

Donald Victor Butler *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, Canadian Civil Liberties Association, Manitoba Association for Rights and Liberties, British Columbia Civil Liberties Association, Women's Legal Education and Action Fund and G.A.P. (Group Against Pornography)
Inc. *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BUTLER

File No.: 22191.

1991: June 6; 1992: February 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Freedom of expression — Obscenity — Obscene materials — Whether definition of obscenity in Criminal Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).

Criminal law — Obscenity — Obscene materials — Whether definition of obscenity in Criminal Code infringes freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).

The accused owned a shop selling and renting "hard core" videotapes and magazines as well as sexual para-

Donald Victor Butler *Appelant*

c.

^a Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

^b Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta,
^c l'Association canadienne des libertés civiles, l'Association manitobaine des droits et libertés, la British Columbia Civil Liberties Association, le Fonds d'action et
^d d'éducation juridiques pour les femmes et le G.A.P. (Group Against Pornography)
Inc. *Intervenants*

^e RÉPERTORIÉ: R. c. BUTLER

N^o du greffe: 22191.

1991: 6 juin; 1992: 27 février.

^f Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^g *Droit constitutionnel — Liberté d'expression — Obscénité — Matériel obscène — La définition de l'obscénité du Code criminel viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).*

^h *Droit criminel — Obscénité — Matériel obscène — La définition de l'obscénité du Code criminel viole-t-elle le droit à la liberté d'expression garanti à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).*

^j L'accusé était propriétaire d'une boutique où il vendait et louait des vidéocassettes et des magazines de por-

phernalia. He was charged with various counts of selling obscene material, possessing obscene material for the purpose of distribution or sale, and exposing obscene material to public view, contrary to s. 159 (now s. 163) of the *Criminal Code*. Section 163(8) of the *Code* provides that "any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of . . . crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene". The trial judge concluded that the obscene material was protected by the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that *prima facie* only those materials which contained scenes involving violence or cruelty intermingled with sexual activity or depicted lack of consent to sexual contact or otherwise could be said to dehumanize men or women in a sexual context were legitimately proscribed under s. 1. He convicted the accused on eight counts relating to eight films and entered acquittals on the remaining charges. The Crown appealed the acquittals. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed the appeal and entered convictions with respect to all the counts. The majority concluded that the materials in question fell outside the protection of the *Charter* since they constituted purely physical activity and involved the undue exploitation of sex and the degradation of human sexuality.

Held: The appeal should be allowed and a new trial directed on all charges. Section 163 of the *Criminal Code* infringes s. 2(b) of the *Charter* but can be justified under s. 1 of the *Charter*.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: While the constitutional questions as stated concern s. 163 in its entirety, this appeal should be confined to an examination of the constitutional validity of the definition of obscenity in s. 163(8). Section 163(8) provides an exhaustive test of obscenity with respect to publications and objects which exploit sex as a dominant characteristic. In order for a work or material to qualify as "obscene", the exploitation of sex must not only be its dominant characteristic, but such exploitation must be "undue". The courts have attempted to formulate workable tests to determine when the exploitation of sex is "undue". The most important of these is the "community standard of tolerance" test. This test is concerned

nographie intégrale ainsi que des accessoires à caractère sexuel. Il a été accusé sous divers chefs d'accusation de vente de matériel obscène, de possession de matériel obscène à des fins de distribution ou de vente et sous un chef d'accusation d'avoir exposé à la vue du public du matériel obscène, en contravention de l'art. 159 (maintenant l'art. 163) du *Code criminel*. Le paragraphe 163(8) du *Code* dispose que: « . . . est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence. » Le juge du procès a conclu que le matériel obscène était protégé par la garantie de liberté d'expression reconnue à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'à première vue, l'article premier n'interdit légitimement que le matériel qui renferme des scènes de violence ou de cruauté, accompagnées d'activités sexuelles ou illustrant une absence de consentement au contact sexuel ou toute autre activité considérée comme déshumanisante pour les hommes ou les femmes dans un contexte sexuel. Il a déclaré l'accusé coupable relativement à huit chefs d'accusation concernant huit films et l'a acquitté relativement aux autres accusations. Le ministre public a interjeté appel contre les acquittements. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel et déclaré l'appelant coupable relativement à tous les chefs d'accusation. La cour à la majorité a conclu que le matériel en question sort du champ de protection de la *Charte* puisqu'il représente une activité « purement physique » et consiste dans l'exploitation indue des choses sexuelles et dans la dégradation de la sexualité humaine.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné relativement à toutes les accusations. L'article 163 du *Code criminel* viole l'al. 2b) de la *Charte* mais peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: Bien que les questions constitutionnelles énoncées visent l'art. 163 dans son ensemble, le présent pourvoi devrait être limité à l'analyse de la constitutionnalité du par. 163(8). Le paragraphe 163(8) fournit une définition exhaustive de l'obscénité en matière de publications et d'objets dont la caractéristique dominante est l'exploitation des choses sexuelles. Pour que l'ouvrage ou le matériel soit qualifié d'« obscène », l'exploitation des choses sexuelles doit non seulement en constituer la caractéristique dominante, mais elle doit également être « indue ». Pour déterminer quand l'exploitation des choses sexuelles est « indue », les tribunaux ont tenté de formuler des critères pratiques, dont le plus important est le

not with what Canadians would not tolerate being exposed to themselves, but with what they would not tolerate other Canadians being exposed to. There has been a growing recognition in recent cases that material which may be said to exploit sex in a “degrading or dehumanizing” manner will necessarily fail the community standards test, not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly women. In the appreciation of whether material is degrading or dehumanizing, the appearance of consent is not necessarily determinative. The last step in the analysis of whether the exploitation of sex is undue is the “internal necessities” test or artistic defence. Even material which by itself offends community standards will not be considered “undue” if it is required for the serious treatment of a theme. Thus far the jurisprudence has failed to specify the relationship of these tests to each other.

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 persons to act in an anti-social manner, in other words, a manner which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. The stronger the inference of a risk of harm, the lesser the likelihood of tolerance. The portrayal of sex coupled with violence will almost always constitute the undue exploitation of sex. Explicit sex which is degrading or dehumanizing may be undue if the risk of harm is substantial. Explicit sex that is not violent and neither degrading nor dehumanizing is generally tolerated in our society and will not qualify as the undue exploitation of sex unless it employs children in its production. If material is not obscene under this framework, it does not become so by reason of the person to whom it is or may be shown or by reason of the place or manner in which it is shown.

The need to apply the “internal necessities” test arises only if a work contains sexually explicit material that by itself would constitute the undue exploitation of sex. The portrayal of sex must then be viewed in context to determine whether undue exploitation of sex is the main object of the work or whether the portrayal of sex is

critère de la «norme sociale de tolérance». Ce critère vise non pas ce que les Canadiens ne toléreraient pas eux-mêmes de voir, mais bien ce qu'ils ne toléreraient pas que les autres Canadiens voient. Il est de plus en plus reconnu dans la jurisprudence récente que le matériel dont on peut dire qu'il exploite les choses sexuelles d'une façon «dégradante ou déshumanisante» échouera nécessairement face au critère des normes sociales, non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est perçu comme nocif pour la société, notamment pour les femmes. Pour déterminer si du matériel est dégradant ou déshumanisant, l'apparence de consentement n'est pas nécessairement déterminante. Le critère des «besoins internes» ou le moyen de défense fondée sur la valeur artistique est la dernière étape de l'analyse de la question de savoir si l'exploitation des choses sexuelles est indue. Même le matériel qui contrevient en soi aux normes sociales ne sera pas considéré comme «indu», s'il est requis pour traiter un thème sérieusement. Jusqu'à maintenant, la jurisprudence ne précise pas la corrélation qui existe entre ces critères.

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 une personne à agir de façon antisociale, c'est-à-dire d'une manière que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. La représentation des choses sexuelles accompagnées de violence constituera presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important. Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants. Si, dans ce cadre, le matériel n'est pas obscène, il ne le devient pas en raison de la personne qui le voit ou risque de le voir ni de l'endroit ou de la façon dont il est présenté.

Il faut appliquer le critère des «besoins internes» seulement si une œuvre renferme du matériel sexuellement explicite qui, en lui-même, constituerait une exploitation indue des choses sexuelles. Il faut situer la représentation de choses sexuelles dans son contexte pour déterminer si l'exploitation indue de choses sexuelles constitue

essential to a wider artistic, literary or other similar purpose. The court must determine whether the sexually explicit material when viewed in the context of the whole work would be tolerated by the community as a whole. Any doubt in this regard must be resolved in favour of freedom of expression.

Section 163 of the *Code* seeks to prohibit certain types of expressive activity and thereby infringes s. 2(b) of the *Charter*. Activities cannot be excluded from the scope of the guaranteed freedom on the basis of the content or meaning being conveyed.

The infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*. Section 163(8), as interpreted in prior judgments and supplemented by these reasons, prescribes an intelligible standard. The overriding objective of s. 163 is not moral disapprobation but the avoidance of harm to society, and this is a sufficiently pressing and substantial concern to warrant a restriction on freedom of expression. One does not have to resort to the "shifting purpose" doctrine in order to identify the objective as the avoidance of harm to society. There is a sufficiently rational link between the criminal sanction, which demonstrates our community's disapproval of the dissemination of materials which potentially victimize women and restricts the negative influence which such materials have on changes in attitudes and behaviour, and the objective. While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs. Section 163 of the *Code* minimally impairs freedom of expression. It does not proscribe sexually explicit erotica without violence that is not degrading or dehumanizing, but is designed to catch material that creates a risk of harm to society. Materials which have scientific, artistic or literary merit are not caught by the provision. Since the attempt to provide exhaustive instances of obscenity has been shown to be destined to fail, the only practical alternative is to strive towards a more abstract definition of obscenity which is contextually sensitive. The standard of "undue exploitation" is thus appropriate. Further, it is only the public distribution and exhibition of obscene materials which is in issue here. Given the gravity of the harm, and the threat to the values at stake, there is no alternative equal to the measure chosen by Parliament. Serious social problems such as violence against women require multi-pronged approaches by government; education and legislation are not alternatives but complements in addressing such problems. Finally, the effects of the law do not so severely trench

l'objet principal de l'œuvre ou si cette représentation des choses sexuelles est essentielle à une fin artistique ou littéraire plus générale ou à une autre fin semblable. Le tribunal doit déterminer si le matériel sexuellement explicite, envisagé dans le contexte de l'ensemble de l'œuvre, serait toléré par l'ensemble de la société. Tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression.

L'article 163 du *Code* cherche à interdire certains types d'activités expressives et viole, de ce fait, l'al. 2b) de la *Charte*. Des activités ne peuvent être exclues du champ de la liberté garantie en raison du contenu ou du message transmis.

La violation est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'interprétation du par. 163(8) dans les décisions antérieures, que viennent compléter les présents motifs, permet de formuler une norme intelligible. L'article 163 vise avant tout non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société, ce qui constitue une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une restriction de la liberté d'expression. Il n'est pas nécessaire de recourir à la théorie de l'«objet changeant» pour décrire l'objectif de la disposition comme étant d'éviter qu'un préjudice soit causé. Il existe un lien suffisamment rationnel entre l'objectif et la sanction pénale, qui montre la désapprobation de notre société à l'égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et restreint l'influence négative que ce genre de matériel risque d'avoir sur les changements d'attitude et de comportement. Bien qu'il puisse être difficile d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance. L'article 163 du *Code* porte atteinte le moins possible à la liberté d'expression. Il n'interdit pas le matériel érotique sexuellement explicite qui ne comporte pas de violence et qui n'est ni dégradant ni déshumanisant, mais il est conçu de manière à viser le matériel qui crée un risque de préjudice pour la société. Le matériel qui a une valeur scientifique, artistique ou littéraire n'est pas visé par la disposition. Puisqu'il s'est avéré que la tentative de donner des exemples exhaustifs d'obscénité ne pouvait qu'échouer, la seule solution pratique est d'établir une définition plus abstraite de l'obscénité, qui tiendra compte du contexte. La norme de l'«exploitation indue» est donc appropriée. Le présent pourvoi vise seulement la distribution au public et le fait d'exposer à la vue du public du matériel obscène. Compte tenu de la gravité du préjudice et de la menace pour les valeurs en jeu, la mesure retenue par le Parle-

on the protected right that the legislative objective is outweighed by the infringement.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Sopinka J.'s reasons were generally agreed with, subject to the following comments. The subject matter of s. 163 of the *Code*, obscene materials, comprises the dual elements of representation and content, and it is the combination of the two that attracts criminal liability. Obscenity is not limited to the acts prohibited in the *Code*: Parliament ascribed a broader content to it because it involves a representation. Obscenity leads to many ills. Obscene materials convey a distorted image of human sexuality, by making public and open elements of human nature that are usually hidden behind a veil of modesty and privacy. These materials are often evidence of the commission of reprehensible actions in their making, and can induce attitudinal changes which may lead to abuse and harm.

Parliament through s. 163 prohibits, and does not regulate, the circulation of obscene materials. In determining whether they are obscene, the impugned materials must therefore be presumed available to the Canadian public at large, since restrictions on availability are the result of regulatory measures which fall outside the purview of these provisions.

Explicit sex with violence will generally constitute undue exploitation of sex, and explicit sex that is degrading or dehumanizing will be undue if it creates a substantial risk of harm, as outlined by Sopinka J. Explicit sex that is neither violent nor degrading or dehumanizing may also come within the definition of obscene in s. 163(8). While the content of this category of materials is generally perceived as unlikely to cause harm, there are exceptions, such as child pornography. As well, it is quite conceivable that the representation may cause harm, even if its content as such is not seen as harmful. While the actual audience to which the materials are presented is not relevant, the manner of representation can greatly contribute to the deformation of sexuality, through the loss of its humanity, and make it socially harmful. The likelihood of harm, and the tol-

ment n'est comparable à aucune autre. Des problèmes sociaux graves comme la violence faite aux femmes requièrent l'adoption par le gouvernement de solutions à plusieurs volets. La formation et la législation constituent non pas des solutions de rechange, mais se complètent pour faire face à ces problèmes. Enfin, les effets de la disposition législative n'empiètent pas tellement sur un droit garanti que l'objectif législatif cède le pas à l'atteinte portée à ce droit.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les juges souscrivent aux motifs invoqués généralement par le juge Sopinka, sous réserve des commentaires suivants. L'objet de l'art. 163 du *Code*, le matériel obscène, comporte deux éléments: la représentation et le contenu, et c'est la conjonction des deux, qui entraîne la responsabilité criminelle. L'obscénité va au-delà des actes interdits dans le *Code*: le Parlement a attribué un contenu plus large à l'obscénité parce qu'elle comporte une représentation. L'obscénité est à la source de nombreux maux. Le matériel obscène transmet une image déformée de la sexualité humaine, en rendant publics des éléments de la nature humaine qui sont habituellement dissimulés derrière un voile de pudeur et d'intimité. Ce matériel constitue souvent la preuve que l'on est en train de commettre des actes répréhensibles et il peut entraîner des changements d'attitude, qui peuvent donner lieu à des abus et à des préjudices.

Par l'art. 163, le Parlement ne fait qu'interdire, et ne réglemente pas, la mise en circulation du matériel obscène. Lorsqu'il s'agit de déterminer si le matériel est obscène, il faut en conséquence présumer que le matériel attaqué est accessible à l'ensemble du public canadien puisque toute restriction à l'accessibilité résulte de mesures réglementaires qui excèdent la portée de ces dispositions.

Comme l'énonce le juge Sopinka, les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, constitueront généralement une exploitation indue des choses sexuelles et les choses sexuelles dégradantes ou déshumanisantes constitueront une exploitation indue des choses sexuelles lorsqu'elles créent un risque de préjudice important. Les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes, peuvent aussi être visées par la définition de l'obscénité au par. 163(8). Bien que l'on considère généralement que le contenu de cette catégorie de matériel risque peu de causer un préjudice, il existe des exceptions comme celle de la pornographie mettant en cause des enfants. En outre, il est tout à fait concevable que la représentation puisse être nocive, même dans le cas où son contenu peut être jugé inoffensif. Bien que

erance of the community, may vary according to the medium of representation, even if the content stays the same. The overall type or use of the representation may also be relevant. The assessment of the risk of harm here depends on the tolerance of the community. If the community cannot tolerate the risk of harm, then the materials, even though they may offer a non-violent, non-degrading, non-dehumanizing content, will constitute undue exploitation of sex and fall within the definition of obscenity.

Section 163 of the *Code* is aimed at preventing harm to society, a moral objective that is valid under s. 1 of the *Charter*. The avoidance of harm to society is but one instance of a fundamental conception of morality. In order to warrant an override of *Charter* rights the moral claims must be grounded; they must involve concrete problems such as life, harm and well-being, and not merely differences of opinion or taste. A consensus must also exist among the population on these claims. The avoidance of harm caused to society through attitudinal changes certainly qualifies as a fundamental conception of morality. It is well grounded, since the harm takes the form of violations of the principles of human equality and dignity.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; **referred to:** *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951; *Germain v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 241; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. v. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Close*, [1948] V.L.R. 445; *R. v. Goldberg*, [1971] 3 O.R. 323; *R. v. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463; *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486; *R. v. Duthie Books Ltd.* (1966), 58 D.L.R. (2d) 274; *R. v. Ariadne Developments Ltd.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 49; *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428; *R. v. Prairie Schooner News Ltd.* (1970), 75 W.W.R. 585; *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. v. Dominion News & Gifts*

l'auditoire auquel est présenté le matériel soit sans importance, le mode de représentation du matériel peut grandement contribuer à la déformation de la sexualité, en lui faisant perdre son caractère humain et le rendre nocif pour la société. La probabilité de préjudice et la tolérance de la société peuvent varier en fonction du moyen d'expression, même si le contenu demeure le même. Le type général de la représentation ou l'utilisation globale qu'on en fait peuvent être aussi pertinents. L'évaluation du risque de préjudice en l'espèce dépend de la tolérance de la société. Si la société ne peut tolérer ce risque de préjudice, le matériel, quoique son contenu puisse être ni violent, ni dégradant ou déshumanisant, constituera une exploitation indue des choses sexuelles et sera visé par la définition de l'obscénité.

L'article 163 du *Code* vise à empêcher qu'un préjudice soit causé à la société, objectif moral valide selon l'article premier de la *Charte*. Le fait d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société n'est qu'un exemple de conception fondamentale de la moralité. Afin de justifier la suppression de droits garantis par la *Charte*, les prétentions morales doivent être fondées; elles doivent porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être et il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. Il doit aussi exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Éviter qu'un préjudice soit causé à la société par suite de changements d'attitude représente certainement une conception fondamentale de la moralité. C'est là un objectif bien fondé puisque le préjudice réside dans une violation des principes d'égalité et de dignité humaines.

Jurisprudence

⁸ Citée par le juge Sopinka

Arrêt examiné: *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; **arrêts mentionnés:** *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. c. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422; *Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Close*, [1948] V.L.R. 445; *R. c. Goldberg*, [1971] 3 O.R. 323; *R. c. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463; *R. c. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486; *R. c. Duthie Books Ltd.* (1966), 58 D.L.R. (2d) 274; *R. c. Ariadne Developments Ltd.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 49; *R. c. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428; *R. c. Prairie Schooner News Ltd.* (1970), 75 W.W.R. 585; *R. c. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. c. Dominion News & Gifts*

(1962) Ltd., [1963] 2 C.C.C. 103; *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318; *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1972); *R. v. Rioux*, [1969] S.C.R. 599, [1970] 3 C.C.C. 149.

By Gonthier J.

Considered: *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; **referred to:** *R. v. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318; *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428; *Hawkshaw v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 668; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; Eur. Court H. R., *Handyside Case*, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24; Eur. Court H. R., *Case of Müller and Others*, judgment of 24 May 1988, Series A No. 133; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 13, s. 1.

Act to amend the Criminal Code, S.C. 1959, c. 41, s. 11.

Agreement for the Suppression of the Circulation of Obscene Publications, May 4, 1910, as amended by the Protocol of May 4, 1949, Can. T.S. 1951 No. 34.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 28.

Convention for the Suppression of the Circulation of and Traffic in Obscene Publications, September 12, 1923, as amended by the Protocol of November 12, 1947, Can. T.S. 1951, No. 33.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 159(1)(a), (2)(a).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151, 153, 155, 159, 160, 163(1)(a), (2)(a), (6), (8), 167, 168, 173, 175, 182, 271, 272, 273.

Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 150.

(1962) Ltd., [1963] 2 C.C.C. 103; *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230; *R. c. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318; *R. c. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1972); *R. c. Rioux*, [1969] R.C.S. 599.

Citée par le juge Gonthier

Arrêt examiné: *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318; *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230; *R. c. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428; *Hawkshaw c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 668; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; Cour Eur. D. H., *Affaire Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24; Cour Eur. D. H., *Affaire de Müller et autres*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

Lois et règlements cités

Accord relatif à la répression de la circulation des publications obscènes, 4 mai 1910, modifié par le Protocole du 4 mai 1949, R.T. Can. 1951 n° 34.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(b), 28. *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151, 153, 155, 159, 160, 163(1)(a), (2)(a), (6), (8), 167, 168, 173, 175, 182, 271, 272, 273.

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 159(1)(a), (2)(a).

Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150.

Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 179.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 222, art. 10.

Convention pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes, 12 septembre 1923, modifié par le Protocole du 12 novembre 1947, R.T. Can. 1951, n° 33.

Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 179.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222, art. 10.

Authors Cited

Australia. Parliament of the Commonwealth of Australia. *Report of the Joint Select Committee on Video Material*, vol. 1. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1988.

Beckton, Clare. "Freedom of Expression (s. 2(b))". In *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Edited by Walter S. Tarnopolsky and Gerald-A. Beaudoin. Toronto: Carswell, 1982.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Report on Pornography*. Issue No. 18 (March 22, 1978).

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Pornography and Prostitution in Canada: Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution*, vol. 1. Ottawa: Supply and Services, 1985.

Downs, Donald Alexander. *The New Politics of Pornography*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.

Dyzenhaus, David. "Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality" (1991), 1 C.R. (4th) 367.

Gardbaum, Stephen A. "Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All" (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1350.

Municipality of Metropolitan Toronto. Task Force on Public Violence Against Women and Children. *Final Report*. Toronto: The Task Force, 1984.

New Zealand. Ministerial Committee of Inquiry into Pornography. *Pornography: Report of the Ministerial Committee of Inquiry into Pornography*. Wellington: The Committee, 1988.

Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. XIII. Oxford: Clarendon Press, 1989, "represent", "representation".

United States. Attorney General's Commission on Pornography. *Final Report*, vol. 1. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 1986.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1990), 60 C.C.C. (3d) 219, [1991] 1 W.W.R. 97, 1 C.R. (4th) 309, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittals by Wright J. (1989), 60 Man. R. (2d) 82, 50 C.C.C. (3d) 97, [1989] 6 W.W.R. 35, 72 C.R. (3d) 18,

Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1959, ch. 41, art. 11.
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1949 (2^e sess.), ch. 13, art. 1.

Doctrine citée

Australie. Parliament of the Commonwealth of Australia. *Report of the Joint Select Committee on Video Material*, vol. 1. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1988.

Beckton, Clare. «La liberté d'expression (al. 2b)», dans Tarnopolsky et Beaudoin (éd.), *La Charte canadienne des droits et libertés* (1982). Révisé par Walter S. Tarnopolsky et Gerald-A. Beaudoin. Toronto: Carswell, 1982.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des affaires juridiques. *Rapport sur la pornographie*. N° 18 (22 mars 1978).

Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada: Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution*, vol. 1. Ottawa: Approvisionnements et Services, 1985.

Downs, Donald Alexander. *The New Politics of Pornography*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.

Dyzenhaus, David. «Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality» (1991), 1 C.R. (4th) 367.

États-Unis. Attorney General's Commission on Pornography. *Final Report*, vol. 1. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 1986.

Gardbaum, Stephen A. «Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All» (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1350.

Municipalité du Toronto métropolitain. Task Force on Public Violence Against Women and Children. *Final Report*. Toronto: The Task Force, 1984.

Nouvelle-Zélande. Ministerial Committee of Inquiry into Pornography. *Pornography: Report of the Ministerial Committee of Inquiry into Pornography*. Wellington: The Committee, 1988.

Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. XIII. Oxford: Clarendon Press, 1989, «represent», «representation».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1990), 60 C.C.C. (3d) 219, [1991] 1 W.W.R. 97, 1 C.R. (4th) 309, qui a accueilli l'appel du ministère public contre les acquittements de l'accusé par le juge Wright (1989), 60 Man. R. (2d) 82, 50 C.C.C. (3d) 97, [1989]

46 C.R.R. 124, on obscenity charges. Appeal allowed.

George A. Derwin, for the appellant.

V. E. Toews and *Robert Morrison*, for the respondent.

Bernard Laprade, for the intervener the Attorney General of Canada.

David B. Butt, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Frank A. V. Falzon, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

No one appeared for the intervener the Attorney General for Alberta.

Sheila Block, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association and Manitoba Association for Rights and Liberties.

Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener British Columbia Civil Liberties Association.

Kathleen E. Mahoney and *Linda A. Taylor*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund.

David G. Newman, for the intervener G.A.P. (Group Against Pornography) Inc.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal calls into question the constitutionality of the obscenity provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163. They are attacked on the ground that they contravene s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The case requires the Court to address one of the most difficult and controversial of contemporary issues, that of determining whether, and

6 W.W.R. 35, 72 C.R. (3d) 18, 46 C.R.R. 124, relativement à des accusations en matière d'obscénité. Pourvoi accueilli.

George A. Derwin, pour l'appelant.

V. E. Toews et *Robert Morrison*, pour l'intimée.

Bernard Laprade, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

David B. Butt, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Frank A. V. Falzon, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Sheila Block, pour les intervenantes l'Association canadienne des libertés civiles et l'Association manitobaine des droits et libertés.

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Kathleen E. Mahoney et *Linda A. Taylor*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

David G. Newman, pour l'intervenant le G.A.P. (Group Against Pornography) Inc.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi soulève la constitutionnalité des dispositions en matière d'obscénité du *Code Criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163. Ces dispositions sont contestées pour le motif qu'elles contreviennent à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans ce pourvoi, notre Cour est appelée à analyser l'une des questions contemporaines les plus épineuses et

to what extent, Parliament may legitimately criminalize obscenity. I propose to begin with a review of the facts which gave rise to this appeal, as well of the proceedings in the lower courts.

1. Facts and Proceedings

In August 1987, the appellant, Donald Victor Butler, opened the Avenue Video Boutique located in Winnipeg, Manitoba. The shop sells and rents "hard core" videotapes and magazines as well as sexual paraphernalia. Outside the store is a sign which reads:

"Avenue Video Boutique; a private members only adult video/visual club.

Notice: if sex oriented material offends you, please do not enter.

No admittance to persons under 18 years.

On August 21, 1987, the City of Winnipeg Police entered the appellant's store with a search warrant and seized all the inventory. The appellant was charged with 173 counts in the first indictment: three counts of selling obscene material contrary to s. 159(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 163(2)(a)), 41 counts of possessing obscene material for the purpose of distribution contrary to s. 159(1)(a) (now s. 163(1)(a)) of the *Criminal Code*, 128 counts of possessing obscene material for the purpose of sale contrary to s. 159(2)(a) of the *Criminal Code* and one count of exposing obscene material to public view contrary to s. 159(2)(a) of the *Criminal Code*.

On October 19, 1987, the appellant reopened the store at the same location. As a result of a police operation a search warrant was executed on October 29, 1987, resulting in the arrest of an employee, Norma McCord. The appellant was arrested at a later date.

A joint indictment was laid against the appellant doing business as Avenue Video Boutique and

controversées, celle qui consiste à déterminer si et dans quelle mesure le Parlement peut légitimement criminaliser l'obscénité. Je me propose de commencer par un examen des faits à l'origine du présent pourvoi et des procédures devant les tribunaux d'instance inférieure.

1. Les faits et les procédures

En août 1987, l'appelant, Donald Victor Butler, a ouvert l'Avenue Video Boutique, à Winnipeg, au Manitoba. Il vend dans cette boutique des vidéo-cassettes et des magazines de pornographie intégrale ainsi que des accessoires de caractère sexuel. L'enseigne suivante se trouve à l'extérieur de la boutique:

[TRADUCTION] «Avenue Video Boutique; club privé de matériel vidéo et visuel pour adultes seulement.

Avertissement: si le matériel de caractère sexuel vous choque, n'entrez pas.

Entrée interdite aux personnes de moins de 18 ans.

Le 21 août 1987, la police de la ville de Winnipeg, munie d'un mandat de perquisition, est entrée dans la boutique de l'appelant et en a saisi tout le stock. L'appelant a fait l'objet de 173 chefs d'accusation dans le premier acte d'accusation: trois chefs de vente de matériel obscène en violation de l'al. 159(2)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 163(2)a)), 41 chefs de possession de matériel obscène à des fins de distribution en violation de l'al. 159(1)a) (maintenant l'al. 163(1)a)) du *Code criminel*, 128 chefs de possession de matériel obscène à des fins de vente en violation de l'al. 159(2)a) du *Code criminel* et un chef d'accusation d'avoir exposé à la vue du public du matériel obscène en violation de l'al. 159(2)a) du *Code criminel*.

Le 19 octobre 1987, l'appelant a rouvert sa boutique au même endroit. La police y a exécuté un mandat de perquisition le 29 octobre 1987 et a arrêté une employée, Norma McCord. L'appelant a été arrêté plus tard.

Un acte d'accusation conjoint a été déposé contre l'appelant exploitant un commerce appelé Ave-

Norma McCord. The joint indictment contains 77 counts under s. 159 (now s. 163) of the *Criminal Code*: two counts of selling obscene material contrary to s. 159(2)(a), 73 counts of possessing obscene material for the purpose of distribution contrary to s. 159(1)(a), one count of possessing obscene material for the purpose of sale contrary to s. 159(2)(a) and one count of exposing obscene material to public view contrary to s. 159(2)(a).

The trial judge convicted the appellant on eight counts relating to eight films. Convictions were entered against the co-accused McCord with respect to two counts relating to two of the films. Fines of \$1,000 per offence were imposed on the appellant. Acquittals were entered on the remaining charges.

The Crown appealed the 242 acquittals with respect to the appellant and the appellant cross-appealed the convictions. The majority of the Manitoba Court of Appeal allowed the appeal of the Crown and entered convictions for the appellant with respect to all of the counts, Twaddle and Helper J.J.A. dissenting.

Court of Queen's Bench (1989), 50 C.C.C. (3d) 97

Wright J. first considered whether the materials were obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. He noted that Canadian courts have interpreted the application of the "community standards" test to mean that as long as the trier of fact does not apply his or her subjective personal views but seeks objectively to ascertain the community standard, he or she may resolve that issue simply by drawing on his or her "experience". Wright J. expressed serious difficulties in applying the community standards test, stating that to render a factual decision on the basis of experience is contrary to the judicial role and that he regards his own views drawn from his "experience" to be unreliable. However, Wright J. was able to con-

nue Video Boutique et contre Norma McCord. Cet acte d'accusation renferme 77 chefs d'accusation portés en vertu de l'art. 159 (maintenant l'art. 163) du *Code criminel*: deux chefs de vente de matériel obscène en violation de l'al. 159(2)a), 73 chefs de possession de matériel obscène à des fins de distribution en violation de l'al. 159(1)a), un chef de possession de matériel obscène à des fins de vente en violation de l'al. 159(2)a) et un chef d'accusation d'avoir exposé à la vue du public du matériel obscène en violation de l'al. 159(2)a).

Le juge du procès a déclaré l'appelant coupable relativement à huit chefs d'accusation concernant huit infractions. La coaccusée McCord a été déclarée coupable relativement à deux chefs d'accusation concernant deux de ces films. L'appelant a été condamné à des peines d'amende de 1 000\$ par infraction. Il a été acquitté relativement aux autres accusations.

Le ministère public a interjeté appel contre les 242 acquittements prononcés en faveur de l'appelant et ce dernier a interjeté un appel incident contre les déclarations de culpabilité. La Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a accueilli l'appel du ministère public et déclaré l'appelant coupable relativement à tous les chefs d'accusation, les juges Twaddle et Helper étant dissidents.

La Cour du Banc de la Reine (1989), 50 C.C.C. (3d) 97

Le juge Wright a tout d'abord examiné si le matériel était obscène au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. Il a fait remarquer que les tribunaux canadiens ont interprété l'application du critère des «normes sociales» comme signifiant, que dans la mesure où le juge des faits n'applique pas son point de vue personnel subjectif, mais cherche plutôt à déterminer d'une manière objective la norme sociale, il peut trancher cette question en s'appuyant simplement sur son «expérience». Le juge Wright a dit qu'il avait de sérieuses difficultés à appliquer le critère des normes sociales, affirmant, d'une part, qu'un juge ne saurait se fonder sur son expérience pour rendre une décision factuelle et, d'autre part, qu'il considère peu fiables

clude on the basis of previous case law that the materials in question were obscene (at p. 113):

In the context of my own inability to confidently draw on my experience, and my belief, in any event, that it is incongruous and inconsistent with basic judicial legal principles to do so, normally I would be inclined to hold that the requisite community standard of tolerance has not been proved as an essential ingredient of the Crown's case and all the charges should be dismissed.

However, it is clear, from a review of the case-law binding on me that independent of the manner in which a trial judge is directed to measure obscenity, material of the kind before the court has been well established as obscene and must continue to be regarded as obscene within the *Criminal Code* definition.

Applying the Canadian decisions on obscenity since the inclusion of s. 163 in the *Criminal Code*, Wright J. found that there was no doubt that the videos and magazines in the present case fall into the category of "hard porn" and that the sexual devices are similar to the kind of sexual paraphernalia held by this Court in *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951, and *Germain v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 241, to fall under the obscenity definition. Accordingly, he found that all of the materials referred to in the various charges in the indictments are obscene according to the case law interpretation of s. 163(8).

Wright J. then concluded that the obscene material was protected by s. 2(b) of the *Charter*. Following the principles in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, he noted that obscene expression reflected in the material certainly conveys meaning and is entitled to protection provided the form of expression is not violent.

In conducting the s. 1 analysis, Wright J. was of the view that legislation which seeks to proscribe a fundamental freedom must have as its objective a more precise purpose than simply to control the

ses opinions fondées sur sa propre «expérience». Toutefois, le juge Wright a pu conclure, en se fondant sur la jurisprudence antérieure, que le matériel en question était obscène (à la p. 113):

[TRADUCTION] Puisque je suis incapable de m'appuyer en toute confiance sur mon expérience et que, de toute façon, selon moi, les principes juridiques fondamentaux applicables aux juges ne leur permettent pas de le faire, je serais enclin à statuer qu'il n'a pas été établi que la norme sociale de tolérance était un élément essentiel de la preuve du ministère public et que toutes les accusations devraient être rejetées.

Toutefois, selon la jurisprudence qui me lie, il est évident que, quelle que soit la façon dont le juge du procès est tenu d'évaluer l'obscénité, il est bien établi que le genre de matériel devant la cour est obscène et doit continuer d'être considéré comme obscène au sens de la définition du *Code criminel*.

Appliquant les décisions canadiennes en matière d'obscénité depuis l'insertion de l'art. 163 dans le *Code criminel*, le juge Wright a statué qu'il n'y avait pas de doute que les vidéocassettes et les magazines en l'espèce font partie de la catégorie de «pornographie explicite» et que les stimulants érotiques sont semblables aux accessoires de caractère sexuel que notre Cour a jugés visés par la définition de l'obscénité, dans les arrêts *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951, et *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241. En conséquence, il a statué que tout le matériel mentionné dans les diverses accusations contenues dans les actes d'accusation est obscène conformément à l'interprétation jurisprudentielle du par. 163(8).

Le juge Wright a ensuite conclu que le matériel obscène était protégé par l'al. 2b) de la *Charte*. Suivant les principes de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, il a signalé que l'expression obscène contenue dans le matériel transmet certainement un message et a le droit d'être protégée si la forme d'expression n'est pas violente.

En procédant à l'analyse fondée sur l'article premier, le juge Wright a exprimé l'opinion qu'une loi qui cherche à éliminer une liberté fondamentale doit avoir un objectif plus précis que celui de con-

morals of society or to encourage decency. He wrote, at p. 121:

The aim must be directed more specifically to objectives such as equality concerns, or other Charter rights, or particular human rights; otherwise, the basic freedoms in the Charter will be subject to restrictions that arise from very personal and subjective opinions of right and wrong that will be impossible to identify . . .

Examples of more precise aims or bases for restrictions will be:

- (1) The protection of people from involuntary exposure to pornographic material;
- (2) the protection of the vulnerable, for example children, from either exposure or participation;
- (3) the prevention of the circulation of pornographic material that effectively reduces the human or equality or other Charter rights of individuals. This may arise, and often will arise, in material that mixes sex with violence or cruelty, or otherwise dehumanizes women or men.

Applying these standards, he concluded that on a *prima facie* basis, only those materials which contained scenes involving violence or cruelty intermingled with sexual activity or depicted lack of consent to sexual contact or otherwise could be said to dehumanize men or women in a sexual context were legitimately proscribed under s. 1. With respect to the material and sexual devices covered by the remaining counts he said, at pp. 124-25:

The material covered by the remaining counts in the indictments, relating to the magazines and the videos, reflects consensual activity by adult individuals not involving force, duress or cruelty. In this context, I am unable to conclude that the depiction of the human body or any of its parts, no matter how explicitly presented, or the visual presentation of masturbation, group sex or other heterosexual or homosexual activity, including incestuous relations, *prima facie* relate to sufficiently specific concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society to justify restricting or lim-

trôler simplement les mœurs de la société ou d'encourager la pudeur (à la p. 121):

[TRADUCTION] Il faut viser plus précisément des objectifs touchant notamment les préoccupations en matière d'égalité ou d'autres droits garantis par la Charte ou certains droits de la personne, sinon les libertés fondamentales garanties par la Charte seront assujetties aux restrictions qui découlent de l'expression d'opinions personnelles subjectives sur ce qui est bon ou mauvais qu'il sera impossible de cerner . . .

Voici des exemples d'objectifs ou de fondements plus précis de restriction:

- (1) Protéger les gens contre le risque d'être exposé involontairement à du matériel pornographique;
- (2) protéger les personnes vulnérables, par exemple les enfants, en empêchant qu'elles soient exposées à la pornographie ou y participent;
- (3) empêcher la mise en circulation de matériel pornographique qui porte atteinte aux droits de la personne ou aux droits à l'égalité ou autres garantis par la Charte. Cette atteinte peut survenir et surviendra souvent dans le matériel qui mêle les choses sexuelles à la violence ou à la cruauté ou qui déshumanise autrement des femmes ou des hommes.

Applicant ces critères, il a conclu qu'à première vue l'article premier n'interdit légitimement que le matériel qui renferme des scènes de violence ou de cruauté, accompagnées d'activités sexuelles ou illustrant une absence de consentement au contact sexuel ou toute autre activité considérée comme déshumanisante pour les hommes ou les femmes dans un contexte sexuel. En ce qui concerne le matériel et les stimulant érotiques visés par les autres chefs d'accusation, il a affirmé, aux pp. 124 et 125:

[TRADUCTION] Le matériel visé par les autres chefs d'accusation, qui ont trait aux magazines et aux vidéo-cassettes, illustre une activité consensuelle par des adultes qui ne comporte aucun recours à la force, à la contrainte ou à la cruauté. Dans ce contexte, je ne puis conclure que la représentation du corps humain ou de l'une de ses parties, si explicite soit-elle, ou qu'une présentation visuelle de personnes en train de se masturber, d'avoir des relations sexuelles en groupe ou d'autres activités hétérosexuelles ou homosexuelles, y compris des rapports incestueux, se rapportent à première vue à

iting the basic freedom permitting them to be expressed. The same reasoning applies in respect of the material before the court described as sexual toys or devices. The Crown has failed to bring forward cogent and persuasive evidence to demonstrate the specific objectives sought to be achieved, and to show that such objectives justify the limits on freedom of expression which the impugned legislation seeks to bring about.

In reaching his conclusion, Wright J. decided the definition set forth in s. 163(8) is not on its face in contravention of the *Charter* although it can be interpreted to cover more ground than the *Charter* provisions would permit in the context of the evidence. He stated as to the appropriate remedy (at p. 125):

If the interpretation places the section in conflict with the *Charter* and the evidence required to permit the broader scope of the section to stand is lacking, then the remedy is simply to hold that the *Charter* provisions are paramount. It is not necessary to strike down the *Criminal Code* provision as unconstitutional.

Wright J. held that the videotapes identified in 16 of the counts contained material that has been legitimately proscribed according to the requirements of s. 1 of the *Charter*. These 16 counts related to eight films. In most cases, the appellant was charged with possession for the purpose of sale on the one hand and possession for the purpose of distribution or circulation on the other. Wright J. therefore entered eight convictions against the appellant, one with respect to each pair of charges covering similar content.

Manitoba Court of Appeal (1990), 60 C.C.C. (3d) 219

Huband J.A. (O'Sullivan and Lyon J.J.A. Concurring)

Huband J.A., speaking for the majority, first noted that the approach taken by the trial judge

des préoccupations précises qui, dans une société libre et démocratique, sont suffisamment urgentes et réelles pour justifier la restriction de la liberté fondamentale qui en permet l'expression. Le même raisonnement s'applique à l'égard des jouets ou des stimulants érotiques. Le ministère public n'a pas présenté une preuve forte et persuasive pour établir les objectifs précis que l'on cherchait à réaliser ni à démontrer que pareils objectifs justifient la restriction de la liberté d'expression que les dispositions législatives attaquées cherchent à réaliser.

En arrivant à cette conclusion, le juge Wright a statué que la définition énoncée au par. 163(8) ne contrevient pas, à première vue, à la *Charte*, bien qu'il soit possible de l'interpréter comme visant plus de choses que ne le permettraient les dispositions de la *Charte* dans le contexte de la preuve soumise. En ce qui concerne la réparation appropriée, il a dit (à la p. 125):

[TRADUCTION] Si l'interprétation amène la conclure que la disposition contrevient à la *Charte* et que l'on n'a pas soumis la preuve qui permettrait de maintenir la portée générale de l'article, alors la réparation consiste simplement à statuer que les dispositions de la *Charte* ont prépondérance. Il n'est pas nécessaire de supprimer la disposition du *Code criminel* pour cause d'inconstitutionnalité.

Le juge Wright a conclu que les vidéocassettes mentionnées dans 16 chefs d'accusation renfermaient du matériel qui avait été légitimement interdit conformément aux exigences de l'article premier de la *Charte*. Ces 16 chefs d'accusation visaient huit films. Dans la plupart des cas, l'appellant était accusé, d'une part, de possession à des fins de vente et, d'autre part, de possession à des fins de distribution ou de mise en circulation. Le juge Wright a donc prononcé huit déclarations de culpabilité contre l'appellant, une pour chaque paire d'accusations ayant un contenu similaire.

La Cour d'appel du Manitoba (1990), 60 C.C.C. (3d) 219

Le juge Huband (à l'opinion duquel ont souscrit les juges O'Sullivan et Lyon)

Le juge Huband, s'exprimant au nom de la majorité, a tout d'abord fait remarquer que la

was incorrect in that he focused the s. 1 inquiry on the individual films rather than on s. 163 of the *Criminal Code*. Counsel for both parties also agreed that the trial judge had misdirected himself in judging the materials rather than the provision. ^a

With respect to Wright J.'s finding that all of the materials in question were obscene, Huband J.A. ^b noted that no serious argument was made that this finding was wrong and concluded that it should not be interfered with.

Huband J.A. then considered whether s. 163 ^c contravenes s. 2(b) of the *Charter*. Based on their content, he concluded that the materials in this case constitute "purely physical" activity which does not convey or attempt to convey meaning. ^d Huband J.A. also noted that the form of expression also fell outside the protection of the *Charter*, as it consists in the undue exploitation of sex and the degradation of human sexuality. In his view, the form of the activity is not one which the *Charter* ^e was designed or intended to protect.

With respect to the purpose and effect of s. 163, ^f Huband J.A. stated (at pp. 230-31):

The intent of the legislation is to bar the distribution or sale of prurient materials devoid of a redeeming meaning. As to effect, on the evidence in this case it does not ^g appear that the obscenity provisions in the *Code* have thwarted or subverted anyone in conveying or attempting to convey a meaningful message.

Accordingly, the majority did not consider it necessary to pursue a s. 1 inquiry.

Twaddle J.A., Dissenting

First, Twaddle J.A. noted that we are not concerned in the present case with the form of expression but with its content. In his view, the content of ^j a video movie, the content of a magazine and the

méthode adoptée par le juge du procès était erronée en ce qu'il a fait porter l'analyse en vertu de l'article premier sur chacun des films plutôt que sur l'art. 163 du *Code criminel*. Les avocats des deux parties ont également reconnu que le juge du procès s'était fourvoyé en portant un jugement sur le matériel plutôt que sur la disposition.

Quant à la conclusion du juge Wright que tout le matériel était obscène, le juge Huband a dit qu'on n'avait pas fait valoir sérieusement que cette conclusion était erronée et il a conclu qu'il n'y avait pas lieu de la modifier.

Le juge Huband a ensuite examiné si l'art. 163 ^c contrevient à l'al. 2b) de la *Charte*. Se fondant sur son contenu, il a conclu qu'en l'espèce le matériel représente une activité «purement physique» qui ne transmet ni ne tente de transmettre aucun message. ^d Le juge Huband a ensuite fait remarquer que cette forme d'expression sort du champ de protection de la *Charte*, car elle consiste dans l'exploitation indue des choses sexuelles et dans la dégradation de la sexualité humaine. À son avis, cette forme d'activité n'en est pas une que la *Charte* ^e était destinée à protéger.

En ce qui concerne l'objet et l'effet de l'art. 163, ^f le juge Huband fait remarquer (aux pp. 230 et 231):

[TRADUCTION] Cette disposition législative vise à interdire la distribution ou la vente de matériel lascif dénué ^g de signification susceptible de le racheter. En ce qui concerne l'effet de la disposition, d'après la preuve soumise en l'espèce, les dispositions en matière d'obscénité du *Code* ne paraissent pas avoir empêché qui que ce soit de transmettre ou de tenter de transmettre un message ^h significatif.

En conséquence, la cour à la majorité n'a pas jugé nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

Le juge Twaddle, dissident

Premièrement, le juge Twaddle a fait remarquer que ce n'est pas la forme d'expression mais bien le contenu de l'expression qui nous intéresse en l'espèce. À son avis, le contenu d'un film vidéo, le

imagery of a sexual gadget are all within the scope of freedom of expression. Any limit on their creation, publication or distribution must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Before proceeding to the s. 1 analysis, Twaddle J.A. expressed the opinion that s. 163(8) envisages two distinct offences with different objectives, and that each offence should be considered separately for constitutional validity. Twaddle J.A. was of the view that the portion of s. 163 dealing with the "undue exploitation of sex" is concerned with the maintenance of moral standards, while the concept of sex coupled with one or more of crime, horror, cruelty and violence is aimed at harm. While the avoidance of harm is universally accepted as a legitimate goal, he concluded that a law which is aimed at deciding for someone else what he may read or view is discordant with the principles integral to a free and democratic society.

Twaddle J.A. decided that taken as an undivided proscription, s. 163 does not focus on achieving a single purpose (at pp. 246-47):

Although there are several important purposes which it serves, the proscription is overbroad and unrefined. It disables those who wish to see sexually explicit movies from seeing those movies which, harmless in themselves, are deemed too "dirty" to be tolerated by the community

If the proscription is divided into two, however, the proscription against the undue exploitation of sex coupled with one or more of crime, horror, cruelty and violence has the pressing and substantial purpose of avoiding the risk of harm and that purpose is achieved without sacrificing freedom of expression more than is necessary to achieve it.

He was of the view that Parliament was entitled to have a reasoned apprehension of harm resulting from the desensitization of individuals exposed to books or movies which portray sex with any dehumanizing feature. In this respect, he found the

contenu d'un magazine et l'image que projette un accessoire érotique entrent tous dans le champ de la liberté d'expression. Toute restriction apportée à leur création, à leur publication ou à leur distribution doit être raisonnable et pouvoir se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Avant de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, le juge Twaddle s'est dit d'avis que le par. 163(8) envisage deux infractions distinctes comportant des objectifs différents et que la constitutionnalité de chacune des infractions devrait être examinée séparément. Le juge Twaddle estimait que la partie de l'art. 163 qui traite de «l'exploitation indue des choses sexuelles» vise le maintien de normes morales, alors que le concept des choses sexuelles jointes à l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir le crime, l'horreur, la cruauté et la violence, vise le préjudice. Bien que l'élimination du préjudice constitue un objectif légitime universellement accepté, il a conclu qu'un texte législatif qui vise à décider ce qu'une personne peut lire ou voir va à l'encontre des principes qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique.

Le juge Twaddle a statué que l'art. 163, considéré comme une interdiction non divisée, ne vise pas à atteindre un seul objectif (aux pp. 246 et 247):

[TRADUCTION] Bien que l'interdiction vise plusieurs fins importantes, elle est trop générale et rudimentaire. Elle empêche les personnes qui veulent voir des films sexuellement explicites de voir ces films qui, inoffensifs en eux-mêmes, sont réputés trop «sales» pour être tolérés par la société

Si l'interdiction est divisée en deux, toutefois, l'interdiction d'exploitation indue des choses sexuelles jointes à l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir le crime, l'horreur, la cruauté et la violence, a comme objectif urgent et réel d'éviter le risque de préjudice et cet objectif est atteint sans qu'il soit nécessaire, pour y parvenir, d'empiéter plus qu'il ne le faut sur la liberté d'expression.

Il était d'avis que le Parlement était en droit d'avoir une appréhension raisonnée du préjudice résultant de la désensibilisation des individus exposés à des livres ou à des films qui présentent des choses sexuelles d'une façon déshumanisante.

limit on the *Charter* freedom justified because of the importance of avoiding indifference to violence in so far as women are concerned, and the dehumanization of people. Therefore, Twaddle J.A. severed the two proscriptions and held the proscription of publications which “unduly exploit sex” alone to be invalid. Since the trial judge arrived at the same result and convicted only where the materials unduly exploit sex coupled with cruelty, violence or other dehumanizing features, Twaddle J.A. would have dismissed both the appeals of the Crown and of the accused.

Helper J.A., Dissenting

Helper J.A. also found that the materials in this case are protected by s. 2(b) of the *Charter*. She stressed that the degree of offensiveness of the materials cannot be the criterion for determining whether or not the expression comes within the meaning of s. 2(b) of the *Charter*.

In determining whether the infringement of freedom of expression is justified under s. 1, Helper J.A. was of the view that it is a legitimate objective of Parliament to prevent the publication and circulation of materials depicting cruelty, dehumanization, degradation and violence. In her view, the evidence shows the circulation of such material may lead to an increase in the incidence of aggressive, harmful behaviour and further can lead to attitudinal changes that are antithetical to the *Charter*, specifically to its s. 28. Helper J.A. rejected the trial judge’s determination that morality is not a sufficient basis for imposing limitations on fundamental freedoms. In her view, morality in the broader sense, as in the present case, encompassing respect for human beings, protection of the public generally or of vulnerable individuals or groups of the public from harm is a sufficiently pressing and substantial objective warranting the intervention of Parliament.

À cet égard, il a jugé que la restriction de la liberté garantie par la *Charte* était justifiée en raison de l’importance de ne pas se montrer indifférent à la violence faite aux femmes et à la déshumanisation de personnes. En conséquence, le juge Twaddle a dissocié les deux interdictions et statué que seule l’interdiction relative aux publications qui «exploitent indûment les choses sexuelles» n’était pas valide. Puisque que le juge du procès est arrivé à la même conclusion et n’a prononcé une déclaration de culpabilité qu’à l’égard du matériel qui constituait une exploitation indue des choses sexuelles jointes à la cruauté, à la violence ou à d’autres aspects déshumanisants, le juge Twaddle aurait rejeté à la fois l’appel du ministère public et celui de l’accusé.

Le juge Helper, dissident

Le juge Helper a aussi statué que le matériel en l’espèce est protégé par l’al. 2b) de la *Charte*. Elle a fait ressortir que la mesure dans laquelle le matériel offensant ne saurait constituer le critère qui permettra de déterminer s’il y a expression au sens de l’al. 2b) de la *Charte*.

En déterminant si l’atteinte à la liberté d’expression est justifiée en vertu de l’article premier, le juge Helper a affirmé que le Parlement peut avoir comme objectif légitime d’interdire la publication et la mise en circulation de matériel représentant des scènes cruelles, déshumanisantes, dégradantes et violentes. À son avis, il ressort de la preuve que la mise en circulation de ce genre de matériel peut donner lieu à un accroissement des comportements agressifs et nocifs et susciter des changements d’attitude qui vont à l’encontre de la *Charte*, plus particulièrement de son art. 28. Le juge Helper a rejeté la décision du juge du procès que la moralité ne constitue pas un motif suffisant pour restreindre des libertés fondamentales. Elle a estimé que la moralité au sens large, comme celle dont il est question en l’espèce, qui englobe le respect de l’être humain, la protection du grand public ou de particuliers ou groupes vulnérables contre tout préjudice, constitue un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier l’intervention du Parlement.

However, Helper J.A. found that s. 163 was too vague to pass the remainder of the s. 1 test. She stated, at p. 266:

... Parliament chose the terminology "undue exploitation of sex" in s. 163(8) and by so doing left the criteria for the application of the standard to the judiciary. It is not the judicial function to define the material or actions which are to be proscribed by law. Parliament has abdicated its responsibility in s. 163 of the *Code*. The present law which fails to define with precision the limit on sexual expression is too arbitrary and too vague to withstand the scrutiny of s. 1.

Helper J.A. also concluded that the legislation failed the proportionality test in that it was overreaching and did not impair freedom of expression as little as possible, as it could result in the conviction of one who deals in material containing no element of cruelty, dehumanization, violence or degradation and in the absence of any evidence of harm or risk of harm to society. Having concluded that s. 163(8) does not constitute a reasonable limit under s. 1, Helper J.A. would have allowed the appeals against conviction and entered acquittals on all charges against both accused.

2. Relevant Legislation

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

163. (1) Every one commits an offence who

(a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever; or

(b) makes, prints, publishes, distributes, sells or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation a crime comic.

(2) Every one commits an offence who knowingly, without lawful justification or excuse,

Toutefois, le juge Helper a statué que l'art. 163 était trop vague pour satisfaire au reste du test de l'article premier. Elle a affirmé, à la p. 266:

[TRANSLATION] ... le Parlement a employé l'expression «exploitation indue des choses sexuelles» au par. 163(8), laissant ainsi aux tribunaux le soin de déterminer les critères requis pour appliquer cette norme. Il n'appartient pas aux tribunaux de définir le matériel ou les actes qui seront interdits par la loi. Dans l'art. 163 du *Code*, le Parlement a abdiqué sa responsabilité. Le texte législatif actuel, qui ne définit pas précisément les restrictions de l'expression sexuelle, est trop arbitraire et trop imprécis pour résister à un examen fondé sur l'article premier.

Le juge Helper a aussi conclu que le texte législatif ne satisfaisait pas au critère de proportionnalité en ce qu'il a une portée trop générale et n'est pas de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression, puisqu'il pourrait entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne qui fait le commerce de matériel ne renfermant aucun élément de cruauté, de déshumanisation, de violence ou de dégradation, et ce, même en l'absence de toute preuve de préjudice ou de risque de préjudice pour la société. Ayant conclu que le par. 163(8) ne constitue pas une limite raisonnable au sens de l'article premier, le juge Helper aurait accueilli les appels contre la déclaration de culpabilité et acquitté les deux accusés relativement à tous les chefs d'accusation portés contre eux.

2. Les dispositions législatives pertinentes

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

163. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

a) produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène;

b) produit, imprime, publie, distribue, vend, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, une histoire illustrée de crime.

(2) Commet une infraction quiconque, sciemment et sans justification ni excuse légitime, selon le cas:

(a) sells, exposes to public view or has in his possession for such a purpose any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever;

(b) publicly exhibits a disgusting object or an indecent show;

(c) offers to sell, advertises or publishes an advertisement of, or has for sale or disposal, any means, instructions, medicine, drug or article intended or represented as a method of causing abortion or miscarriage; or

(d) advertises or publishes an advertisement of any means, instructions, medicine, drug or article intended or represented as a method for restoring sexual virility or curing venereal diseases or diseases of the generative organs.

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if he establishes that the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and that the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

(4) For the purposes of this section, it is a question of law whether an act served the public good and whether there is evidence that the act alleged went beyond what served the public good, but it is a question of fact whether the acts did or did not extend beyond what served the public good.

(5) For the purposes of this section, the motives of an accused are irrelevant.

(6) Where an accused is charged with an offence under subsection (1), the fact that the accused was ignorant of the nature or presence of the matter, picture, model, phonograph record, crime comic or other thing by means of or in relation to which the offence was committed is not a defence to the charge.

(7) In this section, "crime comic" means a magazine, periodical or book that exclusively or substantially comprises matter depicting pictorially

(a) the commission of crimes, real or fictitious; or

(b) events connected with the commission of crimes, real or fictitious, whether occurring before or after the commission of the crime.

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploita-

a) vend, expose à la vue du public, ou a en sa possession à une telle fin, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène;

b) publiquement expose un objet révoltant ou montre un spectacle indécent;

c) offre en vente, annonce ou a, pour le vendre ou en disposer, quelque moyen, indication, médicament, drogue ou article destiné à provoquer un avortement ou une fausse couche, ou représenté comme un moyen de provoquer un avortement ou une fausse couche, ou fait paraître une telle annonce;

d) annonce quelque moyen, indication, médicament, drogue ou article ayant pour objet, ou représenté comme un moyen de rétablir la virilité sexuelle, ou de guérir des maladies vénériennes ou maladies des organes génitaux, ou en publie une annonce.

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction aux termes du présent article s'il établit que les actes qui constitueraient l'infraction ont servi le bien public et n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public.

(4) Pour l'application du présent article, la question de savoir si un acte a servi le bien public et s'il y a preuve que l'acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de fait.

(5) Pour l'application du présent article, les motifs d'un prévenu ne sont pas pertinents.

(6) Lorsqu'un prévenu est inculqué d'une infraction visée par le paragraphe (1), le fait qu'il ignorait la nature ou la présence de la matière, de l'image, du modèle, du disque de phonographe, de l'histoire illustrée de crime ou de l'autre chose au moyen ou à l'égard de laquelle l'infraction a été commise, ne constitue pas une défense contre l'inculpation.

(7) Au présent article, «histoire illustrée de crime» s'entend d'un magazine, périodique ou livre comprenant, exclusivement ou pour une grande part, de la matière qui représente, au moyen d'illustrations:

a) soit la perpétration de crimes, réels ou fictifs;

b) soit des événements se rattachant à la perpétration de crimes, réels ou fictifs, qui ont lieu avant ou après la perpétration du crime.

(8) Pour l'application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique domi-

tion of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

3. Issues

The following constitutional questions are raised by this appeal:

1. Does s. 163 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^b
2. If s. 163 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, violates s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can s. 163 of the *Criminal Code* of Canada be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law? ^c

4. Analysis

The constitutional questions, as stated, bring under scrutiny the entirety of s. 163. However, both lower courts as well as the parties have focused almost exclusively on the definition of obscenity found in s. 163(8). Other portions of the impugned provision, such as the reverse onus provision envisaged in s. 163(3) as well as the absolute liability offence created by s. 163(6), raise substantial *Charter* issues which should be left to be dealt with in proceedings specifically directed to these issues. In my view, in the circumstances, this appeal should be confined to the examination of the constitutional validity of s. 163(8) only. ^e

Before proceeding to consider the constitutional questions, it will be helpful to review the legislative history of the provision as well as the extensive judicial interpretation and analysis which have infused meaning into the bare words of the statute. ^f

A. *Legislative History*

Parliament's first attempt to criminalize obscenity was in s. 179 of the *Criminal Code, 1892*, ^g

nante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

^a 3. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 163 du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole-t-il l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^b
2. Si l'article 163 du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'art. 163 du *Code criminel* du Canada est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit? ^c

^d 4. Analyse

Les questions constitutionnelles énoncées donnent lieu à un examen minutieux de l'art. 163 dans son ensemble. Toutefois, les tribunaux d'instance inférieure et les parties se sont presque exclusivement concentrés sur la définition de l'obscénité que l'on trouve au par. 163(8). D'autres parties de la disposition attaquée, notamment le par. 163(3) portant inversion du fardeau de la preuve et le par. 163(6) qui fait de l'infraction une infraction de responsabilité absolue, soulèvent d'importantes questions en vertu de la *Charte* qui devraient être examinées dans le cadre de procédures portant spécifiquement sur ces questions. À mon avis, dans les circonstances, le présent pourvoi devrait être limité à l'analyse de la constitutionnalité du par. 163(8). ^e

Avant de procéder à l'analyse des questions constitutionnelles, il sera utile d'examiner l'historique législatif de la disposition ainsi que l'analyse et l'interprétation judiciaires importantes qui ont contribué à donner un sens au texte de cette disposition. ^f

A. *L'historique législatif*

C'est à l'art. 179 du *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, que le Parlement a tenté pour la pre- ^g

S.C. 1892, c. 29, which provided in part as follows:

179. Every one is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who knowingly, without lawful justification or excuse—

(a.) publicly sells, or exposes for public sale or to public view, any obscene book, or other printed or written matter, or any picture, photograph, model or other object, tending to corrupt morals; or

(b.) publicly exhibits any disgusting object or any indecent show;

(c.) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of or has for sale or disposal any medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion. [Emphasis added.]

In 1949, Parliament repealed the successor to s. 179 and substituted it with the following provision:

207. (1) Every one who is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who

(a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in possession for any such purpose any obscene written matter, picture, model or other thing whatsoever; or

(b) makes, prints, publishes, distributes, sells or has in possession for any such purpose, any crime comic.

(2) Every one is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who knowingly, without lawful justification or excuse

(a) sells, exposes to public view or has in possession for any such purpose any obscene written matter, picture, model or other thing whatsoever;

(b) publicly exhibits any disgusting object or any indecent show; or

(c) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of, or has for sale or disposal any means, instructions, medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion or miscarriage or advertises or publishes an advertisement of any means, instruc-

rière fois de criminaliser l'obscénité. Cet article prévoit notamment ce qui suit:

179. Est coupable d'un acte criminel et passible de deux ans d'emprisonnement, celui qui, avec connaissance de cause et sans justification ou excuse légitime,—

(a.) Vend publiquement, ou offre publiquement en vente, ou expose à la vue du public, quelque livre obscène, ou d'autres matières imprimées ou écrites d'une nature obscène, ou quelque image, gravure, photographie, maquette, figure, ou autre objet tendant à corrompre les mœurs; ou

(b.) Exhibe publiquement quelque objet dégoûtant ou quelque spectacle indécent;

(c.) Offre en vente, annonce, a pour les vendre ou en disposer, quelque médecine, drogue ou article destiné ou représenté comme servant à prévenir la conception ou à causer l'avortement, ou publie une annonce de cette médecine, drogue ou article. [Je souligne.]

En 1949, le Parlement a abrogé la disposition qui a succédé à l'art. 179 pour la remplacer par la suivante:

207. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de deux ans d'emprisonnement, quiconque

a) Produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession à l'une de ces fins, quelque écrit, image, modèle ou autre chose obscène; ou

b) Produit, imprime, publie, distribue, vend, ou a en sa possession à l'une de ces fins, une histoire illustrée de crime ou «crime comic».

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible de deux ans d'emprisonnement, quiconque, sciemment et sans justification ni excuse légitime,

a) Vend, expose à la vue du public, ou a en sa possession à l'une de ces fins, quelque écrit, image, modèle ou autre chose obscène;

b) Publiquement expose un objet révoltant ou montre un spectacle indécent; ou

c) Offre en vente, annonce ou a, pour le vendre ou en disposer, quelque moyen, indication, médicament, drogue ou article destiné ou représenté comme servant à prévenir la conception ou à causer un avortement ou une fausse couche, ou en publie une annonce; ou annonce quelque moyen, indication,

tions, medicine, drug or article for restoring sexual virility or curing venereal diseases or diseases of the generative organs.

médicament, drogue ou article pour rétablir la virilité sexuelle, ou guérir des maladies vénériennes ou maladies des organes générateurs, ou en publie une annonce.

The *Criminal Code* did not provide a definition of any of the operative terms, “obscene”, “indecent” or “disgusting”. The notion of obscenity embodied in these provisions was based on the test formulated by Cockburn C.J. in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, at p. 371:

Le Code criminel ne donnait pas de définition des termes clés «obscène», «indécent», «dégoûtant» ou «révoltant». La notion de l’obscénité incorporée dans ces dispositions était fondée sur le critère énoncé par le juge en chef Cockburn dans l’arrêt *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, à la p. 371:

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

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

The focus on the “corruption of morals” in the earlier legislation grew out of the English obscenity law which made the court the “guardian of public morals”. As Charron Dist. Ct. J. stated in *R. v. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422 (Ont. Dist. Ct.), at pp. 441-42:

L’accent mis sur la «corruption des mœurs» dans la disposition législative antérieure découlait du droit anglais en matière d’obscénité qui faisait de la cour la «gardienne des mœurs publiques». Comme le juge Charron de la Cour du district le mentionne dans la décision *R. c. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422 (C. dist. Ont.), aux pp. 441 et 442:

When one looks at the legislative history of the obscenity provisions of the *Code*, it is clear that when the English Court of King’s Bench first asserted itself in this field following the demise of the Star Chamber in 1641, it did so as the guardian of public morals: *R. v. Sidley* (1663), 1 Sid. 168, 82 E.R. 1036. The crime of publishing an obscene libel was created in 1727 in the case of *R. v. Curl* (1727), 2 Stra. 788, 93 E.R. 849, when the court accepted the argument that publishing an obscene libel tended to corrupt the morals of the King’s subjects and as such was against the peace of the King and government.

[TRADUCTION] Lorsqu’on examine l’histoire législative des dispositions du *Code* en matière d’obscénité, il est évident que lorsque la Cour du Banc du Roi d’Angleterre s’est prononcée pour la première fois dans ce domaine après la suppression de la Chambre Étoilée en 1641, elle l’a fait en tant que gardienne des mœurs publiques: *R. v. Sidley* (1663), 1 Sid. 168, 82 E.R. 1036. Le crime de publication d’un écrit obscène a été créé en 1727 dans l’arrêt *R. v. Curl* (1727), 2 Stra. 788, 93 E.R. 849, lorsque le tribunal a fait droit à l’argument que la publication d’un écrit obscène tendait à corrompre les mœurs des sujets du Roi et constituait donc un acte contre la paix du Roi et du gouvernement.

The current provision, which is the subject of this appeal, entered into force in 1959 in response to the much criticized former version (*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 150). Unlike the previous statutes, subs. (8) provided a statutory definition of “obscene”:

La disposition actuelle, qui fait l’objet du présent pourvoi, est entrée en vigueur en 1959 par suite des critiques considérables soulevées par l’article qui l’a précédée (*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150). Contrairement aux dispositions antérieures, le par. (8) définissait le terme «obscène».

150. ...

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

As will be discussed further, the introduction of the statutory definition had the effect of replacing the *Hicklin* test with a series of rules developed by the courts. The provision must be considered in light of these tests.

B. *Judicial Interpretation of s. 163(8)*

The first case to consider the current provision was *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681. The majority of this Court found in that case that D. H. Lawrence's novel, *Lady Chatterley's Lover*, was not obscene within the meaning of the *Code*. The *Brodie* case lay the groundwork for the interpretation of s. 163(8) by setting out the principal tests which should govern the determination of what is obscene for the purposes of criminal prosecution. The first step was to discard the *Hicklin* test.

(a) Section 163(8) to be Exclusive Test

In examining the definition provided by subs. (8), the majority of this Court was of the view that the new provision provided a clean slate and had the effect of bringing in an "objective standard of obscenity" which rendered all the jurisprudence under the *Hicklin* definition obsolete. In the words of Judson J. (at p. 702):

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

Any doubt that s. 163(8) was intended to provide an exhaustive test of obscenity was settled in

150. ...

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

Comme nous le verrons plus loin, l'ajout de cette définition a eu pour effet de remplacer le critère de l'arrêt *Hicklin* par une série de règles préto-riennes. La disposition doit être analysée en fonction de ces critères.

B. *L'interprétation judiciaire du par. 163(8)*

C'est dans l'arrêt *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, que la disposition actuelle a été examinée pour la première fois. Dans cette affaire, notre Cour, à la majorité, a statué que le roman de D. H. Lawrence, *L'amant de Lady Chatterley*, n'était pas obscène au sens du *Code*. L'arrêt *Brodie* a jeté les bases de l'interprétation du par. 163(8) en énonçant les principaux critères qui devaient servir à déterminer ce qui est obscène aux fins des poursuites criminelles. Dans un premier temps, on a écarté le critère de l'arrêt *Hicklin*.

a) Le paragraphe 163(8) comme critère exclusif

Dans l'analyse de la définition donnée au par. (8), la Cour à la majorité a exprimé l'opinion que la nouvelle disposition constituait un nouveau point de départ et avait pour effet d'établir une «norme objective en matière d'obscénité» qui rendait désuète toute la jurisprudence fondée sur la définition énoncée dans l'arrêt *Hicklin*. Pour reprendre les propos du juge Judson (à la p. 702):

[TRADUCTION] ... je crois que la nouvelle définition légale donne à la Cour l'occasion d'appliquer des critères qui présentent une certaine certitude de sens et qui peuvent être appliqués objectivement, des critères qui ne dépendent pas autant qu'auparavant des idiosyncrasies et de la sensibilité du juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury. Nous nous intéressons maintenant à un texte législatif canadien qui exclut tous les autres.

Tout doute quant à savoir si le par. 163(8) visait à fournir une définition exhaustive de l'obscénité a

Dechow v. The Queen, supra. Laskin C.J. stated (at p. 962):

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

In the *Dechow* case, the majority ascribed a liberal meaning to the term "publication", and found that the sex devices in question were "publications" as the accused had made such objects "publicly known" and had produced and issued such articles for public sale. Furthermore in *Germain v. The Queen, supra*, La Forest J., with whom a majority of the Court agreed on this point, held that the word "obscene" must be given the same meaning whether the articles are publications under s. 159(1) (now s. 163(1)) or matter covered by s. 159(2)(a) (now s. 163(2)(a)). As a consequence, it is now beyond dispute that s. 163(8) provides the exhaustive test of obscenity with respect to publications and objects which exploit sex as a dominant characteristic and that the common law test of obscenity found in the *Hicklin* decision is no longer applicable.

(b) Tests of "Undue Exploitation of Sex"

In order for the work or material to qualify as "obscene", the exploitation of sex must not only be its dominant characteristic, but such exploitation must be "undue". In determining when the exploitation of sex will be considered "undue", the

été dissipé dans l'arrêt *Dechow c. La Reine*, précité. Le juge en chef Laskin dit (à la p. 962):

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

Dans l'arrêt *Dechow*, la Cour à la majorité a donné une interprétation libérale au terme «publication» et a statué que les stimulants érotiques en question étaient des «publications» car l'accusé avait «rendu publics» ces objets et avait reproduit et mis ces articles en vente. De plus, dans l'arrêt *Germain c. La Reine*, précité, le juge La Forest, à l'avis duquel la majorité des juges a souscrit sur ce point, a conclu que le mot «obscène» doit recevoir le même sens peu importe que les articles en question soient des publications au sens du par. 159(1) (maintenant le par. 163(1)) ou une matière visée à l'al. 159(2)a) (maintenant l'al. 163(2)a)). En conséquence, il est maintenant indiscutable, d'une part, que le par. 163(8) fournit une définition exhaustive de l'obscénité en matière de publications et d'objets dont la caractéristique dominante est l'exploitation des choses sexuelles et, d'autre part, que le critère de common law en matière d'obscénité énoncé dans l'arrêt *Hicklin* n'est plus applicable.

b) Les critères de l'«exploitation indue des choses sexuelles»

Pour que l'ouvrage ou le matériel soit qualifié d'«obscène», l'exploitation des choses sexuelles doit non seulement en constituer la caractéristique dominante, mais elle doit également être «indue». Pour déterminer quand l'exploitation des choses

courts have attempted to formulate workable tests. The most important of these is the "community standard of tolerance" test.

(i) "Community Standard of Tolerance" Test

In *Brodie*, Judson J. accepted the view espoused notably by the Australian and New Zealand courts that obscenity is to be measured against "community standards". He cited, at pp. 705-6, the following passage in the judgment of Fullager J. in *R. v. Close*, [1948] V.L.R. 445, at p. 465:

There does exist in any community at all times—however the standard may vary from time to time—a general instinctive sense of what is decent and what is indecent, of what is clean and what is dirty, and when the distinction has to be drawn, I do not know that today there is any better tribunal than a jury to draw it I am very far from attempting to lay down a model direction, but a judge might perhaps, in the case of a novel, say something like this: "It would not be true to say that any publication dealing with sexual relations is obscene. The relations of the sexes are, of course, legitimate matters for discussion everywhere There are certain standards of decency which prevail in the community, and you are really called upon to try this case because you are regarded as representing, and capable of justly applying, those standards. What is obscene is something which offends against those standards."

The community standards test has been the subject of extensive judicial analysis. It is the standards of the community as a whole which must be considered and not the standards of a small segment of that community such as the university community where a film was shown (*R. v. Goldberg*, [1971] 3 O.R. 323 (C.A.)) or a city where a picture was exposed (*R. v. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463 (Ont. C.A.)). The standard to be applied is a national one (*R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (Ont. C.A.); *R. v. Duthie Books Ltd.* (1966), 58 D.L.R. (2d) 274 (B.C.C.A.); *R. v. Ariadne Developments Ltd.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 49 (N.S.S.C., App. Div.), at p. 59). With respect to expert evidence, it is not

sexuelles sera considérée comme «indue», les tribunaux ont tenté de formuler des critères pratiques, dont le plus important est le critère de la «norme sociale de tolérance».

(i) Le critère de la «norme sociale de tolérance»

Dans l'arrêt *Brodie*, le juge Judson a accepté l'opinion adoptée notamment par les tribunaux australiens et néo-zélandais selon laquelle l'obscénité doit être appréciée en fonction des «normes sociales». À cet égard, il cite, aux pp. 705 et 706, l'extrait suivant des motifs du juge Fullager dans l'affaire *R. c. Close*, [1948] V.L.R. 445, à la p. 465:

[TRADUCTION] Il existe en tout temps dans toute société—quoique la norme puisse varier d'une époque à l'autre—un sens instinctif général de ce qui est décent et de ce qui ne l'est pas, de ce qui est correct et de ce qui ne l'est pas, et lorsqu'il faut faire la distinction, j'estime que c'est le jury qui est le mieux placé pour le faire [. . .] Je suis loin de tenter d'établir une orientation type, mais un juge pourrait peut-être, relativement à un roman, dire quelque chose comme ceci: «Il ne serait pas exact d'affirmer que toute publication traitant de relations sexuelles est obscène. Les rapports entre les sexes constituent partout, bien entendu, des sujets légitimes de discussion [. . .] Il existe certaines normes de décence qui prévalent dans la société et on vous demande vraiment d'instruire la présente affaire parce que l'on considère que vous êtes représentatifs de ces normes et que vous êtes en mesure de les appliquer tout à fait justement. Ce qui est obscène est quelque chose de contraire à ces normes.»

Le critère des normes sociales a donné lieu à une analyse judiciaire importante. Il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction seulement de la société, comme le milieu universitaire où a été présenté un film (*R. c. Goldberg*, [1971] 3 O.R. 323 (C.A.)), ou une ville où une image a été présentée (*R. c. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463 (C.A. Ont.)). La norme applicable est une norme nationale (*R. c. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (C.A. Ont.); *R. c. Duthie Books Ltd.* (1966), 58 D.L.R. (2d) 274 (C.A.C.-B.); *R. c. Ariadne Developments Ltd.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 49 (C.S.N.-É., Div. app.), à la p. 59). Une preuve d'expert n'est pas nécessaire et il ne s'agit pas

necessary and is not a fact which the Crown is obliged to prove as part of its case (*R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428 (C.A.); *R. v. Prairie Schooner News Ltd.* (1970), 75 W.W.R. 585 (Man. C.A.); *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307 (Man. C.A.)). In *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103 (Man. C.A.), Freedman J.A. (dissenting) emphasized that the community standards test must necessarily respond to changing mores (at pp. 116-17):

Community standards must be contemporary. Times change, and ideas change with them. Compared to the Victorian era this is a liberal age in which we live. One manifestation of it is the relative freedom with which the whole question of sex is discussed. In books, magazines, movies, television, and sometimes even in parlour conversation, various aspects of sex are made the subject of comment, with a candour that in an earlier day would have been regarded as indecent and intolerable. We cannot and should not ignore these present-day attitudes when we face the question whether [the subject materials] are obscene according to our criminal law.

Our Court was called upon to elaborate the community standards test in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494. Dickson C.J. reviewed the case law and found (at pp. 508-9):

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.

Since the standard is tolerance, I think the audience to which the allegedly obscene material is targeted must be relevant. The operative standards are those of the Canadian community as a whole, but since what matters is what other people may see, it is quite conceivable that the Canadian community would tolerate varying degrees of explicitness depending upon the audience and the circumstances. [Emphasis in original.]

d'un fait que le ministère public est tenu de prouver (*R. c. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428 (C.A.); *R. c. Prairie Schooner News Ltd.* (1970), 75 W.W.R. 585 (C.A. Man.); *R. c. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307 (C.A. Man.)). Dans l'arrêt *R. c. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103 (C.A. Man.), le juge Freedman (dissident) a fait ressortir que le critère des normes sociales doit nécessairement tenir compte de l'évolution des mœurs (aux pp. 116 et 117):

[TRADUCTION] Les normes sociales doivent être contemporaines. Les temps et les idées changent. Nous vivons à une époque qui est libérale si on la compare à l'ère victorienne. Une manifestation de ce phénomène est la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles. Dans les livres, les revues, les films, les émissions de télévision et parfois même dans les conversations de salon, les différents aspects des choses sexuelles font l'objet de commentaires avec une franchise qui, à une époque antérieure, aurait été considérée comme indécente et intolérable. Nous ne pouvons ni ne devons ignorer ces attitudes actuelles lorsqu'il s'agit de déterminer si [les publications en cause] sont obscènes au sens de notre droit criminel.

Notre Cour a été appelée à préciser davantage le critère des normes sociales dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494. Le juge en chef Dickson y a examiné la jurisprudence et conclu ce qui suit (aux pp. 508 et 509):

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.

Puisque la norme est la tolérance, je pense que l'auditoire auquel s'adresse le film prétendument obscène doit être pris en considération. Les normes qui s'appliquent sont celles de la société canadienne dans son ensemble, mais, puisque ce qui importe c'est ce que d'autres personnes peuvent voir, il est tout à fait concevable que la société canadienne tolérerait divers degrés de caractère explicite selon l'auditoire et les circonstances. [En italique dans l'original.]

Therefore, the community standards test is concerned not with what Canadians would not tolerate being exposed to themselves, but what they would not tolerate other Canadians being exposed to. The minority view was that the tolerance level will vary depending on the manner, time and place in which the material is presented as well as the audience to whom it is directed. The majority opinion on this point was expressed by Wilson J. in the following passage, at p. 521:

It is not, in my opinion, open to the courts under s. 159(8) of the *Criminal Code* to characterize a movie as obscene if shown to one constituency but not if shown to another In my view, a movie is either obscene under the *Code* based on a national community standard of tolerance or it is not. If it is not, it may still be the subject of provincial regulatory control.

(ii) “*Degradation or Dehumanization*” Test

There has been a growing recognition in recent cases that material which may be said to exploit sex in a “degrading or dehumanizing” manner will necessarily fail the community standards test. Borins Co. Ct. J. expressed this view in *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53 (Ont. Co. Ct.), at p. 70:

... films which consist substantially or partially of scenes which portray violence and cruelty in conjunction with sex, particularly where the performance of indignities degrade and dehumanize the people upon whom they are performed, exceed the level of community tolerance.

Subsequent decisions, such as *R. v. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (Man. Q.B.) and *R. v. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318 (Alta. Q.B.) held that material that “degraded” or “dehumanized” any of the participants would exceed community standards even in the absence of cruelty and violence. In *R. v. Ramsingh, supra*, Ferg J. described in graphic terms the type of material that qualified for this label. He states on p. 239:

En conséquence, le critère des normes sociales vise non pas ce que les Canadiens ne toléreraient pas eux-mêmes de voir, mais bien ce qu'ils ne toléreraient pas que les autres Canadiens voient. Selon le point de vue de la Cour à la minorité, le seuil de tolérance variera en fonction du mode de présentation du matériel, de l'époque et de l'endroit où il est présenté ainsi que de l'auditoire auquel il s'adresse. C'est le juge Wilson qui a exprimé le point de vue de la majorité sur ce point, dans le passage suivant, à la p. 521:

À mon avis, il n'appartient pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8) du *Code criminel*, de qualifier un film d'obscène si on le présente à un auditoire donné mais de non obscène si on le présente à un autre [. . .] À mon avis, un film est obscène en vertu du *Code* selon une norme sociale nationale de tolérance ou il ne l'est pas. Dans ce dernier cas, il peut toujours faire l'objet d'un contrôle réglementaire des provinces.

(ii) *Le critère du «traitement dégradant ou déshumanisant»*

Il est de plus en plus reconnu, dans la jurisprudence récente, que le matériel dont on peut dire qu'il exploite les choses sexuelles d'une façon «dégradante ou déshumanisante» échouera nécessairement le test des normes sociales. Le juge Borins de la Cour de comté a exprimé ce point de vue dans l'affaire *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53 (C. cté Ont.), à la p. 70:

[TRADUCTION] ... les films qui comportent essentiellement ou partiellement des scènes de sexe accompagnées de violence et de cruauté, en particulier lorsque l'accomplissement d'outrages a pour effet de dégrader et de déshumaniser les personnes qui les subissent, excèdent le seuil de tolérance sociale.

Dans des décisions ultérieures, comme les arrêts *R. c. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (B.R. Man.), et *R. c. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318 (B.R. Alb.), on a statué que le matériel qui «dégradait» ou «déshumanisait» les personnes représentées excéderait les normes sociales, même en l'absence de cruauté et de violence. Dans l'arrêt *R. c. Ramsingh, précité*, le juge Ferg a expliqué en détail le genre de matériel visé par cette description. Il mentionne, à la p. 239:

They are exploited, portrayed as desiring pleasure from pain, by being humiliated and treated only as an object of male domination sexually, or in cruel or violent bondage. Women are portrayed in these films as pining away their lives waiting for a huge male penis to come along, on the person of a so-called sex therapist, or window washer, supposedly to transport them into complete sexual ecstasy. Or even more false and degrading one is led to believe their raison d'être is to savour semen as a life elixir, or that they secretly desire to be forcefully taken by a male.

Among other things, degrading or dehumanizing materials place women (and sometimes men) in positions of subordination, servile submission or humiliation. They run against the principles of equality and dignity of all human beings. In the appreciation of whether material is degrading or dehumanizing, the appearance of consent is not necessarily determinative. Consent cannot save materials that otherwise contain degrading or dehumanizing scenes. Sometimes the very appearance of consent makes the depicted acts even more degrading or dehumanizing.

This type of material would, apparently, fail the community standards test not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly to women. While the accuracy of this perception is not susceptible of exact proof, there is a substantial body of opinion that holds that the portrayal of persons being subjected to degrading or dehumanizing sexual treatment results in harm, particularly to women and therefore to society as a whole. See *Wagner, supra*, at p. 336. See also: Attorney General's Commission on Pornography (the "Meese Commission"), *Final Report* (U.S., 1986), vol. 1, at pp. 938-1035; Metro Toronto Task Force on Public Violence Against Women and Children, *Final Report* (1984), at p. 66; *Report of the Joint Select Committee on Video Material* (Australia, 1988), vol. 1, at pp. 185-230; *Pornography: Report of the Ministerial Committee of Inquiry into Pornography* (New Zealand, 1988), at pp. 38-45. It would be reasonable to conclude that there is an appreciable risk of harm to society in

[TRADUCTION] Elles sont exploitées, représentées comme si elles désiraient retirer du plaisir de la douleur, en étant humiliées et traitées seulement comme un objet de domination sexuelle masculine, ou dans des scènes d'asservissement cruelles ou violentes. Dans ces films, les femmes sont représentées comme si leur vie tournait autour de l'attente d'un gros pénis, appartenant à un soi-disant thérapeute sexuel ou à un laveur de vitres, apparemment pour tomber dans une extase sexuelle complète. Ou encore ce qui est plus faux et dégradant, on est amené à croire que la raison d'être de ces femmes est de déguster le sperme comme un élixir de vie ou qu'elles désirent secrètement être prises de force par un homme.

Notamment, le matériel dégradant ou déshumanisant place des femmes (et parfois des hommes) en état de subordination, de soumission avilissante ou d'humiliation. Il est contraire aux principes d'égalité et de dignité de tous les êtres humains. Pour déterminer si du matériel est dégradant ou déshumanisant, l'apparence de consentement n'est pas nécessairement déterminante. Le consentement ne saurait permettre de sauvegarder du matériel qui, par ailleurs, renferme des scènes dégradantes ou déshumanisantes. Parfois, l'apparence même de consentement rend les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants.

Ce genre de matériel échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes. Bien qu'il soit impossible de prouver à coup sûr la justesse de cette perception, il existe un important courant d'opinions selon lequel la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l'égard des femmes et, par conséquent, de l'ensemble de la société. Voir *Wagner*, précité, à la 336. Voir aussi: Attorney General's Commission on Pornography (la «commission Meese»), *Final Report* (É.U., 1986), vol. 1, aux pp. 938 à 1035; Metro Toronto Task Force on Public Violence Against Women and Children, *Final Report* (1984), à la p. 66; *Report of the Joint Select Committee on Video Material* (Australie, 1988), aux pp. 185 à 230; *Pornography: Report of the Ministerial Committee of Inquiry into Pornography* (Nouvelle-Zélande, 1988), vol. 1, aux pp. 38 à 45.

the portrayal of such material. The effect of the evidence on public opinion was summed up by Wilson J. in *Towne Cinema, supra*, at p. 524, as follows:

The most that can be said, I think, is that the public has concluded that exposure to material which degrades the human dimensions of life to a subhuman or merely physical dimension and thereby contributes to a process of moral desensitization must be harmful in some way.

In *Towne Cinema*, Dickson C.J. considered the "degradation" or "dehumanization" test to be the principal indicator of "undueness" without specifying what role the community tolerance test plays in respect of this issue. He did observe, however, that the community might tolerate some forms of exploitation that caused harm that were nevertheless undue. The relevant passages appear at p. 505:

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

Sex related publications which portray persons in a degrading manner as objects of violence, cruelty or other forms of dehumanizing treatment, may be "undue" for the purpose of s. 159(8). No one should be subject to the degradation and humiliation inherent in publications which link sex with violence, cruelty, and other forms of dehumanizing treatment. It is not likely that at a given moment in a society's history, such publications will be tolerated

However, as I have noted above, there is no necessary coincidence between the undueness of publications which degrade people by linking violence, cruelty or other forms of dehumanizing treatment with sex, and the community standard of tolerance. Even if certain sex related materials were found to be within the standard of tolerance of the community, it would still be necessary

Il serait raisonnable de conclure que ce genre de matériel risque fort d'entraîner des conséquences nocives pour la société. Dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité, à la p. 524, le juge Wilson résume l'incidence de la preuve sur l'opinion publique:

On peut tout au plus affirmer, à mon avis, que le public a conclu que l'exposition à des choses qui dégradent les dimensions humaines de la vie à une dimension moins qu'humaine ou simplement physique doit avoir certaines conséquences nocives.

Dans l'arrêt *Towne Cinema*, le juge en chef Dickson a considéré que le critère du «traitement dégradant ou déshumanisant» constitue le principal indice du «caractère indu», sans toutefois préciser le rôle que le critère de la tolérance sociale joue à cet égard. Il a toutefois fait observer que la société pourrait tolérer certaines formes d'exploitation nocives qui possèdent néanmoins un caractère indu. Les passages pertinents figurent à la p. 505:

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

Les publications qui ont trait aux choses sexuelles et qui représentent des personnes d'une manière dégradante, comme faisant l'objet de violence, de cruauté ou d'autres formes de traitement déshumanisant, peuvent être «indues» au sens du par. 159(8). Nul ne devrait être assujéti à la dégradation et à l'humiliation qui constituent une caractéristique inhérente des publications qui associent les choses sexuelles à la violence, à la cruauté et à d'autres formes de traitement déshumanisant. Il est peu probable qu'à un moment donné dans l'histoire d'une société de telles publications seront tolérées. . . .

Cependant, comme je l'ai souligné plus haut, il n'y a pas nécessairement de coïncidence entre la norme sociale de tolérance et le caractère indu des publications qui dégradent des personnes en associant les choses sexuelles à la violence, à la cruauté ou à d'autres formes de traitement déshumanisant. Même si on concluait que certains objets qui ont trait aux choses sexuelles sont

to ensure that they were not “undue” in some other sense, for example in the sense that they portray persons in a degrading manner as objects of violence, cruelty, or other forms of dehumanizing treatment. [Emphasis in original.]

In the reasons of Wilson J. concurring in the result, the line between the mere portrayal of sex and the dehumanization of people is drawn by the “undueness” concept. The community is the arbiter as to what is harmful to it. She states, at p. 524:

As I see it, the essential difficulty with the definition of obscenity is that “undueness” must presumably be assessed in relation to consequences. It is implicit in the definition that at some point the exploitation of sex becomes harmful to the public or at least the public believes that to be so. It is therefore necessary for the protection of the public to put limits on the degree of exploitation and, through the application of the community standard test, the public is made the arbiter of what is harmful to it and what is not. The problem is that we know so little of the consequences we are seeking to avoid. Do obscene movies spawn immoral conduct? Do they degrade women? Do they promote violence? The most that can be said, I think, is that the public has concluded that exposure to material which degrades the human dimensions of life to a subhuman or merely physical dimension and thereby contributes to a process of moral desensitization must be harmful in some way. It must therefore be controlled when it gets out of hand, when it becomes “undue”.

(iii) “Internal Necessities Test” or “Artistic Defence”

In determining whether the exploitation of sex is “undue”, Judson J. set out the test of “internal necessities” in *Brodie, supra*, at pp. 704-5:

What I think is aimed at is excessive emphasis on the theme for a base purpose. But I do not think that there is undue exploitation if there is no more emphasis on the theme than is required in the serious treatment of the theme of a novel with honesty and uprightness. That the work under attack is a serious work of fiction is to me beyond question. It has none of the characteristics that

conformes à la norme sociale de tolérance, il serait encore nécessaire de s’assurer qu’ils ne sont pas «indus» sous d’autres aspects, en ce sens par exemple qu’ils représentent des personnes d’une manière dégradante, comme faisant l’objet de violence, de cruauté et d’autres formes de traitement déshumanisant. [En italique dans l’original.]

Dans les motifs du juge Wilson, qui a souscrit à la conclusion du Juge en chef, c’est la notion du «caractère indu» qui différencie la simple représentation de choses sexuelles de la déshumanisation de gens. C’est la société qui juge ce qui est nocif pour elle. Elle affirme, à la p. 524:

Si je comprends bien, la difficulté principale que soulève la définition de l’obscénité est que le «caractère indu» doit présument être apprécié en fonction des conséquences. Il ressort implicitement de cette définition qu’à un certain point l’exploitation des choses sexuelles devient nocive pour le public ou, du moins, que le public croit qu’il en est ainsi. Pour protéger ce dernier, il est donc nécessaire de limiter le degré d’exploitation et l’application du critère de la norme sociale permet au public de juger ce qui est nocif pour lui et ce qui ne l’est pas. Le problème est que nous savons très peu de choses sur les conséquences que nous cherchons à éviter. Les films obscènes provoquent-ils une conduite immorale? Sont-ils dégradants pour les femmes? Favorisent-ils la violence? On peut tout au plus affirmer, à mon avis, que le public a conclu que l’exposition à des choses qui dégradent les dimensions humaines de la vie à une dimension moins qu’humaine ou simplement physique doit avoir certaines conséquences nocives. Elle doit pas conséquente être réfrénée lorsqu’elle dépasse les bornes, lorsqu’elle devient «indue».

(iii) *Le «critère des besoins internes» ou le «moyen de défense fondé sur la valeur artistique»*

Pour déterminer si l’exploitation des choses sexuelles est «indue», le juge Judson propose le critère des «besoins internes» dans l’arrêt *Brodie*, précité, aux pp. 704 et 705:

[TRADUCTION] À mon avis, on vise l’accent excessif mis sur le thème à une fin de base. Cependant, je ne crois qu’il y ait exploitation indue si on ne met pas plus l’accent sur ce thème que ce qui est requis pour traiter le thème d’un roman de façon sérieuse, honnête et intègre. Je ne mets pas en doute que l’œuvre attaquée est un ouvrage sérieux de fiction. Elle ne possède aucune des

are often described in judgments dealing with obscenity—dirt for dirt's sake, the leer of the sensualist, depravity in the mind of an author with an obsession for dirt, pornography, an appeal to a prurient interest, etc. The section recognizes that the serious-minded author must have freedom in the production of a work of genuine artistic and literary merit and the quality of the work, as the witnesses point out and common sense indicates, must have real relevance in determining not only a dominant characteristic but also whether there is undue exploitation.

As counsel for the Crown pointed out in his oral submissions, the artistic defence is the last step in the analysis of whether the exploitation of sex is undue. Even material which by itself offends community standards will not be considered "undue", if it is required for the serious treatment of a theme. For example, in *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, the majority of the Manitoba Court of Appeal held that the film *Last Tango in Paris* was not obscene within the meaning of the *Code*. To determine whether a dominant characteristic of the film is the undue exploitation of sex, Freedman C.J.M. noted that the courts must have regard to various things—the author's artistic purpose, the manner in which he or she has portrayed and developed the story, the depiction and interplay of character and the creation of visual effect through skilful camera techniques (at p. 194). Freedman C.J.M. stated that the issue of whether the film is obscene must be determined according to contemporary community standards in Canada. Relevant to that determination were several factors: the testimony of experts, the classification of "Restricted" which made the film unavailable to persons under 18 years of age and the fact that the film had passed the scrutiny of the censor boards of several provinces.

Accordingly, the "internal necessities" test, or what has been referred to as the "artistic defence",

caractéristiques souvent décrites dans les décisions en matière d'obscénité—l'obscénité pour l'obscénité, la concupiscence du sensualiste, la dépravation dans l'esprit d'un auteur obsédé par l'obscénité, la pornographie, l'appel à un intérêt lascif, etc. L'article reconnaît qu'un auteur sérieux doit jouir d'une certaine liberté pour produire une œuvre ayant une valeur artistique et littéraire réelle et la qualité de cette œuvre, comme l'ont souligné les témoins et comme l'indique le bon sens, doit vraiment permettre d'établir non seulement une caractéristique dominante, mais également s'il y a exploitation indue.

Comme l'a fait ressortir le substitut du procureur général dans sa plaidoirie, le moyen de défense fondé sur la valeur artistique constitue la dernière étape dans l'analyse de la question de savoir si l'exploitation des choses sexuelles est indue. Même le matériel qui contrevient en soi aux normes sociales ne sera pas considéré comme «indu», s'il est requis pour traiter un thème sérieusement. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, la Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a statué que le film *Le dernier tango à Paris* n'était pas obscène au sens du *Code*. Pour déterminer si une caractéristique dominante du film est l'exploitation indue des choses sexuelles, le juge en chef Freedman du Manitoba a souligné que les tribunaux doivent prendre en compte diverses choses, savoir l'objectif artistique de l'auteur, la façon dont il a présenté l'histoire, la représentation et l'interaction des personnages et la création des effets visuels au moyen de jeux habiles de caméra (à la p. 194). Le juge en chef Freedman a affirmé que la question de savoir si le film est obscène doit être tranchée suivant les normes contemporaines de la société canadienne. Plusieurs facteurs doivent être pris en considération pour trancher cette question: le témoignage d'experts, le fait que le film a reçu la cote «Réservé aux adultes» et qu'il ne peut ainsi être présenté aux personnes de moins de 18 ans, et le fait que les organismes de censure de plusieurs provinces ont permis la présentation du film en question.

En conséquence, on a utilisé le critère des «besoins internes» ou ce que l'on a appelé le

has been interpreted to assess whether the exploitation of sex has a justifiable role in advancing the plot or the theme, and in considering the work as a whole, does not merely represent "dirt for dirt's sake" but has a legitimate role when measured by the internal necessities of the work itself.

(iv) *The Relationship of the Tests to Each Other*

This review of jurisprudence shows that it fails to specify the relationship of the tests one to another. Failure to do so with respect to the community standards test and the degrading or dehumanizing test, for example, raises a serious question as to the basis on which the community acts in determining whether the impugned material will be tolerated. With both these tests being applied to the same material and apparently independently, we do not know whether the community found the material to be intolerable because it was degrading or dehumanizing, because it offended against morals or on some other basis. In some circumstances a finding that the material is tolerable can be overruled by the conclusion by the court that it causes harm and is therefore undue. Moreover, is the internal necessities test dominant so that it will redeem material that would otherwise be undue or is it just one factor? Is this test applied by the community or is it determined by the court without regard for the community? This hiatus in the jurisprudence has left the legislation open to attack on the ground of vagueness and uncertainty. That attack is made in this case. This lacuna in the interpretation of the legislation must, if possible, be filled before subjecting the legislation to *Charter* scrutiny. The necessity to do so was foreseen by Wilson J. in *Towne Cinema* when she stated, at p. 525:

The test of the community standard is helpful to the extent that it provides a norm against which impugned material may be assessed but it does little to elucidate the underlying question as to why some exploitation of sex falls on the permitted side of the line under s. 159(8) and some on the prohibited side. No doubt this question

«moyen de défense fondé sur la valeur artistique» pour déterminer si l'exploitation des choses sexuelles joue un rôle justifiable dans le développement de l'intrigue ou du thème et si, d'après l'ensemble de l'œuvre, elle ne représente pas simplement de l'obscénité pour de l'obscénité, mais joue un rôle légitime lorsqu'on l'évalue en fonction des besoins internes de l'œuvre elle-même.

(iv) *La corrélation entre les critères*

Il ressort de cette analyse de la jurisprudence qu'elle ne mentionne pas la corrélation qui existe entre les critères. Cette lacune en ce qui concerne le critère des normes sociales et le critère du traitement dégradant ou déshumanisant, par exemple, soulève une importante question quant aux facteurs sur lesquels se fonde la société pour déterminer si le matériel contesté sera toléré. En appliquant ces deux critères au même matériel et apparemment de façon indépendante, nous ne savons pas si la société a jugé le matériel intolérable parce qu'il était dégradant ou déshumanisant, parce qu'il choquait la morale ou pour quelque autre motif. Dans certaines circonstances, la conclusion que le matériel est tolérable peut être annulée par la conclusion de la cour qu'il est nocif et qu'il constitue donc une exploitation indue. Par ailleurs, le critère des besoins internes est-il dominant au point de racheter le matériel qui autrement constituerait une exploitation indue ou constitue-t-il seulement un facteur parmi d'autres? Ce critère est-il appliqué par la société ou est-il établi par la cour sans tenir compte de la société? Cette lacune dans la jurisprudence fait que le texte législatif peut être attaqué en raison de son caractère imprécis et incertain. C'est à une telle attaque qu'on se livre ici. On doit si possible combler cette lacune dans l'interprétation du texte législatif avant de le soumettre à un examen fondé sur la *Charte*. La nécessité de le faire a été envisagée par le juge Wilson dans l'arrêt *Towne Cinema*, à la p. 525:

Le critère de la norme sociale est utile dans la mesure où il offre une échelle en fonction de laquelle les choses incriminées peuvent être évaluées, mais il fait peu pour élucider la question sous-jacente, savoir, pourquoi une partie de l'exploitation des choses sexuelles tombe du côté des choses permises en vertu du par. 159(8) alors

will have to be addressed when the validity of the obscenity provisions of the *Code* is subjected to attack as an infringement on freedom of speech and the infringement is sought to be justified as reasonable.

Pornography can be usefully divided into three categories: (1) explicit sex with violence, (2) explicit sex without violence but which subjects people to treatment that is degrading or dehumanizing, and (3) explicit sex without violence that is neither degrading nor dehumanizing. Violence in this context includes both actual physical violence and threats of physical violence. Relating these three categories to the terms of s. 163(8) of the *Code*, the first, explicit sex coupled with violence, is expressly mentioned. Sex coupled with crime, horror or cruelty will sometimes involve violence. Cruelty, for instance, will usually do so. But, even in the absence of violence, sex coupled with crime, horror or cruelty may fall within the second category. As for category (3), subject to the exception referred to below, it is not covered.

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

qu'une autre partie tombe du côté des interdits. Cette question devra indubitablement être examinée lorsque la validité des dispositions du *Code* sur l'obscénité sera attaquée en tant que violation de la liberté d'expression et qu'on cherchera à justifier cette violation par son caractère raisonnable.

La pornographie peut, à toutes fins utiles, être divisée en trois catégories: (1) les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, (2) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent des personnes à un traitement dégradant ou déshumanisant, et (3) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes. La violence dans ce contexte comprend à la fois la violence physique réelle et les menaces de violence physique. Si l'on rapproche ces trois catégories du texte du par. 163(8) du *Code*, la première catégorie, les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, y est expressément mentionnée. Les choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur ou à la cruauté comportent parfois un élément de violence. Par exemple, la cruauté comporte habituellement cet élément. Toutefois, même en l'absence de violence, les choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur ou à la cruauté peuvent relever de la deuxième catégorie. Sous réserve de l'exception mentionnée ci-après, la troisième catégorie n'est pas visée par le paragraphe.

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

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 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. The stronger the inference of a risk of harm the lesser the likelihood of tolerance. The inference may be drawn from the material itself or from the material and other evidence. Similarly evidence as to the community standards is desirable but not essential.

In making this determination with respect to the three categories of pornography referred to above, the portrayal of sex coupled with violence will almost always constitute the undue exploitation of sex. Explicit sex which is degrading or dehumanizing may be undue if the risk of harm is substantial. Finally, explicit sex that is not violent and neither degrading nor dehumanizing is generally tolerated in our society and will not qualify as the undue exploitation of sex unless it employs children in its production.

If material is not obscene under this framework, it does not become so by reason of the person to whom it is or may be shown or exposed nor by reason of the place or manner in which it is shown. The availability of sexually explicit materials in theatres and other public places is subject to regulation by competent provincial legislation. Typically such legislation imposes restrictions on the material available to children. See *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662.

The foregoing deals with the interrelationship of the "community standards test" and "the degrading

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 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 discuté. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. Cette conclusion peut être tirée à partir du matériel même ou à partir du matériel et d'autres éléments de preuve. En outre, la preuve des normes sociales est souhaitable, mais non essentielle.

Dans la classification des choses sexuelles en fonction des trois catégories de pornographie susmentionnées, la représentation des choses sexuelles accompagnées de violence constitue presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important. Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants.

Si, dans ce cadre, le matériel n'est pas obscène, il ne le devient pas en raison de la personne qui le voit ou risque de le voir ni de l'endroit ou de la façon dont il est présenté. La présentation de matériel sexuellement explicite dans les cinémas et autres endroits publics est régie par les lois provinciales pertinentes. Généralement, ces textes législatifs établissent des restrictions relativement au matériel présenté aux enfants. Voir l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662.

Nous venons d'examiner la corrélation qui existe entre le «critère des normes sociales» et le

or dehumanizing” test. How does the “internal necessities” test fit into this scheme? The need to apply this test only arises if a work contains sexually explicit material that by itself would constitute the undue exploitation of sex. The portrayal of sex must then be viewed in context to determine whether that is the dominant theme of the work as a whole. Put another way, is undue exploitation of sex the main object of the work or is this portrayal of sex essential to a wider artistic, literary, or other similar purpose? Since the threshold determination must be made on the basis of community standards, that is, whether the sexually explicit aspect is undue, its impact when considered in context must be determined on the same basis. The court must determine whether the sexually explicit material when viewed in the context of the whole work would be tolerated by the community as a whole. Artistic expression rests at the heart of freedom of expression values and any doubt in this regard must be resolved in favour of freedom of expression.

C. Does s. 163 Violate s. 2(b) of the Charter?

The majority of the Court of Appeal in this case allowed the appeal of the Crown on the ground that s. 163 does not violate freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Charter*. Huband J.A. applied the first step of the test set out in *Irwin Toy*, *supra*, as follows (at p. 230):

In this case, it is unnecessary to proceed beyond the first step because the materials are devoid of a “meaning”. That word, as it is employed in the majority reasons in the *Irwin Toy* case, leads to the realm of ideas, opinions, thoughts, beliefs, or feelings. Expression for economic purposes is included because commercial expression conveys meaning. But the majority judgment in the *Irwin Toy* case acknowledges that “... some human activity is purely physical and does not convey

critère du «traitement dégradant ou déshumanisant». Quelle est alors la place du critère des «besoins internes» dans ce régime? Il faut appliquer ce critère seulement si une œuvre renferme du matériel sexuellement explicite qui, en lui-même, constituerait une exploitation indue des choses sexuelles. Il faut situer la représentation de choses sexuelles dans son contexte pour déterminer si elle constitue le thème dominant de l'ensemble de l'œuvre. En d'autres termes, l'exploitation indue de choses sexuelles constitue-t-elle l'objet principal de l'œuvre ou cette représentation des choses sexuelles est-elle essentielle à une fin artistique ou littéraire plus générale ou à une autre fin semblable? Puisque la détermination préliminaire doit être faite en fonction de normes sociales, savoir si l'aspect sexuellement explicite est indu, l'incidence de l'œuvre examinée dans son contexte doit être déterminée de la même manière. Le tribunal doit déterminer si le matériel sexuellement explicite, envisagé dans le contexte de l'ensemble de l'œuvre, serait toléré par l'ensemble de la société. L'expression artistique est au cœur des valeurs relatives à la liberté d'expression et tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression.

C. L'article 163 contrevient-il à l'al. 2b) de la Charte?

Dans la présente affaire, la Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel du ministère public pour le motif que l'art. 163 ne contrevient pas à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Le juge Huband a appliqué ainsi la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité (à la p. 230):

[TRADUCTION] En l'espèce, il est inutile d'aller au-delà de la première étape parce que le matériel ne renferme pas de «message». Ce terme, au sens où il est employé dans les motifs majoritaires de l'affaire *Irwin Toy*, nous entraîne dans le domaine des idées, des opinions, des pensées, des croyances ou des sentiments. L'expression à des fins économiques est incluse parce que l'expression commerciale transmet un message. Toutefois, la décision rendue à la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy* reconnaît que «... certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni

or attempt to convey meaning". I think that is true of the materials in this case. [Emphasis added.]

In my view, the majority of the Manitoba Court of Appeal erred in several respects in its application of the test enunciated in *Irwin Toy*. First, Huband J.A. misinterpreted the distinction between purely physical activity and activity having expressive content. The subject matter of the materials in this case is clearly "physical", but this does not mean that the materials do not convey or attempt to convey meaning such that they are without expressive content. An example of the "purely physical" activity alluded to in *Irwin Toy* was that of parking a car which, if performed as a day-to-day task, cannot be said to have expressive content. Such purely physical activity may be distinguished from that form of activity which we are concerned with in the present appeal which, while indeed "physical", conveys ideas, opinions, or feelings. As Twaddle J.A. noted, at pp. 237-38:

The subject matter of the material under review . . . is sexual activity. Such activity is part of the human experience The depiction of such activity has the potential of titillating some and of informing others. How can images which have such effect be meaningless?

In my view, the content of a video movie, the content of a magazine and the imagery of a sexual gadget are all within the freedom of expression.

Second, the majority of the Court of Appeal erred in failing to properly draw the distinction between the content of the materials and the form of expression. Huband J.A. wrote, at p. 230:

Concerning the form of the activity, it falls within an area which has been criminalized as an offence relating to public morality — an area identified by Lamer J. in his reasons for decision in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c), supra*, as one where the form might well be unprotected by the Charter. The form consists of the undue exploitation of sex, the degradation of human sexuality. In my view, the form of the activity is not one

ne tentent de transmettre une signification.» Je crois que c'est le cas du matériel en l'espèce. [Je souligne.]

À mon avis, la Cour d'appel du Manitoba à la majorité a commis une erreur à plusieurs égards lorsqu'elle a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Irwin Toy*. Premièrement, le juge Huband a mal interprété la distinction entre l'activité purement physique et l'activité ayant un contenu expressif. En l'espèce, l'objet du matériel est de toute évidence «physique», mais cela ne signifie pas que ce matériel ne transmet ni ne tente de transmettre aucune signification de manière à être dénué de contenu expressif. L'arrêt *Irwin Toy* mentionne comme exemple d'activité «purement physique» le fait de stationner une voiture, une activité dont on ne peut dire, si elle est répétée tous les jours, qu'elle a un contenu expressif. On peut établir une distinction entre une telle activité purement physique et la forme d'activité qui nous intéresse dans le présent pourvoi qui, tout en étant «physique», transmet des idées, des opinions ou des sentiments. Comme l'indique le juge Twaddle, aux pp. 237 et 238:

[TRADUCTION] L'objet du matériel examiné [. . .] est l'activité sexuelle. Cette activité fait partie de l'expérience humaine [. . .] La représentation de cette activité peut exciter certaines personnes et en informer d'autres. Comment peut-on soutenir que les images qui ont un tel effet ne transmettent pas de message?

À mon avis, le contenu d'une bande magnétoscopique, le contenu d'un magazine et la représentation d'un stimulant érotique entrent tous dans le champ de la liberté d'expression.

Deuxièmement, la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en omettant de bien établir une distinction entre le contenu du matériel et la forme d'expression. Le juge Huband écrit, à la p. 230:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la forme de l'activité, elle fait partie d'un domaine qui a été criminalisé sous la forme d'une infraction contre la moralité publique — un domaine que le juge Lamer a décrit, dans les motifs qu'il a rédigés dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c)*, précité, comme un domaine où la forme de l'expression pourrait bien ne pas être protégée par la *Charte*. Cette forme d'expres-

which the Charter was designed or intended to protect. Thus, in terms of both content and form the activity properly falls within the regulated area of freedom of expression. [Emphasis added.]

The form of activity in this case is the medium through which the meaning sought to be conveyed is expressed, namely, the film, magazine, written matter, or sexual gadget. There is nothing inherently violent in the vehicle of expression, and it accordingly does not fall outside the protected sphere of activity.

In light of our recent decision in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, the respondent, and most of the parties intervening in support of the respondent, do not take issue with the proposition that s. 163 of the *Criminal Code* violates s. 2(b) of the *Charter*. In *Keegstra*, we were unanimous in advocating a generous approach to the protection afforded by s. 2(b) of the *Charter*. Our Court confirmed the view expressed in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (the "*Prostitution Reference*"), that activities cannot be excluded from the scope of the guaranteed freedom on the basis of the content or meaning being conveyed. McLachlin J. wrote, at p. 828:

As this Court has repeatedly affirmed, the content of a statement cannot deprive it of the protection accorded by s. 2(b), no matter how offensive it may be. The content of Mr. Keegstra's statements was offensive and demeaning in the extreme; nevertheless, on the principles affirmed by this Court, that alone would appear not to deprive them of the protection guaranteed by the *Charter*.

With respect, the majority of the Court of Appeal did not sufficiently distance itself from the content of the materials. In assessing the purpose of the legislation, the majority stated, at pp. 230-31:

The purpose of s. 163 of the *Code* is not to interfere with the free exchange of ideas and opinions, and not to suppress the attempt to convey a message or a meaning. The intent of the legislation is to bar the distribution or

sion consiste en l'exploitation indue des choses sexuelles, la dégradation de la sexualité humaine. À mon avis, la forme de l'activité n'en est pas une que la Charte visait à protéger. En conséquence, tant du point de vue de la forme que du contenu, l'activité relève à bon droit du champ réglementé de la liberté d'expression. [Je souligne.]

La forme de l'activité en l'espèce est le moyen par lequel le message que l'on veut transmettre est exprimé, savoir le film, le magazine, l'écrit ou le stimulant érotique. Le mode d'expression n'a rien de violent en soi et il ne tombe donc pas à l'extérieur du champ d'activité protégé.

Compte tenu de notre arrêt récent *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, l'intimée et la plupart des parties intervenantes en sa faveur ne contestent pas la proposition que l'art. 163 du *Code criminel* contrevient à l'al. 2b) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Keegstra*, nous avons préconisé, à l'unanimité, une interprétation libérale de la protection offerte par l'al. 2b) de la *Charte*. Notre Cour a confirmé l'opinion exprimée dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le «*Renvoi sur la prostitution*»), selon laquelle des activités ne peuvent être exclues du champ de la liberté garantie en raison du contenu ou du message transmis. Le juge McLachlin a écrit, à la p. 828:

Comme l'a affirmé notre Cour à maintes reprises, le contenu d'une déclaration ne peut la priver de la protection de l'al. 2b), si offensant qu'il puisse être. Le contenu des assertions de M. Keegstra est extrêmement offensant et avilissant; néanmoins, suivant les principes posés par notre Cour, cela ne semble pas suffisant pour leur faire perdre la protection garantie par la *Charte*.

En toute déférence, la Cour d'appel à la majorité ne s'est pas suffisamment dissociée du contenu du matériel. En évaluant l'objet de la disposition, la cour à la majorité affirme, aux pp. 230 et 231:

[TRADUCTION] L'article 163 ne vise pas à restreindre l'échange d'idées et d'opinions ni à supprimer la tentative de transmettre un message. Cette disposition législative vise à interdire la distribution ou la vente de maté-

sale of prurient materials devoid of a redeeming meaning.

Meaning sought to be expressed need not be “redeeming” in the eyes of the court to merit the protection of s. 2(b), whose purpose is to ensure that thoughts and feelings may be conveyed freely in non-violent ways without fear of censure.

In this case, both the purpose and effect of s. 163 are specifically to restrict the communication of certain types of materials based on their content. In my view, there is no doubt that s. 163 seeks to prohibit certain types of expressive activity and thereby infringes s. 2(b) of the *Charter*.

Before turning to consider whether this infringement is justified under s. 1 of the *Charter*, I wish to address the argument advanced by the Attorney General of British Columbia that in applying s. 2(b), a distinction should be made between films and written works. It is argued that by its very nature, the medium of the written word is such that it is, when used, inherently an attempt to convey meaning. In contrast, British Columbia argues that the medium of film can be used for a purpose “not significantly communicative”. In its factum, British Columbia maintains that if the activity captured in hard core pornographic magazines and videotapes is itself not expression, the fact that they are reproduced by the technology of a camera does not magically transform them into “expression”: the appellant cannot hide behind the label “film” to claim protection for the reproduction of activity the sole purpose of which is to arouse or shock.

In my view, this submission cannot be maintained. This position is not far from that taken by the majority of the Court of Appeal, that the depiction of purely physical activity does not convey meaning. First, I cannot agree with the premise that purely physical activity, such as sexual activity, cannot be expression. Second, in creating a film, regardless of its content, the maker of the

riel lascif dénué de signification susceptible de le racheter.

Le message que l'on cherche à exprimer n'a pas à être «susceptible de racheter» aux yeux du tribunal pour bénéficier de la protection de l'al. 2b) dont l'objet est d'assurer que les opinions et les sentiments puissent être communiqués librement d'une manière non violente, sans crainte de censure.

En l'espèce, l'art. 163 a précisément pour objet et pour effet de restreindre la communication de certains types de matériel en fonction de leur contenu. À mon avis, l'art. 163 cherche indubitablement à interdire certains types d'activités expressives et viole, de ce fait, l'al. 2b) de la *Charte*.

Avant d'examiner si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, je tiens à aborder l'argument présenté par le procureur général de la Colombie-Britannique, selon lequel on devrait, en appliquant l'al. 2b), établir une distinction entre les films et les œuvres écrites. On soutient que, de par sa nature même, l'expression écrite, lorsqu'on y recourt, constitue intrinsèquement une tentative de transmettre un message. Par contre, la Colombie-Britannique fait valoir que le film peut être utilisé à une fin [TRADUCTION] «non véritablement de communication». Dans son mémoire, la Colombie-Britannique soutient que si l'activité représentée dans les magazines et les vidéocassettes de pornographie intégrale ne constitue pas en soi une expression, le fait qu'elle soit reproduite au moyen d'une caméra ne la transforme pas par magie en une «expression»: l'appellant ne peut invoquer le fait qu'il s'agit d'un «film» pour revendiquer une protection pour la reproduction d'une activité dont le seul objet est de stimuler ou de choquer.

À mon avis, cet argument ne saurait tenir. Cette position n'est pas loin de celle adoptée par la Cour d'appel à la majorité, savoir que la représentation d'une activité purement physique ne transmet pas un message. Premièrement, je ne puis être d'accord avec la prémisse qu'une activité purement physique, comme l'activité sexuelle, ne peut constituer une expression. Deuxièmement, en tournant

film is consciously choosing the particular images which together constitute the film. In choosing his or her images, the creator of the film is attempting to convey some meaning. The meaning to be ascribed to the work cannot be measured by the reaction of the audience, which, in some cases, may amount to no more than physical arousal or shock. Rather, the meaning of the work derives from the fact that it has been intentionally created by its author. To use an example, it may very well be said that a blank wall in itself conveys no meaning. However, if one deliberately chooses to capture that image by the medium of film, the work necessarily has some meaning for its author and thereby constitutes expression. The same would apply to the depiction of persons engaged in purely sexual activity.

I would conclude that the first constitutional question should be answered in the affirmative.

D. *Is s. 163 Justified Under s. 1 of the Charter?*

(a) Is s. 163 a Limit Prescribed by Law?

The appellant argues that the provision is so vague that it is impossible to apply it. Vagueness must be considered in relation to two issues in this appeal: (1) is the law so vague that it does not qualify as "a limit prescribed by law"; and (2) is it so imprecise that it is not a reasonable limit. Dealing with (1), the test is whether the law "is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools" (*Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 94). Put another way, does the law provide "an intelligible standard according to which the judiciary must do its work" (*Irwin Toy, supra*, at p. 983; adopted in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, *supra*, at p. 96).

In assessing whether s. 163(8) prescribes an intelligible standard, consideration must be given

un film, quel qu'en soit le contenu, le producteur choisit consciemment les scènes qui seront incluses dans le film. Dans le choix des scènes, l'auteur du film tente de transmettre un certain message. Le message qu'il faut attribuer à l'œuvre ne saurait être mesuré en fonction de la réaction de l'auditoire qui, dans certains cas, sera simplement stimulé physiquement ou choqué. Le message de l'œuvre est celui que son auteur lui a intentionnellement attribué. À titre d'exemple, on peut très bien dire qu'un mur blanc ne transmet pas de message. Toutefois, si l'on choisit délibérément de capter cette image sur film, l'œuvre a nécessairement une signification pour son auteur et constitue une expression. On pourrait affirmer la même chose relativement à la représentation de personnes qui se livrent à une activité purement sexuelle.

Je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle.

D. *L'article 163 est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte?*

a) L'article 163 constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit?

L'appelant soutient que la disposition est si imprécise qu'il est impossible de l'appliquer. L'imprécision doit être analysée par rapport à deux questions soulevées dans le présent pourvoi: (1) la disposition législative est-elle imprécise au point de ne pouvoir être qualifiée de limite prescrite «par une règle de droit», et (2) est-elle imprécise au point de ne pas constituer une limite raisonnable. En ce qui concerne le premier point, le critère est de savoir si la disposition est «si obscur[e] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exactement» (*Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 94). En d'autres termes, la disposition formule-t-elle «une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions» (*Irwin Toy, précité*, à la p. 983; adopté dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, *précité*, à la p. 96).

Pour déterminer si le par. 163(8) prescrit une norme intelligible, il faut examiner la façon dont la

to the manner in which the provision has been judicially interpreted. Accordingly, in the *Prostitution Reference, supra*, the majority reached the conclusion that words such as “acts of indecency” were capable of constituting a limit prescribed by law. Lamer J. (as he then was) stated, at p. 1157:

Also, as the Ontario Court of Appeal has held in *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, at p. 173, “the void for vagueness doctrine is not to be applied to the bare words of the statutory provision but, rather, to the provision as interpreted and applied in judicial decisions”.

The fact that a particular legislative term is open to varying interpretations by the courts is not fatal. As Beetz J. observed in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 107, “[f]lexibility and vagueness are not synonymous”. Therefore the question at hand is whether the impugned sections of the *Criminal Code* can be or have been given sensible meanings by the courts.

Standards which escape precise technical definition, such as “undue”, are an inevitable part of the law. The *Criminal Code* contains other such standards. Without commenting on their constitutional validity, I note that the terms “indecent”, “immoral” or “scurrilous”, found in ss. 167, 168, 173 and 175, are nowhere defined in the *Code*. It is within the role of the judiciary to attempt to interpret these terms. If such interpretation yields an intelligible standard, the threshold test for the application of s. 1 is met. In my opinion, the interpretation of s. 163(8) in prior judgments which I have reviewed, as supplemented by these reasons, provides an intelligible standard.

(b) Objective

The respondent argues that there are several pressing and substantial objectives which justify overriding the freedom to distribute obscene materials. Essentially, these objectives are the avoidance of harm resulting from antisocial attitudinal changes that exposure to obscene material causes and the public interest in maintaining a “decent society”. On the other hand, the appellant

disposition a été interprétée par les tribunaux. Dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité, notre Cour à la majorité a conclu que l’expression «actes d’indécence», notamment, pouvait constituer une limite prescrite «par une règle de droit». Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dit, à la p. 1157:

De plus, comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a dit dans l’arrêt *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, à la p. 173, [TRADUCTION] «la théorie de la nullité pour cause d’imprécision ne doit pas être appliquée au simple libellé de la disposition législative, mais à la disposition elle-même telle qu’elle a été interprétée et appliquée par les tribunaux».

Le fait qu’un terme législatif particulier soit susceptible de diverses interprétations par les tribunaux n’est pas fatal. Comme le juge Beetz l’a souligné dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 107, «[s]ouvenant, la question en l’espèce est de savoir si les tribunaux peuvent ou ont pu donner un sens raisonnable aux dispositions contestées du *Code criminel*».

Les normes qui échappent à une définition technique précise, comme le terme «indue», font inévitablement partie du droit. Le *Code criminel* renferme d’autres normes de même nature. Sans aborder la question de leur constitutionnalité, je remarque que les termes «indécents», «immoral» ou «injurieux et grossier», que l’on trouve aux art. 167, 168, 173 et 175, ne sont pas définis dans le *Code*. Il appartient aux tribunaux de tenter d’interpréter ces termes. Si cette interprétation donne une norme intelligible, on a satisfait au critère préliminaire pour l’application de l’article premier. À mon avis, l’interprétation du par. 163(8) dans les décisions antérieures que je viens d’analyser, et que viennent compléter les présents motifs, permet de formuler une norme intelligible.

b) L’objectif

L’intimée prétend qu’il existe plusieurs objectifs urgents et réels qui justifient la suppression de la liberté de distribution du matériel obscène. Essentiellement, ces objectifs visent, d’une part, à éviter le préjudice auquel donnent lieu les changements d’attitude antisociaux causés par le fait d’être exposé à du matériel obscène et, d’autre part, à maintenir, dans l’intérêt du public, une «société

argues that the objective of s. 163 is to have the state act as “moral custodian” in sexual matters and to impose subjective standards of morality.

The obscenity legislation and jurisprudence prior to the enactment of s. 163 were evidently concerned with prohibiting the “immoral influences” of obscene publications and safeguarding the morals of individuals into whose hands such works could fall. The *Hicklin* philosophy posits that explicit sexual depictions, particularly outside the sanctioned contexts of marriage and procreation, threatened the morals or the fabric of society (C. Beckton, “Freedom of Expression (s. 2(b))”, in Tarnopolsky and Beaudoin (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), at p. 105. In this sense, its dominant, if not exclusive, purpose was to advance a particular conception of morality. Any deviation from such morality was considered to be inherently undesirable, independently of any harm to society. As Judson J. described the test in *Brodie, supra*, at pp. 704-5:

[The work under attack] has none of the characteristics that are often described in judgments dealing with obscenity—dirt for dirt’s sake, the leer of the sensualist, depravity in the mind of an author with an obsession for dirt, pornography, an appeal to a prurient interest, etc.

I agree with Twaddle J.A. of the Court of Appeal that this particular objective is no longer defensible in view of the *Charter*. To impose a certain standard of public and sexual morality, solely because it reflects the conventions of a given community, is inimical to the exercise and enjoyment of individual freedoms, which form the basis of our social contract. D. Dyzenhaus, “Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality” (1991), 1 C.R. (4th) 367, at p. 370, refers to this as “legal moralism”, of a majority deciding what values should inform individual lives and then coercively imposing those values on minorities. The prevention of “dirt for dirt’s sake” is not a legitimate objective which would justify the violation of one

décente». Par contre, l’appelant soutient que l’art. 163 vise à faire de l’État le «gardien des mœurs» en matière sexuelle et à imposer des normes subjectives de moralité.

Avant l’adoption de l’art. 163, la législation et la jurisprudence en matière d’obscénité visaient évidemment à éliminer les «influences immorales» des publications obscènes et à sauvegarder la moralité des personnes qui pourraient les voir. La philosophie de l’arrêt *Hicklin* pose en principe que les représentations sexuelles explicites, notamment en dehors des contextes approuvés du mariage et de la procréation, menacent la moralité ou la structure de la société (C. Beckton, «La liberté d’expression (al. 2b)», dans Tarnopolsky et Beaudoin (éd.), *La Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 135. En ce sens, l’objectif dominant, voire le seul, était de favoriser une conception particulière de la moralité. Toute dérogation à cette moralité était considérée comme peu souhaitable en soi, indépendamment du préjudice causé à la société. Comme le juge Judson décrit le critère dans l’arrêt *Brodie*, précité, aux pp. 704 et 705:

[TRADUCTION] [L’ouvrage attaqué] ne possède aucune des caractéristiques souvent décrites dans les décisions en matière d’obscénité—l’obscénité pour l’obscénité, la concupiscence du sensualiste, la dépravation dans l’esprit d’un auteur obsédé par l’obscénité, la pornographie, l’appel à un intérêt lascif, etc.

Je suis d’accord avec le juge Twaddle de la Cour d’appel que cet objectif particulier n’est plus défendable compte tenu de la *Charte*. Imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu’elle reflète les conventions d’une société donnée, va à l’encontre de l’exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social. D. Dyzenhaus, «Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality» (1991), 1 C.R. (4th) 367, à la p. 370, dit qu’il s’agit là d’un [TRADUCTION] «moralisme légal», d’une majorité qui décide quelles sont les valeurs qui devraient guider la vie de chacun, pour ensuite imposer ces valeurs aux minorités. La prévention de «l’obscénité pour l’obscénité» ne cons-

of the most fundamental freedoms enshrined in the *Charter*.

On the other hand, I cannot agree with the suggestion of the appellant that Parliament does not have the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society. As Dyzenhaus, *supra*, at p. 376, writes:

Moral disapprobation is recognized as an appropriate response when it has its basis in *Charter* values.

As the respondent and many of the interveners have pointed out, much of the criminal law is based on moral conceptions of right and wrong and the mere fact that a law is grounded in morality does not automatically render it illegitimate. In this regard, criminalizing the proliferation of materials which undermine another basic *Charter* right may indeed be a legitimate objective.

In my view, however, the overriding objective of s. 163 is not moral disapprobation but the avoidance of harm to society. In *Towne Cinema*, Dickson C.J. stated, at p. 507:

It is harm to society from undue exploitation that is aimed at by the section, not simply lapses in propriety or good taste.

The harm was described in the following way in the *Report on Pornography* by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs (MacGuigan Report) (1978), at p. 18:4:

The clear and unquestionable danger of this type of material is that it reinforces some unhealthy tendencies in Canadian society. The effect of this type of material is to reinforce male-female stereotypes to the detriment of both sexes. It attempts to make degradation, humiliation, victimization, and violence in human relationships appear normal and acceptable. A society which holds that egalitarianism, non-violence, consensualism, and mutuality are basic to any human interaction, whether

titue pas un objectif légitime qui justifierait la violation de l'une des libertés les plus fondamentales consacrées dans la *Charte*.

Par contre, je ne puis souscrire à l'opinion de l'appelant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique. Comme l'indique Dyzenhaus, précité, à la p. 376:

[TRADUCTION] La désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la *Charte*.

Comme l'intimée et de nombreux intervenants l'ont fait ressortir, une bonne partie du droit criminel repose sur des conceptions morales de ce qui est bon et de ce qui est mauvais, et le simple fait qu'un texte législatif soit fondé sur la moralité ne le rend pas automatiquement illégitime. À cet égard, criminaliser la prolifération du matériel qui porte atteinte à un autre droit fondamental garanti par la *Charte* peut bien constituer un objectif légitime.

À mon avis, toutefois, l'art. 163 vise avant tout non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société. Dans l'arrêt *Towne Cinema*, le juge en chef Dickson affirme, à la p. 507:

C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation indue que cet article vise et non simplement le manque de convenance ou de bon goût.

Voici comment ce préjudice a été décrit dans le *Rapport sur la pornographie* du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques (rapport MacGuigan) (1978), à la p. 18:4:

Le danger évident et incontestable de ce genre de matériel est qu'il encourage certaines tendances malsaines au sein de notre société canadienne. Il met l'accent sur les stéréotypes masculins et féminins au détriment des deux sexes. La dégradation, l'humiliation, la soumission et à l'en croire, la violence dans les relations humaines seraient tout à fait normales et acceptables. Une société qui considère que l'égalité, entre ses membres, la suppression de la violence, le libre choix et

sexual or other, is clearly justified in controlling and prohibiting any medium of depiction, description or advocacy which violates these principles.

The appellant argues that to accept the objective of the provision as being related to the harm associated with obscenity would be to adopt the "shifting purpose" doctrine explicitly rejected in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. This Court concluded in that case that a finding that the *Lord's Day Act* has a secular purpose was not possible given that its religious purpose, in compelling sabbatical observance, has been long-established and consistently maintained by the courts. The appellant relies on the words of Dickson J. (as he then was), at pp. 335-36:

... the theory of a shifting purpose stands in stark contrast to fundamental notions developed in our law concerning the nature of "Parliamentary intention". Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable.

While the effect of such legislation as the *Lord's Day Act* may be more secular today than it was in 1677 or in 1906, such a finding cannot justify a conclusion that its purpose has similarly changed. In result, therefore, the *Lord's Day Act* must be characterized as it has always been, a law the primary purpose of which is the compulsion of sabbatical observance.

I do not agree that to identify the objective of the impugned legislation as the prevention of harm to society, one must resort to the "shifting purpose" doctrine. First, the notions of moral corruption and harm to society are not distinct, as the appellant suggests, but are inextricably linked. It is moral corruption of a certain kind which leads to the detrimental effect on society. Second, and more importantly, I am of the view that with the enactment of s. 163, Parliament explicitly sought to address the harms which are linked to certain types of obscene materials. The prohibition of such materials was based on a belief that they had a detrimental impact on individuals exposed to them and consequently on society as a whole. Our

la réciprocité constituent la base de toutes les relations humaines, sexuelles ou autres, est nettement justifiée de régir et d'interdire toute forme de description ou d'incitation qui viole ces principes.

^a D'après l'appelant, accepter que l'objectif de la disposition se rapporte au préjudice lié à l'obscénité, c'est adopter la théorie de «l'objet changeant» qui a explicitement été rejetée dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans cet arrêt, notre Cour a statué qu'il n'est pas possible de conclure que la *Loi sur le dimanche* a un objet laïque puisque, l'objet religieux qu'elle poursuit, en rendant obligatoire l'observance du dimanche, est établi depuis longtemps et a été constamment confirmé par les tribunaux. L'appelant se fonde sur les propos du juge Dickson (plus tard Juge en chef), aux pp. 335 et 336:

^d ... la théorie de l'objet changeant contraste nettement avec les notions fondamentales qui se sont formées dans notre droit au sujet de la nature de «l'intention du législateur». L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque.

Bien que l'effet d'une loi comme la *Loi sur le dimanche* puisse être plus laïque aujourd'hui qu'il ne l'était en 1677 ou en 1906, cela ne peut permettre de conclure que son objet a changé pareillement. En définitive, la *Loi sur le dimanche* doit donc être qualifiée, comme elle l'a toujours été, de loi qui a principalement pour objet de rendre obligatoire l'observance du dimanche.

Je n'accepte pas que l'on doive recourir à la théorie de «l'objet changeant» pour décrire l'objectif de la disposition attaquée comme étant d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société. D'abord, les notions de corruption morale et de préjudice causé à la société constituent non pas des notions distinctes, comme le prétend l'appelant, mais plutôt des notions inextricablement liées. C'est la corruption morale d'un certain type qui entraîne l'effet nocif sur la société. Ensuite, et qui plus est, je suis d'avis qu'en adoptant l'art. 163, le Parlement a explicitement cherché à s'attaquer aux préjudices liés à certains types de matériel obscène. L'interdiction de ce matériel obscène était fondée sur la conviction qu'il avait un effet nocif sur les per-

understanding of the harms caused by these materials has developed considerably since that time; however this does not detract from the fact that the purpose of this legislation remains, as it was in 1959, the protection of society from harms caused by the exposure to obscene materials. In this regard, I lend support to the analysis of Charron Dist. Ct. J. in *R. v. Fringe Product Inc.*, *supra*, at p. 443:

Even though one can still find an emphasis on the enforcement of moral standards of decency in relation to expression in sexual matters in the jurisprudence subsequent to the enactment of s-s.(8), it is clear that, by the very words it has chosen, Parliament in 1959 moved beyond such narrow concern and expanded the scope of the legislation to include further concerns with respect to sex combined with crime, horror, cruelty and violence.

It is the harm to society resulting from the undue exploitation of such matters which is aimed by the section. The "harm" conceived by Parliament in 1959 may not have been expressed in the same words as one would today. The court is not limited to a 1959 perspective in the determination of this matter. As noted in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney-General)*, [[1989] 1 S.C.R. 927, at p. 984]:

In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place . . . However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective . . . It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the changing of circumstances.

In 1959, the harm to society caused by the undue exploitation of sex or of sex and other named matters may well have been defined more strictly in terms of public morality, *i.e.*, that such expression offended society's sense of right and wrong. It may well be that if such was the only identifiable harm today that the legislation could not be said to pertain to pressing and sub-

sonnes qui le voyaient et, par conséquent, sur l'ensemble de la société. Notre compréhension des préjudices causés par ce matériel a évolué considérablement depuis lors; toutefois, cela ne déroge pas au fait que l'objet de ce texte législatif demeure, comme c'était le cas en 1959, la protection de la société contre les préjudices découlant de l'exposition au matériel obscène. À cet égard, je souscris à l'analyse du juge Charron de la Cour de district, dans la décision *R. c. Fringe Product Inc.*, précitée, à la p. 443:

[TRADUCTION] Bien que l'on puisse encore trouver, dans la jurisprudence ultérieure à l'adoption du par. (8), un accent sur le respect des normes morales de décence relativement à l'expression en matière sexuelle, il est évident que le Parlement, de par le libellé qu'il a retenu, est, en 1959, allé au-delà de cette préoccupation étroite et a élargi la portée du texte législatif pour inclure d'autres préoccupations ayant trait aux choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur, à la cruauté et à la violence.

C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation indue que cet article vise. Le «préjudice» envisagé par le Parlement en 1959 ne serait peut-être pas exprimé de la même façon aujourd'hui. Le tribunal n'est pas limité, dans la détermination de cette question, à la perspective de 1959. Comme l'indique l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [[1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 984]:

Pour démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer a posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la loi à l'origine [. . .] Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif [. . .] Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l'époque de l'adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l'évolution des circonstances.

En 1959, le préjudice causé à la société par l'exploitation indue des choses sexuelles ou des choses sexuelles et de l'un des autres sujets nommés aurait bien pu être défini plus strictement du point de vue de la moralité publique, savoir que cette expression allait à l'encontre de ce que la société considérait comme bon ou mauvais. Il se peut bien que, si c'était là le seul préjudice identi-

stantial concerns thereby warranting an infringement of the right of expression. But that is not so. The harm goes beyond public morality in this narrow sense.

A permissible shift in emphasis was built into the legislation when, as interpreted by the courts, it adopted the community standards test. Community standards as to what is harmful have changed since 1959.

This being the objective, is it pressing and substantial? Does the prevention of the harm associated with the dissemination of certain obscene materials constitute a sufficiently pressing and substantial concern to warrant a restriction on the freedom of expression? In this regard, it should be recalled that in *Keegstra, supra*, this Court unanimously accepted that the prevention of the influence of hate propaganda on society at large was a legitimate objective. Dickson C.J. wrote with respect to the changes in attitudes which exposure to hate propaganda can bring about (at pp. 747-48):

... the alteration of views held by the recipients of hate propaganda may occur subtly, and is not always attendant upon conscious acceptance of the communicated ideas. Even if the message of hate propaganda is outwardly rejected, there is evidence that its premise of racial or religious inferiority may persist in a recipient's mind as an idea that holds some truth, an incipient effect not to be entirely discounted

The threat to the self-dignity of target group members is thus matched by the possibility that prejudiced messages will gain some credence, with the attendant result of discrimination, and perhaps even violence, against minority groups in Canadian society.

This Court has thus recognized that the harm caused by the proliferation of materials which seriously offend the values fundamental to our society is a substantial concern which justifies restricting the otherwise full exercise of the freedom of expression. In my view, the harm sought to be avoided in the case of the dissemination of obscene materials is similar. In the words of

fiable aujourd'hui, on ne pourrait pas affirmer que le texte législatif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles et justifie ainsi une atteinte à la liberté d'expression. Toutefois, ce n'est pas le cas. Le préjudice va au-delà de la moralité publique prise dans ce sens strict.

L'accent mis dans la disposition a subi un changement acceptable lorsque les tribunaux, en l'interprétant, ont adopté le critère des normes sociales. Depuis 1959, les normes sociales servant à déterminer ce qui est préjudiciable ont changé.

Puisque c'est là l'objectif, est-il urgent et réel? La prévention du préjudice lié à la diffusion d'un certain type de matériel obscène constitue-t-elle une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une restriction de la liberté d'expression? À cet égard, il faudrait se rappeler, que, dans l'arrêt *Keegstra*, précité, notre Cour a accepté à l'unanimité que la prévention de l'influence de la propagande haineuse sur la société en général était un objectif légitime. Au sujet des changements d'attitude que le fait d'être exposé à la propagande haineuse peut entraîner, le juge en chef Dickson affirme, aux pp. 747 et 748:

... le changement des opinions des destinataires de la propagande haineuse peut se produire subtilement et ne résulte pas toujours de l'acceptation consciente de l'idée ainsi communiquée. Même si le message transmis par la propagande haineuse est en apparence rejeté, il semble que sa prémisse d'infériorité raciale ou religieuse puisse rester dans l'esprit du destinataire en tant qu'idée traduisant une certaine vérité, et c'est là le germe d'un effet dont on ne saurait faire entièrement abstraction . . .

La menace pour l'estime de soi chez les membres du groupe cible a donc comme pendant la possibilité que les messages exprimant des préjugés trouvent une certaine créance, entraînant ainsi la discrimination et peut-être même la violence contre des groupes minoritaires de la société canadienne.

Notre Cour a donc reconnu que le préjudice causé par la prolifération de matériel qui va sérieusement à l'encontre des valeurs fondamentales de notre société constitue une préoccupation réelle qui justifie la restriction du plein exercice de la liberté d'expression. À mon avis, le préjudice que l'on cherche à éviter dans le cas de la diffusion de matériel obscène est similaire. Pour reprendre les

Nemetz C.J.B.C. in *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (B.C.C.A.), there is a growing concern that the exploitation of women and children, depicted in publications and films, can, in certain circumstances, lead to “abject and servile victimization” (at pp. 43-44). As Anderson J.A. also noted in that same case, if true equality between male and female persons is to be achieved, we cannot ignore the threat to equality resulting from exposure to audiences of certain types of violent and degrading material. Materials portraying women as a class as objects for sexual exploitation and abuse have a negative impact on “the individual’s sense of self-worth and acceptance”.

In reaching the conclusion that legislation proscribing obscenity is a valid objective which justifies some encroachment on the right to freedom of expression, I am persuaded in part that such legislation may be found in most free and democratic societies. As Nemetz C.J.B.C. aptly pointed out in *R. v. Red Hot Video*, *supra*, for centuries democratic societies have set certain limits to freedom of expression. He cited (at p. 40) the following passage of Dickson J.A. (as he then was) in *R. v. Great West News Ltd.*, *supra*, at p. 309:

... all organized societies have sought in one manner or another to suppress obscenity. The right of the state to legislate to protect its moral fibre and well-being has long been recognized, with roots deep in history. It is within this frame that the Courts and Judges must work.

The advent of the *Charter* did not have the effect of dramatically depriving Parliament of a power which it has historically enjoyed. It is also noteworthy that the criminalization of obscenity was considered to be compatible with the *Canadian Bill of Rights*. As Dickson J.A. stated in *R. v. Prairie Schooner News Ltd.*, *supra*, at p. 604:

termes du juge en chef Nemetz de la Colombie-Britannique, dans l’arrêt *R. c. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (C.A.C.-B.), on s’inquiète de plus en plus de ce que l’exploitation des femmes et des enfants, dans les publications et les films, puisse, dans certaines circonstances, conduire à une [TRADUCTION] «victimisation abjecte et servile» (aux pp. 43 et 44). Comme l’indique aussi le juge Anderson dans la même affaire, si l’on veut parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes, on ne peut ignorer la menace que présente pour l’égalité le fait d’exposer le public à certains types de matériel violent et dégradant. Le matériel qui représente les femmes comme une catégorie d’objets d’exploitation et d’abus sexuels a une incidence négative sur [TRADUCTION] «la valorisation personnelle et l’acceptation de soi».

En arrivant à la conclusion que l’interdiction de l’obscénité dans un texte législatif constitue un objectif valide qui justifie une certaine atteinte au droit à la liberté d’expression, je suis en partie convaincu que la plupart des sociétés libres et démocratiques possèdent des textes législatifs de cette nature. Comme le fait judicieusement remarquer le juge en chef Nemetz dans l’arrêt *R. c. Red Hot Video*, précité, les sociétés démocratiques ont, pendant des siècles, imposé certaines restrictions à la liberté d’expression. À la page 40, il cite l’extrait suivant des motifs du juge Dickson (alors juge à la Cour d’appel), dans l’affaire *R. c. Great West News Ltd.*, précitée, à la p. 309:

[TRADUCTION] ... toutes les sociétés organisées ont cherché d’une façon ou d’une autre à supprimer l’obscénité. Le droit de l’État de légiférer pour protéger la force et le bien-être moraux est reconnu depuis longtemps et est fortement ancré dans l’histoire. C’est dans ce contexte que les tribunaux et les juges doivent œuvrer.

L’avènement de la *Charte* n’a pas eu pour effet de dépouiller brusquement le Parlement d’un pouvoir dont il jouissait auparavant. Il vaut également la peine de noter que la criminalisation de l’obscénité a été jugée compatible avec la *Déclaration canadienne des droits*. Comme le juge Dickson de la Cour d’appel l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Prairie Schooner News Ltd.*, précité, à la p. 604:

Freedom of speech is not unfettered either in criminal law or civil law. The *Canadian Bill of Rights* was intended to protect, and does protect, basic freedoms of vital importance to all Canadians. It does not serve as a shield behind which obscene matter may be disseminated without concern for criminal consequences. The interdiction of the publications which are the subject of the present charges in no way trenches upon the freedom of expression which the *Canadian Bill of Rights* assures.

The enactment of the impugned provision is also consistent with Canada's international obligations (*Agreement for the Suppression of the Circulation of Obscene Publications* and the *Convention for the Suppression of the Circulation of and Traffic in Obscene Publications*).

Finally, it should be noted that the burgeoning pornography industry renders the concern even more pressing and substantial than when the impugned provisions were first enacted. I would therefore conclude that the objective of avoiding the harm associated with the dissemination of pornography in this case is sufficiently pressing and substantial to warrant some restriction on full exercise of the right to freedom of expression. The analysis of whether the measure is proportional to the objective must, in my view, be undertaken in light of the conclusion that the objective of the impugned section is valid only in so far as it relates to the harm to society associated with obscene materials. Indeed, the section as interpreted in previous decisions and in these reasons is fully consistent with that objective. The objective of maintaining conventional standards of propriety, independently of any harm to society, is no longer justified in light of the values of individual liberty which underlie the *Charter*. This, then, being the objective of s. 163, which I have found to be pressing and substantial, I must now determine whether the section is rationally connected and proportional to this objective. As outlined above, s. 163(8) criminalizes the exploitation of sex and sex and violence, when, on the basis of the community test, it is undue. The determination of when such exploitation is undue is directly related to the immediacy of a risk of harm to society which is

[TRADUCTION] La liberté de parole n'est pas absolue, que ce soit en matière criminelle ou civile. La *Déclaration canadienne des droits* a été conçue pour protéger et protéger effectivement les libertés fondamentales d'une importance vitale pour tous les Canadiens. On ne saurait s'en prévaloir pour diffuser du matériel obscène sans se soucier des conséquences criminelles. L'interdiction des publications visées par les accusations en l'espèce n'empêche aucunement sur la liberté d'expression garantie par la *Déclaration canadienne des droits*.

L'adoption de la disposition attaquée est également compatible avec les obligations internationales du Canada (*Accord relatif à la répression de la circulation des publications obscènes* et la *Convention pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes*).

Enfin, je tiens à faire remarquer que l'industrie pornographique florissante rend la préoccupation encore plus urgente et réelle qu'au moment où la disposition attaquée a été adoptée pour la première fois. Je conclus donc que l'objectif d'éviter le préjudice lié à la diffusion de matériel pornographique constitue, en l'espèce, une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier certaines restrictions au plein exercice du droit à la liberté d'expression. À mon avis, il faut maintenant analyser si la mesure est proportionnelle à l'objectif poursuivi, compte tenu de la conclusion que l'objectif de la disposition attaquée est valide seulement dans la mesure où il vise le préjudice que le matériel obscène risque de causer à la société. En fait, l'interprétation donnée à cet article dans les décisions antérieures et dans les présents motifs est parfaitement compatible avec cet objectif. L'objectif de maintenir des normes de bienséance traditionnelles, indépendamment du préjudice causé à la société, n'est plus justifié compte tenu des valeurs relatives à la liberté individuelle qui sous-tendent la *Charte*. Ayant conclu que l'objectif de l'art. 163 se rapporte à une préoccupation urgente et réelle, je dois maintenant déterminer si l'article a un lien rationnel avec cet objectif et s'il est proportionnel à celui-ci. Comme je l'ai déjà mentionné, le par. 163(8) criminalise l'exploitation des choses sexuelles et des choses sexuelles et de la violence, lorsqu'elle est indue selon le critère des normes

reasonably perceived as arising from its dissemination.

(c) Proportionality

(i) *General*

The proportionality requirement has three aspects:

- (1) the existence of a rational connection between the impugned measures and the objective;
- (2) minimal impairment of the right or freedom; and
- (3) a proper balance between the effects of the limiting measures and the legislative objective.

In assessing whether the proportionality test is met, it is important to keep in mind the nature of expression which has been infringed. In the *Prostitution Reference, supra*, Dickson C.J. wrote, at p. 1136:

When a *Charter* freedom has been infringed by state action that takes the form of criminalization, the Crown bears the heavy burden of justifying that infringement. Yet, the expressive activity, as with any infringed *Charter* right, should also be analysed in the particular context of the case. Here, the activity to which the impugned legislation is directed is expression with an economic purpose. It can hardly be said that communications regarding an economic transaction of sex for money lie at, or even near, the core of the guarantee of freedom of expression.

The values which underlie the protection of freedom of expression relate to the search for truth, participation in the political process, and individual self-fulfilment. The Attorney General for Ontario argues that of these, only "individual self-

sociales. La détermination du caractère indu de l'exploitation est directement liée au risque immédiat de préjudice auquel, selon une perception raisonnable, la diffusion du matériel exposerait la société.

c) La proportionnalité

(i) *Généralités*

L'exigence de proportionnalité comporte trois aspects:

- (1) l'existence d'un lien rationnel entre les mesures attaquées et l'objectif,
- (2) l'atteinte minimale au droit ou à la liberté, et
- (3) l'équilibre approprié entre les effets des mesures restrictives et l'objectif législatif.

Pour déterminer si l'on satisfait au critère de la proportionnalité, il est important de garder à l'esprit la nature de l'expression qui a fait l'objet d'une atteinte. Dans le *Renvoi sur la prostitution, précité*, le juge en chef Dickson écrit, aux pp. 1135 et 1136:

Lorsqu'une liberté garantie par la *Charte* a été violée par une mesure prise par l'État, en l'occurrence la criminalisation, le ministère public doit s'acquitter du lourd fardeau de justifier cette violation. Néanmoins, comme dans le cas de toute violation d'un droit reconnu par la *Charte*, l'activité d'expression devrait également être analysée dans le contexte particulier de l'affaire. En l'espèce, l'activité visée par la disposition législative contestée est une expression ayant un but économique. On peut difficilement affirmer que les communications relatives à l'opération économique d'échange de services sexuels pour de l'argent relèvent, ou même se rapprochent, de l'essence de la garantie de la liberté d'expression.

Les valeurs qui sous-tendent la protection de la liberté d'expression ont trait à la recherche de la vérité, à la participation au processus politique et à l'épanouissement personnel. Toutefois, selon le procureur général de l'Ontario, la pornographie ne

fulfilment", and only in its most base aspect, that of physical arousal, is engaged by pornography. On the other hand, the civil liberties groups argue that pornography forces us to question conventional notions of sexuality and thereby launches us into an inherently political discourse. In their factum, the British Columbia Civil Liberties Association adopts a passage from R. West, "The Feminist-Conservative Anti-Pornography Alliance and the 1986 Attorney General's Commission on Pornography Report" (1987), 4 *Am. Bar Found. Res. J.* 681, at p. 696:

Good pornography has value because it validates women's will to pleasure. It celebrates female nature. It validates a range of female sexuality that is wider and truer than that legitimated by the non-pornographic culture. Pornography (when it is good) celebrates both female pleasure and male rationality.

A proper application of the test should not suppress what West refers to as "good pornography". The objective of the impugned provision is not to inhibit the celebration of human sexuality. However, it cannot be ignored that the realities of the pornography industry are far from the picture which the British Columbia Civil Liberties Association would have us paint. Shannon J., in *R. v. Wagner, supra*, described the materials more accurately when he observed, at p. 331:

Women, particularly, are deprived of unique human character or identity and are depicted as sexual playthings, hysterically and instantly responsive to male sexual demands. They worship male genitals and their own value depends upon the quality of their genitals and breasts.

In my view, the kind of expression which is sought to be advanced does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the "core" of the freedom of expression values.

met en cause que «l'épanouissement personnel» et seulement dans son aspect le moins digne, celui de la stimulation physique. Par contre, les groupes de défense des libertés civiles prétendent que la pornographie nous force à nous interroger sur les notions traditionnelles de la sexualité et nous entraîne ainsi dans un débat fondamentalement politique. Dans son mémoire, la British Columbia Civil Liberties Association adopte un passage tiré de R. West, «The Feminist-Conservative Anti-Pornography Alliance and the 1986 Attorney General's Commission on Pornography Report» (1987), 4 *Am. Bar Found. Res. J.* 681, à la p. 696:

[TRADUCTION] La bonne pornographie a sa valeur parce qu'elle sanctionne le désir des femmes de ressentir du plaisir. Elle rend hommage à la nature féminine. Elle sanctionne un éventail de facettes de la sexualité féminine qui sont plus nombreuses et plus véridiques que celles qui sont véhiculées par la culture non pornographique. La bonne pornographie célèbre à la fois le plaisir de la femme et la rationalité de l'homme.

Une bonne application du critère ne devrait pas supprimer ce que West appelle la «bonne pornographie». L'objectif de la disposition attaquée n'est pas d'empêcher que soit célébrée la sexualité humaine. Toutefois, on ne peut ignorer que les réalités de l'industrie de la pornographie sont fort éloignées du tableau que nous dépeint la British Columbia Civil Liberties Association. Le juge Shannon dans la décision *R. c. Wagner*, précitée, décrit plus justement le matériel lorsqu'il fait observer, à la p. 331:

[TRADUCTION] Les femmes, en particulier, sont privées d'une identité humaine unique et sont représentées comme des jouets sexuels, qui répondent hystériquement et instantanément aux demandes de faveurs sexuelles des hommes. Elles vénèrent les organes génitaux des hommes et leur valeur personnelle dépend de l'apparence esthétique de leurs organes génitaux et de leurs seins.

À mon avis, le genre d'expression que l'on cherche à promouvoir n'est pas du même calibre que les autres genres d'expression qui touchent directement à l'«essence» des valeurs relatives à la liberté d'expression.

This conclusion is further buttressed by the fact that the targeted material is expression which is motivated, in the overwhelming majority of cases, by economic profit. This Court held in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at p. 247, that an economic motive for expression means that restrictions on the expression might "be easier to justify than other infringements".

I will now turn to an examination of the three basic aspects of the proportionality test.

(ii) *Rational Connection*

The message of obscenity which degrades and dehumanizes is analogous to that of hate propaganda. As the Attorney General for Ontario has argued in its factum, obscenity wields the power to wreak social damage in that a significant portion of the population is humiliated by its gross misrepresentations.

Accordingly, the rational link between s. 163 and the objective of Parliament relates to the actual causal relationship between obscenity and the risk of harm to society at large. On this point, it is clear that the literature of the social sciences remains subject to controversy. In *Fringe Product Inc.*, *supra*, Charron Dist. Ct. J. considered numerous written reports and works and heard six days of testimony from experts who endeavoured to describe the status of the social sciences with respect to the study of the effects of pornography. Charron Dist. Ct. J. reached the conclusion that the relationship between pornography and harm was sufficient to justify Parliament's intervention. This conclusion is not supported unanimously.

The recent conclusions of the Fraser Report, *supra*, could not postulate any causal relationship between pornography and the commission of violent crimes, the sexual abuse of children, or the disintegration of communities and society. This is

Cette conclusion est aussi appuyée par le fait que le matériel visé constitue une expression qui est motivée, dans la vaste majorité des cas, par le bénéfice économique. Dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, à la p. 247, notre Cour a statué qu'un motif d'expression de nature économique signifie qu'il se pourrait que des restrictions imposées à l'expression «soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes».

J'analyserai maintenant les trois aspects fondamentaux du critère de la proportionnalité.

(ii) *Le lien rationnel*

Le message de l'obscénité qui dégrade ou déshumanise est analogue à celui que transmet la propagande haineuse. Comme le procureur général de l'Ontario l'a indiqué dans son mémoire, l'obscénité risque de causer un préjudice social en ce qu'une partie importante de la population est humiliée par les présentations grossièrement déformées qu'elle véhicule.

En conséquence, le lien rationnel entre l'art. 163 et l'objectif du Parlement se rapporte au véritable lien de causalité qui existe entre l'obscénité et le risque de préjudice pour la société en général. À cet égard, il est évident que les ouvrages dans le domaine des sciences humaines peuvent toujours faire l'objet d'une controverse. Dans la décision *Fringe Product Inc.*, précitée, le juge Charron de la Cour de district a examiné de nombreux ouvrages et rapports écrits et a entendu, pendant six jours, des témoignages d'experts qui se sont efforcés de décrire la situation des sciences humaines relativement à l'étude des effets de la pornographie. Le juge Charron a conclu que le rapport entre la pornographie et le préjudice était suffisant pour justifier l'intervention du Parlement. Ce n'est pas là une conclusion qui est partagée par tous.

Contrairement aux conclusions du rapport MacGuigan, précité, les conclusions récentes du rapport Fraser, précité, n'ont pu établir l'existence d'un lien de causalité entre la pornographie et la perpétration de crimes violents, l'agression

in contrast to the findings of the MacGuigan Report, *supra*.

While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs. The Meese Commission Report, *supra*, concluded in respect of sexually violent material (vol. 1, at p. 326):

... the available evidence strongly supports the hypothesis that substantial exposure to sexually violent materials as described here bears a causal relationship to anti-social acts of sexual violence and, for some subgroups, possibly to unlawful acts of sexual violence.

Although we rely for this conclusion on significant scientific empirical evidence, we feel it worthwhile to note the underlying logic of the conclusion. The evidence says simply that the images that people are exposed to bear a causal relationship to their behavior. This is hardly surprising. What would be surprising would be to find otherwise, and we have not so found. We have not, of course, found that the images people are exposed to are a greater cause of sexual violence than all or even many other possible causes the investigation of which has been beyond our mandate. Nevertheless, it would be strange indeed if graphic representations of a form of behavior, especially in a form that almost exclusively portrays such behavior as desirable, did not have at least some effect on patterns of behavior.

In the face of inconclusive social science evidence, the approach adopted by our Court in *Irwin Toy* is instructive. In that case, the basis for the legislation was that television advertising directed at young children is *per se* manipulative. The Court made it clear, at p. 994, that in choosing its mode of intervention, it is sufficient that Parliament had a reasonable basis:

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's

sexuelle d'enfants ou la désintégration des collectivités et de la société.

Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance. Le rapport de la commission Meese, précité, conclut relativement au matériel sexuellement violent (vol. 1, à la p. 326):

[TRADUCTION] ... les données existantes appuient fortement l'hypothèse selon laquelle il existerait un lien causal entre le fait d'être considérablement exposé à du matériel sexuellement violent et la perpétration d'actes antisociaux de violence sexuelle, et possiblement, dans le cas de certains sous-groupes, d'actes illégaux de violence sexuelle.

Bien que nous nous soyons fondés sur d'importantes données scientifiques empiriques pour en arriver à cette conclusion, nous croyons qu'il vaut la peine d'en faire ressortir la logique sous-jacente. Les données démontrent simplement qu'il existe un lien causal entre les images auxquelles les gens sont exposés et leur comportement. Cela n'est guère étonnant. Le contraire le serait, mais ce n'est pas là notre conclusion. Nous ne sommes pas, de toute évidence, arrivés à la conclusion que les images auxquelles sont exposés les gens contribuent davantage à la violence sexuelle que toutes les nombreuses autres causes possibles, dont l'examen dépassait le cadre de notre mandat. Néanmoins, il serait vraiment étrange que les représentations détaillées d'une forme de comportement, qui est presque toujours représenté comme désirable, n'aient pas au moins une certaine incidence sur les types de comportement.

Compte tenu de la preuve non concluante en matière de sciences humaines, la méthode adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy* est instructive. Dans cette affaire, le fondement du texte législatif était que la publicité télévisée destinée aux jeunes enfants tient en soi de la manipulation. La Cour a établi clairement, à la p. 994, qu'il est suffisant que le choix du mode d'intervention du Parlement soit raisonnablement fondé:

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème

advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective.

And at p. 990:

... the Court also recognized that the government was afforded a margin of appreciation to form legitimate objectives based on somewhat inconclusive social science evidence.

Similarly, in *Keegstra, supra*, the absence of proof of a causative link between hate propaganda and hatred of an identifiable group was discounted as a determinative factor in assessing the constitutionality of the hate literature provisions of the *Criminal Code*. Dickson C.J. stated, at p. 776:

First, to predicate the limitation of free expression upon proof of actual hatred gives insufficient attention to the severe psychological trauma suffered by members of those identifiable groups targeted by hate propaganda. Second, it is clearly difficult to prove a causative link between a specific statement and hatred of an identifiable group.

McLachlin J. (dissenting) expressed it as follows, at p. 857:

To view hate propaganda as "victimless" in the absence of any proof that it moved its listeners to hatred is to discount the wrenching impact that it may have on members of the target group themselves Moreover, it is simply not possible to assess with any precision the effects that expression of a particular message will have on all those who are ultimately exposed to it.

The American approach on the necessity of a causal link between obscenity and harm to society was set out by Burger C.J. in *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1972), at pp. 60-61:

Although there is no conclusive proof of a connection between antisocial behavior and obscene material, the

de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement.

Et à la p. 990:

... la Cour a également reconnu que le gouvernement disposait d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes.

De même, on a statué dans l'arrêt *Keegstra*, précité, que l'absence de preuve d'un lien causal entre la propagande haineuse et la haine pour un groupe identifiable ne constitue pas un facteur déterminant dans l'examen de la constitutionnalité des dispositions sur la propagande haineuse contenues dans le *Code criminel*. Le juge en chef Dickson affirme, à la p. 776:

Premièrement, faire reposer la restriction de la liberté d'expression sur la preuve de l'existence d'une haine effective c'est ne pas tenir adéquatement compte du grave traumatisme psychologique subi par les membres des groupes identifiables visés par la propagande haineuse. Deuxièmement, il est manifestement difficile d'établir l'existence d'un lien causal entre une déclaration donnée et la haine pour un groupe identifiable.

Le juge McLachlin (dissidente) a ainsi formulé son opinion à cet égard, à la p. 857:

Dire que la propagande haineuse «ne fait pas de victime» quand il n'est pas prouvé qu'elle a incité ses destinataires à la haine c'est faire abstraction de l'effet déchirant qu'elle peut avoir sur les membres du groupe cible eux-mêmes [. . .] Par ailleurs, il n'est simplement pas possible de déterminer avec exactitude les effets que l'expression d'un message donné aura sur tous ceux qui finiront par l'entendre.

La méthode américaine qui exige l'existence d'un lien causal entre l'obscénité et le préjudice causé à la société a été énoncée par le juge en chef Burger dans l'arrêt *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1972), aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Bien qu'il n'existe pas de preuve concluante de l'existence d'un lien entre le comportement

legislature ... could quite reasonably determine that such a connection does or might exist.

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

Accordingly, I am of the view that there is a sufficiently rational link between the criminal sanction, which demonstrates our community's disapproval of the dissemination of materials which potentially victimize women and which restricts the negative influence which such materials have on changes in attitudes and behaviour, and the objective.

Finally, I wish to distinguish this case from *Keegstra*, in which the minority adopted the view that there was no rational connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression. As McLachlin J. noted, prosecutions under the *Criminal Code* for racist expression have attracted extensive media coverage. The criminal process confers on the accused publicity for his or her causes and succeeds even in generating sympathy. The same cannot be said of the kinds of expression sought to be suppressed in the present case. The general availability of the subject materials and the rampant pornography industry are such that, in the words of Dickson C.J. in *Keegstra*, "pornography is not dignified by its suppression". In contrast to the hate-monger who may succeed, by the sudden media attention, in gaining an audience, the prohibition of obscene materials does nothing to promote the pornographer's cause.

(iii) *Minimal Impairment*

In determining whether less intrusive legislation may be imagined, this Court stressed in the *Prostitution Reference, supra*, that it is not necessary that

antisocial et le matériel obscène, le législateur [...] pourrait tout à fait raisonnablement déterminer qu'un tel lien existe ou pourrait exister.

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

c En conséquence, j'estime qu'il existe un lien suffisamment rationnel entre l'objectif et la sanction pénale, qui, d'une part, montre la désapprobation de notre société à l'égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et, d'autre part, restreint l'influence négative que ce genre de matériel risque d'avoir sur les changements d'attitude et de comportement.

f Enfin, je tiens à établir une distinction entre le présent pourvoi et l'arrêt *Keegstra* dans lequel les juges formant la minorité ont exprimé l'opinion qu'il n'existait pas de lien rationnel entre la criminalisation de la propagande haineuse et sa suppression. Comme le juge McLachlin l'a fait remarquer, les poursuites relatives à l'expression raciste intentées sous le régime du *Code criminel* ont suscité beaucoup d'intérêt dans les médias. Le processus pénal offre à la cause de l'accusé une publicité qui réussit parfois même à engendrer la sympathie. On ne peut pas en dire autant des types d'expression que l'on cherche à supprimer en l'espèce. L'accessibilité générale du matériel visé et l'industrie pornographique florissante font en sorte que, pour emprunter les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, «[l]a pornographie n'est pas valorisée par sa suppression». Contrairement au fomenteur de haine qui peut réussir, grâce à l'attention soudaine des médias, à s'attirer un auditoire, l'interdiction du matériel obscène ne favorise en rien la cause du pornographe.

(iii) *L'atteinte minimale*

j En déterminant s'il est possible d'imaginer une loi moins attentatoire, notre Cour a fait ressortir, dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité, que le

the legislative scheme be the "perfect" scheme, but that it be appropriately tailored in the context of the infringed right (at p. 1138). Furthermore, in *Irwin Toy, supra*, Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ. stated, at p. 999:

While evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups.

There are several factors which contribute to the finding that the provision minimally impairs the freedom which is infringed.

First, the impugned provision does not proscribe sexually explicit erotica without violence that is not degrading or dehumanizing. It is designed to catch material that creates a risk of harm to society. It might be suggested that proof of actual harm should be required. It is apparent from what I have said above that it is sufficient in this regard for Parliament to have a reasonable basis for concluding that harm will result and this requirement does not demand actual proof of harm.

Second, materials which have scientific, artistic or literary merit are not captured by the provision. As discussed above, the court must be generous in its application of the "artistic defence". For example, in certain cases, materials such as photographs, prints, books and films which may undoubtedly be produced with some motive for economic profit, may nonetheless claim the protection of the *Charter* in so far as their defining characteristic is that of aesthetic expression, and thus represent the artist's attempt at individual fulfilment. The existence of an accompanying economic motive does not, of itself, deprive a work of signif-

régime législatif n'a pas à être «parfait», mais qu'il doit être bien adapté au contexte du droit qui est violé (à la p. 1138). De plus, dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson affirment, à la p. 999:

Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixés. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables.

Plusieurs facteurs militent en faveur de la conclusion que la disposition porte le moins possible atteinte à la liberté en question.

Premièrement, la disposition attaquée n'interdit pas le matériel érotique sexuellement explicite qui ne comporte pas de violence et qui n'est ni dégradant ni déshumanisant. Elle est conçue de manière à viser le matériel qui crée un risque de préjudice pour la société. On pourrait soutenir qu'il devrait être nécessaire de faire la preuve d'un préjudice réel. Il ressort de ce que je viens d'affirmer qu'il est suffisant que le Parlement ait un motif raisonnable de conclure qu'il s'ensuivra un préjudice, ce qui n'exige pas la preuve d'un préjudice réel.

Deuxièmement, le matériel qui a une valeur scientifique, artistique ou littéraire n'est pas visé par la disposition. Comme nous l'avons vu précédemment, le tribunal doit appliquer libéralement le moyen de défense fondé sur la «valeur artistique». Par exemple, dans certains cas, lorsqu'il est question de matériel, comme des photographies, des gravures, des livres et des films, qui peut indubitablement être produit à une fin de bénéfice économique, on pourra néanmoins revendiquer la protection de la *Charte* dans la mesure où la caractéristique déterminante du matériel en cause est l'expression esthétique et représente ainsi une tentative d'épanouissement personnel de la part de l'artiste. L'existence d'un motif économique sous-jacent ne prive pas en soi un ouvrage de signifi-

icance as an example of individual artistic or self-fulfilment.

Third, in considering whether the provision minimally impairs the freedom in question, it is legitimate for the court to take into account Parliament's past abortive attempts to replace the definition with one that is more explicit. In *Irwin Toy*, our Court recognized that it is legitimate to take into account the fact that earlier laws and proposed alternatives were thought to be less effective than the legislation that is presently being challenged. The attempt to provide exhaustive instances of obscenity has been shown to be destined to fail (Bill C-54, 2nd Sess., 33rd Parl.). It seems that the only practicable alternative is to strive towards a more abstract definition of obscenity which is contextually sensitive and responsive to progress in the knowledge and understanding of the phenomenon to which the legislation is directed. In my view, the standard of "undue exploitation" is therefore appropriate. The intractable nature of the problem and the impossibility of precisely defining a notion which is inherently elusive makes the possibility of a more explicit provision remote. In this light, it is appropriate to question whether, and at what cost, greater legislative precision can be demanded.

Fourth, while the discussion in this appeal has been limited to the definition portion of s. 163, I would note that the impugned section, with the possible exception of subs. 1, which is not in issue here, has been held by this Court not to extend its reach to the private use or viewing of obscene materials. *R. v. Rioux*, [1969] S.C.R. 599, [1970] 3 C.C.C. 149, unanimously upheld the finding of the Quebec Court of Appeal that s. 163(2) (then s. 150(2)) does not include the private viewing of obscene materials. Hall J. affirmed the finding of Pratte J., at pp. 151-52 C.C.C.:

[TRANSLATION] If exposing "to public view" is mentioned in s-s. (2)(a), it is because the legislator intended

tion à titre d'exemple du sens artistique ou de l'épanouissement personnel de l'auteur.

Troisièmement, lorsqu'il examine si la disposition porte le moins possible atteinte à la liberté en question, le tribunal peut légitimement tenir compte des tentatives antérieures infructueuses du Parlement de remplacer la définition par une autre plus explicite. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a reconnu qu'il est légitime de tenir compte du fait que l'on estimait que les textes législatifs antérieurs et les solutions proposées étaient moins efficaces que le texte législatif qui fait l'objet de la présente contestation. Il s'est avéré que la tentative de donner des exemples d'obscénité exhaustifs ne pouvait qu'échouer (projet de loi C-54, 2^e sess., 33^e Parl.). Il semble que la seule solution pratique soit d'établir une définition plus abstraite de l'obscénité, qui tiendra compte du contexte et de l'évolution de la connaissance et de la compréhension du phénomène visé par le texte législatif. À mon avis, la norme de l'«exploitation indue» est donc appropriée. Compte tenu du caractère insoluble du problème et de l'impossibilité de définir précisément une notion qui est fondamentalement insaisissable, il y a peu de chance que l'on réussisse à établir une disposition plus explicite. En conséquence, on peut se demander s'il est possible d'exiger du législateur une plus grande précision et à quel prix.

Quatrièmement, bien que l'analyse effectuée dans le présent pourvoi ait porté seulement sur la définition contenue dans l'art. 163, je tiens à faire remarquer que notre Cour a jugé que l'article attaqué, sauf peut-être son paragraphe premier qui n'est pas en cause en l'espèce, n'englobe pas le fait d'utiliser ou de regarder en privé du matériel obscène. Dans l'arrêt *R. c. Rioux*, [1969] R.C.S. 599, la Cour a confirmé à l'unanimité la conclusion de la Cour d'appel du Québec que le par. 163(2) (alors le par. 150(2)) ne vise pas le fait de regarder en privé du matériel obscène. Le juge Hall a confirmé la décision du juge Pratte, à la p. 602:

Si donc l'exposition «à la vue du public» est mentionnée dans le paragraphe 2a, c'est que le législateur a

that this, and not a private showing, should constitute a crime.

I would therefore say that showing obscene pictures to a friend or projecting an obscene film in one's own home is not in itself a crime nor is it enough to establish intention of circulating them nor help to prove such an intention.

This Court also cited with approval the words of Hyde J., at p. 152 C.C.C.:

Before I am prepared to hold that private use of written matter or pictures within an individual's residence may constitute a criminal offence, I require a much more specific text of law than we are now dealing with. It would have been very simple for Parliament to have included the word "exhibit" in this section if it had wished to cover this situation.

Accordingly, it is only the public distribution and exhibition of obscene materials which is in issue here.

Finally, I wish to address the arguments of the interveners, the Canadian Civil Liberties Association and Manitoba Association for Rights and Liberties, that the objectives of this kind of legislation may be met by alternative, less intrusive measures. First, it is submitted that reasonable time, manner and place restrictions would be preferable to outright prohibition. I am of the view that this argument should be rejected. Once it has been established that the objective is the avoidance of harm caused by the degradation which many women feel as "victims" of the message of obscenity, and of the negative impact exposure to such material has on perceptions and attitudes towards women, it is untenable to argue that these harms could be avoided by placing restrictions on access to such material. Making the materials more difficult to obtain by increasing their cost and reducing their availability does not achieve the same objective. Once Parliament has reasonably concluded that certain acts are harmful to certain groups in society and to society in general, it would be inconsistent, if not hypocritical, to argue that such acts could be committed in more restrictive conditions.

voulu que celle-là seule, et non pas l'exposition privée, constitue un crime.

Je dirais donc que le fait de montrer des images obscènes à un ami ou de projeter un film obscène dans l'intimité de son foyer n'est pas en soi un crime, ni ne suffit pour établir l'intention de les mettre en circulation, encore qu'il puisse aider à prouver cette intention.

Notre Cour a également cité et approuvé les propos du juge Hyde, aux pp. 602 et 603:

[TRADUCTION] Pour que je sois disposé à conclure que l'utilisation d'écrits ou d'images dans l'intimité de son foyer peut constituer un acte criminel, je dois pouvoir invoquer à cette fin un texte législatif beaucoup plus spécifique que celui qui nous occupe en l'espèce. Il aurait été fort simple pour le Parlement d'inclure le terme «montrer» dans cette disposition s'il avait voulu englober cette situation.

En conséquence, le présent pourvoi vise seulement la distribution au public et le fait d'exposer à la vue du public du matériel obscène.

Enfin, j'aimerais analyser les moyens soulevés par les intervenantes, l'Association canadienne des libertés civiles et l'Association manitobaine des droits et libertés, savoir que les objectifs de ce type de texte législatif peuvent être atteints au moyen d'autres mesures moins envahissantes. Premièrement, on soutient que des restrictions raisonnables quant au moment et à l'endroit où on peut utiliser ce matériel, et à la manière de le faire, seraient préférables à une interdiction absolue. Je suis d'avis que cet argument doit être rejeté. Une fois qu'il a été établi que l'objectif de la disposition est d'empêcher le préjudice causé par la dégradation que bien des femmes ressentent en tant que «victimes» du message d'obscénité, ainsi que l'incidence négative que le fait d'être exposé à ce matériel a sur la perception qu'on a des femmes et sur les attitudes envers elles, on ne saurait soutenir que ces préjudices pourraient être évités en restreignant l'accès à ce matériel. On ne peut atteindre le même objectif en rendant le matériel plus difficile à obtenir par une majoration des prix et par une réduction de son accessibilité. Une fois que le Parlement a raisonnablement conclu que certains actes sont nocifs pour certains groupes de la société et pour l'ensemble de la société, il serait illogique, voire

The harm sought to be avoided would remain the same in either case.

It is also submitted that there are more effective techniques to promote the objectives of Parliament. For example, if pornography is seen as encouraging violence against women, there are certain activities which discourage it – counselling rape victims to charge their assailants, provision of shelter and assistance for battered women, campaigns for laws against discrimination on the grounds of sex, education to increase the sensitivity of law enforcement agencies and other governmental authorities. In addition, it is submitted that education is an under-used response.

It is noteworthy that many of the above suggested alternatives are in the form of responses to the harm engendered by negative attitudes against women. The role of the impugned provision is to control the dissemination of the very images that contribute to such attitudes. Moreover, it is true that there are additional measures which could alleviate the problem of violence against women. However, given the gravity of the harm, and the threat to the values at stake, I do not believe that the measure chosen by Parliament is equalled by the alternatives which have been suggested. Education, too, may offer a means of combating negative attitudes to women, just as it is currently used as a means of addressing other problems dealt with in the *Code*. However, there is no reason to rely on education alone. It should be emphasized that this is in no way intended to deny the value of other educational and counselling measures to deal with the roots and effects of negative attitudes. Rather, it is only to stress the arbitrariness and unacceptability of the claim that such measures represent the sole legitimate means of addressing the phenomenon. Serious social problems such as violence against women require multi-pronged approaches by government. Education and legislation are not alternatives but complements in

hypocrite, de soutenir que ces actes pourraient être accomplis dans des conditions plus restrictives. Le préjudice que l'on cherche à éviter demeurerait le même dans l'un et l'autre cas.

a

On prétend également qu'il existe des techniques plus efficaces pour promouvoir les objectifs du Parlement. Par exemple, si l'on considère que la pornographie encourage la violence faite aux femmes, il existe certaines activités qui la décourage comme, par exemple, conseiller aux victimes de viol de déposer une accusation contre leur agresseur, fournir des refuges et de l'aide aux femmes battues, organiser des campagnes en faveur de l'adoption de lois interdisant la discrimination fondée sur le sexe, former pour sensibiliser davantage les organismes chargés d'appliquer la loi et les autres autorités gouvernementales. On soutient aussi qu'on n'a pas suffisamment recours aux campagnes de formation des gens.

d

Il convient de noter que de nombreuses solutions de rechange proposées constituent des réactions au préjudice engendré par les attitudes négatives envers les femmes. La disposition attaquée vise à contrôler la diffusion des images mêmes qui donnent naissance à ces attitudes. De plus, il est exact que d'autres mesures pourraient atténuer le problème de la violence faite aux femmes. Toutefois, compte tenu de la gravité du préjudice et de la menace pour les valeurs en jeu, je ne crois pas que la mesure retenue par le Parlement soit comparable à celles qui ont été proposées. La formation peut elle aussi constituer un moyen de combattre les attitudes négatives envers les femmes, de la même façon qu'on l'utilise actuellement relativement à d'autres problèmes traités dans le *Code*. Toutefois, il n'y a aucune raison d'avoir recours à la formation seulement. Il convient de souligner que cela ne vise aucunement à nier la valeur des autres mesures de formation et d'assistance comme moyen de s'attaquer au fondement et aux effets des attitudes négatives. Cela n'a plutôt pour but que de faire ressortir le caractère arbitraire et inacceptable de la prétention que ces mesures constituent le seul moyen légitime de s'attaquer au phénomène. Des problèmes sociaux graves comme la violence faite aux femmes requièrent l'adoption par le gouverne-

e

f

g

h

i

j

addressing such problems. There is nothing in the *Charter* which requires Parliament to choose between such complementary measures.

(iv) *Balance Between Effects of Limiting Measures and Legislative Objective*

The final question to be answered in the proportionality test is whether the effects of the law so severely trench on a protected right that the legislative objective is outweighed by the infringement. The infringement on freedom of expression is confined to a measure designed to prohibit the distribution of sexually explicit materials accompanied by violence, and those without violence that are degrading or dehumanizing. As I have already concluded, this kind of expression lies far from the core of the guarantee of freedom of expression. It appeals only to the most base aspect of individual fulfilment, and it is primarily economically motivated.

The objective of the legislation, on the other hand, is of fundamental importance in a free and democratic society. It is aimed at avoiding harm, which Parliament has reasonably concluded will be caused directly or indirectly, to individuals, groups such as women and children, and consequently to society as a whole, by the distribution of these materials. It thus seeks to enhance respect for all members of society, and non-violence and equality in their relations with each other.

I therefore conclude that the restriction on freedom of expression does not outweigh the importance of the legislative objective.

5. Conclusion

I conclude that while s. 163(8) infringes s. 2(b) of the *Charter*, freedom of expression, it constitutes a reasonable limit and is saved by virtue of

ment de solutions à plusieurs volets. La formation et la législation constituent non pas des solutions de rechange, mais se complètent pour faire face à ces problèmes. Rien dans la *Charte*, n'oblige le

a Parlement à faire un choix parmi ces mesures complémentaires.

(iv) *L'équilibre entre les effets des mesures restrictives et l'objectif législatif*

La dernière question à laquelle il faut répondre dans l'analyse du critère de proportionnalité est de savoir si les effets de la disposition législative empiètent tellement sur un droit garanti que l'objectif législatif cède le pas à l'atteinte portée à ce droit. L'atteinte à la liberté d'expression vise seulement une mesure destinée à interdire la distribution de matériel sexuellement explicite accompagné de violence et de matériel sexuellement explicite non accompagné de violence, mais qui est dégradant ou déshumanisant. Comme je l'ai déjà mentionné, ce genre d'expression est loin de l'essence de la garantie de liberté d'expression. Il ne fait appel qu'à l'aspect le moins digne de l'épanouissement personnel et repose principalement sur des motifs d'ordre économique.

Par contre, l'objectif du texte législatif revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique. Il vise à empêcher que la distribution de ce genre de matériel cause un préjudice, qui, selon ce que le Parlement a raisonnablement conclu, sera direct ou indirect, à des particuliers, à des groupes comme les femmes et les enfants et, par voie de conséquence, à l'ensemble de la société. Cet objectif vise donc à favoriser le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens.

Je conclus donc que l'importance de l'objectif législatif ne cède pas le pas à la restriction apportée à la liberté d'expression.

5. Conclusion

Je conclus que, même si le par. 163(8) viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*, il constitue une limite raisonnable et est

the provisions of s. 1. The trial judge convicted the appellant only with respect to materials which contained scenes involving violence or cruelty intermingled with sexual activity or depicted lack of consent to sexual contact or otherwise could be said to dehumanize men or women in a sexual context. The majority of the Court of Appeal, on the other hand, convicted the appellant on all charges.

While the trial judge concluded that the material for which the accused were acquitted was not degrading or dehumanizing, he did so in the context of s. 1 of the *Charter*. In effect, he asked himself whether, if the material was proscribed by s. 163(8), that section would still be supportable under s. 1. In this context, he considered the government objectives of s. 163(8) and measured the material which was the subject of the charges against this objective. The findings at trial were therefore made in a legal framework that is different from that outlined in these reasons. Specifically, in considering whether the materials were degrading or dehumanizing, he did not address the issue of harm. Accordingly, it would be speculation to conclude that the same result would have been obtained if the definition of obscenity contained in these reasons had been applied. The test applied by the majority of the Court of Appeal also differed significantly from these reasons. I therefore cannot accept their conclusion that all of the materials are obscene. Accordingly, I would allow the appeal and direct a new trial on all charges. I note, however, that I am in agreement with Wright J.'s conclusion that, in the case of material found to be obscene, there should only be one conviction imposed with respect to a single tape.

I would answer the constitutional questions as follows:

sauegardé par les dispositions de l'article premier. Le juge du procès n'a déclaré l'appelant coupable que relativement au matériel qui renfermait des scènes de violence ou de cruauté mélangée à des activités sexuelles ou qui représentait une absence de consentement au contact sexuel ou dont on pouvait dire, par ailleurs, qu'il déshumanisait les hommes ou les femmes dans un contexte sexuel. Par contre, la Cour d'appel à la majorité a reconnu l'appelant coupable relativement à toutes les accusations.

Même si le juge du procès a conclu que le matériel à l'égard duquel les accusés ont été acquittés n'était ni dégradant ni déshumanisant, il l'a fait dans le contexte de l'article premier de la *Charte*. En effet, il s'est demandé si, dans l'éventualité où le matériel serait interdit par le par. 163(8), cette disposition pourrait encore être justifiable en vertu de l'article premier. Dans ce contexte, il a examiné les objectifs gouvernementaux du par. 163(8) et a apprécié le matériel visé par les accusations en fonction de cet objectif. Les conclusions tirées au procès l'ont donc été dans un cadre juridique différent de celui qui est exposé dans les présents motifs. Plus précisément, en se demandant si le matériel était dégradant ou déshumanisant, il n'a pas abordé la question du préjudice. Par conséquent, ce serait conjecturer que de conclure qu'on serait arrivé au même résultat si la définition de l'obscénité contenue dans les présents motifs avait été appliquée. Le critère qu'a appliqué la Cour d'appel, à la majorité, différait également de façon importante des présents motifs. Je ne puis donc accepter sa conclusion que tout le matériel est obscène. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur toutes les accusations. Je souligne, cependant, que je suis d'accord avec la conclusion du juge Wright que, dans le cas du matériel jugé obscène, il ne devrait être imposé qu'une seule déclaration de culpabilité relativement à une même bande.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Does s. 163 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If s. 163 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, violates s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can s. 163 of the *Criminal Code* of Canada be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law?

Answer: Yes.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J.—I have had the benefit of the reasons of Justice Sopinka and, while I agree both with his disposition of the case and with his reasons generally, I wish to add to them with respect to the judicial interpretation of s. 163 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and to its constitutional validity.

The Substance of s. 163 of the Code

A Representation and its Content

Section 163 of the *Code* offers a peculiar structure. Its subject matter, obscene materials, comprises the dual elements of representation and content. Representation here is understood in the sense of public suggestion. A representation is a portrayal, a description meant to evoke something to the mind and senses. Furthermore, in the context of s. 163 of the *Code*, one deals with representations to the public in general, without restriction, as will be explained below. Hence the *Oxford English Dictionary* (2nd ed.) defines "to represent" as "to bring clearly and distinctly before the mind" and "representation" as "the action or fact of exhibiting in some visible image or form". The element of representation in s. 163 of the *Code* is therefore a suggestion, a depiction to the public. By "content" I mean of course the content of the representation.

1. L'article 163 du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole-t-il l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si l'article 163 du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'art. 163 du *Code criminel* du Canada est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit?

Réponse: Oui.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai pris connaissance des motifs du juge Sopinka et, bien que je souscrive à sa conclusion et aux raisons qu'il invoque généralement, je tiens à ajouter mes commentaires en ce qui concerne l'interprétation judiciaire de l'art. 163 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et sa constitutionnalité.

L'essence de l'art. 163 du Code

Une représentation et son contenu

L'article 163 du *Code* présente une structure particulière. Son objet, le matériel obscène, comporte deux éléments: la représentation et le contenu. La représentation s'entend ici de quelque chose de suggestif pour le public. Une représentation est une exhibition, une description visant à stimuler l'esprit et les sens. De plus, dans le contexte de l'art. 163 du *Code*, il s'agit de représentations destinées au grand public, sans restriction, comme je l'expliquerai ultérieurement. Selon l'*Oxford English Dictionary* (2^e éd.), le verbe «to represent» s'entend de [TRADUCTION] «faire apparaître clairement et distinctement à l'esprit» et le terme «representation» signifie [TRADUCTION] «l'action ou le fait d'exhiber une image ou une forme visible». L'élément de représentation à l'art. 163 du *Code* constitue donc une suggestion, une présentation destinée au public. Par «contenu», j'entends bien entendu le contenu de la représentation.

It is the combination of the two, the representation and its content, that attracts criminal liability. A representation as such is not enough, of course, to create the subject matter of s. 163, but neither is an act included in the content of s. 163 of the *Code*, without an element of representation.

It is indeed important to emphasize that the *Criminal Code* is grounded on the principles of sexual freedom between consenting adults, and of criminal liability for sexual relations between adults and minors (young persons between the age of 14 and 17 being in a special position). Offences such as sexual assault (ss. 271-73), sexual interference (s. 151), sexual exploitation (s. 153) or incest between an adult and a minor (s. 155) are corollaries of these basic principles. Aside from them, few offences related to sexual practices exist: incest between adults (s. 155 of the *Code*), anal intercourse when more than two persons are present (s. 159 of the *Code*), bestiality (s. 160 of the *Code*) and necrophilia (s. 182 of the *Code*).

Yet obscenity is not limited to the acts described above. Irrespective of the construction given to s. 163(8), a surface glance at its wording makes this obvious. The acts listed in the above paragraph might perhaps be included in the phrase "sex and . . . crime, horror, cruelty and violence" found in s. 163(8) of the *Code*. They certainly do not exhaust the meaning of this phrase, and s. 163(8) comprises in addition the phrase "undue exploitation of sex", which is central to this case. Hence the content of obscenity exceeds the acts prohibited in the *Code*.

This difference in content stems from the element of representation found in s. 163 of the *Code*. Parliament ascribed a broader content to obscenity because it involves a representation. In this combination of a given content and its representation lies the particular essence of obscenity, as was mentioned above. The type of scenes vividly described

C'est la conjonction des deux éléments, la représentation et son contenu, qui entraîne la responsabilité criminelle. Il va de soi qu'une représentation, en tant que telle, ne suffit pas pour constituer l'objet de l'art. 163, pas plus qu'un acte, sans un élément de représentation, n'est l'objet de l'art. 163 du *Code*.

Il importe en effet de souligner que le *Code criminel* est fondé sur les principes de liberté sexuelle entre adultes consentants et de responsabilité criminelle dans le cas de relations sexuelles entre des adultes et des personnes mineures (les jeunes de 14 à 17 ans sont l'objet d'un régime particulier). Les infractions comme l'agression sexuelle (art. 271 à 273), les contacts sexuels (art. 151), les infractions sexuelles par des personnes en situation d'autorité (art. 153) ou l'inceste entre un adulte et une personne mineure (art. 155) sont des corollaires de ces principes fondamentaux. À part celles-ci, il existe peu d'infractions qui ont trait aux pratiques sexuelles: l'inceste entre adultes (art. 155 du *Code*), les relations sexuelles anales lorsque plus de deux personnes sont présentes (art. 159 du *Code*), la bestialité (art. 160 du *Code*) et la nécrophilie (art. 182 du *Code*).

Pourtant, l'obscénité n'est pas limitée aux actes susmentionnés. Quelle que soit l'interprétation donnée au par. 163(8), un simple coup d'œil à son texte permet de le constater clairement. Les actes énumérés dans le paragraphe précédent pourraient peut-être être inclus dans l'expression «de choses sexuelles et . . . le crime, l'horreur, la cruauté et la violence» que l'on trouve au par. 163(8) du *Code*. Ils n'épuisent sûrement pas la portée de cette expression; par ailleurs, le par. 163(8) comporte aussi l'expression «exploitation induc des choses sexuelles» qui est cruciale en l'espèce. En conséquence, le contenu de l'obscénité va au-delà des actes interdits dans le *Code*.

Cette différence de contenu découle de l'élément de représentation que l'on trouve à l'art. 163 du *Code*. Le Parlement a attribué un contenu plus large à l'obscénité parce qu'elle comporte une représentation. Tel que mentionné plus haut, c'est dans la conjonction d'un contenu donné et de sa représentation que réside l'essence même de l'obs-

in *R. v. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318 (Alta. Q.B.), *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53 (Ont. Co. Ct.) or *R. v. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (Man. Q.B.), might perhaps be legal if done between consenting adults, but they become obscene when they are represented.

Without launching into a lengthy debate on the reasons why Parliament may have enacted s. 163 of the *Code* (the reasons of Sopinka J. cover this point extensively), it can be seen that the combination of representation and content that constitutes obscenity leads to many ills. Obscene materials (I will not for reasons explained later differentiate between obscenity and pornography) convey a distorted image of human sexuality, by making public and open elements of the human nature which are usually hidden behind a veil of modesty and privacy. D. A. Downs, *The New Politics of Pornography* (1989), aptly describes how these materials do not reflect the richness of human sexuality, but rather turn it into pure animality, at p. 183:

... the deeper objection to sheer pornography or obscenity ... is that it represents a retreat from the human dilemma and the responsibility of acknowledging the tensions in our nature. Sheer pornography also reduces us to the lower aspects of our natures by stripping away the modesty that arises from our encounter with our animality.

This distorted image of human sexuality often comprises violence, cruelty, infliction of pain, humiliation, among other elements of the pornographic imagery. Not only are these materials often evidence of the commission of reprehensible actions in their making, but their representation conjures the possibility of behavioural influences. In a marketplace of ideas, to use that classic metaphor, pornographic imagery is there for the taking, and it finds without any doubt many takers. Attitudinal changes in these takers, because of exposure to pornographic materials, may lead to abuse and harm. As the Special Committee on Pornography and Prostitution concluded in its report entitled

cénité. Le genre de scènes décrites en détail dans les arrêts *R. c. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318 (B.R. Alb.), *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53 (C. cté Ont.), ou *R. c. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (B.R. Man.) pourraient peut-être être légales si elles se déroulaient entre adultes consentants, mais elles deviennent obscènes lorsqu'elles sont représentées.

Sans lancer un long débat sur les motifs qui ont pu inciter le Parlement à adopter l'art. 163 du *Code* (le juge Sopinka traite cette question en profondeur dans ses motifs), on peut constater que la conjonction de la représentation et du contenu qui constitue l'obscénité est à la source de nombreux maux. Le matériel obscène (pour des motifs que j'expliquerai plus loin, je n'établirai pas de distinction entre l'obscénité et la pornographie) transmet une image déformée de la sexualité humaine, en rendant publics des éléments de la nature humaine qui sont habituellement dissimulés derrière un voile de pudeur et d'intimité. D. A. Downs, dans *The New Politics of Pornography* (1989), décrit bien comment ce matériel ne reflète pas la richesse de la sexualité humaine, mais la ramène plutôt à une activité purement animale, à la p. 183:

[TRADUCTION] ... l'objection la plus grave que l'on formule à l'égard de la pornographie ou de l'obscénité pure et simple [...] est qu'elle représente un repli face au dilemme humain et à l'obligation de reconnaître les tensions de notre nature. La pornographie pure et simple nous ramène à nos bas instincts en éliminant la pudeur qui résulte de notre rencontre avec notre animalité.

Les images pornographiques qui transmettent cette image déformée de la sexualité humaine comportent souvent des éléments de violence, de cruauté, de douleur infligée et d'humiliation. Non seulement ce matériel constitue souvent la preuve que l'on est en train de commettre des actes répréhensibles, mais encore sa représentation évoque la possibilité d'influences sur le comportement. Dans un marché d'idées, pour employer une métaphore classique, les images pornographiques existent pour les preneurs et il ne fait pas de doute que ceux-ci sont nombreux. Les changements d'attitude chez ces preneurs, du fait qu'ils sont exposés au matériel pornographique, peuvent donner lieu à

Pornography and Prostitution in Canada (1985) (the "Fraser Report"), vol. 1, at p. 103:

... there are magazines, films and videos produced solely for the purpose of entertainment whose depiction of women in particular, but also, in some cases, men and young people, demeans them, perpetuates lies about aspects of their humanity and denies the validity of their aspirations to be treated as full and equal citizens within the community.

These conclusions echoed those of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, in its *Report on Pornography* (1978).

To summarize this section, the particular combination of a representation and its content that forms the subject matter of s. 163 of the *Code* was seen by Parliament as putting forward a distorted image of human sexuality, which in turn can induce harmful behavioural changes. This must be kept in mind when interpreting s. 163 of the *Code*.

Prohibition and Regulation

Another crucial feature of s. 163 of the *Code* lies in its very presence in the *Criminal Code*. Parliament through s. 163 only prohibits, and does not regulate, the circulation of obscene materials. In *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, this Court accordingly insisted that the audience to which a movie is shown was not relevant in deciding whether it is obscene or not, since applying different standards to different constituencies would bring s. 163(8) closer to regulation than prohibition. Wilson J. wrote at p. 521, with the assent of the majority of this Court:

It is not, in my opinion, open to the courts under s. 159(8) [now s. 163(8)] of the *Criminal Code* to characterize a movie as obscene if shown to one constituency but not if shown to another. I do not doubt that it is desirable to regulate the movies that can be shown to different constituencies. A movie which is not obscene

des abus et à des préjudices. Comme le conclut le Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution, dans son rapport intitulé *La pornographie et la prostitution au Canada* (1985) (le «rapport Fraser»), vol. 1, à la p. 110:

... il existe des revues, des films et des vidéos, conçus uniquement à des fins de divertissement, dans lesquels la représentation des femmes, en particulier, mais aussi parfois des hommes et des adolescents a pour effet de les avilir, de perpétuer des mensonges sur leur nature humaine, et de nier leurs aspirations à l'égalité et à la plénitude de leurs droits de citoyens.

Ces conclusions reprennent celles du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques, dans son *Rapport sur la pornographie* (1978).

En résumé, le Parlement a considéré que la conjonction particulière d'une représentation et de son contenu, qui constitue l'objet de l'art. 163 du *Code*, avait pour effet de présenter une image déformée de la sexualité humaine, susceptible de provoquer à des changements d'attitude préjudiciables. Il faut garder cela à l'esprit en interprétant l'art. 163 du *Code*.

Interdiction et réglementation

Un autre aspect crucial de l'art. 163 du *Code* réside dans le fait même qu'il se trouve dans le *Code criminel*. Par l'article 163, le Parlement ne fait qu'interdire, et ne réglemente pas, la mise en circulation du matériel obscène. Dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, notre Cour a, en conséquence, insisté sur le fait que l'auditoire auquel est présenté un film est sans importance pour décider s'il est obscène ou non, puisque l'application de normes différentes à des auditoires différents aurait pour effet d'assimiler le par. 163(8) davantage à une réglementation qu'à une interdiction. Le juge Wilson écrit, à la p. 521, avec l'approbation de notre Cour à la majorité:

À mon avis, il n'appartient pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8) [maintenant le par. 163(8)] du *Code criminel*, de qualifier un film d'obscène si on le présente à un auditoire donné mais de non obscène si on le présente à un autre. Je ne doute pas qu'il soit souhaitable de réglementer les films qu'on peut présenter à différents

within the meaning of the *Criminal Code* may still not be desirable viewing material for persons under the age of 18. Such regulation . . . is authorized in various provincial jurisdictions but it is the regulation of material which is not obscene under the *Code*.

Sopinka J. also underscores this point in his reasons.

In the interpretation of s. 163(8) of the *Code* therefore, the impugned materials must be presumed available to the Canadian public at large. Any restrictions on availability are the result of regulatory measures which fall outside the purview of these provisions of the *Criminal Code*. Obscenity here is concerned with materials for which the mere fact of availability in the public at large is sufficient to warrant criminal prohibition, irrespective of in whose hands they actually fall.

The Three-Category Classification

Section 163(8) is the key to the identification of these materials. In the course of his reasons, Sopinka J. outlines the three tests that have been judicially developed for the application of s. 163(8), that is the "community standard of tolerance", "degradation or dehumanization" and "internal necessities" tests. He then proceeds to a progressive restatement of the law, putting in perspective the first two tests and bringing out the notion of harm as the central feature of s. 163(8) of the *Code*. Sopinka J. essentially aligns the definition of obscenity in s. 163(8) of the *Code* with the definition of pornography nowadays. He introduces a three-part categorization that has surfaced in contemporary theory, and that had been adopted in some Canadian cases throughout the 80s:

- (a) Explicit sex with violence, which generally constitutes "undue exploitation of sex" within the meaning of s. 163(8) of the *Code*, on the basis of demonstrable harm;
- (b) Explicit sex that is degrading or dehumanizing, which will be "undue exploitation of sex" if it creates a substantial risk of harm; the risk of

auditaires. Un film qui n'est pas obscène au sens du *Code criminel* peut néanmoins ne pas être un spectacle souhaitable pour des personnes de moins de 18 ans [. . .] cette réglementation est permise dans plusieurs provinces, mais il s'agit de la réglementation de matériel qui n'est pas obscène au sens du *Code*.

Le juge Sopinka souligne également cet aspect dans ses motifs.

Par conséquent, aux fins d'interpréter le par. 163(8) du *Code*, le matériel attaqué doit être présumé accessible à l'ensemble du public canadien. Toute restriction à l'accessibilité résulte de mesures réglementaires qui excèdent la portée des dispositions du *Code criminel*. L'obscénité vise ici le matériel dont le simple fait qu'il soit accessible au grand public suffit pour justifier une interdiction criminelle, quelle que soit la personne à qui il parvient réellement.

La classification en trois catégories

Le paragraphe 163(8) est la clé qui permet d'identifier ce matériel. Dans ses motifs, le juge Sopinka énonce les trois critères que les tribunaux ont conçus pour appliquer le par. 163(8), soit les critères de la «norme sociale de tolérance», du «traitement dégradant ou déshumanisant» et des «besoins internes». Il fait ensuite une mise à jour des règles de droit applicables, situant dans leur contexte les deux premiers critères et faisant ressortir que la notion de préjudice est l'élément crucial du par. 163(8) du *Code*. Le juge Sopinka rapproche essentiellement la définition de l'obscénité du par. 163(8) du *Code* de la définition actuelle de la pornographie. Il propose une classification en trois catégories qui se dégage de la théorie contemporaine et qui a été adoptée dans certaines décisions canadiennes au cours des années 80:

- a) Les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, qui constituent généralement une «exploitation indue des choses sexuelles» au sens du par. 163(8) du *Code*, selon le préjudice qui peut être démontré,
- b) les choses sexuelles dégradantes ou déshumanisantes, qui constituent une «exploitation indue des choses sexuelles» lorsqu'elles créent un ris-

harm can be assessed with reference to the tolerance of the community, under the "community standard of tolerance" test; and

(c) Explicit sex that is neither violent nor degrading or dehumanizing, which will not generally fall under s. 163(8) of the *Code*, according to Sopinka J.

I must say at the outset that I differ only with respect to the third category of materials. I am not prepared to affirm as boldly as my colleague Sopinka J. does that it escapes the application of s. 163(8).

Materials of the Third Category

The dual nature, as representation and content, of the subject matter of s. 163 comes into play here. Yet the classification proposed by my colleague Sopinka J. focuses only on content. The content of the first two categories of materials is so likely to harm that the characteristics of the representation do not really matter: if there is violence or degradation or dehumanization, as long as the element of representation is present, harm will probably ensue.

The content of the third category of materials is generally perceived as unlikely to cause harm, as Sopinka J. rightly points out. He mentions as an exception child pornography, i.e. materials in the production of which children were employed. This exception is important, since it obviously flows from the high likelihood of harm ensuing from the production and dissemination of child pornography.

In addition to this exception, it is quite conceivable that the representation may cause harm, even if its content as such may not be seen as harmful. It is helpful to quote here a passage from *R. v.*

que de préjudice important, lequel peut être évalué par rapport au seuil de tolérance de la société, en application du critère de la «norme sociale de tolérance», et

c) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes et qui, selon le juge Sopinka, ne sont généralement pas visées par le par. 163(8) du *Code*.

Je dois tout d'abord dire que je diffère d'opinion seulement quant à la troisième catégorie de matériel. Je ne suis pas disposé à affirmer d'une façon aussi catégorique que mon collègue le juge Sopinka que ce matériel échappe à l'application du par. 163(8).

Le matériel de la troisième catégorie

La double nature de l'objet de l'art. 163, soit la représentation et le contenu, entre en jeu ici. Pourtant, la classification proposée par mon collègue le juge Sopinka n'est axée que sur le contenu. Le contenu des deux premières catégories de matériel risque tellement de causer un préjudice que les caractéristiques de la représentation n'ont pas vraiment d'importance: s'il existe un élément de violence ou un traitement dégradant ou déshumanisant, il s'ensuivra vraisemblablement un préjudice dans la mesure où l'élément de la représentation est présent.

On considère généralement que le contenu du matériel de la troisième catégorie risque peu de causer un préjudice, comme le fait remarquer à bon droit le juge Sopinka. Il mentionne, à titre d'exception, la pornographie mettant en cause des enfants, c'est-à-dire le matériel produit avec la participation d'enfants. Cette exception est importante puisqu'elle découle de toute évidence du risque élevé de préjudice que comportent la production et la diffusion de la pornographie qui met en cause des enfants.

Outre cette exception, il est tout à fait concevable que la représentation puisse être nocive, même dans le cas où son contenu peut être jugé inoffensif. Il est utile ici de citer un extrait de l'arrêt *R. c.*

Sudbury News Service Ltd. (1978), 18 O.R. (2d) 428, at p. 435, where Howland C.J.O. wrote:

There are some publications which are so blatantly indecent that they would not be tolerable by the Canadian community under any circumstances. Some pictures are offensive to the majority of people to the point that the Canadian community would not tolerate them on a billboard, or on the cover of a magazine, or on a television screen where persons of all ages and sensibilities would be exposed to them, but would be prepared to tolerate them being viewed by persons who wished to view them. Some pictures would not be acceptable by Canadian community standards in a children's bedtime storybook or primer but would be in a magazine for general distribution.

This passage and the surrounding sentences were also quoted in the judgment of Dickson C.J. in *Towne Cinema, supra*, for the proposition that the tolerance of the Canadian community will vary according to the audience of the materials. Dickson C.J. was in minority on this issue; as was mentioned above, the majority agreed with Wilson J. that the actual audience to which the materials are presented is not relevant. I accept the opinion of Wilson J., as it was concurred in by the majority.

The above passage, however, brings out another important aspect, the manner of representation. This was not at issue in *Towne Cinema, supra*, and neither Dickson C.J. nor Wilson J. addressed this point in his/her respective opinion. The manner of representation, of public suggestion, can greatly contribute to the deformation of sexuality, through the loss of its humanity. Even if the content is not as such objectionable (and, I would say, even more so), the manner in which the material is presented may turn it from innocuous to socially harmful. After all, it is the element of representation that gives this material its power of suggestion, and it seems quite conceivable that this power may cause harm despite the apparent neutrality of the content. A host of factors could intervene in the manner of representation to affect the characterization of the

Sudbury News Service Ltd. (1978), 18 O.R. (2d) 428, à la p. 435, où le juge en chef Howland de l'Ontario affirme:

^a [TRADUCTION] Certaines publications sont d'une indécence si flagrante que la société canadienne ne pourrait les tolérer en aucun cas. Certaines images sont si choquantes pour la majorité des gens que la société canadienne ne tolérerait pas qu'elles soient exposées sur un panneau d'affichage, sur la couverture d'une revue ou à la télévision où des personnes de tout âge et de toute sensibilité pourraient les voir, mais serait toutefois disposée à tolérer qu'elles soient vues par les personnes qui veulent les voir. Suivant les normes de la société canadienne, certaines images ne seraient pas acceptables dans un livre d'histoires ou un manuel pour enfants, mais le seraient dans une revue destinée au public en général.

^d Ce passage et les phrases qui l'entourent ont aussi été cités par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité, à l'appui de la proposition que la tolérance de la société canadienne variera en fonction de l'auditoire auquel s'adresse le matériel.

^e Le juge en chef Dickson était minoritaire sur ce point; comme je l'ai déjà mentionné, les juges formant la majorité étaient d'accord avec le juge Wilson pour dire que l'auditoire auquel est présenté le matériel est sans importance. J'accepte l'opinion du juge Wilson puisqu'elle a reçu l'adhésion des juges formant la majorité.

^g Toutefois, le passage précité fait ressortir un autre aspect important, le mode de représentation. Il ne s'agissait pas là d'un point en litige dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité, et ni le juge en chef Dickson ni le juge Wilson ne l'ont abordé dans leurs motifs respectifs. Le mode de représentation du matériel, la façon de le rendre suggestif pour le public, peut grandement contribuer à la déformation de la sexualité, en lui faisant perdre son caractère humain. Même dans le cas où le contenu du matériel n'est pas choquant en soi (et je dirais même, encore plus s'il ne l'est pas), la façon dont il est présenté peut rendre nocif pour la société un matériel inoffensif. Après tout, c'est l'élément de la représentation qui confère à ce matériel son pouvoir suggestif, et il semble tout à fait concevable que ce pouvoir puisse causer un préjudice malgré

material, among which are the medium, the type or the use.

The medium provides a good example. Indeed the differences between the various media are not acknowledged often enough in opinions dealing with s. 163 of the *Code*. This Court, in *Hawkshaw v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 668, has decided that the definition of obscenity in s. 163(8) of the *Code* applies throughout the *Code*, whether the material is a publication or not, but that does not preclude s. 163(8) from taking into account the medium of representation. Statements are made regarding the law of obscenity where a movie is impugned, for instance, and it is often taken for granted that they will apply to all media.

Nevertheless it seems natural to me that the likelihood of harm, and the tolerance of the community, may vary according to the medium of representation, even if the content stays the same. Let me take, as an example, an explicit portrayal of "plain" sexual intercourse, where two individuals are making love. This falls within the third category of Sopinka J. If found in words in a book, it is unlikely to be of much concern (if found in a children's book, though, this may be different). If found depicted in a magazine or in a movie, the likelihood of harm increases but remains low. If found on a poster, it is already more troublesome. If found on a billboard sign, then I would venture that it may well be an undue exploitation of sex, because the community does not tolerate it, on the basis of its harmfulness.

The harmfulness, in the billboard sign example, would come from the immediacy of the representation, inasmuch as the sign stands all by itself (as

l'apparente neutralité du contenu. Toute une série de facteurs pourraient intervenir dans le mode de représentation et influencer sur la caractérisation du matériel, mentionnons notamment le moyen d'expression, le type de représentation ou l'utilisation qu'on en fait.

Le moyen d'expression offre un bon exemple. En effet, les différences entre les divers moyens d'expression ne sont pas reconnues assez souvent dans les opinions relatives à l'art. 163 du *Code*. Dans l'arrêt *Hawkshaw c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 668, notre Cour a décidé que la définition de l'obscénité, au par. 163(8) du *Code*, s'applique partout dans le *Code*, peu importe que le matériel constitue une publication ou non; toutefois, cela n'empêche pas de tenir compte du moyen d'expression dans l'application du par. 163(8). On fait des déclarations concernant le droit en matière d'obscénité lorsqu'un film est attaqué, par exemple, et on tient souvent pour acquis qu'elles s'appliqueront à tous les moyens d'expression.

Néanmoins, il me semble naturel que la probabilité de préjudice et la tolérance de la société puissent varier en fonction du moyen d'expression, même si le contenu demeure le même. Permettez-moi, par exemple, de mentionner le cas d'une représentation explicite de relations sexuelles «ordinaires» entre deux personnes. Cette représentation tombe dans la troisième catégorie de la classification du juge Sopinka. Si cette scène est décrite dans un livre, il y a peu de risques qu'elle suscite beaucoup d'inquiétudes (quoique si elle l'est dans un livre pour enfants, la situation peut être différente). Si cette scène est décrite dans une revue ou dans un film, la probabilité de préjudice augmente, mais demeure faible. Si cette scène est représentée sur une affiche, elle est déjà plus troublante. Si elle est représentée sur un panneau-réclame, j'irais alors jusqu'à dire qu'il peut bien s'agir d'une exploitation indue des choses sexuelles parce que la société ne tolère pas ce genre de représentation, en raison de son caractère préjudiciable.

Le caractère préjudiciable, dans l'exemple du panneau-réclame, découlerait de l'immédiateté de la représentation, dans la mesure où le panneau-

opposed to a passage in a book, a film or a magazine). Its message is at once crude and inescapable. It distorts human sexuality by taking it out of any context whatsoever and projecting it to the public. This example goes to the extreme, of course, but it is meant to show that the element of representation may create a likelihood of harm that may lead to the application of s. 163 of the *Code*, even if the content of the representation as such is not objectionable.

As I mentioned, the medium of representation is but one variable pertaining to representation that may trigger the application of s. 163 to third-category materials. The overall type or use of the representation, be it education, art, advertising, sexual arousal or other, may also be relevant, among other factors. These factors tie in to the "internal necessities" test to some extent. This test, if it is to find a place within the interpretive framework of Sopinka J., must intervene at the representational level, to change the characterization that would ensue from a mere look at the content of the materials.

For these reasons, therefore, I would hold that materials falling within Sopinka J.'s third category (explicit sex with neither violence nor degradation or dehumanization), while generally less likely to cause harm than those of the first two categories, may nevertheless come within the definition of obscene at s. 163(8) of the *Code*, if their content (child pornography) or their representational element (the manner of representation) is found conducive of harm.

Tolerance and Harm

The assessment of the risk of harm here depends on the tolerance of the community, as is the case with the second category of materials. This brings me to outline a certain shift in the meaning of "tolerance". In *Towne Cinema*, *supra*, Dickson C.J.

réclame se passe d'explication (par opposition à un passage dans un livre, dans un film ou une revue). Le message qu'il transmet est à la fois brutal et inévitable. Il déforme la sexualité humaine en la présentant au public, dépouillée de tout contexte. Il s'agit là bien entendu d'un exemple extrême; toutefois, il sert à démontrer que l'élément de représentation peut engendrer une probabilité de préjudice susceptible de donner lieu à l'application de l'art. 163 du *Code*, et ce, même si le contenu de la représentation n'est pas choquant en soi.

Comme je l'ai mentionné, le moyen d'expression ne constitue qu'une variante qui peut déclencher l'application de l'art. 163 au matériel de la troisième catégorie. Le type général de la représentation ou l'utilisation globale qu'on en fait, notamment, que ce soit à des fins éducatives, artistiques, publicitaires ou de stimulation sexuelle ou autres, peuvent être aussi pertinents. Ces facteurs correspondent, dans une certaine mesure, au critère des «besoins internes». Pour que ce critère puisse s'insérer dans le cadre d'interprétation du juge Sopinka, il doit être appliqué au niveau de la représentation afin de pouvoir changer la caractérisation qui découlerait d'un simple examen du contenu du matériel.

Pour ces motifs, je suis donc d'avis que, même s'il est généralement moins susceptible de causer un préjudice que celui de la première ou de la deuxième catégorie, le matériel qui tombe dans la troisième catégorie proposée par le juge Sopinka (les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes) peut néanmoins relever de la définition de ce qui est obscène, que l'on trouve au par. 163(8) du *Code*, si l'on juge que son contenu (pornographie mettant en cause des enfants) ou son élément de représentation (le mode de représentation) peut causer un préjudice.

La tolérance et le préjudice

L'évaluation du risque de préjudice en l'espèce dépend de la tolérance de la société, comme dans le cas de la deuxième catégorie de matériel. Cela m'amène à faire remarquer que le sens du terme «tolérance» a subi un certain changement. Dans

formulated the community standard test as follows at p. 508:

... 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. [Emphasis in original.]

It is unclear from this excerpt what the basis of tolerance is. It seems that tolerance is for taste the conceptual equivalent of the reasonable person to the actual plaintiff: an abstraction, an average perhaps. Tolerance would be some form of enlightened, altruistic taste, which would factor in and sum up the tastes of the whole population.

In the mind of Dickson C.J., there exists no necessary relationship between tolerance and harm, as he mentions at p. 505:

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

Sopinka J. uses the community standard of tolerance to gauge the risk of harm. In this context, tolerance must be related to the harm. It must mean not only tolerance of the materials, but also tolerance of the harm which they may bring about. It is a more complicated and more reflective form of tolerance than what was considered by Dickson C.J. in *Towne Cinema, supra*. Such a development is fully in accordance with the emphasis put

l'arrêt *Towne Cinema*, précité, le juge en chef Dickson a formulé ainsi le critère de la norme sociale, à la p. 508:

... 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.]

Cet extrait ne nous renseigne pas clairement sur ce qu'est le seuil de tolérance. Il semble que la tolérance soit, par rapport au goût, l'équivalent conceptuel de ce que serait la personne raisonnable par rapport à la personne qu'est un demandeur: une abstraction, peut-être une moyenne. La tolérance serait une certaine forme de goût éclairé et altruiste, qui tiendrait compte des goûts de l'ensemble de la population et les résumerait.

Dans l'esprit du juge en chef Dickson, il n'existe pas nécessairement de rapport entre la tolérance et le préjudice, comme il le mentionne, à la p. 505:

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

Le juge Sopinka utilise la norme sociale de tolérance pour évaluer le risque de préjudice. Dans ce contexte, il doit exister un rapport entre la tolérance et le préjudice. Elle doit signifier qu'il y a non seulement tolérance du matériel, mais aussi tolérance du préjudice que ce matériel est susceptible de causer. Il s'agit là d'une forme de tolérance plus complexe et plus représentative que celle envisagée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt

by this Court on harm as the central element in the interpretation of s. 163(8).

In the context of the third category, the harm sought to be avoided is the same as in the first two categories, that is attitudinal changes. While this type of harm was clear in the case of the first category and was probable in the case of the second, it is perhaps more remote here, and will likely occur only in a limited number of cases. The main difference between the second and third categories lies in the presumed likelihood of harm: while degrading or dehumanizing materials are likely to cause harm regardless of whether the community may be ready to tolerate such harm, materials which show no violence, no degradation or dehumanization are less likely to cause harm, and the evidence with respect to the lack of tolerance of the community will be central. Still the risk of harm flowing from the content or the representational element of third-category materials is not always so slight as my colleague Sopinka J. pictures it. If the community cannot tolerate this risk of harm, then in my opinion these materials, even though they may offer a non-violent, non-degrading, non-dehumanizing content, will constitute undue exploitation of sex and will fall under the definition of obscenity at s. 163(8) of the *Code*.

The Constitutional Validity of s. 163 of the *Code*

With respect to the constitutional aspects of this case, I am in agreement with Sopinka J., and I wish only to complement his reasons on the objective of s. 163 of the *Code*.

In his reasons, Sopinka J. rules out the possibility that "public morality" can be a legitimate objective for s. 163 of the *Code* and, while admitting that Parliament may legislate to protect "fundamental conceptions of morality", he goes on to

Towne Cinema, précité. Cette évolution est entièrement compatible avec l'importance accordée au préjudice par notre Cour à titre d'élément crucial dans l'interprétation du par. 163(8).

Dans le contexte de la troisième catégorie, le préjudice que l'on cherche à éviter est le même que dans les deux premières catégories, savoir les changements d'attitude. Bien que ce type de préjudice soit évident dans le cas de la première catégorie et probable dans le cas de la deuxième, il est peut-être plus éloigné ici et n'est susceptible de se réaliser que dans un nombre restreint de cas seulement. La principale différence entre la deuxième et la troisième catégorie est la présumée probabilité de préjudice: alors que le matériel dégradant ou déshumanisant est susceptible de causer un préjudice, peu importe que la société soit disposée à le tolérer ou non, le matériel qui ne renferme aucun élément de violence ni aucun traitement dégradant ou déshumanisant est moins susceptible de causer un préjudice et la preuve de l'absence de tolérance de la part de la société sera cruciale. Encore est-il que le risque de préjudice découlant du contenu ou de l'élément de représentation du matériel de la troisième catégorie n'est pas toujours aussi faible que le décrit mon collègue le juge Sopinka. Si la société ne peut tolérer ce risque de préjudice, j'estime alors que ce matériel, quoique son contenu puisse être ni violent, ni dégradant, ni déshumanisant, constituera une exploitation indue des choses sexuelles et sera visé par la définition de l'obsécrité prévue au par. 163(8) du *Code*.

La constitutionnalité de l'art. 163 du *Code*

En ce qui concerne les aspects constitutionnels du présent pourvoi, je suis du même avis que le juge Sopinka et je tiens seulement à appuyer de quelques remarques complémentaires ses motifs touchant l'objectif de l'art. 163 du *Code*.

Dans ses motifs, le juge Sopinka écarte la possibilité que la «moralité publique» puisse constituer un objectif légitime de l'art. 163 du *Code* et, tout en reconnaissant que le Parlement peut légiférer en vue de protéger «certaines conceptions fondamen-

conclude that the true objective of s. 163 is the avoidance of harm to society.

In my opinion, the distinction between the two orders of morality advanced by my colleague is correct, and the avoidance of harm to society is but one instance of a fundamental conception of morality.

First of all, I cannot conceive that the State could not legitimately act on the basis of morality. Since its earliest *Charter* pronouncements, this Court has acknowledged this possibility. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. (as he then was) wrote for the Court at p. 337:

Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

Morality is also listed as one of the grounds for which freedom of expression can be restricted in the *European Convention on Human Rights* at article 10:

1. Everyone has the right to freedom of expression

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

The European Court of Human Rights has recognized the validity of prohibitions of obscene materials in English and Swiss law, respectively, on the basis that they concern morals, in the *Handyside Case*, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24 and in the *Case of Müller and Others*, judgment of 24 May 1988, Series A No. 133.

tales de la moralité», il conclut que l'objectif véritable de l'art. 163 est d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société.

À mon avis, la distinction entre les deux ordres de moralité préconisée par mon collègue est juste et le fait d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société n'est qu'un exemple de conception fondamentale de la moralité.

Premièrement, je ne puis concevoir que l'État ne puisse légitimement agir en se fondant sur la moralité. Depuis ses premières décisions concernant la *Charte*, notre Cour a reconnu cette possibilité. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé, au nom de la Cour, à la p. 337:

La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

La moralité est également mentionnée, à l'article 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, comme l'un des motifs pour lesquels la liberté d'expression peut être restreinte:

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression . . .

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la validité des interdictions de matériel obscène prévues dans les lois de l'Angleterre et de la Suisse, respectivement, pour le motif qu'elles ont trait aux mœurs, dans l'*Affaire Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24, et dans l'*Affaire de Müller et autres*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133.

Indeed the problem is not so much to assess whether morality is a valid objective under the *Charter* as to determine under which conditions it is a pressing and substantial objective. Not all moral claims will be sufficient to warrant an override of *Charter* rights. As R. Dworkin wrote in the chapter of *Taking Rights Seriously* (1977) entitled "Liberty and Moralism" at p. 255:

The claim that a moral consensus exists is not itself based on a poll. It is based on an appeal to the legislator's sense of how his community reacts to some disfavored practice. But this same sense includes an awareness of the grounds on which that reaction is generally supported. If there has been a public debate involving the editorial columns, speeches of his colleagues, the testimony of interested groups, and his own correspondence, these will sharpen his awareness of what arguments and positions are in the field. He must sift these arguments and positions, trying to determine which are prejudices or rationalizations, which pre-suppose general principles or theories vast parts of the population could not be supposed to accept, and so on.

This task that Dworkin assigns to Parliament is also entrusted to this Court in *Charter* review. Two dimensions are important here, which allow one to distinguish between morality in the general sense and "fundamental conceptions of morality".

First of all, the moral claims must be grounded. They must involve concrete problems such as life, harm, well-being, to name a few, and not merely differences of opinion or of taste. Parliament cannot restrict *Charter* rights simply on the basis of dislike; this is what is meant by the expression "substantial and pressing" concern.

Secondly, a consensus must exist among the population on these claims. They must attract the support of more than a simple majority of people. In a pluralistic society like ours, many different conceptions of the good are held by various segments of the population. The guarantees of s. 2 of

En fait, le problème n'est pas tant d'évaluer si la moralité est un objectif valide en vertu de la *Charte*, que de déterminer dans quelles conditions elle constitue un objectif urgent et réel. Ce ne sont pas toutes les demandes fondées sur la moralité qui justifieront la suppression de droits garantis par la *Charte*. Comme l'a écrit R. Dworkin dans le chapitre de *Taking Rights Seriously* (1977), intitulé «Liberty and Moralism», à la p. 255:

[TRADUCTION] La prétention qu'il existe un consensus moral ne repose pas sur un sondage. Elle se fonde sur la façon dont le législateur perçoit la réaction de la société face à certaines pratiques désapprouvées. Toutefois, le législateur doit aussi être conscient des motifs sur lesquels cette réaction se fonde généralement. S'il y a eu un débat public qui a donné lieu à des éditoriaux dans les journaux, à des discours de ses collègues, à des témoignages des groupes intéressés et des lettres, il sera d'autant plus conscient des arguments et des positions en présence. Il doit passer en revue ces arguments et positions et tenter d'établir lesquels constituent des partis pris ou des rationalisations, ce qui présuppose le recours à des théories ou à des principes généraux que de grands segments de la population pourraient bien ne pas accepter, et ainsi de suite.

Cette tâche que Dworkin attribue au Parlement incombe également à notre Cour lorsqu'elle procède à un examen fondé sur la *Charte*. Il existe ici deux dimensions importantes qui nous permettent d'établir une distinction entre la moralité au sens général et les «conceptions fondamentales de la moralité».

Premièrement, les prétentions morales doivent être fondées. Elles doivent porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être pour n'en nommer que quelques-uns; il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. Le Parlement ne saurait restreindre les droits garantis par la *Charte* simplement pour des motifs d'aversion; c'est ce qu'on entend par préoccupation «réelle et urgente».

Deuxièmement, il doit exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l'appui de plus d'une majorité simple de la population. Dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de

the *Charter* protect this pluralistic diversity. However, if the holders of these different conceptions agree that some conduct is not good, then the respect for pluralism that underlies s. 2 of the *Charter* becomes less insurmountable an objection to State action (this argument has recently been rejuvenated and reformulated in S. A. Gardbaum, "Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All" (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1350). In this sense a wide consensus among holders of different conceptions of the good is necessary before the State can intervene in the name of morality. This is also comprised in the phrase "pressing and substantial".

The avoidance of harm caused to society through attitudinal changes certainly qualifies as a "fundamental conception of morality". After all, one of the chief aspirations of morality is the avoidance of harm. It is well grounded, since the harm takes the form of violations of the principles of human equality and dignity. Obscene materials debase sexuality. They lead to the humiliation of women, and sometimes to violence against them. This is more than just a matter of taste. Without entering into the examination of the rational connection, some empirical evidence even elucidates the link between these materials and actual violence. Even then, as was said by this Court in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, and as is reiterated by my colleague in his reasons, scientific proof is not required, and reason and common experience will often suffice.

Furthermore, taking into account that people hold different conceptions about good taste and the acceptable level of sexual explicitness, most would agree that these attitudinal changes are serious and warrant State intervention (civil liberty groups who advocated that this Court strike down s. 163 of the *Code* concede that harm can justify State intervention, but they deny that any harm flows from obscene materials; that is a different question).

ce qui est bien. Les garanties prévues à l'art. 2 de la *Charte* protègent cette diversité pluraliste. Cependant, si les tenants de ces diverses conceptions reconnaissent qu'une conduite donnée n'est pas bonne, alors le respect du pluralisme qui sous-tend l'art. 2 de la *Charte* devient une objection moins insurmountable à l'intervention de l'État (cette thèse a récemment été actualisée et reformulée par S. A. Gardbaum dans «Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All» (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1350). En ce sens, il doit exister un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l'État puisse intervenir en invoquant la moralité. Cela est également compris dans l'expression «urgent et réel».

Éviter qu'un préjudice soit causé à la société par suite de changements d'attitude représente certainement une «conception fondamentale de la moralité». Après tous, l'un des objectifs majeurs de la moralité est d'éviter qu'un préjudice soit causé. C'est là un objectif bien fondé puisque le préjudice réside dans une violation des principes d'égalité et de dignité humaines. Le matériel obscène avilit la sexualité. Il engendre l'humiliation des femmes et parfois la violence à leur endroit. C'est plus qu'une simple question de goût. Sans engager un examen du lien rationnel, certaines données empiriques illustrent le lien entre le matériel obscène et la violence réelle. D'ailleurs, comme notre Cour l'a affirmé dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, et comme le répète mon collègue dans ses motifs, une preuve scientifique n'est pas nécessaire et la raison et l'expérience générale suffiront souvent.

Par ailleurs, si l'on tient compte du fait que les gens ont des conceptions différentes du bon goût et du niveau acceptable d'explicitation sexuelle, la plupart d'entre nous reconnaîtraient que ces changements d'attitude sont graves et justifient l'intervention de l'État (les groupes de défense des libertés civiles ont proposé à notre Cour de déclarer inopérant l'art. 163 du *Code* reconnaissent que le préjudice peut justifier l'intervention de l'État, mais ils contestent que le matériel obscène soit nocif; c'est là une autre question).

I agree with Sopinka J. that s. 163 of the *Code* aims at preventing harm to society and I fully endorse his analysis, and as I tried to demonstrate I would not hesitate to affirm that the prevention of harm is a moral objective that is valid under s. 1 of the *Charter*.

I also agree with Sopinka J.'s analysis of the proportionality between the restriction effected by s. 163 of the *Code* and its objectives. I would add a remark, however, on the first factor listed by Sopinka J. under the minimal impairment branch of the proportionality test, that is the exception for materials of the third category. Contrary to Sopinka J., I consider that the third category may sometimes attract criminal liability. The requirement that the impugned materials exceed the community standard of tolerance of harm provides sufficient precision and protection for those whose activities are at stake. This is so as, on the one hand, the field of sexual exploitation is one of first apprehension, directly related to one of the primary aspects of human personality, and well known to all, including particularly those engaged in it. On the other hand, the criterion of tolerance of harm by the community as a whole is one that, by definition, reflects the general level of tolerance throughout all sectors of the community, hence generally of all its members. It is therefore a very demanding criterion to meet as it must be by definition generally known or apprehended. It is indeed not far removed from the domain of public notoriety and, inasmuch as it falls within it, may be the subject of judicial notice not requiring specific proof.

Subject to the foregoing comments, I otherwise concur both with the reasons and the disposition of the case of my colleague Sopinka J.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Chapman, Goddard, Kagan, Winnipeg.

Je suis d'accord avec le juge Sopinka que l'art. 163 du *Code* vise à empêcher qu'un préjudice soit causé à la société et je souscris entièrement à son analyse; comme j'ai tenté de le démontrer, je n'hésiterais pas à soutenir que la prévention d'un préjudice est un objectif moral valide selon l'article premier de la *Charte*.

Je conviens également de l'analyse du juge Sopinka quant à la proportionnalité entre la restriction imposée par l'art. 163 du *Code* et ses objectifs. J'ajouterais cependant un commentaire touchant le premier facteur indiqué par le juge Sopinka, dans son examen du volet de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité, soit l'exception concernant le matériel de la troisième catégorie. Contrairement au juge Sopinka, j'estime que la troisième catégorie de matériel peut parfois entraîner une responsabilité criminelle. L'exigence que le matériel attaqué outrepassé la norme sociale de tolérance de préjudice est suffisamment précise et offre suffisamment de protection à ceux dont les activités sont visées. Il en est ainsi puisque, d'une part, le domaine de l'exploitation sexuelle en est un de connaissance primaire qui se rapporte directement à l'un des aspects fondamentaux de la personnalité humaine et est bien connu de tous, y compris particulièrement ceux qui s'y engagent. D'autre part, le critère de tolérance du préjudice par l'ensemble de la société traduit, par définition, le seuil général de tolérance qui existe dans tous les secteurs de la société, et donc celui de l'ensemble de ses membres. Il s'agit donc d'un critère fort exigeant parce qu'il doit, par définition, être généralement connu ou appréhendé. Il relève presque du domaine de la notoriété publique et, s'il est effectivement notoire, le juge peut en prendre connaissance d'office sans autre preuve.

Sous réserve des observations qui précèdent, je souscris à la fois aux motifs et à la conclusion de mon collègue le juge Sopinka.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Chapman, Goddard, Kagan, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Jacques Gauvin, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Goran Tomljanovic, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Canadian Civil Liberties Association and Manitoba Association for Rights and Liberties: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Arvay, Finlay, Victoria.

Solicitors for the intervener Women's Legal Education and Action Fund: Code Hunter, Calgary.

Solicitors for the intervener G.A.P. (Group Against Pornography) Inc.: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Jacques Gauvin, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Goran Tomljanovic, Edmonton.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des libertés civiles et l'Association manitobaine des droits et libertés: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association: Arvay, Finlay, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Code Hunter, Calgary.

Procureurs de l'intervenant le G.A.P. (Group Against Pornography) Inc.: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.