them.

I cannot escape the conclusion that in making it publicly known by two large signs on either side of the entrance to his store, that it was dealing in erotic material and by displaying the articles in question in glass cases plainly visible to the public who entered his store and which were accompanied in each case by framed printed descriptions of the articles phrased in language the dominant characteristic of which was the undue exploitation of sex, the appellant was making the character of his wares publicly known and they therefore fell into the category of articles that were published and that were "printed or otherwise produced and issued for public sale ...". The articles in question were, therefore, in my opinion, publications within the meaning of s. 159(8) of the *Criminal Code*.

In the course of the argument in this Court, reference was of course made to the case of *Brodie v. The Queen*²⁰, which was cited as authority for the proposition that the test established by s. 159(8) was exhaustive and that resort could not be had to the common law rule sometimes said to have been established in the much criticized case of *R. v. Hicklin*²¹. In considering the *Brodie* case, I think it is to be remembered that it was accepted on all sides in that case that the novel which was the subject of the prosecution was in fact a "publication" and I have no doubt that it was there

parlant des avocats (à la p. 301):

[TRANSLATION] Ils ont également convenu que le mot «publication» vise aussi, si bizarre que cela puisse paraître, les peintures ou les dessins. En conséquence, il reste à déterminer dans chaque cas si le dessin a comme «caractéristique dominante ... l'exploitation indue de choses sexuelles».

Il est donc évident que, même si la conclusion selon laquelle le mot «publication» s'applique aux peintures ou dessins était fondée sur l'assentiment des avocats, elle constituait aussi la prémisse sur laquelle tous les juges se sont fondés pour examiner le problème qui leur était soumis.

Je ne puis m'empêcher de conclure qu'en avertissant le public, par un panneau publicitaire de chaque côté de la porte d'entrée de sa boutique, qu'il vendait des marchandises à caractère érotique, et, en exposant dans des vitrines, à la vue de tous ceux qui entraient dans la boutique, les objets en cause accompagnés d'une description imprimée et encadrée, formulée dans un langage dont la caractéristique dominante était l'exploitation des choses sexuelles, l'appellant rendait public le caractère des marchandises qu'il vendait. Celles-ci tombent donc dans la catégorie des articles publiés et «imprimés ou autrement reproduits et mis en vente ...». Les articles en question constituent donc à mon avis des publications au sens du par. 159(8) du *Code criminel*.

Au cours des débats devant cette Cour, on a bien sûr cité *Brodie c. La Reine*²⁰, à l'appui de la thèse selon laquelle le critère établi au par. 159(8) est exhaustif et le recours à la règle de *common law* qui aurait été formulée dans l'arrêt fort critiqué *R. v. Hicklin*²¹, n'est pas permis. En ce qui concerne l'affaire *Brodie*, il faut se rappeler qu'il avait été unanimement admis que le roman en litige était effectivement une «publication» et je ne doute aucunement que cette affaire ait établi que, dans le cas d'une «publication», les dispositions légales relatives à l'obscénité excluent l'application

²⁰ [1962] S.C.R. 681.

²¹ (1868), L.R. 3 Q.B. 360.

²⁰ [1962] R.C.S. 681.

²¹ (1868), L.R. 3 Q.B. 360.

established that in relation to a "publication" the statutory provisions regarding obscenity exclude the application of the test suggested in the *Hicklin* case or any other test.

I agree with the courts below that the articles here in question, displayed as they were in conjunction with the printed explanations of their use, were to be judged by the standard laid down in s. 159(8), and as I find this to be the sole test of obscenity in relation to "publications", I do not find it necessary to consider what test is to be applied in determining whether or not matters other than publications are obscene.

For these reasons, as well as those delivered by Chief Justice Gale on behalf of the Court of Appeal for Ontario, I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: E. W. Trasewick, St. Catharines.

Solicitor for the respondent: David H. Doherty, Toronto.

du critère suggéré dans *Hicklin* ou tout autre critère.

Je partage donc l'opinion des tribunaux d'instance inférieure que les objets en cause dans la présente affaire, exposés avec des modes d'emploi imprimés, devaient être examinés à la lumière du critère établi au par. 159(8) et, comme je conclus qu'il s'agit du seul critère de l'obscénité à l'égard de «publications», je n'estime pas nécessaire de déterminer quel critère doit s'appliquer pour déterminer l'obscénité de choses autres que des publications.

Pour ces motifs, et pour ceux exposés par le juge en chef Gale au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: E. W. Trasewick, St. Catharines.

Procureur de l'intimée: David H. Doherty, Toronto.