

Allin Ross Hawkshaw Appellant;

and

Her Majesty The Queen Respondent.

File No.: 17308.

1985: January 28; 1986: May 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Obscenity — Accused charged with making obscene publication — Charge brought because of obscene photograph taken by accused — No evidence of publication or intention to publish — Whether inclusion of word “publication” in charge an essential averment or mere surplusage — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 159(1)(a), (8).

Appellant was charged under s. 159(1)(a) of the *Criminal Code* in that he “unlawfully did make an obscene publication, to wit: a photograph of an act of gross indecency”. There was evidence at the preliminary hearing to support findings that the photograph was taken by the appellant and that the photograph was obscene, but none as to an intention to publish it. The committing magistrate decided that the word “publication” in the charge was surplusage. An order for *certiorari* to quash the committal, granted in the Supreme Court of Ontario, was set aside on appeal. At issue here was whether an intent to publish an obscene photograph was an essential ingredient for conviction of the accused under the charge as framed. Argument also centred on the applicability of the test for obscenity under s. 159(8) of the *Criminal Code*.

Held: The appeal should be allowed.

The test of obscenity laid down in s. 159(8) of the *Criminal Code* should apply to the issue of obscenity in charges under the *Criminal Code*, whether based on publication or not.

Section 159(1)(a) of the *Criminal Code* creates a number of offences which are separate and apart. One of these offences, the making of an obscene photograph, does not involve any necessary element of publication.

Allin Ross Hawkshaw Appellant;

et

Sa Majesté La Reine Intimée.

N° du greffe: 17308.

1985: 28 janvier; 1986: 22 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'ONTARIO

Droit criminel — Obscénité — Accusation d'avoir produit une publication obscène — Accusation portée en raison d'une photographie obscène prise par l'accusé — Aucune preuve de publication ou d'intention de publier — L'inclusion du terme «publication» dans l'accusation est-elle une allégation essentielle ou simplement superfétatoire? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(1)(a), (8).

L'appellant a été accusé en vertu de l'al. 159(1)a du *Code criminel* d'avoir «illégalement produit une publication obscène, savoir: une photographie d'un acte de grossière indécence». À l'enquête préliminaire, on a présenté des éléments de preuve à l'appui des conclusions portant que la photographie a été prise par l'appellant et qu'elle est obscène, mais aucun élément de preuve de l'intention de la publier. Le magistrat qui a ordonné le renvoi au procès a jugé que le terme «publication» dans l'accusation était superfétatoire. La Cour suprême de l'Ontario a fait droit à une demande de *certiorari* visant à faire annuler le renvoi au procès. L'ordonnance obtenue a été annulée en appel. La question qui se pose est de savoir si l'intention de publier une photographie obscène constitue un élément essentiel pour pouvoir déclarer l'accusé coupable en vertu de l'accusation telle qu'elle a été formulée. L'argumentation a été axée également sur l'applicabilité du critère d'obscénité que prévoit le par. 159(8) du *Code criminel*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le critère d'obscénité établi au par. 159(8) du *Code criminel* devrait être appliqué à la question de l'obscénité dans les accusations portées en vertu du *Code criminel* qu'elles soient fondées sur la publication ou non.

L'alinéa 159(1)a du *Code criminel* crée un certain nombre d'infractions séparées et distinctes. L'une de ces infractions, celle consistant à produire une photographie obscène, ne comporte aucun élément nécessaire de publication.

The word "publication" introduced an element of publication into the indictment. To be given any meaning the indictment as framed must have encompassed something more than the mere making of a photograph. The surplusage rule — that words in the indictment are said to be surplus in the sense that they need not be proved in order to prove conviction — was inapplicable here in that it would prejudice the accused.

The accused could well have concluded that evidence of an intent to publish or evidence of actual publication would form a necessary part of the Crown's case. Although it might be possible to conclude, on a detailed analysis of the meanings to be attributed to the word "publication" used in this context, that neither an intent to publish nor an actual publication was involved the accused should not be confronted with this sort of exercise in making his response to a criminal charge.

Cases Cited

Dechow v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 951; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, applied; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, not followed; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. Munster* (1960), 34 C.R. 47; *R. v. Modenese* (1962), 38 C.R. 45; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Schell* (1973), 13 C.C.C. (2d) 342; *R. v. McCormick*, York Co. Ct. (Ont.), January 10, 1980, unreported, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 159(1)(a), (8).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 69 C.C.C. (2d) 503, 39 O.R. (2d) 571, allowing an appeal from a judgment of Osler J. allowing an application to quash an order of Nadeau Prov. Ct. J. for committal to trial. Appeal allowed.

Patrick S. Duffy, Q.C., for the appellant.

Susan Ficek, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The principal question with which this appeal is concerned is whether an intent to publish an obscene photograph is an essential

Le terme «publication» a introduit un élément de publication dans l'acte d'accusation. Pour avoir un sens, le texte de l'acte d'accusation doit viser quelque chose de plus que la simple production d'une photographie. La règle du superfétatoire — en vertu de laquelle des mots de l'acte d'accusation sont censés être superflus en ce sens qu'ils constituent des éléments qui n'ont pas à être prouvés pour obtenir une déclaration de culpabilité — n'est pas applicable à l'espèce du fait qu'elle causerait un préjudice à l'accusé.

L'accusé pourrait bien avoir conclu que la preuve de l'intention de publier ou la preuve de la publication réelle formerait une partie nécessaire de la preuve de la poursuite. Bien qu'on pourrait conclure, suite à une analyse détaillée des significations qui pourraient être attribuées au terme «publication» dans ce contexte, qu'il n'est question d'aucune intention de publier ni d'aucune publication réelle, l'accusé ne devrait pas avoir à faire face à ce genre d'exercice en présentant sa réponse à une accusation criminelle.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; arrêt non suivi: *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; arrêts mentionnés: *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. v. Munster* (1960), 34 C.R. 47; *R. v. Modenese* (1962), 38 C.R. 45; *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. v. Schell* (1973), 13 C.C.C. (2d) 342; *R. v. McCormick*, C. de comté de York (Ont.), 10 janvier 1980, inédit.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(1)(a), (8).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 69 C.C.C. (2d) 503, 39 O.R. (2d) 571, qui a accueilli l'appel de la décision du juge Osler d'accueillir la demande d'annulation de l'ordonnance de renvoi au procès rendue par le juge Nadeau de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

Patrick S. Duffy, c.r., pour l'appellant.

Susan Ficek, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'intention de publier une photographie obscène

element for the conviction of a person charged, under s. 159(1)(a) of the *Criminal Code*, that he "unlawfully did make an obscene publication, to wit: a photograph of an act of gross indecency".

A commercial film developer delivered to the police a series of photographs which it had received for development. One of the photographs was the basis for the charge in this case. The Crown elected to proceed by indictment. The appellant elected trial by judge alone and a preliminary hearing was held.

At the preliminary hearing there was evidence from which a properly instructed jury could find that the photograph was taken by the appellant and that it was itself of such nature that it afforded evidence of obscenity. There was, however, no evidence of any intention to publish the photograph. The committing magistrate committed for trial despite the absence of such evidence. He concluded that the word "publication" in the charge was surplusage—a non-allegation—which did not form an essential ingredient of the charge.

An application was made before Osler J. in the Supreme Court of Ontario for *certiorari* to quash the committal (reported at (1981), 62 C.C.C. (2d) 289). The motion succeeded. Osler J. was of the view that evidence of an intent to publish was a necessary element for the proof of the charge and that to commit for trial in the absence of such evidence was an excess of jurisdiction. This ruling, given his view of the elements of the charge against the accused, was consistent with the majority judgment in this Court in *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93.

The Crown appeal to the Court of Appeal (Howland C.J.O., Brooke and Cory J.J.A.) was allowed with Brooke J.A. dissenting (reported at (1982), 69 C.C.C. (2d) 503). Howland C.J.O., for

constitue un élément essentiel pour pouvoir déclarer une personne, accusée en vertu de l'al. 159(1)a) du *Code criminel*, coupable d'avoir [TRANSLATION] «illégalement produit une publication obscène, savoir: une photographie d'un acte de grossière indécence».

Un service commercial de développement de films a transmis à la police une série de photographies qu'on lui avait remises pour qu'elles soient développées. L'accusation en l'espèce est fondée sur l'une de ces photographies. La poursuite a choisi de procéder par voie de mise en accusation. L'appellant a choisi d'être jugé par un juge seul et il y a eu enquête préliminaire.

Lors de l'enquête préliminaire, on a présenté des éléments de preuve à partir desquels un jury qui aurait reçu des directives appropriées aurait pu conclure que la photographie avait été prise par l'appellant et qu'elle était elle-même de nature à constituer un élément de preuve de l'obscénité. Toutefois, il n'y avait aucun élément de preuve d'une intention de publier la photographie. Le magistrat a renvoyé l'appellant à son procès malgré l'absence d'un tel élément de preuve. Il a conclu que le terme «publication» dans l'accusation était superfluet—qu'il ne constituait pas une allégation—et ne formait pas un élément essentiel de l'accusation.

Une demande de *certiorari* a été présentée devant le juge Osler de la Cour suprême de l'Ontario pour faire annuler le renvoi au procès (publié à (1981), 62 C.C.C. (2d) 289). La requête a été accordée. Le juge Osler a exprimé l'avis que la preuve de l'intention de publier constituait un élément nécessaire pour prouver l'accusation et que le renvoi au procès ordonné en l'absence d'un tel élément de preuve constituait un excès de compétence. Cette décision, compte tenu de son opinion sur les éléments de l'accusation portée contre l'accusé, est conforme aux motifs de cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93.

L'appel interjeté par la poursuite devant la Cour d'appel (le juge en chef Howland et les juges Brooke et Cory) a été accueilli, le juge Brooke étant toutefois dissident (publié à (1982), 69

the majority, reviewed the authorities dealing with the construction of s. 159 and its predecessors. He came to the conclusion that publication was not an essential element of the charge. The word "publication" where used in the charge was, in his view, surplusage. He was also of the view that on a construction of s. 159(1)(a) of the *Criminal Code* a separate offence of making an obscene photograph had been created. A conviction could be obtained therefore in the absence of evidence of an intent to publish. There was then evidence before the committing magistrate which would justify a committal and the committal order was restored. The majority was also of the view that the test for obscenity to be applied in cases under s. 159(1)(a) of the *Code* should be that set out in s. 159(8) whether publication was involved or not. This displaced the common law test of obscenity laid down by Cockburn C.J. in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, at p. 371. Brooke J.A. (in dissent) expressed the view that, given the construction of s. 159 in its complete context, publication is an element in the commission of an offence under s. 159(1)(a). He would have upheld the reviewing court's order to quash. In this Court the argument centred on the question of publication and on the applicability of the test for obscenity under s. 159(8).

The leading case on the interpretation of s. 159(8) of the *Code* is *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951. *Dechow* arose out of the prosecution of a sex shop operator under s. 159(1)(a) of the *Code*. There the appellant was charged that 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.

C.C.C. (2d) 503). Le juge en chef Howland, au nom de la cour à la majorité, a passé en revue la jurisprudence et la doctrine qui traitent de l'interprétation de l'art. 159 et des dispositions qui l'ont précédé. Il est arrivé à la conclusion que la publication n'était pas un élément essentiel de l'accusation. Le terme «publication» utilisé dans l'accusation était, à son avis, superfétatoire. Il a également été d'avis que, selon une interprétation de l'al. 159(1)a) du *Code criminel*, une infraction distincte consistant à avoir produit une photographie obscène avait été créée. Par conséquent, une déclaration de culpabilité pouvait être obtenue en l'absence de preuve d'une intention de publier. Le magistrat qui a ordonné le renvoi au procès disposait donc d'éléments de preuve qui justifiaient ce renvoi et l'ordonnance de renvoi au procès a été rétablie. Les juges formant la majorité étaient également d'avis que le critère d'obscénité qu'il faut appliquer dans des affaires relevant de l'al. 159(1)a) du *Code* devait être celui énoncé au par. 159(8), qu'il soit ou non question de publication. Cela avait pour effet d'écarter le critère d'obscénité applicable en *common law*, qui a été établi par le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, à la p. 371. Le juge Brooke (dissident) a exprimé l'opinion que, compte tenu de l'interprétation de l'art. 159 en fonction de tout son contexte, la publication est un élément de la perpétration d'une infraction en vertu de l'al. 159(1)a). Il aurait maintenu l'ordonnance d'annulation du tribunal d'examen. En cette Cour, l'argumentation a été axée sur la question de la publication et sur l'applicabilité du critère d'obscénité que prévoit le par. 159(8).

L'arrêt de principe portant sur l'interprétation du par. 159(8) du *Code* est l'arrêt *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951. L'affaire *Dechow* découlait des poursuites intentées contre l'exploitant d'un sex-shop conformément à l'al. 159(1)a) du *Code*. Dans cette affaire, l'appelant était accusé de:

... (TRADUCTION) possession illégale, aux fins de distribution, d'articles obscènes consistant en des écrits, livres, modèles, préparations, bandes magnétiques, appareils et autres accessoires.

The appellant was convicted and the conviction was upheld on a trial *de novo*. An appeal was taken to the Ontario Court of Appeal on the question of whether the obscenity test laid down in s. 159(8) of the *Criminal Code* applied to the articles which were the subject matter of the case. The appellant's appeal was dismissed. The appellant appealed to this Court upon 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 of those articles?

Ritchie J., speaking for the majority of the Court (Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.) held that the meaning of the word "publication" where it appears in s. 159(8) must be determined not from the verb "to publish" but from the noun itself meaning "that which is published". However, the manner in which the offending articles were displayed in the shop when taken together with the printed descriptions attached to the articles constituted an element of publication. This would qualify the objects as publications within the meaning of s. 159(8) of the *Code*. It followed that the test set out in the subsection would apply. No question of the applicability of the *Hicklin* rule arose. Ritchie J. concluded his judgment, however, by saying, at p. 968:

... 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.

Laskin C.J., for the minority (the Chief Justice and Judson, Spence and Dickson JJ.), did not regard the offending articles as publications. He nevertheless concluded that the test in s. 159(8) should be applied in considering the question of obscenity. The Chief Justice expressed the view that where the *Criminal Code* had provided the definitive test of obscenity which displaced the common law *Hicklin* test, then in the interests of consistency that test should be applied in all cases of obscenity. He would have applied the s. 159(8)

L'appelant a été déclaré coupable et la déclaration de culpabilité a été maintenue lors d'un procès *de novo*. Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario sur la question de savoir si le critère d'obscénité énoncé au par. 159(8) du *Code criminel* s'appliquait aux articles visés dans l'affaire. L'appel de l'appellant a été rejeté. L'appellant a formé un pourvoi devant cette Cour relativement à 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?

Le juge Ritchie au nom de la Cour à la majorité (les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré) a conclu que le sens du terme «publication» tel qu'il figure au par. 159(8) doit être déterminé non pas à partir du verbe «publier» mais à partir du substantif lui-même qui signifie «ce qui est publié». Toutefois, la manière dont les objets en cause étaient exposés dans la boutique, lorsqu'ils étaient considérés avec les descriptions imprimées qui les accompagnaient, constituait un élément de publication. Cela avait pour effet de qualifier les objets comme des publications au sens du par. 159(8) du *Code*. Il s'ensuivait que le critère établi dans ce paragraphe s'appliquait. La question de l'applicabilité de la règle de l'arrêt *Hicklin* n'a pas été soulevée. Toutefois, le juge Ritchie a terminé ses motifs en affirmant à la p. 968:

... je n'estime pas nécessaire de déterminer quel critère doit s'appliquer pour déterminer l'obscénité de choses autres que des publications.

Le juge en chef Laskin au nom de la Cour à la minorité (le Juge en chef et les juges Judson, Spence et Dickson) n'a pas considéré les objets en cause comme des publications. Il a néanmoins conclu que le critère établi au par. 159(8) devait être appliqué en examinant la question de l'obscénité. Le Juge en chef a exprimé l'opinion que, comme le *Code criminel* avait énoncé le critère définitif de l'obscénité qui remplaçait le critère de *common law* établi dans l'arrêt *Hicklin*, alors, pour des motifs d'uniformité, ce critère devait être

test in obscenity cases not involving publications. He said, at pp. 962-63:

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.

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.

In my view, Laskin C.J. was not in conflict with the majority on this point. The majority had clearly left the question open. As has been pointed out, Howland C.J.O., for the majority in the Court of Appeal, adopted the reasons of Laskin C.J. in *Dechow* and applied the s. 159(8) test. He said, at p. 513:

appliqué dans tous les cas d'obscénité. Il aurait appliqué le critère du par. 159(8) dans les cas d'obscénité où il n'est pas question de publications. Voici ce qu'il dit aux pp. 962 et 963:

a 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.

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.

À mon avis, le juge en chef Laskin n'était pas en désaccord avec les juges de la majorité sur ce point. Les juges formant la majorité avaient manifestement laissé la question en suspens. Comme il a été souligné, le juge en chef Howland, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, a adopté les motifs du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Dechow* et a appliqué le critère du par. 159(8). Voici ce qu'il affirme à la p. 513:

I am in agreement with the above view expressed by Laskin C.J.C. that the test of obscenity to be applied in the case of offences under s. 159(1)(a), where no publication is involved, should be the same as the test prescribed under s. 159(8) in respect of publications. This would appear to be the proper course to follow in the interests of consistency. There is no justification for applying a different test of obscenity for non-publication offences.

It is my view that he was right in law to do so. In my opinion, the test of obscenity laid down in s. 159(8) should apply to the issue of obscenity in charges under the *Criminal Code* whether based on publication or not. For the reasons outlined by Laskin C.J. in *Dechow*, the *Hicklin* test is no longer applicable in Canada in such cases.

Turning now to the case at bar, s. 159(1)(a) of the *Criminal Code* provides:

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

This section creates a number of offences, one of which, that of making an obscene picture, is said to be the subject of this charge. It is an offence which is separate and distinct from the other offences there mentioned and it involves no necessary element of publication. The various offences are separated by commas and one does violence to no rule of construction in recognizing them as separate concepts. I am in agreement with Howland C.J.O. in this respect. After discussing various authorities, such as *R. v. Munster* (1960), 34 C.R. 47; *R. v. Modenese* (1962), 38 C.R. 45; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Schell* (1973), 13 C.C.C. (2d) 342; *R. v. McCormick*, York Co. Ct. (Ont.), Ferguson Co. Ct. J., Jan. 10, 1980, unreported, and *Dechow v. The Queen*, *supra*, he said, at p. 515:

There are no dicta in the *Dechow* case to suggest that publication is a prerequisite to every offence under s. 159(1)(a). On the contrary, both the reasons of the

[TRADUCTION] Je partage l'opinion exprimée ci-dessus par le juge en chef Laskin selon laquelle le critère d'obscénité qui doit être appliqué dans le cas d'infractions à l'al. 159(1)a, lorsqu'il n'est pas question de publications, devrait être le même que le critère que prévoit le par. 159(8) à l'égard des publications. Cela semblerait être la bonne marche à suivre pour des motifs d'uniformité. Rien ne justifie l'application d'un critère d'obscénité différent pour les infractions où il n'est pas question de publications.

Je suis d'avis qu'il était bien fondé en droit de le faire. À mon avis, le critère d'obscénité établi au par. 159(8) devrait être appliqué à la question de l'obscénité dans les accusations portées en vertu du *Code criminel* qu'elles soient fondées sur la publication ou non. Pour les motifs qu'a exposés le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Dechow*, le critère de l'arrêt *Hicklin* n'est plus applicable au Canada dans de telles affaires.

En ce qui a trait à l'espèce, l'al. 159(1)a du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

159. (1) Commet une infraction, quiconque

a) produit, imprime, publie, distribuée, 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

Cette disposition crée un certain nombre d'infractions, dont l'une, celle consistant à produire une image obscène, fait l'objet de la présente accusation. C'est une infraction qui est séparée et distincte des autres infractions y mentionnées et qui ne comporte aucun élément nécessaire de publication. Les diverses infractions sont séparées par des virgules et l'on ne fait violence à aucune règle d'interprétation en reconnaissant qu'il s'agit de concepts distincts. Je partage l'opinion exprimée par le juge en chef Howland à cet égard. Après avoir analysé divers précédents comme *R. v. Munster* (1960), 34 C.R. 47; *R. v. Modenese* (1962), 38 C.R. 45; *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. v. Schell* (1973), 13 C.C.C. (2d) 342; *R. v. McCormick*, C. de comté de York (Ont.), 10 janv. 1980, le juge Ferguson, inédit, et *Dechow c. La Reine*, précité, il affirme à la p. 515:

[TRADUCTION] L'arrêt *Dechow* ne comporte aucune opinion incidente qui laisse entendre que la publication est une condition préalable de toute infraction à l'al.

majority and the minority recognize the need to consider the test for obscenity in cases of non-publications. The majority also recognized that s. 159(8) only applied to publications. Furthermore, some of the offences included in s. 159(1)(a) such as "possession for the purpose of publication, distribution or circulation" relate to a point of time before publication has occurred.

The real question raised in this case then is not whether there is a separate offence of making an obscene article, but whether the Crown in framing the indictment in this case has alleged the separate offence of making an obscene publication. The committing judge and the majority in the Court of Appeal considered the word "publication" in the indictment could be disregarded as mere surplusage. This approach left a simple charge of making an obscene photograph on which there was evidence which would warrant a committal.

The surplusage rule—by which a word or words in an indictment are said to be surplus in the sense that they need not be proved in order to procure a conviction—may not be applied where it would prejudice an accused. This matter was recently canvassed in this Court in *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, where Lamer J., speaking for the unanimous Court, reviewed the authorities on the question. He commenced his discussion with the statement, at p. 26:

Similarly, the "surplusage rule", which as noted above, is the converse of s. 510(3), must also be seen as subject to the proviso that the accused not be prejudiced in his or her defence.

Then after reviewing the apposite authorities he concluded, by saying, at p. 28:

In summary, the early Canadian cases on the "surplusage rule", e.g. *R. v. Coote* (1903), 8 C.C.C. 199

159(1)(a). Au contraire, les juges formant la majorité et ceux formant la minorité reconnaissent, dans leurs motifs, qu'il est nécessaire d'analyser le critère d'obscénité dans les affaires où il n'est pas question de publications. Les juges formant la majorité ont également reconnu que le par. 159(8) ne s'applique qu'aux publications. En outre, certaines des infractions visées à l'al. 159(1)(a) comme la «possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation» se rapportent à un moment antérieur à la publication.

Alors la véritable question qui se pose en l'espèce est de savoir non pas s'il existe une infraction distincte qui consiste à produire un objet obscène, mais si la poursuite en rédigeant l'acte d'accusation en l'espèce a allégué qu'il y a eu perpétration de l'infraction distincte qui consiste à produire une publication obscène. Le juge qui a ordonné le renvoi au procès et les juges formant la majorité en Cour d'appel ont considéré qu'on pouvait ne pas tenir compte du terme «publication» dans l'acte d'accusation, pour le motif qu'il était tout simplement superfétatoire. De cette attitude, il a résulté une simple accusation d'avoir produit une photographie obscène à l'égard de laquelle il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le renvoi au procès.

La règle du superfétatoire—en vertu de laquelle un mot ou des mots d'un acte d'accusation sont censés être superflus en ce sens qu'ils constituent un élément qui n'a pas à être prouvé pour obtenir une déclaration de culpabilité — peut ne pas être appliquée dans le cas où elle causerait un préjudice à l'accusé. Cette question a récemment été examinée à fond par cette Cour dans *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, où le juge Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a passé en revue la jurisprudence et la doctrine sur la question. Il a commencé son analyse par la déclaration suivante (à la p. 26):

De même, la règle du «superfétatoire» qui, comme je l'ai déjà souligné, constitue l'inverse du par. 510(3), doit aussi être considérée comme sujette à la condition que l'accusé ne subisse pas de préjudice dans sa défense.

Ensuite après avoir examiné la doctrine et la jurisprudence pertinentes, il a conclu en disant (à la p. 28):

En résumé, l'ancienne jurisprudence canadienne sur la règle du «superfétatoire», dont l'affaire *R. v. Coote*

(B.C.S.C.), do not specifically mention the issue of prejudice, but many of the more recent cases, specifically those noted above, expressly and repeatedly underline the issue of prejudice. Prejudice to the accused is in my view, a clear limitation to the invocation of the "surplusage rule".

It remains now to consider whether the treatment as surplusage of the word "publication" in the indictment before the Court would cause prejudice to the accused appellant. The word "publication", as used in the indictment, is capable of two differing meanings. It could have the meaning ascribed to the noun "publication", that is, "that which is published", or it could have the meaning of the verb "to publish". In either case an element of publication is introduced into the indictment. This being so, can it be said that the Crown has alleged the separate offence of making an obscene photograph? If the answer is "yes", the word "publication" must be disregarded. If the word is to be given any meaning, then something more than the mere making of an obscene photograph has been alleged. The accused could well have concluded that evidence of an intent to publish or evidence of actual publication would form a necessary part of the Crown's case. A finding that the word is largely surplus would surely prejudice an accused who had committed himself to a defence against an allegation involving publication. It may be possible on a detailed analysis of the meanings which could be attributed to the word "publication" in this context to conclude that no intent to publish or no actual publication is involved. This is not, however, the sort of exercise which should confront an accused in making his response to a criminal charge.

It is, therefore, my opinion that on the indictment as framed, evidence was required of publication or an intent to publish. The committal without such evidence cannot be sustained on the basis of the majority decision of this Court in *Skogman*, *supra*. I would therefore allow the appeal and restore the order of Osler J. quashing the committal.

(1903), 8 C.C.C. 199 (C.S.C.-B.), ne mentionne pas expressément la question du préjudice, mais une grande partie de la jurisprudence plus récente, notamment celle mentionnée ci-dessus, souligne expressément et à maintes reprises la question du préjudice. Le préjudice causé au prévenu limite clairement, à mon avis, le recours à la règle du «superfétatoire».

Il reste maintenant à examiner si le fait de considérer le terme «publication» comme superfétatoire dans l'acte d'accusation dont est saisie la Cour causerait un préjudice à l'accusé appelant. Le terme «publication» utilisé dans l'acte d'accusation peut avoir deux significations différentes. Il peut avoir le sens attribué au nom «publication», c.-à-d. «ce qui est publié», ou il peut avoir le sens du verbe «publier». Dans les deux cas on introduit un élément de publication dans l'acte d'accusation. Ainsi, peut-on dire que la poursuite a allégué la perpétration de l'infraction distincte qui consiste à produire une photographie obscène? Si la réponse est affirmative, on ne doit pas tenir compte du terme «publication». Si le terme doit avoir une signification, alors on a allégué quelque chose de plus que la simple production d'une photographie obscène. L'accusé pourrait bien avoir conclu que la preuve de l'intention de publier ou la preuve de la publication réelle formerait une partie nécessaire de la preuve de la poursuite. Une conclusion selon laquelle le terme est largement superflu causerait sûrement un préjudice à un accusé qui se serait engagé dans une défense contre une allégation où il est question de publication. Suite à une analyse détaillée des significations qui pourraient être attribuées au terme «publication» dans ce contexte, il est peut-être possible de conclure qu'il n'est question d'aucune intention de publier ni d'aucune publication réelle. Toutefois, ce n'est pas le genre d'exercice auquel devrait faire face un accusé en présentant sa réponse à une accusation criminelle.

En conséquence, je suis d'avis que, compte tenu du texte de l'acte d'accusation, il était nécessaire de faire la preuve de la publication ou de l'intention de publier. Le renvoi au procès sans une telle preuve ne peut être maintenu en fonction des motifs de cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Skogman*, précité. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du juge Osler annulant le renvoi au procès.

Before leaving this case, I would observe that the Crown was faced with a genuine dilemma in framing its indictment. The offence alleged is found in s. 159 of the *Criminal Code*. This section, in its various subsections, creates several offences relating to obscene objects. Some of them involve publication or some element of public exposure, others do not. The only definition of obscenity is in subs. (8). It refers only to publications. There is then no statutory provision defining obscenity applicable to non-published material.

The Crown in framing its indictment attempted to apply the section by characterizing the offending object as a publication—presumably, to invoke the definition of obscenity in subs. (8)—and described the offending object as a photograph. This approach led to the confusion which could have confronted the accused and which has led to the allowance of this appeal. The Crown's approach to this matter, in view of the wording of the section, may be understandable. The difficulty it creates, however, should not be visited upon the accused. Section 159 of the *Criminal Code*, by limiting the statutory definition of obscenity to publications, creates on its face a problem which, in my view, has been solved or at least accommodated in *Dechow, supra*. Its effect is to apply the definition of obscenity in s. 159(8) of the *Code* wherever the word is employed in the *Code*, whether for publication or not. This obviates the need for any use of the word "publication" in framing indictments where no publication is alleged. In the absence of a statutory amendment, this approach would give effect to s. 159, as a whole, and in my view should be adopted.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Patrick S. Duffy, Toronto.

Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Avant de terminer, je tiens à faire observer que la formulation de l'acte d'accusation posait un véritable dilemme au ministère public. L'infraction reprochée est prévue par l'art. 159 du *Code criminel*. Les différentes dispositions contenues dans cet article créent plusieurs infractions relatives à des objets obscènes. Certaines comportent un élément de publication ou quelque élément d'exposition en public, d'autres non. La seule définition de l'obscénité se trouve au par. (8). Elle ne vise que les publications. Il n'y a alors aucune disposition législative définissant l'obscénité qui soit applicable au matériel non publié.

En formulant l'acte d'accusation, le ministère public a tenté d'appliquer l'article en qualifiant de publication l'objet en cause—probablement pour invoquer la définition de l'obscénité que donne le par. (8)—et a décrit cet objet comme étant une photographie. Cette façon de procéder est à la source de la confusion à laquelle aurait pu faire face l'accusé et qui a fait que ce pourvoi est accueilli. La façon dont le ministère public a abordé la question peut être compréhensible compte tenu de la formulation de l'article. Toutefois, l'accusé ne doit pas être puni pour la difficulté qu'elle pose. En limitant la définition de l'obscénité aux publications, l'art. 159 du *Code criminel* crée lui-même un problème qui, selon moi, a été résolu ou auquel on a tout au moins remédié dans l'arrêt *Dechow*, précité. Il a pour effet d'appliquer la définition de l'obscénité que donne le par. 159(8) du *Code* dans tous les cas où le mot est employé dans le *Code*, qu'il soit question ou non de publication. Cela pare à la nécessité d'utiliser le mot «publication» en formulant un acte d'accusation dans lequel il n'est pas question d'une publication. En l'absence d'une modification législative, cette façon de procéder permettrait d'appliquer l'art. 159, dans son ensemble, et doit, à mon avis, être adoptée.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appellant: Patrick S. Duffy, Toronto.

Procureur de l'intimée: Ministère du procureur général, Toronto.