

Towne Cinema Theatres Ltd. *Appellant;*

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17125.

1983: September 28.

Present: Ritchie, Dickson, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

Re-hearing: 1984: November 23; 1985: May 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Obscenity — Film — Whether “undue exploitation of sex” — Community standards — Criminal Code, s. 159(8).

Evidence — Evidence on charge of obscenity — Whether Crown must adduce evidence to establish undueness.

Appellant, owner of an Edmonton theatre, was charged with presenting an obscene motion picture contrary to s. 163 of the *Criminal Code*. At trial, the defence adduced evidence indicating that the film had been approved and classified by the Censor Board as a restricted adult movie and that it had been previously shown in Alberta to a large audience with no complaint being made to the Board. The evidence further showed that the film had been similarly approved and classified by the other provincial censor boards across the country. The trial judge found the film immoral, indecent and obscene and convicted the appellant. The Court of Appeal upheld that decision. This appeal is to determine whether the trial judge applied the proper test in finding the appellant guilty of presenting an obscene entertainment.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Dickson C.J. and Lamer and Le Dain JJ.: A film is obscene under s. 159(8) of the *Criminal Code* if it contains as a dominant characteristic the “undue exploitation of sex”. To determine “undueness” one of the tests to be applied is whether the accepted standards of tolerance in the contemporary Canadian community, taken as a whole, have been exceeded. In applying the community standard of tolerance what matters is not what Canadians think is right for themselves to see.

Towne Cinema Theatres Ltd. *Appelante;*

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17125.

1983: 28 septembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, McIntyre, Lamer et Wilson.

Nouvelle audition: 1984: 23 novembre; 1985: 9 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Droit criminel — Obscénité — Film — Y a-t-il «exploitation indue des choses sexuelles»? — Normes sociales — Code criminel, art. 159(8).

Preuve — Preuve relative à une accusation d'obscénité — La poursuite doit-elle produire une preuve en vue d'établir le caractère indu?

L'appelante, propriétaire d'un cinéma d'Edmonton, a été accusée d'avoir présenté un film obscène contrairement à l'art. 163 du *Code criminel*. Au procès, la défense a mis en preuve que la Commission de censure avait autorisé la présentation du film comme film réservé aux adultes et que celui-ci avait été vu en Alberta par un vaste auditoire sans qu'aucune plainte ne soit présentée à la Commission. La preuve montre également que le film a été approuvé dans une catégorie équivalente par les organismes de censure des autres provinces canadiennes. Le juge du procès a conclu que le film est immoral, indécent et obscène et a déclaré l'appelante coupable. La Cour d'appel a confirmé cette décision. Ce pourvoi porte sur la question de savoir si le juge du procès a appliqué le bon critère pour déclarer l'appelante coupable d'avoir présenté un divertissement obscène.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Le Dain: Pour déterminer si un film est obscène au sens du par. 159(8) du *Code criminel* parce qu'il exploite de façon indue les choses sexuelles, l'un des critères applicables consiste à savoir si on a outrepassé les normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine. Ce qui importe en appliquant la norme sociale de tolérance, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment qu'il est convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui

What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. Relevant to that determination is, among other factors, the audience to which the film is targeted since the community may tolerate different things for different groups of people depending on the circumstances.

The trier of fact must formulate an opinion of what the contemporary Canadian community will tolerate in order to determine "undueness" by the community standards test. The community consensus must be assessed and community level of tolerance objectively determined. While evidence of the community standards of tolerance may well be useful in many cases, it is not essential, for it is the opinion of the trier of fact about the community standards of tolerance which is important. The judge does not have to accept evidence, expert or otherwise, but he cannot reject it without good reason. The trier of fact's personal views regarding the impugned film are irrelevant.

In the case at bar, the trial judge applied his own subjective standards of taste and not the community standards of tolerance. He did not direct his mind to the question whether most people would tolerate others seeing the film in question and he failed to consider the fact that the film was restricted to adults only and that only those who chose to see it would be exposed to it. Further, it was incumbent upon him to consider and assess the weight, if any, to be given to the evidence adduced by the defence indicative of community standards of tolerance. He should not have rejected it without explanation.

Per Beetz, Estey and McIntyre JJ.: The standard to determine "undueness" is that of tolerance. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see but what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. The audience to which the film is exposed, however, is not relevant in the determination of whether or not it is obscene.

Per Beetz and Estey JJ.: The Crown is not required to adduce expert evidence as to community standards of tolerance.

Per McIntyre J.: In formulating the community standard of tolerance some evidence must be adduced by the Crown before the trier of fact.

Per Wilson J.: Under s. 159(8) of the *Criminal Code*, a film is deemed to be obscene if a dominant character-

importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance que de permettre qu'ils le voient. Parmi les facteurs pertinents relativement à cette détermination, il y a l'auditoire auquel s'adresse le film puisque la société peut, selon les circonstances, tolérer des choses différentes pour des groupes de personnes différents.

Le juge des faits doit formuler une opinion sur ce qui est toléré par la société canadienne contemporaine afin de déterminer le «caractère indu» au moyen du critère des normes sociales. Le consensus social doit être évalué et le seuil de tolérance de la société doit être objectivement déterminé. Bien que la preuve des normes sociales de tolérance puisse fort bien être utile dans de nombreux cas, elle n'est pas essentielle car ce qui importe c'est l'opinion du juge des faits quant à ces normes. Le juge n'est pas tenu d'accepter un témoignage, celui d'un expert ou autre, mais il ne peut le rejeter sans motifs valables. Les opinions personnelles du juge des faits concernant le film attaqué sont sans importance.

En l'espèce, le juge du procès a appliqué ses propres normes de goût et non les normes sociales de tolérance. Il ne s'est pas posé la question de savoir si la plupart des gens toléreraient que d'autres voient le film en question et il n'a pas tenu compte du fait que le film était réservé aux adultes et que seules les personnes qui choisissent de le voir y seraient exposées. En outre, il avait le devoir d'examiner la preuve offerte par la défense et, s'il y a lieu, d'en évaluer le poids en ce qu'elle reflète les normes sociales de tolérance. Il n'aurait pas dû la rejeter sans donner d'explications.

Les juges Beetz, Estey et McIntyre: La norme applicable à la détermination du «caractère indu» est celle de la tolérance. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir mais ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient. L'auditoire auquel est présenté un film est toutefois sans importance pour ce qui est de savoir si ce film est obscène ou non.

Les juges Beetz et Estey: La poursuite n'est pas tenue de produire une preuve d'expert au sujet de la norme sociale de tolérance.

Le juge McIntyre: Pour formuler la norme sociale de tolérance, la poursuite doit présenter des éléments de preuve au juge des faits.

Le juge Wilson: En vertu du par. 159(8) du *Code criminel*, est réputé obscène un film dont une caractéris-

istic of the film is the "undue exploitation of sex". "Undue" refers to the treatment of sex which in some fundamental way dehumanizes the persons portrayed and, as a consequence, the viewers themselves. The question whether there was "undueness" must be determined according to the objective standard of the contemporary Canadian community. What must be ascertained is the degree of exploitation of sex Canadians at any given time will accept in their films. It is therefore not open to the courts under s. 159(8) to characterize a movie as obscene if shown to one constituency but not if shown to another. A movie is either obscene based on a national community standard of tolerance or it is not.

There is an onus on the Crown to put evidence before the court on the issue of "undueness". The community standard against which the allegedly obscene matter must be measured cannot be identified without it. Indeed, it is naive to think that a judge, drawing on his own experience alone, can determine the objective standard against which impugned conduct is to be measured. Moreover, it is wrong in principle. It leaves the accused with no way of knowing the case to be met, or the level of acceptability imposed by any particular judge.

In the case at bar, there is no indication that the trial judge took into consideration the uncontested evidence adduced by the defence of the unanimous approval of the film by the censor boards. He did not address his mind to the issue of the significance of the approvals as evidence of the community standard of acceptance. Considering that the business of these boards is to assess films on an ongoing basis for the very purpose of determining their acceptability for viewing by the community, it is difficult to think that a judge would be better informed as to what was acceptable to Canadians across the country. The trial judge, applying an objective test and giving proper consideration to that evidence, could not have reached the result he did. The judge clearly saw his role, not as applying the community standard but as raising it if he personally thought it was too low. In this respect he erred.

Cases Cited

R. v. Sudbury News Service Ltd. (1978), 39 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] S.C.R. 251; [1963] 2 C.C.C. 103 (Man. C.A.); *R. v. Prairie*

tique dominante est «l'exploitation indue des choses sexuelles». Le terme «indue» désigne le traitement des choses sexuelles d'une manière qui fondamentalement déshumanise les personnes représentées et, par conséquent, les spectateurs eux-mêmes. La question de savoir s'il y a «caractère indu» doit être tranchée en fonction du critère objectif qu'est la norme sociale contemporaine au Canada. Il s'agit de déterminer quel degré d'exploitation des choses sexuelles les Canadiens sont disposés à accepter dans leurs films à une époque donnée. Il n'appartient donc pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8), de qualifier un film d'obsène si on le présente à un auditoire donné mais de non obsène si on le présente à un autre. Un film est obsène selon une norme sociale nationale de tolérance ou il ne l'est pas.

Il incombe à la poursuite de soumettre à la cour une preuve relativement à la question du «caractère indu». La norme sociale en fonction de laquelle on doit apprécier le matériel prétendument obsène ne peut être déterminée sans cette preuve. En fait, il est illusoire de croire qu'un juge peut, en se fondant uniquement sur sa propre expérience, déterminer la norme objective en fonction de laquelle la conduite reprochée doit être appréciée. En outre, c'est mauvais en principe. L'accusé n'a aucun moyen de savoir quelle preuve pèse contre lui ni quel degré d'acceptabilité sera fixé par un juge en particulier.

En l'espèce, rien n'indique que le juge du procès a tenu compte de la preuve incontestée, produite par la défense, que le film a reçu l'approbation unanime des commissions de censure. Il ne s'est pas arrêté à la question de l'importance des approbations en tant que preuve de la norme sociale d'acceptation. Puisque ces commissions ont pour fonction permanente d'apprécier les films dans le but précis d'établir s'il est acceptable qu'ils soient présentés à la société, il est difficile de concevoir qu'un juge soit mieux informé de ce qui est acceptable pour les Canadiens de tout le pays. S'il avait appliqué un critère objectif et tenu dûment compte de cette preuve, le juge du procès n'aurait pu arriver à la conclusion qu'il a tirée. Le juge a manifestement considéré que son rôle consistait non pas à appliquer la norme sociale, mais à la resserrer si, lui personnellement l'estimait trop large. À cet égard, il a commis une erreur.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] R.C.S. 251; [1963] 2 C.C.C. 103 (C.A. Man.);

Schooner News Ltd. and Powers (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111; *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486, considered; *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951; *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110; *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323; *Daylight Theatre Co. v. The Queen* (1973), 17 C.C.C. (2d) 451; *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913); *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *United States v. Various Articles of Obscene Merchandise*, 709 F.2d 132 (1983); *R. v. Wagner*, Alta. Q.B., January 16, 1985; *R. v. Chin* (1983), 9 W.C.B. 249; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(8), 163, 164.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal pronounced May 12, 1982, dismissing appellant's appeal from his conviction of presenting an obscene entertainment. Appeal allowed and new trial ordered.

Jack N. Agrios, Q.C., and *Bradley J. Willis*, for the appellant.

Michael G. Allen, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer and Le Dain JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The question is whether the trial judge applied the proper test in finding Towne Cinema Theatres Ltd. guilty of presenting an obscene entertainment. The indictment reads:

That The Towne Cinema Theatres Ltd., at Edmonton, in the Judicial District of Edmonton, Alberta, on or about the 27th day of January, A.D. 1980, being the person in charge of a theatre, namely: Jasper Cinema (Blue) at 10120 - 156 Street, did unlawfully present to an audience an entertainment, namely: a motion picture entitled "Dracula Sucks" which entertainment was immoral, indecent or obscene, contrary to the Criminal Code.

R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111; *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486; arrêts mentionnés: *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110; *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323; *Daylight Theatre Co. v. The Queen* (1973), 17 C.C.C. (2d) 451; *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913); *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *United States v. Various Articles of Obscene Merchandise*, 709 F.2d 132 (1983); *R. v. Wagner*, B.R. Alb., 16 janvier 1985; *R. v. Chin* (1983), 9 W.C.B. 249; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(8), 163, 164.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta prononcé le 12 mai 1982, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre sa déclaration de culpabilité d'avoir présenté un divertissement obscène. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Jack N. Agrios, c.r., et *Bradley J. Willis*, pour l'appelante.

Michael G. Allen, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Le Dain rendus par

LE JUGE EN CHEF—La question est de savoir si le juge du procès a appliqué le critère approprié lorsqu'il a déclaré Towne Cinema Theatres Ltd. coupable d'avoir présenté un divertissement obscène. Voici le texte de l'acte d'accusation:

[TRADUCTION] Le 27 janvier 1980, à Edmonton, dans le district judiciaire d'Edmonton (Alberta), Towne Cinema Theatres Ltd., la personne qui assumait la direction d'un cinéma, savoir le Jasper Cinema (Blue), sis au 10120, 156^e rue, a illégalement présenté à un auditoire un divertissement immoral, indécent ou obscène, savoir un film intitulé «Dracula Sucks», contrairement aux dispositions du Code criminel.

I The Facts and the Trial Judgment

In January, 1980, the accused company was owner and manager of a theatre, known as Jasper Cinema (Blue), located in the City of Edmonton. The cinema was a typical picture theatre showing motion picture films to members of the public who paid an admission fee. On January 25 to 27, 1980 the accused was regularly presenting showings of a motion picture called *Dracula Sucks*. The film had been given a "Restricted" rating by the Alberta Motion Picture Censor Board. A copy of the motion picture was seized by the Edmonton City Police on January 27, 1980, after the public showing on that date and before the scheduled second public showing. The accused was charged and tried before a justice of the Court of Queen's Bench of Alberta. Three witnesses testified.

Staff Sergeant Ashworth of the Edmonton City Police said he had attended and observed the film and it was he who had taken possession of the film. The Court then adjourned to the Censor Board film theatre where the trial judge viewed the film. At the resumption of the trial, Ashworth testified that on January 21, 1980, the film had been showing at the Capitol Square Cinema, before being transferred to the Jasper Cinema. While at the former theatre Ashworth had received about five phone calls from persons complaining about the film. In cross-examination he was asked:

Did you find the movie very offensive to yourself?

He replied:

Yeah, I thought it was disgusting. That's only my personal . . .

The film itself and the evidence of Staff Sergeant Ashworth constituted the case for the Crown.

The defence called two witnesses. The first was Terrance Yushchyshyn, Director of Operations for the theatres operated by the accused company in the five westerly provinces. His evidence in summary was as follows. Prior to being booked into his theatre in Edmonton, the film, the subject of the present charge, had been shown at two Famous Players' Theatres, one in Edmonton, where it had been seen by 4065 persons and one in Calgary,

I Les faits et le jugement de première instance

Au mois de janvier 1980, la compagnie accusée était propriétaire et directeur d'un cinéma appelé Jasper Cinema (Blue), situé à Edmonton. Il s'agissait d'un cinéma typique qui présentait des films au public moyennant le paiement d'un droit d'entrée. Du 25 au 27 janvier 1980, l'accusée a présenté régulièrement un film intitulé *Dracula Sucks*. La Commission de censure cinématographique de l'Alberta a attribué au film la cote «Réservée». Une copie du film a été saisie par la police municipale d'Edmonton le 27 janvier 1980, après la représentation publique ce jour-là et avant la deuxième représentation prévue. L'accusée a été mise en accusation et jugée devant un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Trois personnes ont témoigné.

Le sergent Ashworth de la police municipale d'Edmonton a dit qu'il a assisté à la projection du film et que c'est lui-même qui en a pris possession. La Cour a alors ajourné l'audience et s'est rendue à la salle de visionnement de la Commission de censure où le juge du procès a visionné le film. À la reprise du procès, Ashworth a affirmé que le 21 janvier 1980, le film avait été projeté au Capitol Square Cinema avant de l'être au Jasper Cinema. Pendant que ce film était présenté au premier cinéma, Ashworth a reçu environ cinq appels de personnes qui s'en plaignaient. En contre-interrogatoire, on lui a demandé:

[TRADUCTION] Ce film vous a-t-il personnellement choqué?

Il a répondu:

[TRADUCTION] Oui, je l'ai trouvé dégoûtant. Ce n'est que personnellement . . .

Le film lui-même et le témoignage du sergent Ashworth constituaient la preuve de la poursuite.

Deux témoins ont été cités en défense. Le premier est Terrance Yushchyshyn, directeur de l'exploitation pour les cinémas que la compagnie accusée exploite dans les cinq provinces de l'Ouest. Son témoignage peut se résumer ainsi. Avant d'être mis à l'affiche dans son cinéma d'Edmonton, le film visé par la présente accusation avait été présenté dans deux cinémas Famous Players dont l'un à Edmonton et l'autre à Calgary où il avait été vu

where it had been seen by 4075 persons. The film was then moved to the Jasper Cinema where it was seen, before seizure, by 555 people, without complaints. In Mr. Yushchyshyn's opinion the impugned film was "very passé", "boring and dull". Other films such as *Last Tango in Paris*, had far greater emphasis on sexual gratification.

Owen Garland Hooper is Chairman of the Alberta Motion Picture Censor Board. The Board views every film seen in Alberta. The Board allowed *Dracula Sucks* to be shown in the province as a restricted adult movie, no one under the age of eighteen being admitted. The film was approved in the restricted adult category or equivalent by all of the provincial censor boards or classification boards across Canada. Mr. Hooper said that his Board had not made any deletions to the film. Most movies are "pretty extensively cut when we get them". This one had been edited in Toronto. The Board arrives at appropriate classification for a movie consistent with the Board's interpretation of current community standards of acceptance. Compared to other movies he had seen, Mr. Hooper described *Dracula Sucks* as "pretty forgettable". The Board had received no complaints regarding this particular film. During the preceding year, the Board viewed 750 films and rejected twelve, because it was felt that adult Albertans would generally repudiate them. The basis for the Board's assessment of community standards has shifted during the preceding ten years: now, "it's contemporary, it's modern, it must be Canadian". Mr. Hooper succinctly described *Dracula Sucks*: "Well, it has nudity in it, it has violence in it, it has simulated sex encounters in it."

The trial judge found the film to be immoral, indecent and obscene. It possessed "absolutely no artistic merit whatsoever"; "most of the film was devoted to extreme, tasteless violence and explicit, unnecessary sex".

par 4 065 et 4 075 personnes respectivement. Le film a ensuite été mis à l'affiche au Jasper Cinema où 555 personnes l'ont vu avant sa saisie, sans qu'aucune plainte ne soit faite. De l'avis de M. Yushchyshyn, le film attaqué est [TRADUCTION] «dépassé», «ennuyeux et peu intéressant». D'autres films comme *Le dernier tango à Paris* mettaient beaucoup plus l'accent sur l'assouvissement sexuel.

Owen Garland Hooper est président de l'Alberta Motion Picture Censor Board (la Commission). La Commission visionne chaque film présenté en Alberta. La Commission a autorisé la présentation de *Dracula Sucks* dans la province, comme film réservé aux adultes et interdit aux personnes de moins de dix-huit ans. Le film a été approuvé dans la catégorie des films réservés aux adultes ou dans une catégorie équivalente par tous les organismes de censure ou de classification au Canada. M. Hooper affirme que la Commission n'a supprimé aucune partie du film. La plupart des films sont [TRADUCTION] «coupés de façon assez importante quand nous les examinons». Celui-ci a été expurgé à Toronto. La Commission classifie un film suivant l'interprétation qu'elle donne des normes sociales actuelles d'acceptation. Comparativement à d'autres films qu'il a vus, M. Hooper a qualifié *Dracula Sucks* de film [TRADUCTION] «dénué d'intérêt». La Commission n'a reçu aucune plainte concernant ce film. Au cours de l'année précédente, la Commission a visionné 750 films et en a rejeté douze parce qu'elle estimait que les adultes de l'Alberta les désapprouveraient d'une manière générale. Le critère sur lequel la Commission se fonde pour évaluer les normes sociales a changé au cours des dix années précédentes; maintenant, [TRADUCTION] «il est contemporain, moderne et doit être canadien». M. Hooper a décrit brièvement *Dracula Sucks*: [TRADUCTION] «Eh bien! il comporte des scènes de nudité, de violence et des scènes simulées de relations sexuelles».

Le juge du procès a conclu que le film est immoral, indécent et obscène. Il n'a [TRADUCTION] «absolument aucune valeur artistique», «le film est axé en majeure partie sur la violence extrême et insipide et sur les scènes de sexe explicites et inutiles».

The accused company was convicted and fined \$1500.

II On Appeal

In a brief judgment, the Court of Appeal of Alberta dismissed the appeal. The Court noted it was not its function to judge the merits of the film, and it had not found it necessary to see the film; its sole function was to review the propriety of the trial. The judgment continued:

We have reviewed the reasons for judgment given in support of this conviction. Those reasons are blunt and impactful. The trial judge, sitting as a jury, was obliged to determine in an objective way what was tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community. As a trier of fact he was entitled to draw on his experience in the community. He had to consider the expert evidence but was entitled to reject it and obviously did. In this we are paraphrasing the remarks of Howland, C.J.O., in *Regina v. Sudbury News Service* 1978 39 C.C.C. (2d) 1 at p. 7.

The judgment concluded thus:

The reasons of the trial judge challenged in this appeal must be considered in the context of his whole judgment and the argument which immediately preceded it. The trial judge found that the only theme of the film "Dracula Sucks", was sex and violence, extreme and explicit. He found no plot. He asked himself what are contemporary community standards and considered all the evidence led. He cautioned himself on the dangers of slipping into subjective standards and concluded that the film did not meet the objective test. We see no grounds, in law, to disturb this conviction and dismiss the appeal.

III Issues

In his factum, counsel for Towne Cinema raised five grounds of appeal. At the hearing oral argument was presented on only two of these grounds, both alleging errors in the trial judge's determination of the community standard of tolerance.

In view of the importance of the issues raised in this appeal, the Court felt that it would be proper to request a re-hearing before a full bench.

La compagnie accusée a été déclarée coupable et condamnée à verser une amende de 1 500 \$.

II En appel

^a Dans un court arrêt, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel. La cour a souligné qu'il ne lui appartient pas de juger la valeur du film et elle n'a pas estimé nécessaire de le visionner. Son seul rôle est d'examiner la justesse du procès. L'arrêt ajoute:

[TRADUCTION] Nous avons examiné les motifs de jugement à l'appui de cette condamnation. Ces motifs sont clairs et nets. Le juge du procès, qui siégeait seul, était tenu de décider objectivement ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne. En sa qualité de juge des faits, il avait le droit de s'appuyer sur son expérience de la société. Il devait prendre en considération le témoignage de l'expert mais il avait le droit de le rejeter, ce qu'il a fait de toute évidence. Sur ce point, nous paraphrasons les observations du juge en chef Howland de l'Ontario dans l'arrêt *Regina v. Sudbury News Service* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1 à la p. 7.

^e L'arrêt conclut ainsi:

[TRADUCTION] Les motifs du juge du procès attaqués dans le présent appel doivent être examinés en fonction de l'ensemble de son jugement et de l'argumentation qui l'a immédiatement précédé. Le juge du procès a conclu que le seul thème, extrême et explicite, du film «Dracula Sucks» est le sexe et la violence. Il n'y a vu aucune intrigue. Il s'est demandé quelles sont les normes sociales contemporaines et il a examiné toute la preuve produite. Il a pris garde de ne pas retenir des normes subjectives et a conclu que le film ne satisfait pas au critère objectif. Nous ne voyons en droit aucun motif de modifier cette déclaration de culpabilité et nous sommes d'avis de rejeter l'appel.

^b III Les questions en litige

Dans son mémoire, l'avocat de Towne Cinema soulève cinq moyens d'appel. À l'audience, l'argumentation orale n'a porté que sur deux de ces moyens selon lesquels le juge du procès a commis des erreurs en déterminant la norme sociale de tolérance.

Vu l'importance des questions soulevées dans le présent pourvoi, la Cour a jugé opportun de demander la tenue d'une nouvelle audition devant la Cour au complet.

The Court requested counsel to address the following four questions:

1. Assuming that for purposes of s. 159, undue exploitation of sex is to be assessed on the basis of community standards, do these standards refer to what one would find acceptable for oneself to see or read, or to what one would tolerate others seeing or reading?
2. How is this standard to be ascertained by the trier of fact?
3. How is an impugned film to be measured against it?
4. What is the relevance, if any, of the audience to which a film is geared in determining whether it is obscene under s. 159(8)?

In my view the following issues arise from the two grounds argued on the appeal and the four questions addressed at the re-hearing:

1. What is the proper interpretation of the word "undue" in s. 159(8) of the *Criminal Code*?
2. Must the Crown adduce evidence to establish undueness?

IV Undueness and the Community Standards Test

In 1959 Parliament amended the provisions of s. 150 (now s. 159) of the *Criminal Code* dealing with obscenity by adding subs. (8) (1959 (Can.), c. 41, s. 11) which reads:

(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.

Any doubt that might previously have existed on the question of whether s. 159(8) embodied the proper or the exclusive test for obscenity in relation to a film was implicitly resolved by this Court in *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951. A number of decisions in various jurisdictions had previously concluded that films were "publications" and therefore properly dealt with under s. 159(8) (see *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110 (B.C.C.A.); *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323 (C.A.); and *Daylight Theatre Co. v. The*

La Cour a demandé aux avocats de se pencher sur les quatre questions suivantes:

- [TRADUCTION] 1. À supposer qu'aux fins de l'art. 159 l'exploitation indue des choses sexuelles doit être appréciée en fonction de normes sociales, ces normes désignent-elles ce qu'on jugerait acceptable pour soi de voir ou de lire ou ce qu'on tolérerait que d'autres voient ou lisent?
2. Comment le juge des faits doit-il s'y prendre pour vérifier cette norme?
 3. Comment un film attaqué doit-il être évalué en fonction de cette norme?
 4. Quelle est l'importance de l'auditoire auquel s'adresse un film pour déterminer s'il est obscène au sens du par. 159(8)?

À mon avis, les questions suivantes découlent des deux moyens invoqués en appel et des quatre questions abordées lors de la nouvelle audition:

1. Quelle interprétation faut-il donner au mot «indue» que l'on trouve au par. 159(8) du *Code criminel*?
2. La poursuite doit-elle produire une preuve en vue d'établir le caractère indu?

IV Le caractère indu et le critère des normes sociales

En 1959, le législateur a modifié les dispositions de l'art. 150 (maintenant l'art. 159) du *Code criminel* portant sur l'obscénité en ajoutant le par. (8) (1959 (Can.), chap. 41, art. 11) qui prévoit:

(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.

Tout doute qu'a pu soulever par le passé la question de savoir si le par. 159(8) renferme le seul critère d'obscénité applicable aux films a été implicitement dissipé par cette Cour dans l'arrêt *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951. Un certain nombre de tribunaux de diverses juridictions avaient antérieurement conclu que les films sont des «publications» et qu'ils sont par conséquent visés par le par. 159(8) (voir *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110 (C.A.C.-B.); *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323 (C.A.); et *Day-*

Queen (1973), 17 C.C.C. (2d) 451 (Sask. Dist. Ct.)

light Theatre Co. v. The Queen (1973), 17 C.C.C. (2d) 451 (C. de district Sask.)

Dechow dealt with an allegation of obscenity with regard to an exhibition of sex stimulators. Using language and reasoning easily extendible to motion pictures, Ritchie J., writing for the majority, held that the objects in question, accompanied as they were by printed instructions for their use, were "publications" within the meaning of that term in s. 159. They were therefore to be judged by the standard laid down in s. 159(8), which was the sole test of obscenity in relation to publications. Chief Justice Laskin, speaking for a minority of the Court, preferred the view that the articles in question were not publications. He was, however, of the opinion that the Court should apply exclusively the test in s. 159(8) in respect of allegations of obscenity whether such allegations are made under s. 159 (which deals with publications) or one of the other sections of the *Code*, such as s. 163 (under which the charge against Towne Cinema was laid) or s. 164.

The practical effect of the two judgments, though they differ widely in approach, is, for present purposes, the same: s. 159(8) embodies the sole test of obscenity in relation to motion pictures. It supersedes rather than supplements the much-criticized test enunciated by Cockburn C.J. in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360.

In Canada, the notion of "community standards", as relevant to the determination of obscenity, has its origins in the judgment of Judson J. (speaking also for Abbott and Martland JJ.) in *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681, the *Lady Chatterley's Lover* case. *Brodie* was the first obscenity appeal to come before this Court following the introduction of s. 159(8) and Judson J.'s explication of this section reveals a very clear awareness of the criticism that had been leveled against the *Hicklin* test and an intention to avoid its pitfalls in the future. In *Hicklin* Cockburn C.J. had said:

L'arrêt *Dechow* porte sur une allégation d'obscénité concernant l'étalage de stimulants érotiques. En employant des termes et un raisonnement qui peuvent facilement s'appliquer aux films, le juge Ritchie a conclu, au nom de la majorité, que les objets en question, accompagnés de leur mode d'emploi écrit, étaient des «publications» au sens de l'art. 159. Ils devaient par conséquent être jugés selon la norme énoncée au par. 159(8), qui constitue le seul critère d'obscénité applicable à des publications. Le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la minorité de la Cour, a préféré le point de vue que les articles en question ne sont pas des publications. Il était cependant d'avis que la Cour devait limiter l'application du critère du par. 159(8) aux allégations d'obscénité, que ces allégations soient faites en vertu de l'art. 159 (qui porte sur les publications) ou en vertu d'un autre article du *Code*, comme l'art. 163 (en vertu duquel est portée l'accusation contre Towne Cinema) ou l'art. 164.

Même s'ils diffèrent sensiblement dans leur façon d'aborder la question, l'effet pratique de ces deux jugements est le même aux fins de l'espèce: le par. 159(8) renferme le seul critère d'obscénité applicable aux films. Il vient remplacer plutôt que compléter le critère très critiqué énoncé par le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360.

Au Canada, la notion des «normes sociales», applicable à la détermination de l'obscénité, tire son origine du jugement rendu par le juge Judson (en son propre nom et en celui des juges Abbott et Martland) dans l'arrêt *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, l'affaire du roman *L'amant de Lady Chatterley*. L'arrêt *Brodie* a été le premier pourvoi en matière d'obscénité soumis à cette Cour après l'adoption du par. 159(8) et l'explication de ce paragraphe par le juge Judson révèle une prise de conscience très claire des critiques dirigées contre le critère énoncé dans l'arrêt *Hicklin* et l'intention d'éviter à l'avenir les embûches de ce critère. Le juge en chef Cockburn avait affirmé dans l'arrêt *Hicklin*:

... I think the test of obscenity is this, whether the tendency of the matter charged as obscenity is to deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral influences, and into whose hands a publication of this sort may fall.

This definition had been criticized for its focus on the reactions of the weakest and least capable members of society, for its disregard of serious purpose or artistic merit in the impugned material and for its excessive dependence on subjective conjecture on the part of the trier of fact. In *Brodie*, Judson J. expressed the view that by the enactment of s. 159(8) "all the jurisprudence under the *Hicklin* definition is rendered obsolete" (p. 701) and that the new definition gave the Court "an opportunity to apply tests which have some certainty of meaning and are capable of objective application, which do not so much depend as before upon the idiosyncrasies and sensitivities of the tribunal of fact, whether judge or jury" (p. 702). Henceforth, the standard for obscenity would be an "undue exploitation of sex" and Judson J. proposed two tests which he regarded as capable of objective application to determine such "undueness".

The first test focussed on the "internal necessities" of the work in question. In the American case of *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913), Judge Learned Hand had reluctantly felt bound to apply the *Hicklin* test, but said, at pp. 120-21: "I question whether in the end men will regard that as obscene which is honestly relevant to the adequate expression of innocent ideas." In *Brodie*, at pp. 704-05, Judson J. applied this principle to the newly-enacted statutory definition:

... I do not think that there is undue exploitation if there is no more emphasis on the theme than is required in the serious treatment of the theme of a novel with honesty and uprightness ... The section recognizes that the serious-minded author must have freedom in the production of a work of genuine artistic and literary merit and the quality of the work, as the witnesses point out and common sense indicates, must have real rele-

[TRADUCTION] ... J'estime que le critère de l'obscénité est celui de savoir si l'objet qu'on prétend obscène a tendance à dépraver et à corrompre les personnes susceptibles de subir ces influences immorales et d'avoir en leur possession une publication de ce genre.

Cette définition a été critiquée parce qu'elle met l'accent sur les réactions des membres les plus démunis de la société, parce qu'elle ne tient pas compte de l'objet profond ou de la valeur artistique du matériel attaqué et parce qu'elle repose trop sur des conjectures subjectives de la part du juge des faits. Dans l'arrêt *Brodie*, le juge Judson a exprimé l'avis que l'adoption du par. 159(8) [TRADUCTION] «rend désuète toute la jurisprudence fondée sur la définition énoncée dans l'arrêt *Hicklin*» (p. 701) et que la nouvelle définition donnait à la Cour [TRADUCTION] «l'occasion d'appliquer des critères qui présentent une certaine certitude de sens et qui peuvent être appliqués objectivement, des critères qui ne dépendent pas autant qu'auparavant des idiosyncrasies et de la sensibilité du juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury» (p. 702). La norme applicable en matière d'obscénité serait désormais «l'exploitation indue des choses sexuelles» et le juge Judson a proposé deux critères qui, selon lui, peuvent être appliqués d'une manière objective pour établir ce «caractère indu».

Le premier critère met l'accent sur les [TRADUCTION] «besoins internes» de l'œuvre en question. Dans l'arrêt américain *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913), le juge Learned Hand s'est cru, à regret, obligé d'appliquer le critère de l'arrêt *Hicklin* mais il a affirmé, aux pp. 120 et 121: [TRADUCTION] «Je me demande si, en définitive, les hommes considéreront comme obscène ce qui permet honnêtement de bien exprimer des idées inoffensives». Aux pages 704 et 705 de l'arrêt *Brodie*, le juge Judson applique ce principe à la définition légale récemment adoptée:

[TRADUCTION] ... Je ne crois pas qu'il y ait exploitation indue si on ne met pas plus l'accent sur ce thème que ce qui est requis pour traiter le thème d'un roman de façon sérieuse, honnête et intègre ... L'article reconnaît qu'un auteur sérieux doit jouir d'une certaine liberté pour produire une œuvre ayant une valeur artistique et littéraire réelle et la qualité de cette œuvre, comme l'ont souligné les témoins et comme l'indique le bon sens, doit

vance in determining not only a dominant characteristic but also whether there is undue exploitation.

Judson J.'s second test for "undueness" looked to the standards of the community. The concept of "community standards" had previously been applied by courts in Australia and New Zealand as a measure of whether a work exhibited an "undue emphasis" on sex. Judson J. regarded this reading of undue as meaning "what the community regards as excessive" to be preferable to what he saw as the only alternative (at p. 706):

Surely the choice of courses is clear-cut. Either the judge instructs himself or the jury that undueness is to be measured by his or their personal opinion—and even that must be subject to some influence from contemporary standards—or the instruction must be that the tribunal of fact should consciously attempt to apply these standards. Of the two, I think that the second is the better choice.

Judson J. made no attempt to harmonize or integrate his two tests. He simply concluded that whether the question was approached on the basis of the internal necessities of the novel itself or on the basis of an offence against community standards, undue exploitation of sex was not a dominant characteristic of *Lady Chatterley's Lover*.

In the present case, no argument was addressed to the "artistic merit" or "serious purpose" of *Dracula Sucks*—nor, I should think, could such an argument plausibly be made. This Court is not, therefore, called upon to expound the relationship between Judson J.'s two tests. We need only consider the issue of obscenity from the point of view of community standards.

Nevertheless, as will presently appear, it is important to remember that from the very beginning of this Court's consideration of s. 159(8) "community standards" have been viewed as *one* measure of "undueness" in the exploitation of sex. They have never been seen as the *only* measure of such undueness; still less has a breach of commu-

vraiment permettre d'établir non seulement une caractéristique dominante, mais également s'il y a exploitation indue.

a Le second critère du juge Judson concernant le «caractère indu» porte sur les normes sociales. Les tribunaux de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande avaient déjà appliqué le concept de «normes sociales» pour déterminer si une œuvre mettait un *b* «accent indu» sur les choses sexuelles. Le juge Judson a considéré que cette façon d'interpréter le mot indu comme signifiant [TRADUCTION] «ce que la société considère comme excessif» était préférable à ce qu'il considèrerait comme la seule autre *c* solution (à la p. 706):

[TRADUCTION] Il est évident que le choix de la voie à suivre est précis. Ou bien, selon le juge ou les jurés bien instruits du droit applicable, le caractère indu doit être *d* mesuré en fonction de son ou de leur opinion personnelle—et même là l'influence des normes contemporaines doit se faire sentir dans une certaine mesure—ou bien, suivant ce juge ou ces jurés, le juge des faits doit consciemment tenter d'appliquer ces normes. Entre ces deux options, j'estime que la seconde est la meilleure. *e*

Le juge Judson n'a pas tenté d'harmoniser ou d'intégrer ses deux critères. Il a simplement conclu que peu importe que la question soit examinée en *f* fonction des besoins internes du roman lui-même ou en fonction d'une violation des normes sociales, l'exploitation indue des choses sexuelles n'est pas une caractéristique dominante du roman *L'amant de Lady Chatterley*.

g En l'espèce, aucun argument n'a porté sur l'«objet profond» ou sur la «valeur artistique» de *Dracula Sucks* et je ne crois pas qu'un tel argument pourrait être avancé d'une manière plausible. *h* Cette Cour n'est donc pas appelée à expliquer le lien entre les deux critères du juge Judson. Nous devons seulement examiner la question de l'obscénité du point de vue des normes sociales.

i Néanmoins, comme on le verra bientôt, il importe de se rappeler que depuis la toute première fois où cette Cour a examiné le par. 159(8), les «normes sociales» ont été considérées comme *un* moyen d'évaluer le «caractère indu» de l'exploitation des choses sexuelles. Elles n'ont jamais été considérées comme *l'unique* critère de ce caractère

nity standards been treated as in itself a criminal offence.

There are other ways in which exploitation of sex might be "undue". Ours is not a perfect society and it is unfortunate but true that the community may tolerate publications that cause harm to members of society and therefore to society as a whole. Even if, at certain times, there is a coincidence between what is not tolerated and what is harmful to society, there is no necessary connection between these two concepts. Thus, a legal definition of "undue" must also encompass publications harmful to members of society and, therefore, to society as a whole.

Sex related publications which portray persons in a degrading manner as objects of violence, cruelty or other forms of dehumanizing treatment, may be "undue" for the purpose of s. 159(8). No one should be subject to the degradation and humiliation inherent in publications which link sex with violence, cruelty, and other forms of dehumanizing treatment. It is not likely that at a given moment in a society's history, such publications will be tolerated. See *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (Ont. Co. Ct.) at p. 173; *R. v. Wagner*, Alta. Q.B., January 16, 1985 (unreported); *R. v. Chin*, Ont. Prov. Ct., February 22, 1983 (unreported, but summarized at 9 W.C.B. 249).

However, as I have noted above, there is no necessary coincidence between the undueness of publications which degrade people by linking violence, cruelty or other forms of dehumanizing treatment with sex, and the community standard of tolerance. Even if certain sex related materials were found to be within the standard of tolerance of the community, it would still be necessary to ensure that they were not "undue" in some other sense, for example in the sense that they portray persons in a degrading manner as objects of violence, cruelty, or other forms of dehumanizing treatment.

indu; encore moins a-t-on jugé qu'une violation des normes sociales constitue en soi une infraction criminelle.

a L'exploitation des choses sexuelles peut être «indue» d'autres façons. Notre société n'est pas parfaite et il est malheureux mais tout de même vrai que la société peut tolérer des publications nocives pour ses membres et, par conséquent, pour l'ensemble de la société. Même si parfois il y a une coïncidence entre ce qui n'est pas toléré et ce qui est nocif pour la société, il n'y a pas nécessairement de lien entre ces deux concepts. Ainsi, la définition légale du mot «indue» doit viser également les publications nocives pour les membres de la société et, par conséquent, pour l'ensemble de la société.

d Les publications qui ont trait aux choses sexuelles et qui représentent des personnes d'une manière dégradante, comme faisant l'objet de violence, de cruauté ou d'autres formes de traitement déshumanisant, peuvent être «indues» au sens du par. 159(8). Nul ne devrait être assujéti à la dégradation et à l'humiliation qui constituent une caractéristique inhérente des publications qui associent les choses sexuelles à la violence, à la cruauté et à d'autres formes de traitement déshumanisant. Il est peu probable qu'à un moment donné dans l'histoire d'une société de telles publications seront tolérées. Voir *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (C. de comté, Ont.), à la p. 173; *R. v. Wagner*, B.R. Alb., le 16 janvier 1985 (non publié); *R. v. Chin*, Cour prov. Ont., le 22 février 1983 (non publié, mais résumé à 9 W.C.B. 249).

h Cependant, comme je l'ai souligné plus haut, il n'y a pas nécessairement de coïncidence entre la norme sociale de tolérance et le caractère indu des publications qui dégradent des personnes en associant les choses sexuelles à la violence, à la cruauté ou à d'autres formes de traitement déshumanisant. i Même si on concluait que certains objets qui ont trait aux choses sexuelles sont conformes à la norme sociale de tolérance, il serait encore nécessaire de s'assurer qu'ils ne sont pas «indus» sous d'autres aspects, en ce sens par exemple qu'ils représentent des personnes d'une manière dégradante, comme faisant l'objet de violence, de cruauté et d'autres formes de traitement déshumanisant. j

In the present case, however, only the community standard of tolerance is directly in issue. The rest of this decision will be concerned with the community standard of tolerance.

Two years after the *Brodie* case this Court, in *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] S.C.R. 251, adopted *in toto* the dissenting reasons delivered in the Court of Appeal of Manitoba by Freedman J.A., [1963] 2 C.C.C. 103. In that case, as in this, the allegedly obscene material had no discernible serious purpose or artistic merit. Freedman J.A.'s discussion of whether or not it unduly exploited sex was therefore focussed on its relationship to community standards. Applying Judson J.'s observation in *Brodie* about the need to test undueness by objective criteria, Freedman J.A. elaborated on several requisite characteristics of the community standards to be applied. He held that the standards must be *Canadian* standards, not those prevailing elsewhere, and that they must be *contemporary* standards reflecting the current level of candour with regard to sexual matters not the level of the past. On the question of which contemporary Canadians are to be the touchstone of "community standards" Freedman J.A. said at p. 116:

Those standards are not set by those of lowest taste or interest. Nor are they set exclusively by those of rigid, austere, conservative, or puritan taste and habit of mind. Something approaching a general average of community thinking and feeling has to be discovered. Obviously this is no easy task, for we are seeking a quantity that is elusive. Yet the effort must be made if we are to have a fair objective standard in relation to which a publication can be tested as to whether it is obscene or not. The alternative would mean a subjective approach, with the result dependent upon and varying with the personal tastes and predilections of the particular Judge who happens to be trying the case.

In 1974, in *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, Freedman C.J.M. had much the same to say with regard to the appropri-

En l'espèce toutefois, seule la norme sociale de tolérance est directement en cause. C'est sur la norme sociale de tolérance que portera le reste de cet arrêt.

^a Deux ans après l'arrêt *Brodie*, cette Cour a adopté intégralement, dans l'arrêt *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] R.C.S. 251, les motifs dissidents prononcés par le juge Freedman de la Cour d'appel du Manitoba à [1963] 2 C.C.C. 103. Dans cette affaire, comme en l'espèce, on ne pouvait discerner aucune valeur artistique ni aucun objet profond dans le matériel prétendument obscène. Dans son analyse de la question de savoir s'il y avait eu exploitation indue des choses sexuelles, le juge Freedman a donc mis l'accent sur le lien entre cette exploitation et les normes sociales. Appliquant l'observation du juge Judson dans l'arrêt *Brodie* concernant l'obligation d'évaluer le caractère indu au moyen d'un critère objectif, le juge Freedman a expliqué plusieurs caractéristiques nécessaires des normes sociales qu'il faut appliquer. Il a conclu qu'il doit s'agir de normes *canadiennes* et non de normes qui ont cours ailleurs et que ces normes doivent être *contemporaines* et refléter le degré actuel de franchise face aux questions sexuelles et non celui qui existait par le passé. Quant à la question de savoir quels Canadiens contemporains doivent être la pierre de touche des «normes sociales», le juge Freedman affirme, à la p. 116:

[TRADUCTION] Ces normes ne sont pas fixées par des gens au goût et aux intérêts les plus bas. Elles ne sont pas non plus fixées exclusivement par des gens de goût et d'esprit rigides, austères, conservateurs ou puritains. Il faut en arriver à quelque chose qui se rapproche de la moyenne générale des opinions et des sentiments de la société. De toute évidence, ce n'est pas une tâche facile puisque ce que nous cherchons à quantifier est intangible. Il faut quand même faire cet effort si nous voulons obtenir une norme juste et objective qui permette de vérifier si une publication est obscène. L'autre solution sous-tendrait une approche subjective, ce qui produirait des résultats variables dépendant des goûts et des préférences personnels de chaque juge qui se trouve à présider le procès.

En 1974, dans l'arrêt *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, à la p. 188 (C.A. Man.), le juge en chef Freedman a dit à

ate community standard to apply in determining whether the film *Last Tango in Paris* was obscene at p. 188:

The learned trial Judge made it abundantly clear that his obligation was to consider the film not according to his own subjective views but according to the objective test furnished by contemporary community standards in Canada. Indeed he expressly stated in his reasons for judgment that his personal views were adverse to the acceptability of the film but that he was setting aside those views. That of course was the correct and judicial thing to do.

I said earlier that the undue exploitation of sex is the touchstone of obscenity under s. 159(8), and that a breach of community standards is simply one measure of such undueness. It is harm to society from undue exploitation that is aimed at by the section, not simply lapses in propriety or good taste. In *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (Man. C.A.), Monnin J.A. and I considered this point at p. 269:

The Court was urged to define "community standards" as community standards of acceptance, *i.e.*, tolerance. I would accept this definition. In the *Brodie* case Judson J., referred, p. 181, to "standards of acceptance prevailing in the community". In the *Great West News* case, we referred to contemporary standards of tolerance. I have no doubt, as Dr. Rich testified, and as the Judge agreed, a distinction can be made between private taste and standard of tolerance. It can hardly be questioned that many people would find personally offensive, material which they would permit others to read. Parliament, through its legislation on obscenity, could hardly have wished to proscribe as criminal that which was acceptable or tolerable according to current standards of the Canadian community.

A similar point was made by Weatherston J.A., delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111 (leave to appeal refused, [1979] 1 S.C.R. xi) at pp. 114-15:

It is neither helpful nor accurate to say that the standard of tolerance is synonymous with the moral standards of the community ... the words "moral standards of the

peu près la même chose au sujet de la norme sociale applicable pour déterminer si le film *Le dernier tango à Paris* était obscène:

[TRADUCTION] Le savant juge du procès a indiqué très clairement qu'il avait l'obligation d'examiner le film en fonction non pas de son propre point de vue subjectif, mais du critère objectif que fournissent les normes sociales contemporaines au Canada. En fait, il a déclaré de façon expresse dans les motifs de son jugement qu'à son point de vue personnel, le film était inacceptable, mais qu'il mettait de côté ce point de vue. Il s'agit là bien sûr de ce qu'un juge doit faire.

J'ai affirmé précédemment que l'exploitation induue des choses sexuelles est la pierre angulaire de l'obscénité au sens du par. 159(8) et qu'une violation des normes sociales n'est qu'une mesure de ce caractère indu. C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation induue que cet article vise et non simplement le manque de convenance ou de bon goût. Dans l'arrêt *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (C.A. Man.), le juge Monnin et moi-même avons examiné ce point à la p. 269:

[TRADUCTION] On a demandé à la cour de définir les «normes sociales» comme étant les normes sociales d'acceptation, *c.-à-d.* de tolérance. Je suis d'avis d'accepter cette définition. Dans l'arrêt *Brodie*, le juge Judson parle, à la p. 181, des «normes d'acceptation admises dans la société». Dans l'arrêt *Great West News*, nous avons parlé des normes de tolérance contemporaines. Je ne doute pas, comme l'a affirmé le Dr Rich dans son témoignage et ce avec quoi le juge s'est dit d'accord, qu'on puisse établir une distinction entre un goût personnel et une norme de tolérance. On ne peut guère nier qu'un bon nombre de personnes trouveraient personnellement offensant du matériel qu'elles permettraient à d'autres personnes de lire. Il va sans dire que le Parlement, par ses lois relatives à l'obscénité, n'a pas voulu interdire comme étant criminel ce qui est acceptable ou tolérable suivant les normes actuelles de la société canadienne.

Le juge Weatherston, qui a rendu l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111 (autorisation de pourvoi refusée, [1979] 1 R.C.S. xi), se prononce dans le même sens, aux pp. 114 et 115:

[TRADUCTION] Il est ni utile ni juste d'affirmer que la norme de la tolérance est synonyme de normes morales de la société ... L'expression «normes morales de la

community” mean no more than a consensus of what is right and what is wrong The question, in any event, is not whether the content of the publication goes beyond what the contemporary Canadian community thinks is right, but rather whether it goes beyond what the contemporary Canadian community is prepared to tolerate.

R. v. Sudbury News Service Ltd. (1978), 39 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.), was concerned with the distribution to certain confectionary stores of magazines alleged to be obscene, including *Penthouse* and *Oui*. Howland C.J.O., speaking for the Ontario Court of Appeal, reviewed the relevant authorities and then, in a number of propositions distilled from those authorities expressed, in my view admirably, the present state of Canadian law as applied to the question presently before the Court.

I have taken the liberty of extracting the following propositions from various places in the judgment: (i) in determining what is undue exploitation within s. 159(8), one of the tests to be applied is whether the accepted standards of tolerance in the contemporary Canadian community have been exceeded; (ii) the standards must be contemporary as times change and ideas change with them, one manifestation being the relative freedom with which the whole question of sex is discussed; (iii) it is the standards of the community as a whole which must be considered and not the standards of a small segment of that community such as the university community where a film was shown; (iv) the decision whether the publication is tolerable according to Canadian community standards rests with the court; (v) the task is to determine in an objective way what is tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community, and not merely to project one’s own personal ideas of what is tolerable.

The cases all emphasize that it is a standard of *tolerance*, not taste, that is relevant. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it.

société» ne désigne qu’un consensus sur ce qui est bien et sur ce qui est mal En tout état de cause, la question n’est pas de savoir si le contenu de la publication va au-delà de ce que la société canadienne contemporaine estime convenable, mais plutôt de savoir s’il va au-delà de ce que la société canadienne contemporaine est disposée à tolérer.

L’arrêt *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.), porte sur la distribution à certaines épicerie de revues prétendument obscènes dont *Penthouse* et *Oui*. Le juge en chef Howland, au nom de la Cour d’appel de l’Ontario, a examiné la doctrine et la jurisprudence pertinentes et, dans un certain nombre de propositions qu’il en a dégagées, il a énoncé d’une façon admirable à mon avis l’état actuel du droit canadien applicable à la question dont est saisie cette Cour en l’espèce.

Je me suis permis d’extraire les propositions suivantes de divers passages de ce jugement: (i) pour déterminer ce qui constitue de l’exploitation indue au sens du par. 159(8), l’un des critères applicables consiste à savoir si on a outrepassé les normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine; (ii) il doit s’agir des normes contemporaines vu que les temps et les idées changent comme en fait foi la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles; (iii) il faut tenir compte des normes de l’ensemble de la société et non des normes d’une fraction de la société, comme le milieu universitaire où a été présenté un film; (iv) il appartient à la cour de décider si une publication est tolérable suivant les normes de la société canadienne; (v) il incombe de décider d’une manière objective ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne, et non simplement d’appliquer sa propre conception de ce qui est tolérable.

Tous les arrêts soulignent que la norme applicable est la *tolérance* et non le goût. Ce qui importe, ce n’est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c’est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d’autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu’ils le voient.