

Patrick Mara and Allan East *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MARA

File No.: 25159.

Hearing and judgment on East appeal: March 12, 1997.

Reasons and judgment on Mara appeal: June 26, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeal — Question of law — Indecency — Theatrical performance — Whether a given performance unlawful a question of law alone.

Criminal law — Indecency — Theatrical performance — Lap dancing — Sexual contact occurring between nude dancers and patrons in tavern — Owner and manager of tavern charged with allowing indecent performances — Whether performances indecent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 167(1).

Criminal law — Indecency — Theatrical performance — Mens rea — Tavern owner hiring manager to oversee all aspects of entertainment — Sexual contact occurring between nude dancers and patrons in tavern — Owner and manager charged with allowing indecent performances — Whether Court of Appeal erred in overturning trial judge's finding of fact that owner did not have sufficient mens rea — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 167(1).

M, the owner of a tavern, and E, his manager in charge of entertainment, were charged with allowing indecent performances pursuant to s. 167(1) of the *Criminal Code*. The performances in question involved varying degrees of sexual contact between nude "dancers" and patrons at the tavern, including the fondling and kissing of a dancer's breasts by patrons, mutual masturbation and apparent cunnilingus. At trial, both accused were acquitted. The trial judge held that M did

Patrick Mara et Allan East *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARA

Nº du greffe: 25159.

Audition et jugement quant au pourvoi de East: 12 mars 1997.

Motifs et jugement quant au pourvoi de Mara: 26 juin 1997.

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

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

Droit criminel — Appel — Question de droit — Indécence — Représentation théâtrale — La question de savoir si un spectacle donné est illégal est-elle une question de droit seulement?

Droit criminel — Indécence — Représentation théâtrale — Danse-contact — Contacts sexuels entre danseuses nues et clients d'une taverne — Propriétaire et gérant d'une taverne accusés d'avoir permis la présentation de spectacles indécents — Les spectacles étaient-ils indécents? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 167(1).

Droit criminel — Indécence — Représentation théâtrale — Mens rea — Gérant engagé par le propriétaire d'une taverne pour surveiller tous les aspects des divertissements — Contacts sexuels entre danseuses nues et clients de la taverne — Propriétaire et gérant accusés d'avoir permis la présentation de spectacles indécents — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant la conclusion de fait du juge du procès que le propriétaire n'avait pas eu une mens rea suffisante? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 167(1).

M, le propriétaire d'une taverne, et E, son gérant responsable des divertissements, ont été accusés, en vertu du par. 167(1) du *Code criminel*, d'avoir permis la présentation de spectacles indécents. Les spectacles en question comprenaient à divers degrés, des contacts sexuels entre des «danseuses» nues et des clients de la taverne, notamment une conduite des clients consistant à caresser et à embrasser les seins d'une danseuse, à se livrer à la masturbation mutuelle et apparemment au

not have the requisite criminal intent to support a conviction. He found that M made adequate and appropriate arrangements in hiring an entertainment director to oversee all aspects of entertainment and that there was no evidence that M knew that the table dancers were usually performing dances which might be classified as indecent. In any event, after reviewing the activities observed by the police in the tavern, he concluded that the performances did not exceed the Canadian community standard of tolerance and thus were not indecent. On appeal, the Court of Appeal set aside the acquittals and convicted both accused.

Held: E's appeal should be dismissed. M's appeal should be allowed.

The Court of Appeal had jurisdiction to hear the appeal from the acquittals. The Crown may only appeal an acquittal on a question of law alone. The question of whether a given set of facts gives rise to a finding of indecency is a question of law for the purposes of appeal.

Aside from the question of intent, conviction or acquittal in this case turns only on whether the performances were indecent. The appropriate test to determine indecency is the community standard of tolerance. A performance is indecent if the social harm engendered by the performance, having reference to the circumstances in which it took place, is such that the community would not tolerate it taking place. The relevant social harm to be considered under s. 167 of the *Criminal Code* is the attitudinal harm on those watching the performance as perceived by the community as a whole. Here, as found by the Court of Appeal, the conduct exceeded the standard of tolerance in contemporary Canadian society. The activities were indecent insofar as they involved sexual touching between dancer and patron. This type of activity — the fondling and sucking of the dancer's breasts by patrons, as well as contact between the dancer or patron and the other person's genitals — is harmful to society in many ways: it degrades and dehumanizes women; it desensitizes sexuality and is incompatible with the dignity and equality of each human being; and it predisposes persons to act in an antisocial manner. This analysis is sufficient to ground the finding that the performances were indecent. The potential harm to the performers themselves — the risks of harm from sexually transmitted diseases and from the activities' similarity to prostitution — while

cunnilingus. Au procès, les deux accusés ont été acquittés. Le juge du procès a statué que M n'avait pas eu l'intention criminelle requise pour justifier une déclaration de culpabilité. Il a conclu que M avait pris des mesures adéquates et appropriées en embauchant un directeur des divertissements chargé de surveiller tous les aspects des divertissements, et qu'il n'y avait aucune preuve que M savait que les danseuses aux tables exécutaient habituellement des danses qui pourraient être qualifiées d'indécents. Quoi qu'il en soit, après avoir examiné les activités observées par les policiers dans la taverne, il a décidé que les spectacles n'outrepassaient pas la norme de tolérance de la société canadienne et n'étaient donc pas indécents. En appel, la Cour d'appel a annulé les acquittements et déclaré les deux accusés coupables.

Arrêt: Le pourvoi de E est rejeté. Le pourvoi de M est accueilli.

La Cour d'appel avait compétence pour entendre l'appel contre les acquittements. Le ministère public ne peut en appeler d'un acquittement que sur une question de droit seulement. La question de savoir si un ensemble particulier de faits donne lieu à une conclusion d'indécence est une question de droit aux fins d'un appel.

Mise à part la question de l'intention, la déclaration de culpabilité ou l'acquittement en l'espèce dépendent seulement de la question de savoir si les spectacles étaient indécents. Le critère à appliquer pour déterminer s'il y a indécence est la norme de tolérance de la société. Un spectacle est indécents si le préjudice social qu'il engendre, compte tenu des circonstances dans lesquelles il a lieu, est tel que la collectivité ne tolérerait pas qu'il ait lieu. Le préjudice social qui doit être examiné en vertu de l'art. 167 du *Code criminel* est le préjudice résultant d'une attitude chez ceux qui assistent au spectacle, tel qu'il est perçu par l'ensemble de la société. Ici, comme l'a conclu la Cour d'appel, la conduite outrepassait la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine. Les activités étaient indécents dans la mesure où elles comportaient des attouchements sexuels entre les danseuses et les clients. Ce type d'activité — les caresses des seins des danseuses par les clients avec les mains ou la bouche, de même que les contacts d'organes génitaux entre danseuses et clients — est préjudiciable à la société à maints égards: il dégrade et déshumanise les femmes; il banalise la sexualité et est incompatible avec la dignité et l'égalité de tous les êtres humains; il prédispose, en outre, les personnes à agir d'une manière antisociale. Cette analyse suffit pour justifier la conclusion que les spectacles en cause étaient indécents. La possibilité qu'un préjudice soit causé aux

obviously regrettable is not a central consideration under s. 167. The risk of harm to the performers is only relevant insofar as that risk exacerbates the social harm resulting from the degradation and objectification of women. Finally, the physical contact between patron and dancer and the public nature of the activity are the central points distinguishing this case from *Tremblay* and *Hawkins*.

Since there is no issue in this appeal concerning E's intent, the finding of indecency is sufficient to uphold his conviction. The Court of Appeal erred, however, in interfering with the trial judge's factual finding that M did not have the requisite *mens rea* to support a conviction. Section 167 is a full *mens rea* offence. The requirement that an accused "allow" an indecent performance implies, at the very least, a requirement of concerted acquiescence on the part of the accused or wilful blindness. The word "allow" in this context should be equated with "knowingly" in the context of s. 163(2) of the *Criminal Code*. Here, the trial judge noted that both E and M testified that E was entirely responsible for the activity of the dancers at the tavern and found, as a fact, that M did not have actual knowledge of the activities in question. In overturning this finding, the Court of Appeal improperly substituted its view of the facts for that of the trial judge. Further, the issue of wilful blindness did not arise. First, the trial judge stated that M did not have the "necessary criminal intent", and this includes wilful blindness. Second, the trial judge's finding that M had taken "reasonable steps" — the delegation of responsibility to E — to comply with the law precludes the possibility that he could have been found wilfully blind. It is possible in other circumstances that delegation in bad faith in order to protect oneself from the law rather than to ensure compliance with the law will amount to wilful blindness. Given the trial judge's finding of fact on *mens rea*, M's acquittal should be restored.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *R. v. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549; **referred to:** *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55; *R. v. Morin*, [1992] 3

exécutantes mêmes — le risque de préjudice découlant de maladies transmises sexuellement et d'activités semblables à la prostitution — bien qu'elle soit évidemment regrettable, n'est pas un facteur essentiel aux fins de l'art. 167. Le risque que les exécutantes subissent un préjudice n'est pertinent que s'il aggrave le préjudice social résultant de l'avilissement des femmes et de leur traitement comme des êtres objets. Enfin, le contact physique entre clients et danseuses et la nature publique de l'activité en question sont les principaux éléments qui distinguent la présente affaire des arrêts *Tremblay* et *Hawkins*.

Étant donné que le présent pourvoi ne comporte aucune question relative à l'intention de E, la conclusion d'indécence est suffisante pour maintenir sa déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a, toutefois, commis une erreur en modifiant la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle M n'avait pas eu la *mens rea* requise pour justifier une déclaration de culpabilité. L'article 167 définit une infraction exigeant une *mens rea* complète. L'exigence que l'accusé «permette» la présentation d'un spectacle indécent implique, tout au moins, l'exigence d'acquiescement concerté ou d'ignorance volontaire de la part de l'accusé. Le mot «permet», dans le présent contexte, devrait être assimilé à «sciemment» dans le contexte du par. 163(2) du *Code criminel*. En l'espèce, le juge du procès a noté que E et M avaient témoigné que E était entièrement responsable des activités des danseuses à la taverne et il a tenu pour avéré que M n'avait pas eu véritablement connaissance des activités en question. En écartant cette conclusion, la Cour d'appel a irrégulièrement substitué sa perception des faits à celle du juge du procès. De plus, la question de l'ignorance volontaire ne se posait pas. Premièrement, le juge du procès a affirmé que M n'avait pas eu «l'intention criminelle requise», ce qui comprend l'ignorance volontaire. Deuxièmement, la conclusion du juge du procès que M avait pris des «mesures raisonnables» — la délégation de responsabilité à E — pour se conformer à la loi empêche de conclure qu'il avait fait preuve d'ignorance volontaire. La délégation effectuée de mauvaise foi pour se protéger de la loi plutôt que pour s'y conformer peut, dans d'autres circonstances, équivaloir à de l'ignorance volontaire. Compte tenu de la conclusion de fait du juge du procès quant à la *mens rea*, il y a lieu de rétablir l'acquittement de M.

Jurisprudence

Distinction faite d'avec les arrêts: *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *R. c. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549; **arrêts mentionnés:** *R. c. Jorgensen*, [1995] 4

S.C.R. 286; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 167.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 27 O.R. (3d) 643, 88 O.A.C. 358, 133 D.L.R. (4th) 201, 105 C.C.C. (3d) 147, 46 C.R. (4th) 167, 35 C.R.R. (2d) 152, setting aside the acquittals of the accused and entering convictions on charges of allowing indecent performance. East's appeal dismissed. Mara's appeal allowed.

Heather A. McArthur, for the appellants.

David Butt and *Christine Bartlett-Hughes*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. — This appeal concerns the criminal liability of the appellants for allowing an indecent performance. The performances in question involved varying degrees of sexual contact between “dancers” and patrons at Cheaters Tavern in Toronto. The trial judge acquitted both appellants, holding that the appellant Mara did not have the requisite criminal intent and that the performances were in any event not indecent: [1994] O.J. No. 264 (QL). The Court of Appeal unanimously overturned the acquittals and entered convictions: (1996), 27 O.R. (3d) 643, 88 O.A.C. 358, 133 D.L.R. (4th) 201, 105 C.C.C. (3d) 147, 46 C.R. (4th) 167, 35 C.R.R. (2d) 152. The appeal with respect to the appellant East was dismissed from the bench with reasons to follow, while the appeal with respect to the appellant Mara was reserved.

R.C.S. 55; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Roth c. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Miller c. California*, 413 U.S. 15 (1973).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 167.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 27 O.R. (3d) 643, 88 O.A.C. 358, 133 D.L.R. (4th) 201, 105 C.C.C. (3d) 147, 46 C.R. (4th) 167, 35 C.R.R. (2d) 152, qui a annulé les acquittements des accusés et inscrit des déclarations de culpabilité relativement à des accusations d'avoir permis la présentation d'un spectacle indécent. Le pourvoi de East est rejeté. Le pourvoi de Mara est accueilli.

Heather A. McArthur, pour les appelants.

David Butt et *Christine Bartlett-Hughes*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne la responsabilité criminelle des appelants pour avoir permis la présentation d'un spectacle indécent. Les spectacles en question comprenaient, à divers degrés, des contacts sexuels entre les «danseuses» et les clients de la taverne Cheaters, à Toronto. Le juge du procès a acquitté les deux appelants, statuant que l'appellant Mara n'avait pas eu l'intention criminelle requise et que, de toute façon, les spectacles n'étaient pas indécents: [1994] O.J. No. 264 (QL). La Cour d'appel a infirmé, à l'unanimité, les acquittements et inscrit des déclarations de culpabilité: (1996), 27 O.R. (3d) 643, 88 O.A.C. 358, 133 D.L.R. (4th) 201, 105 C.C.C. (3d) 147, 46 C.R. (4th) 167, 35 C.R.R. (2d) 152. Le pourvoi en ce qui concerne l'appellant East a été rejeté à l'audience, avec motifs à suivre, alors que le pourvoi en ce qui concerne l'appellant Mara a été mis en délibéré.

² In my view, as a matter of law, the performances in question went beyond community standards of tolerance and were therefore indecent. This conclusion suffices to dismiss the appeal with respect to the appellant East. With respect to the appellant Mara, however, in my view the trial judge made a clear finding of fact that he did not have the requisite *mens rea* to support a conviction. This finding is not open to appellate review and thus I would allow the appeal with respect to the appellant Mara.

I. Facts

³ Cheaters Tavern in midtown Toronto was licensed to sell alcoholic beverages and food and presented “adult entertainment”. The appellant, Patrick Mara, was the owner and operator of the tavern and the appellant, Allan East, was the manager in charge of entertainment.

⁴ Undercover police attended at the tavern on several days in March and April 1991. The officers testified about the adult entertainment being presented. Women performed exotic dances on stage, for which there was no charge. For a fee, the entertainer performed a “table dance” in which she would be nude, save for a long, unbuttoned blouse. The dancer would lower her chest to the patron’s face, allowing the patron to suck and lick her breasts. For a larger fee, the dancer performed a “special dance” called a “lap dance”. The dancer would sit on the patron’s lap with her back to the patron and her bare buttocks on the patron’s groin area. The trial judge summarized the sexual activity as follows:

The conduct of each dancer with the customer is clearly detailed in the evidence, and includes: (a) being nude except for wearing an open shirt or blouse; (b) fondling her own breasts, buttocks, thighs and genitals while close to the customer; (c) sitting on a customer’s lap and grinding her bare buttocks into his lap; (d) sitting on a customer’s lap, reaching into his crotch and apparently masturbating the customer; (e) permitting the customer to touch and fondle her breasts, buttocks, thighs and genitals; (f) permitting the customer to kiss,

Selon moi, sur le plan du droit, les spectacles en cause ont outrepassé les normes sociales de tolérance et étaient donc indécents. Cette conclusion suffit pour rejeter le pourvoi en ce qui concerne l’appelant East. Quant à l’appelant Mara, j’estime toutefois que le juge du procès a tiré une conclusion de fait claire qu’il n’avait pas eu la *mens rea* requise pour justifier une déclaration de culpabilité. Cette conclusion ne peut pas faire l’objet d’un examen en appel et, par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en ce qui a trait à l’appelant Mara.

I. Les faits

La taverne Cheaters, située dans un quartier intermédiaire de Toronto, détenait un permis de vente de boissons alcoolisées et de nourriture et présentait des «divertissements pour adultes». L’appelant Patrick Mara était le propriétaire exploitant de la taverne, et l’appelant Allan East était le gérant responsable des divertissements.

Des policiers en civil se sont rendus à la taverne plusieurs fois en mars et en avril 1991. Ceux-ci ont témoigné au sujet des divertissements pour adultes qui y étaient présentés. Des femmes exécutaient des danses exotiques sur une scène, pour lesquelles il n’y avait aucuns frais à payer. En échange d’une somme d’argent, l’exécutante, nue à l’exception d’une longue blouse déboutonnée, exécutait une «danse à la table». La danseuse se penchait et permettait au client de lui sucer et lécher les seins. Pour une somme plus importante, la danseuse exécutait une «danse spéciale» appelée «danse-contact». La danseuse s’asseyait sur les genoux du client, lui tournant le dos, ses fesses nues appuyées sur le bas-ventre du client. Le juge du procès a résumé l’activité sexuelle dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La conduite de chaque danseuse avec le client est clairement décrite dans la preuve, et consiste notamment a) à être nue sauf pour une chemise ou blouse ouverte, b) à se caresser les seins, les fesses, les cuisses et les organes génitaux alors qu’elle se trouve près du client, c) à s’asseoir sur les genoux du client et à frotter ses fesses nues sur lui, d) à s’asseoir sur les genoux du client, à porter la main à son entrecuisses et, apparemment, à le masturber, e) à permettre au client de lui toucher et caresser les seins, les fesses, les cuisses et

lick and suck their breasts; (g) permitting what appeared to be cunnilingus.

The appellants were charged with, being the manager or agent or person in charge, allowing an indecent performance to be presented contrary to s. 167(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. At trial, both appellants were acquitted. The Crown appealed and a unanimous five-judge panel of the Court of Appeal for Ontario allowed the appeal, set aside the acquittals and entered convictions against both appellants.

II. Relevant Statutory Provision

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

167. (1) Every one commits an offence who, being the lessee, manager, agent or person in charge of a theatre, presents or gives or allows to be presented or given therein an immoral, indecent or obscene performance, entertainment or representation.

III. Prior Judgments

A. *Ontario Court of Justice (Provincial Division)*

Hachborn Prov. Div. J. held that there was no doubt that Cheaters Tavern is a “theatre” within the meaning of s. 167 of the *Criminal Code* and that the activity in question consisted of “performances” under the *Code*.

The trial judge noted the evidence of Mara that he delegated all responsibility for the entertainment to East. For example, any complaint was referred to East. East’s evidence was similar. The trial judge observed that s. 167 does not establish absolute liability and held that Mara made adequate and appropriate arrangements to hire an entertainment director to oversee all aspects of entertainment. There was no evidence Mara knew that the table dancers were generally or usually performing dances which might be classified as indecent. Having found that Mara took reasonable

les organes génitaux, f) à permettre au client de lui embrasser, lécher et sucer les seins, g) à permettre de faire ce qui paraissait être un cunnilingus.

Les appelants ont été accusés, à titre de gérant, d’agent ou de personne ayant la charge des lieux, d’avoir permis la présentation d’un spectacle indécent en contravention du par. 167(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Au procès, les deux appelants ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel et une formation de cinq juges de la Cour d’appel de l’Ontario a, à l’unanimité, accueilli l’appel, annulé les acquittements et inscrit des déclarations de culpabilité contre les deux appelants.

II. La disposition législative pertinente

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

167. (1) Commet une infraction quiconque, étant le locataire, gérant ou agent d’un théâtre, ou en ayant la charge, y présente ou donne, ou permet qu’y soit présentée ou donné, une représentation, un spectacle ou un divertissement immoral, indécent ou obscène.

III. Les jugements antérieurs

A. *Cour de justice de l’Ontario (Division provinciale)*

Le juge Hachborn de la Division provinciale a conclu qu’il n’y avait aucun doute que la taverne Cheaters était un «théâtre» au sens de l’art. 167 du *Code criminel*, et que les activités en question constituaient des «spectacles» au sens du *Code*.

Le juge du procès a noté le témoignage de Mara selon lequel il avait délégué à East l’entière responsabilité des divertissements. Par exemple, toute plainte était renvoyée à East. East a témoigné dans le même sens. Le juge du procès a fait remarquer que l’art. 167 n’établit pas une responsabilité absolue et a conclu que Mara avait pris des mesures adéquates et appropriées en embauchant un directeur des divertissements chargé de surveiller tous les aspects des divertissements. Il n’y avait aucune preuve que Mara savait que les danseuses aux tables exécutaient généralement ou habituellement des danses qui pourraient être qualifiées d’indécents. Après avoir conclu que Mara avait pris des

5

6

7

8

steps to comply with the law, the trial judge acquitted Mara.

⁹ The trial judge reviewed the activities observed by the police as set out in the facts. He stated that the standard to be applied in the present case is whether the conduct in question went beyond conduct which would be permissible when measured against the Canadian community standard of tolerance. Such an approach was affirmed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932. After reviewing *Tremblay* and *R. v. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549 (C.A.), the trial judge stated:

The conduct complained of in this present case is innocuous by comparison to the conduct dealt with by the Supreme Court of Canada and the Court of Appeal of Ontario.

If it had not been for these cases there would have been little difficulty in finding the table dancers' conduct to be indecent.

The conduct at Cheaters Tavern is not indecent, and the charge against Allan East is dismissed. There will be an acquittal entered.

B. Court of Appeal for Ontario (Dubin C.J.O.)

¹⁰ The Court of Appeal first considered the submission that the Crown's appeal only raised a question of fact, or mixed law and fact, and thus the Crown did not raise a legitimate ground to appeal the acquittal. The court concluded that *Tremblay* held that whether certain activities are indecent is a question of law.

¹¹ The court then analyzed whether s. 167 of the *Criminal Code* violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for vagueness. In this Court, the appellants do not raise this issue, or any other *Charter* issue, so I will simply note that in a thorough analysis of vagueness doctrine, the court concluded that the terms in s. 167, while not mathematically precise, were not impermissibly vague.

mesures raisonnables pour se conformer à la loi, le juge du procès l'a acquitté.

Le juge du procès a examiné les activités observées par les policiers et décrites dans la partie sur les faits. Il a affirmé que la norme à appliquer en l'espèce consiste à déterminer si la conduite en question est allée au-delà de ce qui est permis selon la norme de tolérance de la société canadienne. Ce point de vue a été confirmé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932. Après avoir examiné les arrêts *Tremblay* et *R. c. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549 (C.A.), le juge du procès a affirmé:

[TRANSDUCTION] La conduite reprochée en l'espèce est inoffensive en comparaison de celle examinée par la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel de l'Ontario.

N'eussent été ces arrêts, il n'aurait pas été difficile de conclure à l'indécence de la conduite des danseuses aux tables.

La conduite à la taverne Cheaters n'est pas indécente et l'accusation portée contre Allan East est rejetée. Un acquittement sera inscrit.

B. Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Dubin)

La Cour d'appel a d'abord examiné l'argument selon lequel l'appel soulevait seulement une question de fait, ou une question mixte de droit et de fait, et, par conséquent, le ministère public ne soulevait pas un motif légitime d'en appeler de l'acquittement. La cour a conclu que l'arrêt *Tremblay* avait établi que la question de savoir si certaines activités sont indécentes est une question de droit.

La cour s'est ensuite demandé si l'art. 167 du *Code criminel* violait l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour cause d'imprécision. Les appelants n'ont pas soulevé cette question devant notre Cour, ni aucune autre question de *Charte*, de sorte que je ferai simplement observer que, à la suite d'une analyse complète de la règle de l'imprécision, la cour a conclu que, même s'ils n'étaient pas mathématiquement précis, les termes de l'art. 167 n'étaient pas imprécis d'une manière inacceptable.

Turning to what it characterized as the principal issue on the appeal, the indecency of the activities of the “dancers”, the court held that in determining indecency in a particular set of circumstances, the “community standard of tolerance” is the test that must be applied. It is not a matter of one’s taste, but it is whether the conduct exceeds the standard of tolerance in contemporary Canadian society. The court held that attitudinal harm, particularly the reinforcement of stereotypes, is one type of harm s. 167 is designed to prevent. The court held that the conduct in issue in the present case is harmful to society in many ways: it degrades and dehumanizes women; it desensitizes sexuality and is incompatible with the dignity and equality of each human being; and it predisposes persons to act in an antisocial manner. The court also held that there was a risk of real physical harm to the performers, a risk of unwanted touching and a risk of spreading infectious diseases. The court held that the conduct of the dancers constituted a form of prostitution. Although prostitution is not illegal in Canada, Parliament has made clear its intention to eradicate it by criminalizing prostitution-related activities.

The conduct in the present case, the court concluded, exceeded what is acceptable for the proper functioning of our society, exceeded community standards of tolerance and was indecent. The court noted that when asked whether various activities observed by the police, such as masturbating the patrons through their clothing, were improper, East testified that they would be very improper.

The Court of Appeal held that the trial judge erred in holding that the judgments in *Tremblay* and *Hawkins* precluded him from finding that the conduct in issue here was indecent — both cases are distinguishable.

The court then turned to the question of whether either or both of Mara and East “allowed” the performances in question pursuant to s. 167. The court reviewed the *mens rea* requirements set out

Quant à ce qu’elle a qualifié de question principale de l’appel, soit l’indécence des activités des «danseuses», la cour a statué que, pour déterminer ce qui est indécent dans des circonstances données, il faut appliquer le critère de la «norme sociale de tolérance». Il s’agit non pas d’une question de goût personnel, mais plutôt de savoir si la conduite en question outrepassait la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine. La cour a décidé que le préjudice résultant d’une attitude, particulièrement le renforcement des stéréotypes, est un type de préjudice que l’art. 167 vise à empêcher. La cour a conclu que la conduite en question dans la présente affaire est préjudiciable à la société à maints égards: elle dégrade et déshumanise les femmes; elle banalise la sexualité et est incompatible avec la dignité et l’égalité de tous les êtres humains; elle prédispose, en outre, les personnes à agir d’une manière antisociale. La cour a aussi jugé que les exécutantes couraient un risque réel de préjudice physique, un risque d’attouchements non souhaités et de contagion de maladies infectieuses. La cour a décidé que la conduite des danseuses était une forme de prostitution. Bien que la prostitution ne soit pas illégale au Canada, le législateur a clairement exprimé son intention de l’éradiquer en criminalisant les activités liées à la prostitution.

La cour a statué que la conduite en cause dans la présente affaire excédait ce qui est acceptable pour assurer le bon fonctionnement de la société, qu’elle outrepassait les normes sociales de tolérance et qu’elle était indécente. Elle a souligné que, lorsqu’on lui a demandé si diverses activités observées par les policiers, telle la masturbation des clients à travers leurs vêtements, étaient déplacées, East a témoigné qu’elles étaient très déplacées.

La Cour d’appel a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en statuant que les arrêts *Tremblay* et *Hawkins* l’empêchaient de conclure à l’indécence de la conduite en cause — ces deux arrêts peuvent être distingués de la présente affaire.

La cour s’est ensuite demandé si Mara ou East, ou les deux à la fois, «avaient permis» la présentation des spectacles en question, au sens de l’art. 167. La cour a examiné les exigences de

12

13

14

15

in *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55, observing that failing to inquire when one becomes aware of the need for inquiry suffices to establish “knowingly”. The court held that, having regard to the widespread nature of the activities in the present case, if the accused were unaware of what was going on, they must have “shut their eyes” and been wilfully blind. The trial judge thus erred in holding that Mara had acted reasonably by delegating the conduct of the performers to East without taking any steps in his own right to prevent the indecent performances.

mens rea établies dans *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, faisant observer que le défaut de se renseigner lorsqu’on se rend compte de la nécessité de le faire suffit pour établir que l’on a agi «sciemment». La cour a statué que, vu l’ampleur des activités en l’espèce, si les accusés n’étaient pas au courant de ce qui se passait, c’est qu’ils ont dû «se fermer les yeux» et avoir fait preuve d’ignorance volontaire. Le juge du procès a donc commis une erreur en concluant que Mara avait agi raisonnablement en déléguant la gestion des exécutantes à East sans prendre lui-même des mesures pour empêcher la présentation de spectacles indécents.

16 In any event, Parliament did not adopt the word “knowingly” in s. 167, which indicates a lower standard of *mens rea*. All the Crown has to prove is that Mara and East allowed an indecent performance to be presented.

De toute façon, le législateur n’a pas utilisé le terme «sciemment» à l’art. 167, ce qui indique une norme moins stricte de *mens rea*. Tout ce que le ministère public a à prouver, c’est que Mara et East ont permis la présentation d’un spectacle indécents.

17 The court was satisfied that a new trial was not necessary and convicted both accused.

La cour était convaincue qu’un nouveau procès n’était pas nécessaire et a déclaré coupables les deux accusés.

IV. Analysis

IV. Analyse

A. *Indecency as a Question of Law Alone*

A. *L’indécence à titre de question de droit seulement*

18 The Crown may only appeal an acquittal on a question of law alone. I will consider the jurisdictional issue with respect to the appellant Mara’s mental state below, but will consider here the appellants’ submission that reviewing the trial judge’s finding on indecency does not involve a question of law alone, and that therefore the Court of Appeal erred in conducting such a review. In my view, the question of whether a given set of facts gives rise to a finding of indecency is a question of law. This conclusion is consistent with the principles set out in case law on the general issue of when a question of law arises, and is consistent with this Court’s specific treatment of indecency and similar charges.

Le ministère public ne peut en appeler d’un acquittement que sur une question de droit seulement. J’examinerai plus loin la question de compétence relativement à l’état d’esprit de l’appellant Mara, mais je vais d’abord analyser l’argument des appelants voulant que l’examen de la conclusion du juge du procès quant à l’indécence ne comporte pas une question de droit seulement, et que, par conséquent, la Cour d’appel ait commis une erreur en procédant à cet examen. Selon moi, la question de savoir si un ensemble particulier de faits donne lieu à une conclusion d’indécence est une question de droit. Cette conclusion est compatible avec les principes établis dans la jurisprudence relativement à la question générale de savoir quand une question de droit est soulevée, et est également compatible avec la façon particulière dont notre Cour a traité l’indécence et d’autres accusations semblables.

R. v. Morin, [1992] 3 S.C.R. 286, elaborated on the reasoning in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, as to when questions of law arise in assessing findings of fact by a trial judge. I stated for the Court at p. 294:

If a trial judge finds all the facts necessary to reach a conclusion in law and in order to reach that conclusion the facts can simply be accepted as found, a Court of Appeal can disagree with the conclusion reached without trespassing on the fact-finding function of the trial judge. The disagreement is with respect to the law and not the facts or inferences to be drawn from the facts. The same reasoning applies if the facts are accepted or not in dispute. In this situation, the court can arrive at the correct conclusion in law without ordering a new trial because factual issues have been settled. [Emphasis added.]

In the present context, *Morin* indicates that if the facts concerning a performance are undisputed, whether or not the performance is indecent is a question of law alone. This conclusion is confirmed by consideration of other case law specifically dealing with indecency and similar issues.

Johnson v. The Queen, [1975] 2 S.C.R. 160, involved the question of whether a woman dancing nude before a paying audience constituted an immoral performance. Ritchie J., on behalf of the majority, held at p. 170:

With the greatest respect for those who may hold a different view, it appears to me that the question of whether or not certain conduct constitutes an offence under the *Criminal Code* is a question of law in the strict sense and that the Courts below accordingly had jurisdiction to entertain the appeal. The question raised by the stated case does not turn on the weighing of any evidence as it is based on a fact which is in no way disputed, namely, that the appellant was nude when dancing in a cabaret. [Emphasis added.]

Johnson thus clearly stands for the proposition that the question of whether a given performance is unlawful is a question of law alone.

Dans *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, la Cour a précisé le raisonnement suivi dans *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, relativement à la question de savoir quand l'appréciation des conclusions de fait tirées par le juge du procès soulève des questions de droit. Voici ce que j'affirme, au nom de la Cour, à la p. 294:

Si un juge du procès conclut à l'existence de tous les faits nécessaires pour tirer une conclusion en droit et que, pour tirer cette conclusion, ces faits peuvent simplement être tenus pour avérés, une cour d'appel peut ne pas partager la conclusion tirée sans empiéter sur la fonction de recherche des faits conférée au juge du procès. Le désaccord porte sur le droit et non sur les faits ni sur les conclusions à tirer de ceux-ci. Le même raisonnement s'applique si les faits sont acceptés ou incontestés. Dans ce cas, le tribunal peut arriver à la bonne conclusion en droit sans ordonner un nouveau procès puisque les questions factuelles ont été réglées. [Je souligne.]

Dans le contexte de la présente affaire, l'arrêt *Morin* indique que, si les faits concernant un spectacle sont incontestés, la question de savoir si le spectacle est indécent est une question de droit seulement. Cette conclusion est confirmée par la jurisprudence qui porte précisément sur l'indécence et des questions semblables.

L'arrêt *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160, portait sur la question de savoir si une femme qui danse nue devant des spectateurs payants donne un spectacle immoral. Le juge Ritchie a statué, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 170:

Avec le plus grand respect pour les vues de ceux dont l'avis est différent, il me semble que la question de savoir si, oui ou non, une certaine conduite constitue une infraction en vertu du *Code criminel*, est une question de droit au sens strict et que les cours d'instance inférieure étaient par conséquent compétentes pour entendre l'appel. La question soulevée par l'exposé de cause ne repose pas sur l'évaluation d'une preuve puisqu'elle est basée sur un fait qui n'est contesté d'aucune façon, à savoir, que l'appelante était nue lorsqu'elle a dansé dans un cabaret. [Je souligne.]

L'arrêt *Johnson* permet clairement de dire que la question de savoir si un spectacle donné est illégal est une question de droit seulement.

19

20

21

22

Tremblay, supra, involved the charge of keeping a bawdy house for the purpose of the practice of indecent acts. The appellants before this Court had been acquitted at trial, but the Court of Appeal held that the acts in question were indecent and convicted. This Court restored the acquittals. The majority reversed the decision of the Court of Appeal on the basis of a different application of the community standards test. This was the issue on which the Crown's appeal to the Court of Appeal was based. As I have stated, an appeal by the Crown of an acquittal can only be based on a question of law alone. No question was raised in either court as to the jurisdiction of the Court of Appeal to entertain the appeal on this basis. Indeed, Cory J., for the majority, made this explicit in adopting at p. 958 the following passage from *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, at p. 508:

[T]he decision whether [the acts in question are] tolerable according to Canadian community standards rests with the court. . . .

23

There is also explicit support for this conclusion within the reasons in *Tremblay*. Gonthier J., in dissent, observed at p. 946:

The decision of the Court of Appeal to reverse the conclusion of the trial judge was correctly based upon a reconsideration of the evidence, and an application of the law to the facts of this case. A conclusion that certain activities are indecent is one which is based on the facts, but in the final analysis is a question of law, since, as mentioned by Cory J. in his reasons at p. 958, "the decision whether (the acts in question are) tolerable according to Canadian community standards rests with the court".

Cory J.'s approval of the observation that the question of whether the community would tolerate the acts rests with the Court, along with his assumption of jurisdiction over the case, indicates that the majority in *Tremblay* concluded that the question of whether a given act is indecent is a question of law alone.

L'arrêt *Tremblay*, précité, portait sur l'accusation d'avoir tenu une maison de débauche à des fins de pratique d'actes d'indécence. Les appelants devant notre Cour avaient été acquittés à leur procès, mais la Cour d'appel avait statué que les actes en question étaient indécents et avait prononcé une déclaration de culpabilité. Notre Cour a rétabli les acquittements. Les juges majoritaires ont infirmé l'arrêt de la Cour d'appel en se fondant sur une application différente du critère des normes sociales. C'était la question sur laquelle était fondé l'appel du ministère public devant la Cour d'appel. Comme je l'ai dit, un appel du ministère public contre un acquittement ne peut être fondé que sur une question de droit seulement. Aucune question n'a été soulevée devant l'une ou l'autre cour quant à la compétence que la Cour d'appel possède pour entendre l'appel en fonction de ce moyen. En fait, le juge Cory a explicité cela, au nom des juges majoritaires, en adoptant, à la p. 958, le passage suivant de l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, à la p. 508:

[I]l appartient à la cour de décider si [les actes en cause sont] tolérable[s] suivant les normes de la société canadienne . . .

Cette conclusion reçoit également un appui explicite dans les motifs de l'arrêt *Tremblay*. Le juge Gonthier, dissident, fait observer, à la p. 946:

La décision de la Cour d'appel d'infirmar la conclusion du juge du procès reposait à bon droit sur un réexamen de la preuve et une application du droit aux faits de l'espèce. La conclusion que certaines activités sont indécents repose sur les faits, mais en fin de compte, c'est une question de droit puisque, comme le dit le juge Cory dans ses motifs à la p. 958, «il appartient à la cour de décider si (les actes en cause sont) tolérable(s) suivant les normes de la société canadienne».

L'approbation par le juge Cory de l'observation selon laquelle il appartient à la Cour de décider si la collectivité tolérerait les actes en cause, de même que le fait qu'il s'attribue compétence sur l'affaire, indique que les juges majoritaires dans l'arrêt *Tremblay* ont conclu que la question de savoir si un acte donné est indécents est une question de droit seulement.

Moreover, both the nature of the inquiry and policy support the conclusion that the application of the community standards test to a given set of facts is a question of law for the purposes of appeal. The nature of the inquiry was elaborated in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 484:

Some segments of society would consider that all three categories of pornography cause harm to society because they tend to undermine its moral fibre. Others would contend that none of the categories cause harm. Furthermore there is a range of opinion as to what is degrading or dehumanizing. . . . Because this is not a matter that is susceptible of proof in the traditional way and because we do not wish to leave it to the individual tastes of judges, we must have a norm that will serve as an arbiter in determining what amounts to an undue exploitation of sex. That arbiter is the community as a whole. [Emphasis added.]

Furthermore, the application of this norm by the courts is not dependent on evidence although evidence is often called and considered. See *Butler*, *supra*, at p. 485, and *Jorgensen*, *supra*, at p. 115. This distinguishes the inquiry from a factual one, in which evidence is essential. What the Court must determine was described in the following passage in *Butler* at p. 485:

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

This determination, then, can be made in the absence of evidence and is not susceptible of proof in the traditional way. It must perforce be a question of law, otherwise proof would be required based on evidence and according to the criminal standard.

Finally, there is sound policy supporting the conclusion that, at least for the purpose of appellate review, whether a particular performance gives rise to a finding of indecency is a question of law. *Towne Cinema* confirmed that the “commu-

De plus, tant la nature de l’examen que la politique générale soutiennent la conclusion que l’application du critère des normes sociales à un ensemble donné de faits est une question de droit aux fins d’un appel. La question de la nature de l’examen a été explicitée dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 484:

Pour certains segments de la société, ces trois catégories de pornographie seraient nocives à la société parce qu’elles ont tendance à en ébranler la force morale. Pour d’autres, aucune de ces catégories de pornographie n’est nocive. Par ailleurs, il existe tout un éventail d’opinions quant à savoir ce qui constitue un traitement dégradant ou déshumanisant. [. . .] Parce qu’il ne s’agit pas d’une question dont la preuve peut être faite de façon traditionnelle et parce que nous ne voulons pas nous en remettre aux goûts de chacun des juges, nous devons disposer d’une norme qui fera fonction d’arbitre pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles. Cet arbitre est l’ensemble de la société. [Je souligne.]

En outre, l’application de cette norme par les tribunaux ne dépend pas de l’existence d’éléments de preuve, quoique des éléments de preuve soient souvent présentés et examinés. Voir *Butler*, précité, à la p. 485, et *Jorgensen*, précité, à la p. 115. Cela distingue cet examen d’un examen de faits, où les éléments de preuve sont essentiels. L’extrait suivant de la p. 485 de l’arrêt *Butler* décrit ce que la Cour doit décider:

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

Cette décision peut donc être prise en l’absence d’élément de preuve et n’est pas tributaire d’une preuve au sens traditionnel du terme. Il doit forcément s’agir d’une question de droit, sinon une démonstration fondée sur des éléments de preuve et conforme à la norme applicable en matière criminelle serait requise.

Enfin, il y a une saine politique générale qui appuie la conclusion que, au moins aux fins de l’examen en appel, la question de savoir si l’on doit conclure d’un spectacle en particulier qu’il est indécent soit une question de droit. L’arrêt *Towne*

24

25

26

nity standards” referred to in obscenity and indecency cases were to be the standards of the Canadian community generally, not the particular community in which the acts took place. That is, there is a national standard. In my view, appellate review is important in ensuring that there is consistency across Canada in the application of a national community standards test. If indecency or obscenity were considered to raise factual matters for the purpose of jurisdiction on appeal, appellate review would be significantly undermined.

Cinema a confirmé que les «normes sociales» mentionnées dans les affaires d’obscénité et d’indécence devaient être les normes de la société canadienne en général, et non pas celles de la collectivité particulière où les actes ont été accomplis. Autrement dit, il existe une norme nationale. Selon moi, l’examen en appel est important pour assurer l’application uniforme dans tout le Canada d’un critère national des normes sociales. Si l’on considérait que l’indécence et l’obscénité soulèvent des questions de fait aux fins de la compétence en matière d’appel, l’examen en appel serait grandement miné.

27

A similar policy rationale for permitting appellate review is found in the United States. In the United States, obscenity and indecency are not based on a nationwide standard, yet the importance of appellate review is recognized in characterizing the nature of the issue before the court. In order to permit a reviewing court to revisit a finding of obscenity, American courts have characterized whether something is obscene as a question of constitutional law. For example, Harlan J., in an influential opinion in *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), stated at pp. 497-98:

On trouve aux États-Unis une raison de principe semblable d’autoriser l’examen en appel. Aux États-Unis, l’obscénité et l’indécence ne reposent pas sur une norme nationale; pourtant, on reconnaît l’importance de l’examen en appel pour déterminer la nature de la question litigieuse soumise à la cour. Pour permettre à la cour qui procède à l’examen de réviser une conclusion d’obscénité, les tribunaux américains ont qualifié de question de droit constitutionnel la question de savoir si quelque chose est obscène. Par exemple, dans l’arrêt *Roth c. United States*, 354 U.S. 476 (1957), le juge Harlan affirme, dans d’importants motifs, aux pp. 497 et 498:

The Court seems to assume that ‘obscenity’ is a peculiar *genus* of ‘speech and press,’ which is as distinct, recognizable, and classifiable as poison ivy is among other plants. On this basis the *constitutional* question before us simply becomes, as the Court says, whether ‘obscenity,’ as an abstraction, is protected by the First and Fourteenth Amendments, and the question whether a *particular* book may be suppressed becomes a mere matter of classification, of ‘fact,’ to be entrusted to a fact-finder and insulated from independent constitutional judgment. But surely the problem cannot be solved in such a generalized fashion. Every communication has an individuality and ‘value’ of its own. The suppression of a particular writing or other tangible form of expression is, therefore, an *individual* matter, and in the nature of things every such suppression raises an individual constitutional problem, in which a reviewing court must determine for *itself* whether the attacked expression is suppressable within constitutional standards. Since those standards do not readily lend themselves to generalized definitions, the constitutional problem in the last

[TRADUCTION] La cour semble présumer que l’«obscénité» est un *genre* particulier d’«expression et de presse» qui est aussi distinct, reconnaissable et classable que l’est l’herbe à puce parmi les autres plantes. Compte tenu de cela, la question *constitutionnelle* qui nous est soumise devient simplement, comme la cour le dit, une question de savoir si l’«obscénité», abstraitement, est protégée par le Premier ou par le Quatorzième amendement, et la question de savoir si un livre *particulier* peut être supprimé devient une simple question de classification, une question de «fait», à être confiée à un juge des faits et isolée de tout jugement indépendant sur le plan constitutionnel. Mais, il est certain que le problème ne peut pas être résolu de manière aussi générale. Toute communication a une individualité et une «valeur» propres. La suppression d’un écrit particulier ou d’une autre forme tangible d’expression est, par conséquent, une question *individuelle*, et il est dans la nature des choses qu’une telle suppression soulève un problème constitutionnel particulier, à l’égard duquel un tribunal d’examen doit décider, pour *lui-même*, si l’expression

analysis becomes one of particularized judgments which appellate courts must make for themselves.

I do not think that reviewing courts can escape this responsibility by saying that the trier of the facts, be it a jury or a judge, has labeled the questioned matter as 'obscene,' for, if 'obscenity' is to be suppressed, the question whether a particular work is of that character involves not really an issue of fact but a question of constitutional judgment of the most sensitive and delicate kind. [Italics in original; underlining added.]

See also *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), at p. 25, which confirmed Harlan J.'s approach. In order to ensure consistency in the application of the Constitution, American courts have held that the factual elements of the issue should not deter appellate courts from reviewing findings of obscenity.

The appellants placed much reliance on a statement in *Jorgensen*, *supra*, which characterized the inquiry in that case as a question of mixed fact and law. The issue in respect of which this statement was made was whether the appellants could rely on a determination of the Ontario Film Review Board to support a mistake of fact. After pointing out that the characterization of an issue for one purpose does not apply for the other purposes, the Court referred to the determination of community standards as a question of mixed fact and law in order to distinguish it from a pure question of fact. The Court went on to state that it was unnecessary for the Crown to prove or the tribunal to find that the appellants knew that the impugned material exceeded community standards in order to secure a conviction. This could only be so if the knowledge of the accused related to a question of law. There is, therefore, nothing that was said in *Jorgensen* that is inconsistent with characterizing this matter as a question of law for the purposes of appeal.

contestée peut être supprimée conformément à des normes constitutionnelles. Étant donné que ces normes ne se prêtent pas facilement à des définitions générales, le problème constitutionnel est, en dernière analyse, un problème de jugements particularisés que les cours d'appel doivent former pour elles-mêmes.

Je ne crois pas que les tribunaux d'examen puissent échapper à cette responsabilité en affirmant que le juge des faits, que ce soit un jury ou un juge, a qualifié d'«obscène» la question en litige, car si l'«obscénité» doit être supprimée, la question de savoir si un ouvrage particulier est de cette nature n'est pas vraiment une question de fait, mais une question de jugement constitutionnel la plus délicate qui soit. [En italique dans l'original; je souligne.]

Voir aussi *Miller c. California*, 413 U.S. 15 (1973), à la p. 25, qui confirme le point de vue du juge Harlan. Pour garantir l'uniformité de l'application de la Constitution, les tribunaux américains ont statué que les composantes factuelles de la question en litige ne devaient pas dissuader les cours d'appel d'examiner des conclusions d'obscénité.

Les appelants se sont fortement appuyés sur une affirmation, dans *Jorgensen*, précité, selon laquelle la question en cause dans cette affaire était une question mixte de fait et de droit. La question visée par cette affirmation était de savoir si les appelants pouvaient s'appuyer sur une décision de la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario pour justifier une erreur de fait. Après avoir souligné que la qualification d'une question à une certaine fin ne s'applique pas aux autres fins, la Cour a décrit la détermination de normes sociales comme étant une question mixte de fait et de droit, afin de la distinguer d'une simple question de fait. La Cour a ajouté qu'il n'était pas nécessaire, pour obtenir une déclaration de culpabilité, que le ministère public prouve ou que le tribunal conclue que les appelants savaient que le matériel contesté excédait les normes sociales. Il ne pouvait en être ainsi que si la connaissance de l'accusé portait sur une question de droit. Rien de ce qui a été dit dans *Jorgensen* n'est donc incompatible avec la qualification de la question dont nous sommes saisis comme étant une question de droit aux fins du pourvoi.

29 Whether undisputed facts give rise to a finding of an indecent performance raises a question of law. Thus, the Court of Appeal had, and this Court has, jurisdiction to hear the appeal from the acquittals. The appellants submit, however, that the Court below, in finding indecency and in finding *mens rea*, interfered with the findings of fact, or drew additional inferences from the given facts, such that their reversal of the acquittals was not based on a question of law alone. I will consider these submissions in discussing indecency, to which I will turn presently, and *mens rea*, which I will consider thereafter.

B. Indecency

30 The trial judge found that the tavern constituted a theatre for the purposes of s. 167, and that the “dances” in question constituted performances. Given these findings, aside from the question of intent, conviction or acquittal turns only on whether the performances were indecent.

31 As set out in *Tremblay*, *supra*, at p. 958, the appropriate test to determine indecency is the community standard of tolerance. Dickson C.J. stated in *Towne Cinema*, *supra*, at p. 508:

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. [Italics in original; underlining added.]

As discussed above, *Butler* set out that harm is the principle underlying the notion of what Canadians would tolerate. The majority stated in that case at p. 485:

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. Harm in this context means that it predisposes

La question de savoir si des faits incontestés donnent lieu à une conclusion qu’il y a eu spectacle indécet est une question de droit. Par conséquent, la Cour d’appel avait compétence pour entendre l’appel contre les acquittements, et notre Cour a elle aussi compétence pour le faire. Les appelants soutiennent toutefois que, en concluant à l’indécence et à l’existence de *mens rea*, la Cour d’appel a modifié les conclusions de fait, ou tiré des conclusions supplémentaires des faits donnés, de sorte que son infirmation des acquittements ne reposait pas sur une question de droit seulement. J’examinerai ces arguments dans mon analyse de l’indécence, qui suit immédiatement, et de la *mens rea*, à laquelle je procèderai ensuite.

B. L’indécence

Le juge du procès a conclu que la taverne constituait un théâtre aux fins de l’art. 167, et que les «dances» en question constituaient des spectacles. Compte tenu de ces conclusions, mise à part la question de l’intention, la déclaration de culpabilité ou l’acquittal dépendent seulement de la question de savoir si les spectacles étaient indécents.

Comme il est précisé dans l’arrêt *Tremblay*, précité, à la p. 958, le critère à appliquer pour déterminer s’il y a indécence est la norme de tolérance de la société. Le juge en chef Dickson affirme dans l’arrêt *Towne Cinema*, précité, à la p. 508:

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. [En italique dans l’original; je souligne.]

Comme nous l’avons vu, l’arrêt *Butler* établit que le préjudice est le principe qui sous-tend la notion de ce que les Canadiens toléreraient. Les juges majoritaires affirment, à la p. 485 de cet arrêt:

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu’ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu’il prédispose

persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men, or, what is perhaps debatable, the reverse. Anti-social conduct for this purpose is conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning.

While *Butler* concerned the obscenity of particular pornographic materials, the present case concerns the indecency of live performances. The tolerance basis of the community standards test is the same in indecency cases as in obscenity cases (see *Tremblay*), but indecency, unlike obscenity, entails an assessment of the surrounding circumstances in applying the community standards test. As the majority stated in *Tremblay* at p. 960:

In any consideration of the indecency of an act, the circumstances which surround the performance of the act must be taken into account. Acts do not take place in a vacuum. The community standard of tolerance is that of the whole community. However just what the community will tolerate will vary with the place in which the acts take place and the composition of the audience.

Putting the above observations together, a performance is indecent if the social harm engendered by the performance, having reference to the circumstances in which it took place, is such that the community would not tolerate it taking place. I agree with the Court of Appeal that the activities in the present case were such that the community would not tolerate them and thus were indecent.

The relevant social harm to be considered pursuant to s. 167 is the attitudinal harm on those watching the performance as perceived by the community as a whole. In the present case, as outlined in the facts, the patrons of *Cheaters* could, for a fee, fondle and touch women and be fondled in an intimately sexual manner, including mutual masturbation and apparent cunnilingus, in a public tavern. In effect, men, along with drinks, could pay for a public, sexual experience for their own gratification and those of others. In my view, such activities gave rise to a social harm that indicates that

une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement.

Alors que l'arrêt *Butler* concernait l'obscénité de matériel pornographique particulier, la présente affaire concerne l'indécence de spectacles sur scène. L'élément «tolérance» qui sous-tend le critère des normes sociales est le même dans le cas d'indécence que dans les cas d'obscénité (voir *Tremblay*), mais l'indécence, contrairement à l'obscénité, comporte une appréciation des circonstances lors de l'application du critère des normes sociales. Comme les juges majoritaires l'ont dit, à la p. 960 de l'arrêt *Tremblay*:

Pour déterminer si un acte est indécent, il faut tenir compte du contexte dans lequel il intervient, car un acte n'est jamais accompli dans le vide absolu. La norme de tolérance de la société est celle de l'ensemble de la société. Toutefois, ce que la société peut tolérer variera en fonction du lieu où l'acte se produit et de la composition de l'auditoire.

Si on conjugue les observations susmentionnées, il en ressort qu'un spectacle est indécent si le préjudice social qu'il engendre, compte tenu des circonstances dans lesquelles il a lieu, est tel que la collectivité ne tolérerait pas qu'il ait lieu. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les activités en l'espèce étaient telles que la société ne les tolérerait pas et qu'elles étaient donc indécentes.

Le préjudice social qui doit être examiné conformément à l'art. 167 est le préjudice résultant d'une attitude chez ceux qui assistent au spectacle, tel qu'il est perçu par l'ensemble de la société. En l'espèce, comme je l'ai mentionné dans la partie sur les faits, les clients de *Cheaters* pouvaient, en payant une somme d'argent, toucher et caresser des femmes, recevoir des caresses sexuelles intimes et se livrer à la masturbation mutuelle et apparemment au cunnilingus dans une taverne publique. En fait, en plus de leurs consommations, les hommes pouvaient se payer une aventure

32

33

34

the performances were indecent. I agree with the Court of Appeal, which stated (at p. 650 O.R.):

The conduct in issue in this case in the context in which it takes place is harmful to society in many ways. It degrades and dehumanizes women and publicly portrays them in a servile and humiliating manner, as sexual objects, with a loss of their dignity. It dehumanizes and desensitizes sexuality and is incompatible with the recognition of the dignity and equality of each human being. It predisposes persons to act in an antisocial manner, as if the treatment of women in this way is socially acceptable and is normal conduct, and as if we live in a society without any moral values.

35 Any finding of indecency must depend on all the circumstances. I am satisfied that the activities in the present case were indecent insofar as they involved sexual touching between dancer and patron. Thus, the fondling and sucking of breasts, as well as contact between the dancer or patron and the other person's genitals, in circumstances such as the present case gave rise to an indecent performance. It is unacceptably degrading to women to permit such uses of their bodies in the context of a public performance in a tavern. Insofar as the activities were consensual, as the appellants stressed, this does not alter their degrading character. Moreover, as I stated in *Butler*, at p. 479, "[s]ometimes the very appearance of consent makes the depicted acts even more degrading or dehumanizing".

36 This analysis, in my view, is sufficient to ground the finding that the performances were indecent. However, I agree with the Court of Appeal that it is also relevant that the Municipality of Metropolitan Toronto recently passed a by-law prohibiting contact between anyone who provides services designed to appeal to erotic or sexual appetites or inclinations at an adult entertainment parlour from touching or having physical contact with any other

sexuelle publique pour leur propre plaisir et celui d'autrui. Selon moi, de telles activités causent un préjudice social qui dénote que ces spectacles étaient indécents. Je suis d'accord avec la Cour d'appel, qui a affirmé (à la p. 650 O.R.):

[TRANSLATION] La conduite en cause en l'espèce, dans le contexte où elle a eu lieu, est préjudiciable à la société à maints égards. Elle dégrade et déshumanise les femmes, les présente publiquement comme des êtres serviles dans des situations humiliantes, comme des objets sexuels, et leur font perdre leur dignité. Elle déshumanise et banalise la sexualité et est incompatible avec la reconnaissance de la dignité et de l'égalité de tous les êtres humains. Elle prédispose les personnes à agir d'une manière antisociale, comme si un tel traitement des femmes était socialement acceptable et constituait une conduite normale, et comme si nous vivions dans une société dépourvue de toute valeur morale.

Toute conclusion d'indécence doit reposer sur l'ensemble des circonstances. Je suis convaincu que les activités en l'espèce étaient indécents dans la mesure où elles comportaient des attouchements sexuels entre les danseuses et les clients. Par conséquent, les caresses des seins des danseuses avec les mains ou la bouche, de même que les contacts d'organes génitaux entre danseuses et clients, dans des circonstances comme celles de la présente affaire, ont donné lieu à un spectacle indécents. Il est inacceptable et dégradant pour les femmes de permettre qu'un tel usage soit fait de leur corps au cours d'un spectacle public dans une taverne. Même si ces activités étaient consensuelles, comme le soulignent les appelants, cela ne change rien à leur caractère dégradant. De plus, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Butler*, à la p. 479: «[p]arfois, l'apparence même de consentement rend les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants».

Cette analyse, selon moi, suffit pour justifier la conclusion que les spectacles en cause étaient indécents. Toutefois, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'il est également pertinent de mentionner que la municipalité de la communauté urbaine de Toronto a récemment adopté un règlement interdisant tout contact ou attouchement quel qu'il soit sur toute partie du corps, entre une personne et toute autre personne qui offre, dans un

person in any manner whatsoever involving any part of that person's body, and prohibits the owner from permitting such conduct. While the by-law has been challenged unsuccessfully as being *ultra vires* the municipality, I agree with the Court of Appeal that, aside from its validity, the by-law is instructive in the present case as evidence confirming that community standards of tolerance were exceeded by the activities in question.

The Court of Appeal considered two other factors which I view as only marginally relevant to a determination of indecency. A finding of an indecent performance depends on a finding of harm to the spectators of the performance as perceived by the community as a whole. The potential harm to the performers themselves, while obviously regrettable, is not a central consideration under s. 167. The Court of Appeal, however, appeared to treat the risk of sexually transmitted diseases and the harms associated with prostitution as significant factors in finding indecency in the present case. In my view, the risk of harm to the performers is only relevant insofar as that risk exacerbates the social harm resulting from the degradation and objectification of women. Thus, if there is increased degradation of women, and therefore an increased likelihood of social harm, because the performances in question posed risk to the performers, then these factors are relevant. In the present case, these additional factors are not necessary to my conclusion that the performances in question were indecent. Aside from the risks of harm from sexually transmitted diseases and from the activities' similarity to prostitution, the social harm resulting from the performances in the context in which they took place is sufficient to find them indecent. Women were degraded and objectified in a socially unacceptable manner, whether or not the additional harms associated with prostitution and sexually transmitted diseases were associated with the performances.

lieu de divertissements pour adultes, des services qui font appel aux tendances ou aux appétits érotiques ou sexuels, et interdisant au propriétaire de permettre une telle conduite. Bien que le règlement ait été contesté sans succès comme outrepassant les pouvoirs de la municipalité, je suis d'accord avec la Cour d'appel que, outre sa validité, le règlement est intéressant, en l'espèce, en tant qu'élément de preuve confirmant que les activités en question outrepassaient les normes sociales de tolérance.

La Cour d'appel a pris en considération deux autres facteurs qui, d'après moi, ne sont que très peu pertinents pour décider s'il y a indécence. Pour conclure qu'un spectacle est indécemment, il faut conclure que ceux qui y assistent subissent un préjudice perçu par l'ensemble de la société. La possibilité qu'un préjudice soit causé aux exécutantes mêmes, bien qu'elle soit évidemment regrettable, n'est pas un facteur essentiel aux fins de l'art. 167. La Cour d'appel paraît cependant avoir traité le risque de maladies transmises sexuellement et le préjudice lié à la prostitution comme des facteurs importants en concluant à l'indécence en l'espèce. Selon moi, le risque que les exécutantes subissent un préjudice n'est pertinent que s'il aggrave le préjudice social résultant de l'avilissement des femmes et de leur traitement comme des êtres objets. Ainsi, s'il y a accroissement de l'avilissement des femmes et, par conséquent, un risque accru de préjudice social parce que les spectacles en question font courir des risques aux exécutantes, alors ces facteurs sont pertinents. En l'espèce, je n'ai pas besoin de ces facteurs supplémentaires pour conclure que les spectacles en cause sont indécents. À part le risque de préjudice découlant de maladies transmises sexuellement et d'activités semblables à la prostitution, le préjudice social résultant des spectacles, dans le contexte où ils ont eu lieu, est suffisant pour conclure qu'ils étaient indécents. Les femmes étaient avilies et traitées comme des êtres objets d'une manière socialement inacceptable peu importe que les autres risques de préjudice liés à la prostitution et aux maladies transmises sexuellement aient été présents ou non lors de ces spectacles.

38

The conclusion that the performances in question were indecent is to some extent supported by the reasons of the trial judge. The trial judge would have found the performances to be indecent, but for the precedent set by *Tremblay*, *supra*, and *Hawkins*, *supra*. He stated:

The conduct complained of in this present case is innocuous by comparison to the conduct dealt with by the Supreme Court of Canada and the Court of Appeal of Ontario.

If it had not been for these cases there would have been little difficulty in finding the table dancers' conduct to be indecent.

The conduct at Cheaters Tavern is not indecent, and the charge against Allan East is dismissed. There will be an acquittal entered.

In my view, the trial judge erred in viewing himself bound by those cases, as I will explain presently, in which case his alternative finding applies: the performances were indecent.

39

In distinguishing *Tremblay* and *Hawkins* from the present case, it is largely sufficient to summarize the analysis of the Court of Appeal on the matter. I note, however, that this Court in *Tremblay* and the Court of Appeal in the present case placed significance on the risk of sexual assault and transmission of disease which I do not, but it is important to recall that *Tremblay* involved an analysis of whether acts performed in a private room were indecent, whereas the present case involves an analysis of whether a performance was indecent. The charge in *Tremblay* was under s. 193(1) of the *Criminal Code* (now s. 210(1)). The gravamen of that offence is the keeping of a place for the purpose of the practice of acts of indecency. The presence of spectators and the effect on spectators is relatively unimportant. On the other hand, the gravamen of the offence under s. 167 is giving or allowing an indecent performance. The presence of spectators and of "performance" under s. 167(1), changes the emphasis in the present case largely to an analysis of the effect on the spectators, rather than the performers. While I do not share the view of the Court of Appeal with respect to the importance of the risk of infectious diseases

La conclusion que les spectacles en cause étaient indécents est étayée jusqu'à un certain point par les motifs du juge du procès. Ce dernier aurait conclu à l'indécence de ces spectacles n'eussent été les précédents établis par les arrêts *Tremblay* et *Hawkins*, précités. Il a affirmé:

[TRADUCTION] La conduite reprochée en l'espèce est inoffensive en comparaison de celle examinée par la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel de l'Ontario.

N'eussent été ces arrêts, il n'aurait pas été difficile de conclure à l'indécence de la conduite des danseuses aux tables.

La conduite à la taverne Cheaters n'est pas indécente et l'accusation portée contre Allan East est rejetée. Un acquittement sera inscrit.

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en se considérant lié par ces arrêts, comme je vais maintenant l'expliquer, ce qui veut dire que sa conclusion subsidiaire s'applique: les spectacles étaient indécents.

Pour distinguer la présente affaire des arrêts *Tremblay* et *Hawkins*, il est amplement suffisant de résumer l'analyse de la question par la Cour d'appel. Je note, toutefois, que notre Cour, dans *Tremblay*, et la Cour d'appel, en l'espèce, ont accordé une grande importance au risque d'agression sexuelle et de transmission de maladie, ce que je ne fais pas, mais il est important de se rappeler que *Tremblay* comportait une analyse de la question de savoir si des actes accomplis en privé étaient indécents, alors que la présente affaire comporte une analyse de la question de savoir si un spectacle était indécent. Dans *Tremblay*, l'accusation avait été portée en vertu du par. 193(1) du *Code criminel* (maintenant le par. 210(1)). L'élément essentiel de cette infraction est la tenue d'un lieu pour la pratique d'actes indécents. La présence de spectateurs et l'incidence sur ceux-ci est relativement sans importance. Par ailleurs, l'élément essentiel de l'infraction décrite à l'art. 167 est le fait de donner ou de permettre que soit donné un spectacle indécent. La présence de spectateurs et le fait qu'il y ait eu «spectacle» au sens du par. 167(1) ont grandement pour effet, dans la présente affaire, de mettre l'accent sur l'analyse de l'incidence sur les specta-

to a finding of an indecent performance, I otherwise fully agree with the manner in which Dubin C.J.O. admirably set out the differences between the present case and *Tremblay* and *Hawkins*, and explained why the activities in the present case were indecent. While it is unnecessary to repeat verbatim what was said, the principal distinctions may be summarized as follows.

The central points distinguishing the present case from *Tremblay* are the physical contact between patron and dancer that occurred here, but was prohibited in *Tremblay*, and the public nature of the activity in the present case; here the activity took place in an open tavern, while in *Tremblay* the acts took place in a private room. With respect to *Hawkins*, the images in question were electronic images viewed in a private living room, not live dancers performing sexual acts in a tavern. These distinguishing features have a profound effect on the finding of indecency in the present case. The public nature of the activity and the physical contact raise a factual context very different from the previous cases. Given that the trial judge erred in viewing himself bound by *Tremblay* and *Hawkins*, his alternative finding, that the performances were indecent, is operative. His reasons thus provide some support for my conclusion in the present appeal.

The Court of Appeal, in assessing indecency, provided a further reason to conclude that the acts in question were indecent. Dubin C.J.O. observed (at pp. 651-52 O.R.) that:

Both [Mara and East] denied knowledge of the acts described. However, the following exchange took place during cross-examination of the respondent East by Crown counsel:

teurs plutôt que sur les exécutantes. Bien que je ne partage pas le point de vue de la Cour d'appel quant à l'importance du risque de maladies infectieuses pour pouvoir conclure à l'indécence d'un spectacle, je suis par ailleurs entièrement d'accord avec la façon admirable dont le juge en chef Dubin de l'Ontario a établi les différences entre la présente affaire et les arrêts *Tremblay* et *Hawkins*, et a expliqué pourquoi les activités dans la présente affaire étaient indécentes. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de répéter mot à mot ce qui a été dit, les principales distinctions peuvent être résumées de la façon suivante.

Les principaux éléments qui distinguent la présente affaire de l'arrêt *Tremblay* sont le contact physique entre clients et danseuses qui a eu lieu ici, mais qui était défendu dans *Tremblay*, et la nature publique de l'activité en l'espèce; cette activité s'est déroulée ouvertement dans une taverne, alors que dans *Tremblay*, les actes avaient été accomplis en privé. En ce qui concerne *Hawkins*, il était question d'images électroniques visionnées dans un salon privé, et non pas de danseuses en chair et en os accomplissant des actes sexuels dans une taverne. Ces caractéristiques distinctives ont une incidence profonde sur la conclusion d'indécence dans la présente affaire. La nature publique de l'activité et le contact physique créent un contexte factuel très différent des affaires précédentes. Étant donné que le juge du procès a commis une erreur en se considérant lié par les arrêts *Tremblay* et *Hawkins*, sa conclusion subsidiaire que les spectacles étaient indécents s'applique. Ses motifs étaient donc jusqu'à un certain point la conclusion que je tire dans le présent pourvoi.

En déterminant s'il y avait indécence, la Cour d'appel a offert un autre motif de conclure que les actes en question étaient indécents. Le juge en chef Dubin a fait observer ceci (aux pp. 651 et 652 O.R.):

[TRADUCTION] [Mara et East] ont nié tous les deux avoir eu connaissance des actes décrits. Cependant, l'échange suivant a eu lieu lors du contre-interrogatoire de l'intimé East par le substitut du procureur général:

40

41

Q. And for a woman to be masturbating herself in the presence and within view of the male patron, would you consider that to be improper?

A. Improper, whether she was in view or not. Highly improper.

Q. And would that warrant dismissal, as far as you would be concerned?

A. Yes, of course.

Q. And for the patrons to be fondling the breasts of the dancers at Cheaters?

A. If they were to do that also, I would eject the customer and the dancer.

Q. Why?

A. Why?

Q. Why? Yes.

A. Because it — I would consider it improper.

Q. And for the dancers to be masturbating the [male] customers through their clothing?

A. Need you ask? Of course. It would be very improper. Instant, total dismissal for life.

Thus, the appellant East himself acknowledged that the acts described by the police were “improper”, which lends further support to the conclusion that the performances in question were indecent.

⁴² In summary, on the undisputed facts as described by the trial judge in the facts set out above, the performances in the present case were indecent. By finding them to be otherwise, in my view the trial judge erred in law and the Court of Appeal was correct to overturn this finding.

⁴³ The appellants argued that by referring to factors such as social harm and the risk of sexually transmitted diseases not addressed at trial, the Court of Appeal drew additional inferences from facts, thus indicating that its disagreement with the trial judge was based on a question of mixed law and fact, rather than on law alone. The appellants further argued that by suggesting consideration of these factors, the Crown effectively advanced a new theory of liability for the first time on appeal.

Q. Et jugeriez-vous déplacé qu’une femme se masturbe en présence et à la vue de clients masculins?

R. Déplacé, qu’elle le fasse à la vue ou non de tous. Très déplacé.

Q. Et cela justifierait-il un congédiement, selon vous?

R. Oui, évidemment.

Q. Et que des clients caressent les seins des danseuses à Cheaters?

R. S’ils faisaient cela aussi, j’expulserais le client et la danseuse.

Q. Pourquoi?

R. Pourquoi?

Q. Pourquoi? Oui.

R. Parce que — je trouverais cela déplacé.

Q. Et que des danseuses masturbent les clients [masculins] à travers leurs vêtements?

R. Cela va de soi. Ce serait évidemment très déplacé. Congédiement instantané et à vie.

Donc, l’appellant East a reconnu lui-même que les actes décrits par les policiers étaient «déplacés», ce qui renforce davantage la conclusion que les spectacles en question étaient indécents.

Somme toute, d’après les faits non contestés décrits par le juge du procès et relatés plus haut, les spectacles ici en question étaient indécents. En concluant qu’ils ne l’étaient pas, le juge du procès a, selon moi, commis une erreur de droit et la Cour d’appel a eu raison d’infirmar sa conclusion.

Les appelants soutiennent que, en faisant référence à des facteurs tels que le préjudice social et le risque de maladies transmises sexuellement, qui n’avaient pas été abordés au procès, la Cour d’appel a tiré des conclusions supplémentaires à partir des faits, indiquant ainsi que son désaccord avec le juge du procès était fondé sur une question mixte de droit et de fait, plutôt que sur une question de droit seulement. Les appelants ont soutenu de plus que, en proposant que ces facteurs soient examinés, le ministère public a, en fait, soumis une nouvelle théorie de la responsabilité pour la première fois en appel.

In my view, neither of these arguments is convincing. As noted above, social harm is not a fact susceptible of proof in the traditional way, but rather where the activities or material in question involve the degradation and objectification of women, or perhaps children or men, the law infers harm simply from that degradation and objectification. Considering the social harm resulting from the given facts in the present case, therefore, does not involve consideration of a “new” fact, or a “new” factual inference to be drawn from given facts, but rather is a consideration going to the legal effect of the facts.

This also addresses the submission that the Crown advanced a new theory of liability on appeal. The Crown, obviously, argued that the performances were indecent at trial. Indecency depends on community standards, which in turn depend largely on an analysis of social harm. By suggesting on appeal consideration of the social harm resulting from the performances, the Crown was simply attempting to persuade the court that the legal effect of the facts as found was that the performances exceeded community standards of tolerance, contrary to the finding of the trial judge. The Crown was not advancing a new theory of liability, but rather was making a legal argument about community standards and the indecency of the performances in question.

With respect to consideration of the risk of sexually transmitted diseases, given that I place little or no weight on this factor, I will decline to consider whether it was proper for the Court of Appeal to examine those risks in assessing indecency even though they were not a factor discussed by the trial judge. In my view, the undisputed facts outside of the risk of sexually transmitted diseases were sufficient to ground a finding of indecency.

Selon moi, ni l’un ni l’autre de ces arguments n’est convaincant. Comme je l’ai fait remarquer ci-dessus, le préjudice social n’est pas un fait susceptible d’être prouvé de façon traditionnelle, mais plutôt, lorsque les activités ou le matériel en question impliquent l’avilissement de femmes, ou peut-être d’enfants ou d’hommes, et leur traitement comme des êtres objets, le droit déduit l’existence d’un préjudice simplement à partir de cet avilissement et de ce traitement. Par conséquent, l’examen du préjudice social résultant des faits survenus en l’espèce consiste non pas à examiner un fait «nouveau» ni à tirer une «nouvelle» conclusion de fait à partir de certains faits, mais plutôt à se pencher sur l’incidence juridique des faits.

Cela répond aussi à l’argument voulant que le ministère public ait soumis, en appel, une nouvelle théorie de la responsabilité. Le ministère public a évidemment soutenu au procès que les spectacles étaient indécents. L’indécence dépend de normes sociales, qui dépendent à leur tour en grande partie d’une analyse du préjudice social. En proposant, en appel, l’examen du préjudice social résultant des spectacles, le ministère public tentait simplement de persuader la cour que l’incidence juridique des faits constatés était que les spectacles avaient excédé les normes sociales de tolérance, contrairement à ce que le juge du procès avait conclu. Le ministère public ne soumettait pas une nouvelle théorie de la responsabilité, mais avançait plutôt un argument juridique au sujet des normes sociales et de l’indécence des spectacles en question.

Quant à la prise en considération du risque de maladies transmises sexuellement, étant donné que je n’accorde tout au plus que peu d’importance à ce facteur, je m’abstiendrai d’examiner s’il était approprié que la Cour d’appel tienne compte de ces risques pour déterminer s’il y avait indécence, même si ce facteur n’avait pas été analysé par le juge du procès. Selon moi, outre les maladies transmises sexuellement, les faits non contestés suffisaient pour justifier une conclusion d’indécence.

44

45

46

C. The Appellant Mara and Mens Rea

47 There is no issue in this appeal concerning the intent of the appellant East. The finding of indecency is sufficient to dismiss the appeal with respect to him. The appellant Mara, however, argued that the Court of Appeal erred in interfering with the factual finding of the trial judge that he did not have the requisite criminal intent to find him guilty.

48 With respect to the *mens rea* of the appellant Mara, the trial judge noted that both he and the appellant East testified that the latter was entirely responsible for the activity of the dancers at the tavern and stated:

The offence under Section 167(1) of the Criminal Code is not an offence of absolute liability.

Patrick Mara made what appears to be adequate and appropriate arrangements for the presentation of exotic table dances to customers of the tavern by hiring an entertainment director to oversee all aspects of entertainment.

There is no evidence that Patrick Mara knew that the table dancers were generally or usually performing dances which might be classified as indecent.

The Court finds that Patrick Mara took reasonable steps to comply with the law, and that he did not have the necessary criminal intent for the offence charged against him. The charge against Patrick Mara is dismissed, and an acquittal will be entered.

49 The Court of Appeal overturned this finding. Dubin C.J.O. first noted that even where the mental requirement is “knowingly”, *Jorgensen* held that wilful blindness will satisfy the requirement. The court held (at p. 657 O.R.):

Having regard to the widespread nature of the activities in this case, if [Mara and East] were unaware of what was going on, they must have “shut their eyes” and been wilfully blind. It is apparent that even after being warned by the police, no steps were taken to stop the indecent performances.

The trial judge erred, under these circumstances, in holding that the respondent Mara had acted reasonably

C. L'appellant Mara et la mens rea

Le présent pourvoi ne comporte aucune question relative à l'intention de l'appellant East. La conclusion d'indécence est suffisante pour rejeter le pourvoi à son égard. L'appellant Mara, toutefois, a fait valoir que la Cour d'appel a commis une erreur en modifiant la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle il n'avait pas eu l'intention criminelle requise pour être déclaré coupable.

En ce qui concerne la *mens rea* de l'appellant Mara, le juge du procès a noté que Mara et East avaient témoigné que East était entièrement responsable des activités des danseuses à la taverne, et il a affirmé:

[TRADUCTION] L'infraction définie au par. 167(1) du Code criminel n'est pas une infraction de responsabilité absolue.

Patrick Mara a pris ce qui semble être des mesures adéquates et appropriées pour la présentation de danses exotiques aux tables des clients de la taverne, en embauchant un directeur des divertissements chargé de surveiller tous les aspects des divertissements.

Il n'y a aucune preuve que Patrick Mara savait que les danseuses aux tables exécutaient généralement ou habituellement des danses qui pourraient être qualifiées d'indécentes.

La cour conclut que Patrick Mara a pris des mesures raisonnables pour se conformer à la loi, et qu'il n'avait pas l'intention criminelle requise pour commettre l'infraction qui lui est reprochée. L'accusation contre Patrick Mara est rejetée, et un acquittement sera inscrit.

La Cour d'appel a écarté cette conclusion. Le juge en chef Dubin a d'abord fait remarquer que, même lorsque l'élément moral requis est «sciement», il a été statué, dans l'arrêt *Jorgensen*, que l'ignorance volontaire satisfait à cette exigence. La cour a conclu (à la p. 657 O.R.):

[TRADUCTION] Vu l'ampleur des activités en l'espèce, si [Mara et East] n'étaient pas au courant de ce qui se passait, c'est qu'ils ont dû se «fermer les yeux» et avoir fait preuve d'ignorance volontaire. Il appert que, même après avoir été avertis par la police, ils n'ont pris aucune mesure pour mettre fin aux spectacles indécents.

Le juge du procès a commis une erreur, dans ces circonstances, en concluant que l'intimé Mara avait agi rai-

by delegating the conduct of the performers to the respondent East, without taking any steps in his own right to prevent the indecent performances from being carried on.

The court went on to state that, in any event, “knowingly” was not found in s. 167 and that therefore the *mens rea* standard was lower. The court overturned the acquittal of Mara and entered a conviction.

In my view, the court erred in overturning the finding of fact made by the trial judge with respect to *mens rea*. Section 167 requires that the accused “allow” the indecent performance. I agree with the appellant Mara and the respondent that s. 167 is a full *mens rea* offence. In my view, the requirement that the accused “allow” an indecent performance implies, at the very least, a requirement of concerted acquiescence or wilful blindness on the part of the accused. Indeed, I would equate “allow” in this context with “knowingly” in the context of *Jorgensen*. Thus, given that the Court of Appeal’s alternative finding is based on a lesser view of *mens rea* than “knowingly”, I do not accept their alternative conclusion.

With respect to their central conclusion, in my view the Court of Appeal simply disagreed with the trial judge’s finding of fact and substituted its own view. The trial judge found as a fact that the accused did not have actual knowledge of the activities in question. Dubin C.J.O., however, appeared to conclude that while the trial judge did consider actual knowledge, he did not consider wilful blindness. In my view, there is no reason to conclude that the trial judge erred in his assessment of *mens rea*. First, he went farther than simply stating that the appellant Mara did not have actual knowledge and stated that Mara did not have the “necessary criminal intent”. Given that the requisite criminal intent includes wilful blindness, this finding sufficed to address this possibility. Second, in my view, the trial judge’s finding that the appellant Mara had taken “reasonable steps” to comply with the law precludes the possi-

sonablement en déléguant la gestion des exécutantes à l’intimé East sans prendre lui-même des mesures pour empêcher la continuation des spectacles indécents.

La cour a ajouté que, de toute façon, le mot «sciemment» ne figurait pas à l’art. 167 et que, par conséquent, la norme de *mens rea* était moins stricte. La cour a infirmé l’acquittement de Mara et inscrit une déclaration de culpabilité.

J’estime que la cour a commis une erreur en écartant la conclusion de fait que le juge du procès avait tirée quant à la *mens rea*. L’article 167 exige que l’accusé «permette» la présentation du spectacle indécents. Je suis d’accord avec l’appellant Mara et l’intimée pour dire que l’art. 167 définit une infraction exigeant une *mens rea* complète. À mon avis, l’exigence que l’accusé «permette» la présentation d’un spectacle indécents implique, tout au moins, l’exigence d’acquiescement concerté ou d’ignorance volontaire de la part de l’accusé. En fait, je suis d’avis que «permet», dans le présent contexte, équivaut à «sciemment» dans le contexte de *Jorgensen*. Par conséquent, étant donné que la conclusion subsidiaire de la Cour d’appel est fondée sur une perception de la *mens rea* qui est moindre que l’idée de «sciemment», je ne l’accepte pas.

Quant à sa conclusion principale, la Cour d’appel a simplement, selon moi, exprimé son désaccord avec la conclusion de fait du juge du procès et y a substitué son propre point de vue. Le juge du procès a tenu pour avéré que l’accusé n’avait pas eu véritablement connaissance des activités en question. Cependant, le juge en chef Dubin paraît avoir conclu que, même si le juge du procès avait bel et bien examiné s’il y avait eu connaissance véritable, il n’a pas considéré la question de l’ignorance volontaire. Selon moi, il n’y a aucune raison de conclure que le juge du procès a commis une erreur dans son appréciation de la *mens rea*. Premièrement, il a fait plus que simplement affirmer que l’appellant Mara n’avait pas eu véritablement connaissance des activités en cause, ajoutant que Mara n’avait pas eu [TRADUCTION] l’«intention criminelle requise». Étant donné que l’intention criminelle requise comprend l’ignorance volontaire,

50

51

bility that he could have been found wilfully blind. If a person takes reasonable steps to comply with the law, he or she has not “[d]eliberately cho[sen] not to know something when given reason to believe further inquiry is necessary”, as was stated in *Jorgensen* at para. 102. Given that the trial judge found the delegation to the appellant East to have amounted to reasonable steps to comply with the law, if East was delinquent in his duties, the appellant Mara should not be held responsible.

cette conclusion suffisait pour tenir compte de cette possibilité. Deuxièmement, j’estime que la conclusion du juge du procès que l’appellant Mara avait pris des [TRADUCTION] «mesures raisonnables» pour se conformer à la loi empêche de conclure qu’il avait fait preuve d’ignorance volontaire. Si une personne prend des mesures raisonnables pour se conformer à la loi, cette personne n’a pas «chois[i] délibérément d’ignorer une chose lorsqu’[elle] a toutes les raisons de croire qu’un examen approfondi est nécessaire», comme la Cour l’a dit dans *Jorgensen*, au par. 102. Étant donné que le juge du procès a conclu que la délégation faite à l’appellant East équivalait à des mesures raisonnables pour se conformer à la loi, si East manquait à ses obligations, l’appellant Mara ne devait pas être tenu responsable.

52 Given that the trial judge made no apparent error in law, the Court of Appeal did not have jurisdiction on the appeal of the appellant Mara’s acquittal to overturn the judge’s findings of fact. The Court of Appeal simply substituted its own view of the facts for that of the trial judge, which is impermissible.

Étant donné que le juge du procès n’avait commis aucune erreur de droit manifeste, la Cour d’appel n’avait pas compétence, dans l’appel interjeté contre l’acquittal de l’appellant Mara, pour écarter les conclusions de fait du juge du procès. La Cour d’appel a simplement substitué sa propre perception des faits à celle du juge du procès, ce qui est inacceptable.

53 The respondent Crown in this Court argued that while there is a full *mens rea* requirement under s. 167, the requisite knowledge on the part of the accused who is an owner of the theatre is limited. The respondent submitted that so long as the owner-accused has knowledge of the nature of the business he or she is running, he or she has sufficient *mens rea* to ground a conviction. If the accused is aware that he or she is in a business in which there is a risk that indecent performances will take place, then if those performances in fact do take place, the accused will have sufficient *mens rea* under s. 167. The respondent supported this contention largely on the basis of the following policy argument. If owners are capable of insulating themselves from conviction simply by delegating responsibility, then the persons who benefit the most financially from the indecent performances will be offered a means of making money

Devant notre Cour, le ministère public intimé a prétendu que, bien que l’art. 167 exige une *mens rea* complète, la connaissance requise de la part de l’accusé qui est propriétaire du théâtre est limitée. Il a fait valoir que, dans la mesure où le propriétaire accusé a connaissance de la nature de l’entreprise qu’il exploite, il a une *mens rea* suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité. Si l’accusé sait qu’il exploite une entreprise où il y a un risque que des spectacles indécentes soient présentés, alors si de tels spectacles ont effectivement lieu, l’accusé aura un *mens rea* suffisante en vertu de l’art. 167. L’intimée appuie sa prétention en grande partie sur l’argument de politique générale suivant. Si les propriétaires peuvent se mettre à l’abri d’une déclaration de culpabilité simplement en déléguant leurs responsabilités, alors les personnes qui profitent le plus financièrement des spectacles indécentes seront alors en mesure de

from indecent performances without risking trouble with the law.

I cannot accept the respondent's submission. The suggested approach would render meaningless the full *mens rea* requirement which the respondent conceded to be the standard under s. 167. Indeed, the approach would amount to absolute liability for all owners of adult establishments in which an indecent performance takes place. All owners of adult entertainment establishments are presumably aware of the nature of the business they are in. Thus, if ever an indecent performance took place, no matter how diligent the owner in seeking to prevent this, the very fact that the performance took place would be enough to convict the owner. In my view, this is akin to absolute liability for owners, which is conceded not to be the standard under s. 167.

With respect to the policy concern that owners may simply shield themselves by delegating, I have two responses. First, if the policy is sufficiently compelling, perhaps Parliament could amend s. 167 to make it an offence with a lower standard of *mens rea*, at least for owners. Second, if the owner delegates responsibility in bad faith, that is, delegates in order to protect him- or herself from the law rather than to ensure compliance with the law, then, in my view, in certain circumstances this could amount to wilful blindness. Delegation with a nod and a wink will not protect the owner from conviction. In the present case, the trial judge found that the appellant Mara's delegation of responsibility amounted to taking reasonable steps to comply with the law, hence the issue of wilful blindness, as stated above, does not arise.

In summary, in my view, the Court of Appeal erred in overturning the trial judge's finding of fact that the appellant Mara did not have sufficient

faire de l'argent par la présentation de spectacles indécents, tout en ne courant aucun risque de démêlés avec la justice.

Je ne puis accepter l'argument de l'intimée. L'approche qu'elle propose ferait perdre tout son sens à l'exigence d'une *mens rea* complète que l'intimée a reconnue comme étant la norme à l'art. 167. En fait, cette approche reviendrait à imposer une responsabilité absolue à tous les propriétaires d'établissements pour adultes où un spectacle indécent a lieu. Tous les propriétaires d'établissements de divertissements pour adultes sont vraisemblablement au courant de la nature de l'entreprise qu'ils exploitent. Par conséquent, si jamais un spectacle indécent avait lieu, peu importe la diligence dont le propriétaire aurait fait preuve pour en empêcher la présentation, le fait même que le spectacle a eu lieu suffirait pour le déclarer coupable. Selon moi, cela s'apparente à la responsabilité absolue des propriétaires qui, le reconnaît-on, n'est pas la norme à l'art. 167.

En ce qui concerne la préoccupation de politique générale selon laquelle les propriétaires pourraient simplement recourir à la délégation pour se protéger, j'ai deux réponses. Premièrement, si la politique générale est suffisamment impérieuse, le législateur pourrait peut-être modifier l'art. 167 de manière à y décrire une infraction assortie d'une norme de *mens rea* moins stricte, au moins à l'égard des propriétaires. Deuxièmement, si le propriétaire délègue de mauvaise foi sa responsabilité, c'est-à-dire qu'il la délègue pour se protéger de la loi plutôt que pour s'y conformer, alors j'estime que cela pourrait équivaloir, dans certaines circonstances, à de l'ignorance volontaire. La délégation par un signe de tête et un clin d'œil ne protégera pas le propriétaire contre une déclaration de culpabilité. En l'espèce, le juge du procès a conclu que la délégation de responsabilités par l'appellant Mara équivalait à des mesures raisonnables pour se conformer à la loi, de sorte que la question de l'ignorance volontaire, mentionnée plus haut, ne se pose pas.

En résumé, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en écartant la conclusion de fait du juge du procès que l'appellant Mara n'avait pas eu

54

55

56

mens rea to convict under s. 167. Consequently, I would allow the appeal with respect to him.

V. Conclusion and Disposition

57 In my view, the trial judge erred in law in concluding that the activities in the present case did not amount to indecent performances. I agree with the Court of Appeal that the performances were indecent. Given that there was no issue about whether the appellant East had the requisite mental state to support a conviction, the Court dismissed the appeal with respect to the appellant East at the conclusion of the argument.

58 With respect to the appellant Mara, on the other hand, in my view the trial judge committed no error of law in reaching his finding of fact that Mara did not have the requisite criminal intent to support a conviction. In overturning this finding, the Court of Appeal improperly substituted its view of the facts for that of the trial judge. Given the trial judge's finding of fact on *mens rea*, I would allow the appeal with respect to the appellant Mara and restore his acquittal.

East's appeal dismissed. Mara's appeal allowed.

Solicitor for the appellants: Heather A. McArthur, Toronto.

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

une *mens rea* suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 167. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne cet appelant.

V. Conclusion et dispositif

Selon moi, le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que les activités qui ont lieu en l'espèce ne constituaient pas des spectacles indécents. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les spectacles étaient indécents. Étant donné que la question de savoir si l'appelant East avait l'état d'esprit requis pour justifier une déclaration de culpabilité ne se posait pas, la Cour a, à la fin des plaidoiries, rejeté le pourvoi en ce qui concerne l'appelant East.

Par contre, en ce qui concerne l'appelant Mara, j'estime que le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en tirant sa conclusion de fait que Mara n'avait pas l'intention criminelle requise pour justifier une déclaration de culpabilité. En écartant cette conclusion, la Cour d'appel a irrégulièrement substitué sa perception des faits à celle du juge du procès. Compte tenu de la conclusion de fait du juge du procès quant à la *mens rea*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne l'appelant Mara et de rétablir son acquittement.

Pourvoi de East rejeté. Pourvoi de Mara accueilli.

Procureur des appelants: Heather A. McArthur, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.