

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.

<sup>a</sup> Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

<sup>b</sup> 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,  
<sup>c</sup> l'Association canadienne des libertés civiles, l'Association manitobaine des droits et libertés, la British Columbia Civil Liberties Association, le Fonds d'action et  
<sup>d</sup> d'éducation juridiques pour les femmes et le G.A.P. (Group Against Pornography)  
Inc. *Intervenants*

<sup>e</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. BUTLER

N<sup>o</sup> du greffe: 22191.

1991: 6 juin; 1992: 27 février.

<sup>f</sup> 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

<sup>g</sup> *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).*

<sup>h</sup> *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).*

<sup>j</sup> 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 induue» 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

<sup>8</sup> 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, 2b), 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<sup>e</sup> 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