

**Randy Jorgensen and 913719 Ontario
Limited Appellants**

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. JORGENSEN

File No.: 23787.

1995: February 21; 1995: November 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Obscenity — Selling obscene material — Mens rea — Accused charged with “knowingly” selling obscene material without lawful justification or excuse — Interpretation of “knowingly” — Whether s. 163(2) of Criminal Code requires that retailer have knowledge of specific acts which make material obscene in law — Whether sufficient for Crown to show that retailer had general knowledge that materials deal with exploitation of sex — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(2), (8).

Criminal law — Obscenity — Selling obscene material — Effect of provincial film board approval — Accused charged with knowingly selling obscene material “without lawful justification or excuse” — Whether provincial film board approval of obscene material negates mens rea of offence — Whether film board approval provides legal justification or excuse — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(2), (8).

J is the sole officer of the co-accused company which owns and operates an adult video store. Undercover police agents purchased eight videotapes from that store and, despite the fact that the Ontario Film Review Board (“OFRB”) had approved all of them, J and his company were charged with eight counts of “knowingly” selling obscene material “without lawful justification or excuse” contrary to s. 163(2)(a) of the *Criminal Code*. The trial judge found three of the eight videos to be

**Randy Jorgensen et 913719 Ontario
Limited Appellants**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. JORGENSEN

N° du greffe: 23787.

1995: 21 février; 1995: 16 novembre.

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

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

Droit criminel — Obscénité — Vente de matériel obscène — Mens rea — Accusés inculpés d'avoir «sciemment» vendu du matériel obscène sans justification ni excuse légitime — Interprétation du terme «sciemment» — L'article 163(2) du Code criminel exige-t-il que le détaillant soit au courant des actes spécifiques qui rendent le matériel obscène en droit? — Est-il suffisant pour le ministère public de démontrer que le détaillant savait d'une manière générale que le matériel traitait de l'exploitation des choses sexuelles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(2), (8).

Droit criminel — Obscénité — Vente de matériel obscène — Effet de l'approbation par une commission de contrôle cinématographique provinciale — Accusés inculpés d'avoir sciemment vendu du matériel obscène «sans justification ni excuse légitime» — L'approbation par une commission de contrôle cinématographique provinciale du matériel obscène annule-t-elle la mens rea relative à l'infraction? — L'approbation par une commission de contrôle cinématographique constitue-t-elle une justification ou excuse légitime? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(2), (8).

J est l'unique dirigeant de la société coaccusée qui possède et exploite un magasin de vidéocassettes pour adultes. Des policiers en civil ont acheté huit vidéocassettes au magasin et, malgré le fait que la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario («CCCO») les avait toutes approuvées, J et sa société ont été inculpés, en vertu de l'al. 163(2)a) du *Code criminel*, sous huit chefs d'accusation d'avoir «sciemment» vendu du matériel obscène «sans justification ni excuse

obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Code* because some of their scenes portray explicit sex coupled with violence. She also found that, with respect to the *mens rea* for a s. 163(2) offence, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused are aware of the presence or nature of the matter that constitutes the subject of the charge in a general sense. It is not necessary that the Crown prove the accused were aware of the specific factual contents of the forbidden material at issue. The trial judge rejected the arguments made by the accused that the OFRB approval negates any possibility that an accused acted knowingly, or constitutes a lawful justification or excuse. The accused were convicted on the three counts relating to the obscene videos. The Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeal is allowed and a verdict of acquittal entered.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: It is a general rule of statutory construction that the term "knowingly" used in a criminal statute applies to all elements of the *actus reus*, and there is nothing in the language of s. 163(2), or in its legislative history, to suggest that the word "knowingly" should be given a restricted meaning. In including the word "knowingly" in s. 163(2), Parliament chose to set an onerous standard of proof in the case of sellers or retailers. Thus, to satisfy the *mens rea* requirement of the offence under s. 163(2), the Crown must show not only that the retailer was aware that the subject matter of the material had as its dominant characteristic the exploitation of sex, but also that he knew of the specific acts which make the material obscene in law. Material is generally obscene if it involves explicit sex with violence, or explicit sex which is degrading or dehumanizing. If the court is unable to specify any particular scene but still concludes that, overall, the film is obscene in law, then sufficient proof must be offered to show that the retailer was aware of the "overall" obscene nature of the film.

A retailer, however, will not be immune from charges merely because he does not know how the law defines obscenity. This would amount to the defence of mistake of law and it is well established that ignorance of the

légitime». Le juge du procès a conclu que trois des huit vidéos étaient obscènes au sens du par. 163(8) du *Code* parce que certaines scènes représentent des actes sexuels explicites accompagnés de violence. Elle a également conclu que, relativement à la *mens rea* de l'infraction prévue au par. 163(2), le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que les accusés sont au courant de la présence ou de la nature du matériel qui fait l'objet de l'accusation dans un sens général. Il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve que les accusés étaient au courant du contenu factuel précis du matériel interdit en cause. Le juge du procès a rejeté les arguments avancés par les accusés portant que l'approbation de la CCCO écarte toute possibilité qu'un accusé ait agi sciemment, ou constitue une justification ou excuse légitime. Les accusés ont été déclarés coupables relativement aux trois chefs d'accusation portant sur les vidéocassettes obscènes. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un verdict d'acquiescement est inscrit.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Il est généralement bien établi en matière d'interprétation législative que lorsqu'il est utilisé dans une loi en matière criminelle, le terme «sciemment» s'applique à tous les éléments de l'*actus reus*, et il n'y a rien dans le texte du par. 163(2) ou dans son historique qui permette de donner un sens restreint à ce terme. En utilisant le terme «sciemment» au par. 163(2), le législateur a choisi de fixer une norme de preuve exigeante dans le cas des vendeurs et des détaillants. Aussi, pour satisfaire à l'exigence de la *mens rea* relative à l'infraction prévue au par. 163(2), le ministère public doit démontrer non seulement que le détaillant savait que le matériel avait comme caractéristique dominante l'exploitation des choses sexuelles, mais qu'il était au courant des actes précis qui rendent le matériel en question obscène selon la loi. Est généralement obscène le matériel comportant des choses sexuelles explicites accompagnées de violence, ou des choses sexuelles explicites qui sont dégradantes ou déshumanisantes. Si la cour est incapable de préciser une scène en particulier mais conclut quand même que, globalement, le film est obscène selon la loi, alors une preuve suffisante doit être présentée selon laquelle le détaillant était au courant de la nature obscène «globale» du film.

Le détaillant ne jouira toutefois pas d'une immunité à l'égard des accusations simplement parce qu'il ne sait pas de quelle façon la loi définit l'obscénité. Une telle situation équivaldrait au moyen de défense de l'erreur

law is no defence. Further, proof that a retailer had "knowledge" that he was selling obscene material does not necessarily require the Crown to prove that he actually viewed the obscene material. "Knowledge" of the obscene character of the film can be acquired by means other than direct viewing. In this regard, in appropriate circumstances, the Crown can avail itself of the principles of wilful blindness. Deliberately choosing not to know something when there are reasons to believe further inquiry is necessary can satisfy the mental element of the offence. The approval of a film by a provincial censor board may be relevant to the issue of wilful blindness.

The accused's reliance on the OFRB approval does not negate the *mens rea* of the offence. The OFRB screens and classifies films, but it is not its function to determine whether a film is obscene. While the approval of a film by a provincial censor board may be relevant to the determination of community standards of tolerance, the approval is not relevant with respect to the issue of the accused's knowledge. The question whether a film exceeds community standards of tolerance may be characterized as a question of mixed fact and law. As such, the Crown need not generally prove intent or knowledge where these mind states are otherwise an essential ingredient of the offence, nor can the accused rely on a mistake of fact in relation to the issue. Accordingly, if the Crown establishes that the accused knew of the presence of the specific acts or set of facts in the film which the court finds exceed community standards, that is sufficient for a conviction. The Crown need not prove that the accused knew that the film exceeded community standards.

Furthermore, approval by a provincial censor board does not constitute a justification or excuse. First, one level of government cannot delegate its legislative powers to another. Second, approval by a provincial body cannot as a matter of constitutional law preclude the criminal prosecution of a charge under the *Criminal Code*. In using the words "lawful justification or excuse", Parliament did not intend that conduct which is criminalized by s. 163(2) be rendered lawful, or that the

de droit et il est bien établi que l'ignorance de la loi ne constitue pas un moyen de défense. En outre, la preuve qu'un détaillant «savait» qu'il vendait du matériel obscène ne signifie pas nécessairement que le ministère public est tenu de prouver qu'il a en fait visionné le matériel obscène. Il est possible d'avoir la «connaissance» du caractère obscène du film par d'autres moyens que le visionnement direct. À cet égard, dans des circonstances appropriées, le ministère public peut se prévaloir des principes de l'ignorance volontaire. Le fait de choisir délibérément d'ignorer une chose lorsqu'il y a des raisons de croire qu'un examen approfondi est nécessaire peut satisfaire à l'exigence en matière d'élément moral de l'infraction. L'approbation d'un film par une commission de contrôle provinciale peut être pertinente à l'égard de la question de l'ignorance volontaire.

Le fait pour les accusés de s'être fié à l'approbation de la CCCO n'annule pas la *mens rea* de l'infraction. La CCCO visionne les films puis les classifie, mais elle n'a pas pour fonction de déterminer si un film est obscène. Si l'approbation d'un film par une commission de contrôle provinciale peut être pertinente pour déterminer les normes sociales de tolérance, elle ne l'est pas en ce qui a trait à la question de la connaissance de l'accusé. La question de savoir si un film outrepassé les normes sociales de tolérance peut être qualifiée de question mixte de fait et de droit. Ainsi, en règle générale, il n'est pas nécessaire que le ministère public démontre qu'il y avait intention ou connaissance lorsque ces états d'esprit constituent par ailleurs un ingrédient essentiel de l'infraction, et l'accusé ne peut pas non plus se fonder sur une erreur de fait relativement à la question. Par conséquent, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, il suffit que le ministère public démontre que les accusés étaient au courant de la présence d'actes précis ou de l'ensemble de faits dans le film qui, selon le tribunal, outrepassent les normes sociales. Le ministère public n'est pas tenu de prouver que les accusés savaient que le film outrepassait les normes sociales.

Qui plus est, l'approbation d'une commission de contrôle provinciale ne constitue pas une justification ou une excuse. Premièrement, un palier de gouvernement ne peut déléguer ses pouvoirs législatifs. Deuxièmement, l'approbation donnée par un organisme provincial ne peut, en droit constitutionnel, empêcher qu'une poursuite soit intentée à l'égard d'une accusation portée en vertu du *Code criminel*. En utilisant les termes «justification ni excuse légitime», le législateur n'a pas voulu que la conduite qui est criminalisée par le par. 163(2) devienne légitime ou que la personne qui l'adopte soit

person engaging in it be excused, as a result of a decision of a provincial body.

Since there was no evidence in this case to suggest any knowledge on the part of the accused, beyond the fact that the videos in question were sex films in the general sense that they involved the exploitation of sex, the Crown did not satisfy the *mens rea* requirements of s. 163(2) and the accused are entitled to an acquittal.

The issue of officially induced error of law as an excuse has not been considered in this appeal because the matter was not raised either here or in the courts below. It would be preferable to address this issue in a case in which it is properly raised and argued.

Per Lamer C.J.: There is agreement with Sopinka J.'s reasons on the question of the requisite *mens rea* for the offence under s. 163(2) of the *Criminal Code*, and with his conclusion that the OFRB approval of a film cannot negative the *mens rea* of this offence. On the question of whether the accused acted "without lawful justification or excuse", while the OFRB approval of the films did not justify the accused's criminal actions, in the circumstances of this case it would have permitted the accused to be excused from conviction on the basis of an officially induced error of law. Officially induced error of law is an exception to the rule that ignorance of the law does not excuse which is codified in s. 19 of the *Criminal Code*. Like the other exceptions to this rule, it ensures that the morally blameless are not made criminally responsible for their actions.

Allowing OFRB approval to constitute an excuse is not an impermissible delegation of power from one level of government to another. Officially induced error of law can only be raised after the Crown has proven all elements of the offence. As this excuse is considered only after culpability has been proven, there is no issue of the action of a provincial board precluding criminal prosecutions. Further, advice from an official of any level of government can meet the test for this excuse.

There is no particular link between the phrase "without lawful justification or excuse" and officially induced error of law. Where an accused raises an officially

excused par suite de la décision d'un organisme provincial.

Puisque aucun élément de preuve n'a été présenté pour démontrer que les accusés avaient la connaissance requise, outre le fait que les vidéos en question étaient des films à caractère sexuel dans le sens général qu'ils comportaient l'exploitation des choses sexuelles, le ministère public n'a pas satisfait aux exigences du par. 163(2) en matière de *mens rea* et les accusés ont droit à un acquittement.

La question de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité n'a pas été examinée parce qu'elle n'a été soulevée ni devant la Cour, ni devant les juridictions inférieures. Il serait préférable d'examiner cette question dans une affaire où elle est soulevée et débattue à bon droit.

Le juge en chef Lamer: Les motifs du juge Sopinka sont acceptés sur la question de la *mens rea* requise à l'égard de l'infraction prévue au par. 163(2) du *Code criminel* et quant à sa conclusion selon laquelle l'approbation d'un film par la CCCO ne peut écarter la *mens rea* de cette infraction. En ce qui a trait à la question de savoir si les accusés ont agi «sans justification ni excuse légitime», si l'approbation des films par la CCCO ne justifiait pas les actes criminels des accusés, les circonstances de l'espèce auraient permis aux accusés de ne pas être déclarés coupables sur le fondement d'une erreur de droit provoquée par une personne en autorité. L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité est une exception à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse, qui est codifiée à l'art. 19 du *Code criminel*. À l'instar des autres exceptions à la règle, elle fait en sorte que les personnes moralement innocentes ne soient pas tenues responsables de leurs actes.

Le fait d'admettre que l'approbation de la CCCO constitue une excuse n'est pas une délégation de pouvoirs inacceptable d'un palier de gouvernement à un autre. L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité peut être soulevée seulement après que le ministère public a démontré tous les éléments de l'infraction. Comme il n'est tenu compte de cette excuse qu'après que la culpabilité a été établie, il n'est pas question que les actes d'une commission provinciale écartent les poursuites pénales. En outre, l'avis d'une personne en autorité de tout palier de gouvernement peut satisfaire au critère relatif à cette excuse.

Il n'existe aucun lien particulier entre l'expression «sans justification ni excuse légitime» et l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Lorsqu'un

induced error of law argument, the trial judge must assess whether the excuse is made out in law, regardless of the wording of the offence. Officially induced error is distinct from a defence of due diligence and is applicable to regulatory as well as criminal offences.

In order for an accused to rely on an officially induced error as an excuse, he must show, after establishing he made an error of law (or of mixed law and fact), that he considered his legal position, consulted an appropriate official, obtained reasonable advice and relied on that advice in his actions. When considering the legal consequences of his actions, it is insufficient for an accused who wishes to benefit from this excuse to simply have assumed that his conduct was permissible. The advice came from an appropriate official if that official was one whom a reasonable individual in the position of the accused would normally consider responsible for advice about the particular law in question. If an appropriate official is consulted, the advice obtained will generally be presumed to be reasonable unless it appears on its face to be utterly unreasonable. The advice relied on by the accused must also have been erroneous, but this fact does not need to be demonstrated by the accused. Reliance on the official advice can be shown by proving that the advice was obtained before the actions in question were commenced and by showing that the questions posed to the official were specifically tailored to the accused's situation.

A successful application of an officially induced error of law argument will lead to a judicial stay of proceedings. As a stay can only be entered in the clearest of cases, an officially induced error of law argument will only be successful in the clearest of cases. Finally, the question of whether officially induced error constitutes an excuse in law is a question of law or of mixed law and fact. While a jury may determine whether the accused is culpable, and hence whether this argument is necessary, it is for a judge to determine whether the precise conditions for this legal excuse are made out and if a stay should be entered. The elements of officially induced error are to be proven on a balance of probabilities by the accused.

accusé soulève cet argument, le juge du procès doit déterminer si l'excuse est valable en droit, peu importe le libellé de l'infraction. L'erreur provoquée par une personne en autorité est différente du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable et elle s'applique à l'égard tant de l'infraction à la réglementation que de l'infraction criminelle.

Pour qu'un accusé puisse se fonder sur l'erreur provoquée par une personne en autorité comme excuse, il doit prouver, après avoir établi qu'il a commis une erreur de droit (ou une erreur mixte de droit et de fait), qu'il a examiné sa position à l'égard de la loi, a consulté une personne en autorité compétente en la matière, a obtenu un avis raisonnable et s'est fondé sur cet avis pour accomplir ses actes. Lorsqu'il envisage les conséquences juridiques de ses actes, il ne suffit pas que l'accusé qui souhaite profiter de cette excuse présume simplement que sa conduite était acceptable. L'avis obtenu provenait d'une personne en autorité compétente en la matière si une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé la considérerait normalement chargée de donner des avis sur la loi en question. Si une personne en autorité compétente en la matière est consultée, l'avis obtenu sera en général présumé raisonnable à moins qu'à première vue, il paraisse tout à fait déraisonnable. L'avis sur lequel l'accusé s'est fondé doit également avoir été erroné. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'accusé établisse ce fait. L'accusé peut démontrer qu'il s'est fondé sur l'avis de la personne en autorité par la preuve que l'avis a été obtenu avant le début des actions en cause et que les questions posées à la personne en autorité visaient expressément la situation de l'accusé.

L'application avec succès de l'argument fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité entraînera un arrêt des procédures. Comme un arrêt des procédures ne peut être prononcé que dans les cas les plus clairs, l'argument fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité n'aura gain de cause que dans les cas les plus clairs. Enfin, la question de savoir si l'erreur provoquée par une personne en autorité constitue une excuse en droit est une question de droit ou une question mixte de droit et de fait. Bien qu'un jury puisse décider si l'accusé est coupable et, partant, si cet argument est nécessaire, il incombe au juge de déterminer si les conditions précises pour l'application de cette excuse juridique sont établies et s'il convient d'inscrire un arrêt des procédures. L'accusé doit prouver selon la prépondérance des probabilités les éléments de l'erreur provoquée par une personne en autorité.

Since the accused are entitled to an acquittal in this case, nothing turns on the application of an officially induced error of law analysis. Had the accused had the requisite *mens rea* for the s. 163(2) offence, however, they would have been entitled to a judicial stay of proceedings as a result of officially induced error of law. The argument put forward by the accused would have been one based on error of law — the conclusion that the films they retailed were not legally obscene; the accused sought the OFRB opinion on these films and relied on its advice; and the OFRB was the appropriate official body to consult when seeking a determination about whether a film can be legally sold in Ontario.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640; *R. v. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1967] 2 C.C.C. 195n; *R. v. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463; *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

By Lamer C.J.

Referred to: *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356; *Long v. State*, 65 A.2d 489 (1949); *R. v. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84; *R. v. Potter* (1978), 3 C.R. (3d) 154; *R. v. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249; *R. v. MacDougall* (1981), 60 C.C.C. (2d) 137, rev'd [1982] 2 S.C.R. 605; *R. v. Ross*, [1985] Sask. D. 5845-02; *R. v. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295; *R. v. Provincial Foods Inc.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 420; *R. v. Dubeau* (1993), 80 C.C.C. (3d) 54; *R. v. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181; *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339; *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903.

Puisque les accusés ont droit à l'acquiescement en l'espèce, il n'y a pas lieu d'appliquer une analyse fondée sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Cependant, si les accusés avaient eu la *mens rea* requise pour l'infraction visée au par. 163(2), ils auraient eu droit à un arrêt des procédures par suite d'une erreur de droit provoquée par une personne en autorité. L'argument présenté par les accusés aurait été fondé sur une erreur de droit — la conclusion que les films qu'ils vendaient au détail n'étaient pas obscènes selon la loi —, les accusés ont demandé l'opinion de la CCCO à l'égard de ces films et se sont fondés sur l'avis donné, et la CCCO est l'organisme officiel compétent qu'il convenait de consulter pour tenter de déterminer si certains films peuvent être légalement vendus en Ontario.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640; *R. c. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1967] 2 C.C.C. 195n; *R. c. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463; *R. c. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *R. c. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *R. c. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356; *Long c. State*, 65 A.2d 489 (1949); *R. c. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84; *R. c. Potter* (1978), 3 C.R. (3d) 154; *R. c. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249; *R. c. MacDougall* (1981), 60 C.C.C. (2d) 137, inf. par [1982] 2 R.C.S. 605; *R. c. Ross*, [1985] Sask. D. 5845-02; *R. c. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295; *R. c. Provincial Foods Inc.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 420; *R. c. Dubeau* (1993), 80 C.C.C. (3d) 54; *R. c. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181; *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339; *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 163(1), (2), (6) [rep. 1993, c. 46, s. 1], (8).
Theatres Act, R.S.O. 1990, c. T.6, ss. 3(7)(a), 33(1), (2), (5) to (9).

Authors Cited

Arnold, Terence. "State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen*: A Recent Non-Development in Criminal Law" (1978), 4 *Dalhousie L.J.* 559.
 Barton, P. G. "Officially Induced Error as a Criminal Defence: A Preliminary Look" (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 314.
 Canada. Law Reform Commission. Report 30. *Recodifying the Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1986.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 29. *Criminal Law — The General Part: Liability and Defences*. Ottawa: The Commission, 1982.
 Kastner, Nancy S. "Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error" (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 308.
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
 Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered October 19, 1993, dismissing the accused's appeal from their conviction under s. 163(2) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

Alan D. Gold, for the appellants.

David Butt, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. —

I. Introduction

This appeal from a conviction under s. 163(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, raises two issues for our consideration because of the

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 163(1), (2), (6) [abr. 1993, ch. 46, art. 1], (8).
Loi sur les cinémas, L.R.O. 1990, ch. T.6, art. 3(7)a), 33(1), (2), (5) à (9).

Doctrine citée

Arnold, Terence. «State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen*: A Recent Non-Development in Criminal Law» (1978), 4 *Dalhousie L.J.* 559.
 Barton, P. G. «Officially Induced Error as a Criminal Defence: A Preliminary Look» (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 314.
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 29. *Droit pénal — Partie générale: responsabilité et moyens de défense*. Ottawa: La Commission, 1982.
 Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*. Ottawa: La Commission, 1986.
 Kastner, Nancy S. «Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error» (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 308.
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
 Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 19 octobre 1993, qui a rejeté l'appel des accusés contre la déclaration de culpabilité prononcée contre eux en application du par. 163(2) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Alan D. Gold, pour les appelants.

David Butt, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Introduction

Le présent pourvoi contre une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 163(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, soulève deux

wording of the section: (i) did the accused "knowingly" sell obscene material? and (ii) did he do so "without lawful justification or excuse"? Regarding the first issue, the question of the requisite *mens rea* for this offence, I agree with the reasons of my colleague Justice Sopinka. In particular, I concur in his conclusion that the law requires the Crown to prove that an accused retailer knew of the specific acts or set of facts which lead the court to the conclusion that the material in question is obscene. The Crown is not, of course, required to prove that the accused knew the material was obscene in law, nor is the Crown required to prove that an accused actually viewed the obscene material. As my colleague has pointed out, there are other ways to acquire knowledge of the obscene character of a film. In addition, I concur in Sopinka J.'s conclusion that approval of a film by the Ontario Film Review Board ("OFRB") cannot negative the *mens rea* of this offence. Accordingly, I concur in Sopinka J.'s disposition of the appeal; the accused are entitled to be acquitted.

2

On the second issue raised by this appeal, the question of whether the accused acted without lawful justification or excuse, I disagree with Sopinka J.'s conclusion. In my view, the circumstances of this case permit the accused to be excused from conviction on the basis of an officially induced error of law by virtue of the OFRB's approval of the films in question. While I do not believe film board approval negatives *mens rea* or justifies the accused's criminal actions, I believe that reasonable reliance on this type of official advice is sufficient basis for a judicial stay of proceedings to be entered. Requiring that a stay be entered only in the clearest of officially induced error of law cases does not offend the maxim that ignorance of the law does not excuse. Rather, it provides an exception from this provision, in line with the existing exceptions, which ensures that the morally blame-

questions que nous devons examiner à cause du texte de la disposition: (i) l'accusé a-t-il «sciemment» vendu du matériel obscène? et (ii) l'a-t-il fait «sans justification ni excuse légitime»? En ce qui concerne la première question, qui porte sur la *mens rea* requise à l'égard de cette infraction, je souscris aux motifs de mon collègue le juge Sopinka. En particulier, je suis d'accord avec sa conclusion selon laquelle le ministère public est tenu en droit de démontrer qu'un détaillant accusé était au courant des actes précis ou de l'ensemble de faits qui amènent la cour à conclure que le matériel en question est obscène. Il va sans dire que le ministère public n'est pas tenu de prouver que l'accusé savait que le matériel était obscène au sens de la loi, ni qu'un accusé a en fait visionné le matériel obscène. Comme l'a souligné mon collègue, il y a d'autres façons d'être mis au courant du caractère obscène d'un film. De plus, je suis d'accord avec la conclusion du juge Sopinka selon laquelle l'approbation d'un film par la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario («CCCO») ne peut écarter la *mens rea* de cette infraction. Par conséquent, je souscris à la façon dont le juge Sopinka tranche le pourvoi; les accusés ont droit à un acquittement.

En ce qui a trait à la seconde question soulevée en l'espèce, celle de savoir si les accusés ont agi sans justification ni excuse légitime, je ne suis pas d'accord avec la conclusion du juge Sopinka. À mon avis, les circonstances de l'espèce permettent, en raison de l'approbation des films en question par la CCCO, de ne pas déclarer les accusés coupables pour le motif qu'il y a eu erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Même si je ne crois pas que l'approbation d'une commission de contrôle écarte la *mens rea* ou justifie les actes criminels des accusés, je suis d'avis que le fait de se fonder raisonnablement sur ce genre d'avis d'une personne en autorité est suffisant pour obtenir un arrêt des procédures. Exiger que l'arrêt ne puisse être prononcé que dans les cas les plus évidents d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité ne contrevient pas à la maxime selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. Il s'agit plutôt d'une exception à cette disposition, conforme aux exceptions en vigueur,

less are not made criminally responsible for their actions.

To elaborate my conclusions, I will first examine the rationale of the *ignorantia juris neminem excusat* maxim which is one of the backbones of our criminal law. Next I will consider emerging trends in Canadian cases, and briefly examine the American position. I will then outline how I propose that the officially induced error of law excusing provision be limited. Finally, I will demonstrate why I believe the accused in this case would have been entitled to a judicial stay of proceedings had the *mens rea* requirement for culpability been met.

II. Analysis

A. *Ignorance of the Law Does not Excuse*

While mistakes of fact relevant to the commission of a criminal offence excuse an accused from criminal responsibility, mistakes regarding the law do not. There is no significant difference between a mistake of law and ignorance of the law (see *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356). The common law rule that ignorance of the law does not excuse the commission of a criminal offence is codified in s. 19 of the *Criminal Code*:

19. Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

This principle is a significant barrier to the appellants here because the question of whether or not a film is obscene is a question of law, specifically a question of the interpretation and application of the definition of obscenity contained in s. 163(8) of the *Criminal Code*.

Don Stuart identifies four aspects of the rationale for the rule against accepting ignorance of the law as an excuse:

qui fait en sorte que les personnes moralement innocentes ne soient pas tenues responsables de leurs actes.

Pour expliquer mes conclusions, j'examinerai tout d'abord la justification de la maxime *ignorantia juris neminem excusat* qui constitue l'un des fondements de notre droit criminel. Ensuite, j'examinerai les nouvelles tendances jurisprudentielles et, brièvement, la position adoptée aux États-Unis. Par la suite, je soulignerai de quelle façon je propose de limiter l'exception de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Enfin, j'indiquerai pour quelles raisons je suis d'avis que les accusés en l'espèce auraient dû obtenir un arrêt des procédures s'ils avaient eu la *mens rea* nécessaire pour être reconnus coupables.

II. Analyse

A. *L'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse*

Même si les erreurs de fait relatives à la perpétration d'un acte criminel écartent la responsabilité criminelle d'un accusé, ce n'est pas le cas en ce qui concerne les erreurs portant sur la loi. Il n'existe pas de différence importante entre une erreur de droit et l'ignorance de la loi (voir *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356). La règle de common law selon laquelle l'ignorance de la loi n'excuse pas la perpétration d'un acte criminel est codifiée à l'art. 19 du *Code criminel*:

19. L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.

Ce principe représente un obstacle important pour les appelants en l'espèce parce que la question de savoir si un film est obscène ou non est une question de droit, particulièrement une question portant sur l'interprétation et l'application de la définition de l'obscénité que prévoit le par. 163(8) du *Code criminel*.

Don Stuart fait ressortir quatre aspects de la justification de la règle qui s'oppose à l'acceptation de l'ignorance de la loi à titre d'excuse:

1. Allowing a defence of ignorance of the law would involve the courts in insuperable evidential problems.
2. It would encourage ignorance where knowledge is socially desirable.
3. Otherwise every person would be a law unto himself, infringing the principle of legality and contradicting the moral principles underlying the law.
4. Ignorance of the law is blameworthy in itself.

(*Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at pp. 295-98.)

While Stuart finds the rule against ignorance of the law crude, and these principles unconvincing in the present era, this maxim is an orienting principle of our criminal law which should not be lightly disturbed. I have concluded that certain types of officially induced errors of law should be permitted to excuse an individual from criminal sanction for his actions, in part because I find that this does not infringe any of the four rationales for the ignorance of the law rule set out above.

6 Despite the importance of this rule, some exceptions to it are already well established in our law. An accused is excused when the law she was charged under was impossible to gain knowledge of because it had not been published. In addition, a certain number of our *Criminal Code* offences provide an excuse for an accused who acted with colour of right. The existence of these exceptions demonstrates that the *ignorantia juris* rule is not to be applied when it would render a conviction manifestly unjust.

7 Academic commentators for some time now have argued that a form of an officially induced error of law doctrine should be accepted by the courts as an exoneration from criminal responsibility. Reviewing the tentative steps taken by judges towards this defence, Stuart asserts that courts to date have been "too timid". He advocates a full

[TRANUCTION]

1. L'admission du moyen de défense d'ignorance de la loi causerait aux tribunaux des problèmes insurmontables en matière de preuve.
2. Elle encouragerait l'ignorance alors que la connaissance est souhaitable du point de vue social.
3. Sinon, chacun ne connaîtrait d'autre loi que la sienne, ce qui contreviendrait au principe de la légalité et contredirait les principes moraux qui sous-tendent le droit.
4. L'ignorance de la loi est répréhensible en soi.

(*Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995), aux pp. 295 à 298.)

Bien que, selon Stuart, la règle relative à l'ignorance de la loi soit sommaire et que ces principes ne soient pas convaincants de nos jours, cette maxime constitue un principe directeur de notre droit criminel qui ne devrait pas être perturbé à la légère. J'ai conclu que certains types d'erreurs de droit provoquées par une personne en autorité devraient être admis pour éviter l'imposition d'une sanction criminelle à une personne en raison de ses actes, en partie parce que je suis d'avis que cela ne compromet aucune des quatre justifications de la règle relative à l'ignorance de la loi énoncées précédemment.

Malgré son importance, cette règle comporte des exceptions qui sont déjà bien établies dans notre droit. Un accusé est excusé lorsqu'il était impossible de connaître la règle de droit en vertu de laquelle il a été inculpé parce qu'elle n'avait pas été rendue publique. De plus, un certain nombre des infractions issues de notre *Code criminel* prévoient une excuse pour l'accusé qui a agi avec apparence de droit. L'existence de ces exceptions démontre que la règle *ignorantia juris* ne doit pas être appliquée lorsqu'elle rendrait une déclaration de culpabilité manifestement injuste.

Les auteurs de doctrine soutiennent depuis maintenant assez longtemps qu'une forme de théorie fondée sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité devrait être acceptée par les tribunaux comme une exonération à l'égard de la responsabilité criminelle. En examinant les mesures provisoires adoptées par les juges à

defence, which would consider whether reliance on a particular statement of the law was reasonable, and states (at p. 317):

None of the four suggested rationales for the ignorance of the law rule is undermined. Such a defence is capable of proof, and the accused can demonstrate that he was sociably responsible, not lawless and not blameworthy. Like the claim of right defence, we are considering only those who were not simply ignorant of law but made a mistake. The recognition of a common law defence of reliance on advice as to the law is a very healthy development in our criminal law and substantially ameliorates the harsh ignorance of the law rule. It is vastly preferable to the devious [case cite omitted] device of classifying the mistake made as one of mistake of fact rather than law.

The difficulty of distinguishing errors of fact from errors of law is also the starting point for Professor Barton's critique. Barton argues in support of a full justification defence which would remove the need to distinguish between errors of fact and errors of law. He would support a defence for an accused whose reliance on advice is reasonable, and he finds it difficult to distinguish advice from an official of a government agency charged with administering the law from advice given by a lawyer or a police officer. The starting point of Barton's analysis is an assessment of moral blameworthiness:

Because it is so difficult to fashion an adequate test to help distinguish between mistake of fact and of law, and because judges spend so much time focussing on this issue and miss the ultimate question of the effect, if any, of the mistake, perhaps it is time to abandon the distinction and to look at the position of the accused from the point of view of "should the accused be excused?"

l'égard de ce moyen de défense, Stuart soutient que les tribunaux ont jusqu'à présent été [TRADUCTION] «trop timides». Il propose un moyen de défense complet qui examinerait s'il était raisonnable de se fonder sur un énoncé particulier de la règle de droit, et dit (à la p. 317):

[TRADUCTION] Il n'y a atteinte à aucune des quatre justifications proposées de la règle relative à l'ignorance de la loi. Un tel moyen de défense peut être prouvé et l'accusé peut démontrer qu'il était socialement responsable et que son comportement n'était ni illégal ni répréhensible. Comme pour le moyen de défense fondé sur la prétention à un droit, nous ne tenons compte que de ceux non seulement qui ignoraient la loi mais qui ont fait une erreur. La reconnaissance d'un moyen de défense en common law fondé sur le crédit accordé à un avis sur ce qui constitue la loi marque une très saine évolution de notre droit criminel et améliore de façon importante la règle fondée sur la simple ignorance de la loi. C'est grandement préférable au moyen détourné [référence omise] qui consiste à classer l'erreur commise comme une erreur de fait plutôt que comme une erreur de droit.

La difficulté d'établir une distinction entre les erreurs de fait et les erreurs de droit constitue également le point de départ de la critique du professeur Barton. Il est en faveur d'un moyen de défense fondé sur une justification complète qui éliminerait la nécessité d'établir une distinction entre les erreurs de fait et les erreurs de droit. Il appuierait un moyen de défense à l'égard d'un accusé qui s'est fondé de façon raisonnable sur un avis et, selon lui, il est difficile d'établir une distinction entre l'avis d'un fonctionnaire d'un organisme gouvernemental responsable de l'application de la loi et l'avis d'un avocat ou d'un policier. L'analyse de Barton commence par une évaluation du caractère moralement répréhensible:

[TRADUCTION] Parce qu'il est si difficile d'énoncer un critère adéquat permettant d'établir une distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit et parce que les juges passent tellement de temps à examiner cette seule question et qu'ils oublient en fin de compte la question de l'effet, s'il y a lieu, de l'erreur, le moment est peut-être venu d'abandonner la distinction et d'examiner la position de l'accusé en se demandant: «l'accusé devrait-il être excusé?».

(P. G. Barton, "Officially Induced Error as a Criminal Defence: A Preliminary Look" (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 314, at p. 315.)

From this perspective of moral blameworthiness, it is difficult to justify convicting an individual who has considered that her behaviour may be illegal, consulted an appropriate authority regarding the legality of her actions, and relied on the advice she obtained in a way that appears objectively reasonable.

(P. G. Barton, «Officially Induced Error as a Criminal Defence: A Preliminary Look» (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 314, à la p. 315.)

Vu sous cet angle, le caractère moralement répréhensible permet difficilement de justifier la déclaration de culpabilité d'un individu qui, considérant que son comportement pouvait être illégal, a consulté une personne en autorité compétente en la matière concernant la légalité de ses actes et s'est fondé sur l'avis qu'il a obtenu d'une façon qui paraît objectivement raisonnable.

⁹ Discussing the defence which he would name "state-induced error of law", in the context of reliance on a judicial decision which was later overturned, Terence Arnold states:

Terence Arnold a dit au sujet du moyen de défense fondé sur ce qu'il appellerait l'[TRADUCTION] «erreur de droit provoquée par l'État», dans le contexte du respect d'une décision judiciaire qui a par la suite été écartée:

The principle that ignorance or mistake of law constitutes no defence is treated by many as expressing a proposition of self-evident utility and necessity. So simple and absolute a rule may have been appropriate at a time when the criminal law was narrow in scope and therefore fundamental in nature. It is not appropriate in a modern legal context, however. In recognition of this many courts and legislatures have reassessed the doctrine, retaining it in respect to certain offences or situations, modifying in respect to others. My criticism of the Court in the *Dunn* case [(1977), 21 N.S.R. (2d) 334] is not that they accept the basic mistake of law doctrine — s. 19 of the *Code* compels them to do that. It is, rather, that the Court shows no sensitivity to the fact that [the] doctrine's applicability in some situations requires reconsideration. Furthermore, in order to apply the doctrine to the fact situation urged in *Dunn* the Court had to apply a legal theory, long since abandoned by legal analysts, which has no connection with reality, does not achieve individual justice and cannot be justified on public policy grounds.

[TRADUCTION] Selon un grand nombre de personnes, le principe selon lequel l'ignorance de la loi ou l'erreur de droit ne constitue pas un moyen de défense a un caractère intrinsèquement utile et nécessaire. Une règle aussi simple et absolue a pu convenir à un moment où le droit criminel avait une portée restreinte et par conséquent une nature fondamentale. Toutefois, elle ne convient pas dans un contexte juridique moderne. Reconnaissant ce fait, de nombreux tribunaux et assemblées législatives ont procédé à un nouvel examen du principe, le conservant à l'égard de certaines infractions ou situations, le modifiant à l'égard de certaines autres. Ce que je reproche à la cour dans l'arrêt *Dunn* [(1977), 21 N.S.R. (2d) 334] n'est pas qu'elle accepte le principe de base de l'erreur de droit — l'art. 19 du *Code* l'oblige à le faire. C'est plutôt que la cour n'a pas tenu compte du fait que l'applicabilité du principe dans certaines situations exige un nouvel examen. Qui plus est, pour appliquer la doctrine à la situation de fait soulevée dans l'arrêt *Dunn*, la cour devait appliquer une théorie juridique, abandonnée depuis longtemps par les analystes juridiques, qui n'a aucun lien avec la réalité, ne permet pas à un particulier d'obtenir justice et ne peut être justifiée sur le fondement de l'intérêt public.

(«State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen*: A Recent Non-Development in Criminal Law" (1978), 4 *Dalhousie L.J.* 559, at pp. 584-85.)

(«State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen*: A Recent Non-Development in Criminal Law» (1978), 4 *Dalhousie L.J.* 559, aux pp. 584 et 585.)

Arnold's sense of injustice is perhaps overly sensitive, but his point reflects our contemporary reality. The number of laws under which any person in

Le sens de l'injustice exprimé par Arnold est peut-être exagéré, mais le point qu'il soulève correspond à la réalité d'aujourd'hui. Le nombre de lois

Canada may incur criminal liability is nothing short of astounding. While knowledge of the law is to be encouraged, it is certainly reasonable for someone to assume he knows the law after consulting a representative of the state acting in a capacity which makes him expert on that particular subject.

Nancy S. Kastner also urges that a defence of officially induced error of law be accepted by the courts:

... the traditional rationalia for the rule that ignorance of the law does not excuse are not done violence by the incursion of the defence of officially induced error, where the offender in good faith is duly diligent in attempting to guide his conduct by the law as stated by "a party in the know".

("Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error" (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 308, at p. 335.)

In its Report 30 entitled *Recodifying the Criminal Law* (1986), the Law Reform Commission of Canada proposed the following provision as part of a new General Part of the *Criminal Code* (at p. 31):

3(7) Mistake or Ignorance of Law. No one is liable for a crime committed by reason of mistake or ignorance of law:

- (a) concerning private rights relevant to that crime; or
- (b) reasonably resulting from
 - (i) non-publication of the law in question,
 - (ii) reliance on a decision of a court of appeal in the province having jurisdiction over the crime charged, or
 - (iii) reliance on competent administrative authority. [Emphasis added.]

en vertu desquelles une personne au Canada peut être tenue criminellement responsable est tout simplement ahurissant. Bien qu'il faille encourager la connaissance de la loi, il est certainement raisonnable pour une personne de présumer qu'elle connaît la loi après avoir consulté un représentant de l'État exerçant des fonctions qui font de lui un expert sur un sujet en particulier.

Nancy S. Kastner soutient également que les tribunaux devraient admettre le moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité:

[TRADUCTION] ... l'incursion du moyen de défense fondé sur l'erreur provoquée par une personne en autorité ne porte pas atteinte aux raisonnements traditionnels sur lesquels est fondée la règle que l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse, lorsque le contrevenant tente de bonne foi et avec diligence de guider sa conduite en fonction du droit énoncé par «une partie bien informée».

(«Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error» (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 308, à la p. 335.)

Dans son Rapport 30 intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1986), la Commission de réforme du droit du Canada a proposé la disposition suivante dans le cadre d'une nouvelle partie générale du *Code criminel* (aux pp. 34 et 35):

3(7) Erreur de droit ou ignorance de la loi. Nul n'est responsable d'un crime commis en raison d'une erreur de droit ou de l'ignorance de la loi dans les cas suivants:

- a) l'erreur ou l'ignorance concernent des droits privés visés par le crime en cause;
- b) l'erreur ou l'ignorance peuvent raisonnablement être imputées à l'une des circonstances suivantes:
 - (i) la non-publication de la règle de droit en cause,
 - (ii) une décision judiciaire rendue par la cour d'appel de la province ayant compétence sur le crime reproché,
 - (iii) l'interprétation donnée par une autorité administrative compétente. [Je souligne.]

In a working paper which preceded this draft, the Law Reform Commission proposed extending a “reliance on administrative authority” excuse only to offences outside the *Criminal Code* (Working Paper 29, *Criminal Law — The General Part: Liability and Defences* (1982), at p. 82). The shift between that provision and the final report indicates a broader approach to an officially induced error of law provision.

11 This steady trickle of academic commentary has been fuelled by tentative steps toward the recognition of officially induced error of law as either a complete defence or an excusing provision by Canadian jurists, as well as more widespread support for this defence in the United States. Before outlining the precise form this doctrine should take, I will examine some of this jurisprudence to illustrate situations where this doctrine will assist judges in achieving just results.

B. *Developments in the Jurisprudence*

12 The defence of officially induced error of law emerged in American jurisprudence with the 1949 case of *Long v. State*, 65 A.2d 489 (Del.). In that case a man who had obtained a divorce in Arkansas returned to his native Delaware, married for a second time, and was convicted of bigamy. He presented evidence that he had consulted a reputable attorney before going to Arkansas to obtain the divorce, and again upon his return to Delaware, regarding the legal effect in Delaware of his divorce. The Reverend who performed the second marriage sought and obtained the same advice, and the lawyer who had advised them both signed the marriage application. The Supreme Court of Delaware ordered a new trial where the jury would be instructed to consider this evidence based on a defence that “before engaging in the [prohibited] conduct, the defendant made a bona fide, diligent effort, adopting a course and resorting to sources and means at least as appropriate as any afforded under our legal system, to ascertain and abide by the law, and where he acted in good faith reliance

Dans un document de travail qui a précédé ce projet, la Commission de réforme du droit a proposé d'étendre l'excuse «fondée sur l'interprétation administrative» seulement aux infractions qui ne sont pas régies par le *Code criminel* (Document de travail 29, *Droit pénal — Partie générale: responsabilité et moyens de défense* (1982), à la p. 95). L'écart entre cette disposition et le rapport final indique qu'une position plus large a été adoptée à l'égard d'une disposition sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité.

Ce flot régulier de remarques issues de la doctrine provient de tentatives de juristes canadiens visant à faire reconnaître l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité comme un moyen de défense complet ou comme une disposition assurant une excuse, ainsi que d'un appui plus répandu de ce moyen de défense aux États-Unis. Avant d'exposer la forme précise que cette théorie devrait adopter, j'examinerai une partie de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question afin d'illustrer des situations où cette théorie aidera les juges à parvenir à des résultats équitables.

B. *L'évolution de la jurisprudence*

Le moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité a vu le jour dans la jurisprudence américaine en 1949 avec l'arrêt *Long c. State*, 65 A.2d 489 (Del.). Dans cette affaire, un homme qui avait obtenu un divorce en Arkansas est retourné dans son État d'origine, le Delaware, s'est marié une deuxième fois et a été déclaré coupable de bigamie. Il a présenté des éléments de preuve selon lesquels il avait consulté un avocat renommé avant d'aller en Arkansas pour obtenir le divorce et de nouveau à son retour concernant l'effet juridique que son divorce avait au Delaware. Le pasteur qui a célébré le deuxième mariage a demandé et obtenu le même conseil et l'avocat qui les a conseillés tous les deux a signé la demande de permis de mariage. La Cour suprême du Delaware a ordonné la tenue d'un nouveau procès où le jury aurait pour directive d'examiner cet élément de preuve sur le fondement d'un moyen de défense portant que [TRADUCTION] «avant d'accomplir l'acte [prohibé], le défendeur a, de bonne foi et avec diligence, fait un effort, en

upon the results of such effort” (p. 497). The Court stated (at p. 498):

It is difficult to conceive what more could be reasonably expected of a “model citizen” than that he guide his conduct by “the law” ascertained in good faith, not merely by efforts which might seem adequate to a person in his situation, but by efforts as well designed to accomplish ascertainment as any available under our system. We are not impressed with the suggestion that a mistake under such circumstances should aid the defendant only in inducing more lenient punishment by a court, or executive clemency after conviction. The circumstances seem so directly related to the defendant’s behavior upon which the criminal charge is based as to constitute an integral part of that behavior, for purposes of evaluating it. No excuse appears for dealing with it piecemeal. We think such circumstances should entitle a defendant to full exoneration as a matter of right, rather than to something less, as a matter of grace.

While the American jurisprudence has since backed away from accepting reliance on the advice of a lawyer as a form of officially induced error of law, the defence is well established in American law in cases where government officials are relied upon. *Long v. State* itself has influenced the Canadian jurists who have opened the way for the establishment of this defence here. Discussing the present state of the defence in American law, W. R. LaFave and A. W. Scott state:

Consistent with the above [reasonable reliance on lower court decisions], the better view is that if a defendant reasonably relies upon an erroneous official statement of the law contained in an administrative order or grant or in an official interpretation by the public officer or body responsible for interpretation, administration, or

ce sens qu’il a adopté une conduite et eu recours à des sources et des moyens au moins aussi indiqués que ceux que prévoit notre système juridique pour connaître la loi et la respecter et qu’il a agi de bonne foi sur le fondement des résultats de cet effort» (p. 497). La cour a ajouté (à la p. 498):

[TRADUCTION] Il est difficile de concevoir ce qu’un «citoyen modèle» pourrait raisonnablement faire de plus que de fonder sa conduite sur «le droit» vérifié de bonne foi, pas simplement par des efforts qui pourraient sembler adéquats pour une personne dans sa situation, mais par des efforts aussi bien destinés à vérifier le droit que ce que permet notre système. Nous ne sommes pas impressionnés par la suggestion qu’une erreur commise dans de telles circonstances ne devrait aider le défendeur qu’à obtenir d’un tribunal une peine moins sévère ou la clémence de l’administration après une déclaration de culpabilité. Les circonstances semblent tellement directement liées au comportement du défendeur sur lequel est fondée l’accusation criminelle qu’elles constituent une partie intégrante de ce comportement, dans le cadre de son évaluation. Il n’y a aucune excuse pour les examiner à la pièce. Nous sommes d’avis que de telles circonstances devraient permettre à un défendeur d’obtenir une exonération complète en droit plutôt qu’un autre redressement moins important accordé comme une grâce.

Bien que la jurisprudence américaine ait depuis lors refusé d’accepter le fait de s’être fondé sur le conseil d’un avocat comme une forme d’erreur de droit provoquée par une personne en autorité, le moyen de défense est bien établi en droit américain dans les affaires où des fonctionnaires sont consultés. L’arrêt *Long c. State* a lui-même influencé les juristes canadiens qui ont ouvert la voie à l’établissement de ce moyen de défense dans notre droit. Analysant l’état actuel du moyen de défense en droit américain, W. R. LaFave et A. W. Scott disent:

[TRADUCTION] Conformément à ce qui précède [fondement raisonnable sur les décisions des tribunaux d’instance inférieure], la meilleure position est celle selon laquelle si un défendeur s’est raisonnablement fondé sur un énoncé officiel erroné du droit contenu dans une ordonnance ou une décision administratives ou dans l’interprétation officielle par le fonctionnaire ou l’organisme chargé de l’interprétation ou de l’application de la loi qui définit l’infraction, alors sa croyance que la con-

enforcement of the law defining the offense, then his belief that the conduct was not criminal is a defense.

(*Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, at pp. 592-93, and see generally pp. 589-96.)

duite n'était pas criminelle constitue un moyen de défense.

(*Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, aux pp. 592 et 593, voir aussi de façon générale les pp. 589 à 596.)

¹³ The first Canadian decision to reflect the defence was in *R. v. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84 (N.S. Co. Ct.), where O Hearn Co. Ct. J. sought to develop the realm of common law defences available in Canada by relying on *Long v. State*. Maclean's driver's licence had been revoked after he was convicted of refusing to take a breathalyser test. He worked at the Halifax airport and had obtained the permission of his supervisor to drive on airport property without his licence. His supervisor's advice was based on Maclean's telephone call to the Registrar of Motor Vehicles who had advised him that driving on federal government property, with his boss's permission, was fine. O Hearn Co. Ct. J. confined his reasons to the field of delegated legislation. He was clearly influenced by the accused's conscientious effort to ascertain his legal position and by the fact that in inquiring about his legal status he "went to the source that people ordinarily use to secure information about drivers' licences and the requirements of licensing and in that sense the source was appropriate" (p. 107).

La première décision canadienne qui fait état de ce moyen de défense est *R. c. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84 (C. cté N.-É.), où le juge O Hearn a cherché à préciser le domaine des moyens de défense en common law pouvant être utilisés au Canada sur le fondement de l'arrêt *Long c. State*. Le permis de conduire de Maclean avait été révoqué après qu'il eut été déclaré coupable d'avoir refusé de subir un alcootest. Il travaillait à l'aéroport d'Halifax et avait été autorisé par son surveillant à conduire sur le terrain de l'aéroport sans son permis. Le surveillant s'était fondé sur un appel téléphonique de Maclean au registrateur des véhicules automobiles qui lui avait dit qu'il pouvait conduire sur un terrain du gouvernement fédéral avec la permission de son patron. Le juge O Hearn a restreint ses motifs au domaine de la législation déléguée. Il a clairement été influencé par les efforts consciencieux de l'accusé pour vérifier son statut juridique et par le fait qu'en demandant des renseignements à ce sujet il [TRADUCTION] «est allé à la source que les gens utilisent ordinairement pour obtenir des renseignements sur les permis de conduire et sur les exigences rattachées à celui-ci et, dans ce sens, la source était appropriée» (p. 107).

¹⁴ The defence was again considered in *R. v. Potter* (1978), 3 C.R. (3d) 154 (P.E.I.S.C.), where the accused was charged with keeping a gambling device despite the fact that the persons importing the goods to Canada had specifically inquired to customs officials about their legality and customs officials had inspected the shipments and collected duty over a period of years. McQuaid J. considered and praised the decision in *Maclean*, but decided that based on the jurisprudence of this Court he could not follow the path struck by O Hearn Co. Ct. J. Instead, he ordered an absolute discharge.

Le moyen de défense a également été examiné dans *R. c. Potter* (1978), 3 C.R. (3d) 154 (C.S.Î.-P.-É.), où l'accusé était inculpé d'avoir gardé un dispositif de jeu malgré le fait que les personnes qui importaient les marchandises au Canada s'étaient précisément renseignées auprès des fonctionnaires des douanes au sujet de leur légalité et que ces fonctionnaires avaient inspecté les envois et perçu les droits pendant de nombreuses années. Le juge McQuaid a examiné la décision *Maclean* et en a fait l'éloge, mais a décidé que, sur le fondement de la jurisprudence de notre Cour, il ne pouvait suivre la voie indiquée par le juge O Hearn. Il a plutôt ordonné une absolution inconditionnelle.

O Hearn Co. Ct. J. had the opportunity to elaborate his reasoning in *R. v. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249, where he upheld an acquittal on a driving while disqualified charge. Flemming's driver's licence was under suspension and he had consulted the Motor Vehicle Bureau about whether he was permitted to steer and brake a car which was being towed. In a thoroughly reasoned judgment, O Hearn Co. Ct. J. found that this Court's decision in *Molis*, *supra*, about which I have more to say below, barred a defence of insufficient promulgation but not a defence of officially induced error. On the basis of *Molis*, however, he rejected his earlier distinction between statutory and regulatory offences. Considering s. 19 of the *Criminal Code*, O Hearn Co. Ct. J. stated (at p. 272):

If a person does his best to conform his conduct [to] the law but is misled by officials charged with the administration of the law, he is not doing anything at odds with the purpose of the maxim "Ignorance of the law is not an excuse" in its application to criminal law. The mischief that the policy is aimed at has not occurred.

He specifies that the official whose advice is followed must be involved in the administration of the law in question so that following his advice is reasonable, and that the opinion itself should be reasonable in the circumstances. In his conclusion on this issue he states, and I fully agree (at p. 274):

Moreover, most people would consider it radically unjust for the same government to prosecute an individual for an offence that it had already assured him was not an offence, through one of its bureaux.

Such prosecution, I would assert, may bring the administration of justice into disrepute.

The Nova Scotia Court of Appeal recognized an officially induced error of law as a defence in *R. v. MacDougall* (1981), 60 C.C.C. (2d) 137. MacDougall's licence had been cancelled following a crim-

15

Le juge O Hearn de la Cour de comté a eu l'occasion de développer son raisonnement dans *R. c. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249, où il a confirmé un acquittement relativement à une accusation de conduite sans permis. Le permis de conduire de M. Flemming avait été suspendu et il avait demandé au bureau des véhicules automobiles s'il avait le droit de diriger et de freiner une automobile en remorque. Dans un jugement solidement motivé, le juge O Hearn a conclu que l'arrêt de notre Cour *Molis*, précité, sur lequel je reviendrai ultérieurement, empêchait de faire valoir un moyen de défense fondé sur la promulgation insuffisante mais pas un moyen de défense fondé sur l'erreur provoquée par une personne en autorité. Toutefois, sur le fondement de l'arrêt *Molis*, il a rejeté la distinction qu'il avait établie précédemment entre les infractions à la loi et les infractions à la réglementation. En examinant l'art. 19 du *Code criminel*, le juge O Hearn a dit (à la p. 272):

[TRADUCTION] Si une personne fait de son mieux pour que sa conduite soit conforme à la loi mais est induite en erreur par les responsables de l'application de la loi, il ne contrevient pas à l'objet de la maxime «l'ignorance de la loi n'est pas une excuse» dans son application au droit criminel. Le méfait visé par la politique ne s'est pas produit.

Il précise que la personne en autorité qui a donné l'avis doit jouer un rôle dans l'application de la loi en question de façon qu'il soit raisonnable de suivre son avis et que l'opinion en soi devrait être raisonnable dans les circonstances. Je souscris entièrement à ce qu'il dit dans sa conclusion sur cette question (à la p. 274):

[TRADUCTION] Qui plus est, la plupart des gens considéreraient qu'il est radicalement injuste qu'un gouvernement poursuive un particulier relativement à une infraction, alors qu'il a déjà assuré celui-ci par l'entremise de l'un de ses bureaux qu'il ne s'agissait pas d'une infraction.

À mon avis, une telle poursuite serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

16

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a reconnu, dans l'arrêt *R. v. MacDougall* (1981), 60 C.C.C. (2d) 137, que l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité constitue un moyen

inal conviction. He received an "order of revocation" and when he commenced appeal proceedings, received a "notice of reinstatement". After he was informed by his lawyer that his appeal had been dismissed, he continued driving until receiving a second "order of revocation". In that interim, he was charged with driving without a licence. Macdonald J.A. for the majority stated (at p. 158):

Assuming . . . that the error of the respondent as to revocation was one of law I am prepared to say that the facts as found by the trial Judge give rise to a defence of justification based upon reliance by the respondent on a previous course of conduct on the part of the Registrar. This defence might be classified as officially induced error or perhaps as a form of colour of right.

Upholding the trial court's acquittal, he concluded (at p. 160):

The defence of officially induced error has not been sanctioned, to my knowledge, by any appellate Court in this country. The law, however, is ever-changing and ideally adapts to meet the changing mores and needs of society. In this day of intense involvement in a complex society by all levels of Government with a corresponding reliance by people on officials of such Government, there is, in my opinion, a place and need for the defence of officially induced error, at least so long as mistake of law, regardless of how reasonable, cannot be raised as a defence to a criminal charge.

This Court reversed this decision on other grounds, [1982] 2 S.C.R. 605. However, in his judgment for the unanimous Court, Ritchie J. wrote (at p. 613):

It is not difficult to envisage a situation in which an offence could be committed under mistake of law arising because of, and therefore induced by, "officially induced error", and if there was evidence in the present case to support such a situation existing it might well be an appropriate vehicle for applying the reasoning adopted by Mr. Justice Macdonald. In the present case, however, there is no evidence that the accused was misled by an error on the part of the Registrar.

de défense. Le permis de MacDougall avait été annulé par suite d'une déclaration de culpabilité en matière criminelle. Il a reçu un «ordre de révocation» et lorsqu'il a introduit des procédures en appel, il a reçu un «avis de rétablissement». Après qu'il eut été informé par son avocat du rejet de son appel, il a continué à conduire jusqu'à ce qu'il reçoive un deuxième «ordre de révocation». Entre-temps, il a été accusé de conduite sans permis. Le juge Macdonald a dit au nom de la majorité (à la p. 158):

[TRADUCTION] À supposer [. . .] que ce soit une erreur de droit, j'estime que les conclusions de fait du juge du procès appuient une défense de justification parce que l'intimé s'est fondé sur la conduite antérieure du registraire. Ce moyen de défense pourrait être appelé la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité ou peut-être s'agit-il d'une espèce d'apparence de droit.

Il a conclu en confirmant l'acquittal prononcé par la cour de première instance (à la p. 160):

[TRADUCTION] À ma connaissance, le moyen de défense de l'erreur provoquée par une personne en autorité n'a pas été sanctionné par une cour d'appel au pays. Toutefois, le droit est en constante évolution et s'adapte idéalement pour satisfaire aux mœurs et aux besoins changeants de la société. À une époque où tous les paliers de gouvernement s'engagent de façon intense dans une société complexe et où les personnes doivent se fonder sur les fonctionnaires de ce gouvernement, à mon avis, le moyen de défense fondé sur l'erreur provoquée par une personne en autorité a sa place et est nécessaire, du moins tant que l'erreur de droit, peu importe jusqu'à quel point elle est raisonnable, ne peut être soulevée à titre de moyen de défense contre une accusation criminelle.

Notre Cour a infirmé cette décision sur le fondement d'autres moyens, [1982] 2 R.C.S. 605. Toutefois, dans son jugement au nom de la Cour à l'unanimité, le juge Ritchie a dit (à la p. 613):

On envisage sans difficulté une situation où une infraction pourrait être commise par suite d'une erreur de droit «provoquée par un fonctionnaire» et, s'il existait en l'espèce des éléments de preuve à l'appui de l'existence de pareille situation, il y aurait peut-être eu lieu d'appliquer le raisonnement du juge Macdonald. Cependant, rien n'indique que dans la présente affaire l'accusé a été induit en erreur par le registraire.

Clearly, this Court has not foreclosed the possibility of raising officially induced error of law as a defence or excuse. Significantly, the *MacDougall* decision also affirmed the validity of the s. 19, ignorance of the law does not excuse, provision. Accordingly, the excuse and the traditional rule are not viewed as contradictory.

The defence of officially induced error of law was accepted by Ferris Prov. Ct. J. in *R. v. Ross*, [1985] Sask. D. 5845-02. Ross did not have an appropriate licence to drive the truck he had been driving for several years. He had inquired about this at the Highway Traffic Board on several occasions as he was concerned about his insurance. On each occasion he was assured that he was appropriately licensed. He also stopped at weigh scales dozens of times per year and had his licence inspected. Ferris Prov. Ct. J. held that this constituted an excuse to a charge of obstruction of justice when he continued to drive after police officers told him not to because he did not have a proper licence.

In 1986, the Ontario Court of Appeal acknowledged the defence in the context of regulatory offences in *R. v. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295. Cancoil was charged under the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1980, c. 321, after removing a protective shield from a piece of machinery. A Ministry of Labour inspector had approved operation of the machine without the shield, but an employee subsequently suffered a serious injury which the shield would have prevented. The court overturned the original acquittal on the basis of another error, but stated (at p. 303) that the defence of officially induced error should be available at the new trial:

The defence of "officially induced error" is available as a defence to an alleged violation of a regulatory statute where an accused has reasonably relied upon the

De toute évidence, notre Cour n'a pas écarté la possibilité de soulever l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité à titre de moyen de défense ou d'excuse. De façon significative, l'arrêt *MacDougall* a également confirmé la validité de l'art. 19, disposition prévoyant que l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. Par conséquent, l'excuse et la règle traditionnelle ne sont pas considérées comme contradictoires.

Le moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité a été admis par le juge Ferris de la Cour provinciale dans *R. c. Ross*, [1985] Sask. D. 5845-02. Ross ne détenait pas le permis adéquat pour conduire le camion qu'il conduisait depuis plusieurs années. Il s'était renseigné à ce sujet auprès du Highway Traffic Board à plusieurs reprises, car il était préoccupé au sujet de son assurance. À chaque fois, on lui a assuré qu'il détenait le bon permis. Il s'est également arrêté une douzaine de fois par année à des contrôles routiers de poids, où son permis a été examiné. Le juge Ferris a conclu qu'il s'agissait d'une excuse à une accusation d'entrave à la justice lorsqu'il a continué à conduire après que les policiers lui eurent interdit de le faire parce qu'il ne détenait pas le bon permis.

En 1986, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu le moyen de défense dans le contexte des infractions à la réglementation dans *R. c. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295. Cancoil a été accusée aux termes de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.O. 1980, c. 321, après avoir enlevé un écran protecteur d'une pièce d'équipement. Un inspecteur du ministère du Travail avait approuvé le fonctionnement de la machine sans l'écran, mais par la suite, un employé a subi une blessure grave que l'écran aurait permis d'éviter. La cour a infirmé l'acquittal initial sur le fondement d'une autre erreur, mais a déclaré (à la p. 303) que le moyen de défense fondé sur l'erreur provoquée par une personne en autorité pourrait être invoqué lors du nouveau procès:

[TRADUCTION] Le moyen de défense fondé sur «l'erreur provoquée par une personne en autorité» peut être invoqué dans le cadre d'une violation reprochée d'une

18

19

erroneous legal opinion or advice of an official who is responsible for the administration or enforcement of the particular law. In order for the accused to successfully raise this defence, he must show that he relied on the erroneous legal opinion of the official and that his reliance was reasonable. The reasonableness will depend upon several factors including the efforts he made to ascertain the proper law, the complexity or obscurity of the law, the position of the official who gave the advice, and the clarity, definitiveness and reasonableness of the advice given.

The court distinguished this defence from the defence of due diligence, which would also be available to Cancoil.

In *R. v. Provincial Foods Inc.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 420, Palmetter C.J. Co. Ct. accepted the defence of officially induced error of law when a vegetable seller relied on the advice of an applications clerk in the Building Inspection Division of the City of Halifax that no permit was required to run his business in a particular building. The defence was also successful in *R. v. Dubeau* (1993), 80 C.C.C. (3d) 54 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). Dubeau was acquitted of a charge of carrying on the business of firearms and ammunition sale without a permit after selling approximately 30 guns at a series of garage sales. Ferguson J., relying on *Cancoil Thermal*, *supra*, considered that the accused had asked the local firearms officer specifically about permits for garage sales, and had written a letter on the advice of that officer to the head office in Toronto. These actions, in combination with the complexity of the law, led to an acquittal.

Recently, in *R. v. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181, James Prov. Ct. J. held that two of three corporate accused charged under the same provision as the accused in this case, had made out a "lawful justification or excuse"

disposition de réglementation dans le cas où un accusé s'est raisonnablement fondé sur l'opinion juridique ou l'avis erroné d'un responsable de l'application de la loi en cause. Pour que l'accusé puisse soulever ce moyen de défense avec succès, il doit démontrer qu'il s'est fondé sur l'opinion juridique erronée de la personne en autorité et cela d'une façon raisonnable. Le caractère raisonnable dépendra de plusieurs facteurs, notamment des efforts qu'il a faits pour découvrir le droit applicable, de la complexité ou de l'obscurité de la loi, du poste occupé par la personne en autorité qui a donné l'avis ainsi que de la clarté, et du caractère décisif et raisonnable de l'avis donné.

La cour a établi une distinction entre ce moyen de défense et le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, que Cancoil pouvait également faire valoir.

Dans *R. c. Provincial Foods Inc.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 420, le juge en chef Palmetter de la Cour de comté a accepté le moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité après qu'un marchand de légumes se fut fondé sur l'avis d'un préposé de la Division de l'inspection des bâtiments de la ville de Halifax selon lequel il n'avait pas besoin d'obtenir un permis pour exploiter son entreprise dans un immeuble donné. Le moyen de défense a également été invoqué avec succès dans *R. c. Dubeau* (1993), 80 C.C.C. (3d) 54 (C. Ont. (Div. gén.)). Dans cette affaire, Dubeau avait été acquitté d'une accusation d'avoir exploité une entreprise de vente d'armes à feu et de munitions sans permis portée contre lui après qu'il eut vendu quelque 30 fusils dans diverses ventes-débarras. Se fondant sur *Cancoil Thermal*, précité, le juge Ferguson a pris en considération le fait que l'accusé avait demandé expressément l'avis du préposé local aux armes à feu concernant les permis pour les ventes-débarras et, sur l'avis de ce préposé, avait écrit à l'administration centrale à Toronto. Ces mesures, conjuguées à la complexité de la loi, avaient mené à un acquittement.

Récemment, dans *R. c. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181, le juge James de la Cour provinciale a conclu que deux de trois sociétés accusées en vertu des mêmes dispositions que l'accusé en l'espèce, avaient démontré une

because of their reliance on the approval of the obscene videos they had retailed by the British Columbia Film Board. James Prov. Ct. J. considered detailed evidence of the organization, mandate and functioning of the British Columbia Film Board before coming to this conclusion. A third accused, who had relied upon approval by Quebec's Régie du cinéma, was not excused, on the basis that there was not sufficient evidence about that body. It is unnecessary in this case to consider the role of approval by film boards in provinces other than that where business was carried out and criminal charges were laid.

Both Stuart and Kastner have interpreted this Court's decision in *Molis*, *supra*, as foreclosing the opportunity for developing an officially induced error of law defence. In light of these interpretations, I will clarify the extent of the decision in *Molis*. In that case, writing for a unanimous Court, I asserted that no defence of ignorance of a regulation exists (at p. 361) and I concluded (at p. 364):

... the defence of due diligence that was referred to in *Sault Ste. Marie* is that of due diligence in relation to the fulfilment of a duty imposed by law and not in relation to the ascertainment of the existence of a prohibition or its interpretation.

As the Ontario Court of Appeal in *Cancoil Thermal* noted, the defence of due diligence is separate from officially induced error. While due diligence in ascertaining the law does not excuse, reasonable reliance on official advice which is erroneous will excuse an accused but will not, in my view, negative culpability. There are two important distinctions between these related provisions. First, due diligence, in appropriate circumstances, is a full defence. If successfully raised, the elements of the offence are not completed. Officially induced error, on the other hand, does not negative culpability. Rather it functions like entrapment, as an excuse for an accused whom the Crown has proven

«justification ou excuse légitime» en ce sens qu'elles s'étaient fondées sur l'approbation par la commission de contrôle cinématographique de la Colombie-Britannique de vidéos obscènes qu'elles avaient vendus au détail. Le juge James a examiné des éléments de preuve détaillés sur l'organisation, le mandat et le fonctionnement de la commission de contrôle avant d'en venir à cette conclusion. Aucune excuse n'a été retenue relativement à une troisième société accusée, qui s'était fondée sur l'approbation de la Régie du cinéma du Québec, en raison de l'insuffisance de preuve sur cet organisme. Il n'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce le rôle que jouent en matière d'approbation les commissions de contrôle cinématographique des provinces autres que celle où l'entreprise était exploitée et où les accusations criminelles ont été portées.

Stuart et Kastner ont interprété l'arrêt *Molis*, précité, de notre Cour comme écartant la possibilité d'élaborer un moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Compte tenu de ces interprétations, je clarifierai la portée de l'arrêt *Molis*. Dans cet arrêt, au nom de la Cour à l'unanimité, j'ai affirmé qu'il n'existait aucun moyen de défense fondé sur l'ignorance d'un règlement (à la p. 361) et j'ai conclu (à la p. 364):

... l'arrêt *Sault Ste-Marie* parle de la défense de diligence raisonnable par rapport à l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi et non par rapport aux recherches sur l'existence d'une interdiction ou sur son interprétation.

Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Cancoil Thermal*, la diligence raisonnable comme moyen de défense est distinct de celui fondé sur l'erreur provoquée par une personne en autorité. Bien que la diligence raisonnable exercée pour vérifier le droit ne constitue pas une excuse, le fondement raisonnable sur un avis officiel qui est erroné excusera l'accusé mais, à mon avis, n'écartera pas la culpabilité. Il existe deux distinctions importantes entre ces dispositions connexes. Premièrement, la diligence raisonnable dans des circonstances appropriées constitue un moyen de défense complet. S'il est soulevé avec succès, les éléments de l'infraction ne sont

to have committed an offence. Second, diligence may be necessary to obtain the advice which grounds an officially induced error. This is so because an accused who seeks to rely on this excuse must have weighed the potential illegality of her actions and made reasonable inquiries. This standard, however, does not convert officially induced error into due diligence. In *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339, I contrasted these two exculpatory provisions (at p. 346):

It is a principle of our criminal law that an honest but mistaken belief in respect of the legal consequences of one's deliberate actions does not furnish a defence to a criminal charge, even when the mistake cannot be attributed to the negligence of the accused: *Molis v. The Queen* [cite omitted]. This Court recently reaffirmed in *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941, at p. 960, the principle that knowledge that one's actions are contrary to the law is not a component of the *mens rea* for an offence, and consequently does not operate as a defence.

I do not rule out the possibility that, in an appropriate case, an officially induced error as to the state of the law might constitute a defence. However, I do not consider that it would be appropriate to rule on this question in the context of this appeal.

Forster again shows, as was established in *MacDougall*, that this Court has opened the door for an officially induced error excuse while at the same time upholding the *Molis* rule.

Most recently, the existence of an officially induced error defence was recognized in *obiter dictum* by Gonthier J. in his dissenting reasons in *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44. While I disagreed with Gonthier J. on the principal issue in that case,

pas complétés. Par ailleurs, l'erreur provoquée par une personne en autorité n'écarte pas la culpabilité. Elle fonctionne plutôt comme la provocation policière, c'est-à-dire comme une excuse pour un accusé dont la culpabilité a été établie par le ministère public. Deuxièmement, la diligence peut être nécessaire pour obtenir le conseil sur lequel est fondée l'erreur provoquée par une personne en autorité. Il en est ainsi parce qu'un accusé qui cherche à se fonder sur cette excuse doit avoir évalué la possibilité d'illégalité de ses actions et s'être renseigné de façon raisonnable. Toutefois, cette norme ne permet pas de convertir en diligence raisonnable l'erreur provoquée par une personne en autorité. Dans l'arrêt *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, j'ai comparé ces deux dispositions disculpatoires (à la p. 346):

Un principe de notre droit criminel veut qu'une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques d'actes délibérés ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle, même si l'erreur ne peut être attribuée à la négligence de l'accusé: *Molis c. La Reine* [renvoi omis]. Récemment, dans l'arrêt *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, à la p. 960, notre Cour a réaffirmé le principe que le fait de savoir que les actes qu'on accomplit sont contraires à la loi ne constitue pas un élément de la *mens rea* d'une infraction et ne peut donc pas servir de moyen de défense.

Je n'écarte pas la possibilité que, dans un cas approprié, une erreur quant à l'état du droit provoquée par une personne en autorité puisse constituer un moyen de défense. Toutefois, je ne considère pas qu'il serait approprié de trancher cette question dans le contexte du présent pourvoi.

L'arrêt *Forster* démontre également, comme cela a été établi dans l'arrêt *MacDougall*, que notre Cour a ouvert la porte à une excuse fondée sur une erreur provoquée par une personne en autorité tout en maintenant la règle énoncée dans l'arrêt *Molis*.

Plus récemment, l'existence d'un moyen de défense fondé sur une erreur provoquée par une personne en autorité a été reconnue dans une opinion incidente du juge Gonthier dans ses motifs de dissidence de l'arrêt *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44. Même si j'ai exprimé mon désaccord avec le juge Gonthier sur la question principale soulevée

I agree with his characterization of this defence (at p. 88):

Assuming without deciding that such a defence would be available if an accused were misled by the Superintendent of Motor Vehicles or by some other official responsible for the administration of the *Motor Vehicle Act*, such a defence would not demonstrate absence of negligence in relation to the *actus reus* of driving while under a statutory prohibition, but rather would be an additional defence thereto, operating as an exception to the rule that ignorance of the law does not excuse.

Here again, the contrast between officially induced error of law and the defence of due diligence is clearly outlined.

Several themes run through the Canadian jurisprudence to date on this defence and raise issues which must be determined to outline the scope of the defence. Most of the cases to date have dealt with regulatory offences only, raising the question of when this defence is applicable. A second group of questions revolves around who is an official and what constitutes "official advice". Finally, officially induced error has sometimes functioned as a full defence, a development which should be discouraged. I turn next to these issues.

C. Officially Induced Error of Law

Officially induced error of law exists as an exception to the rule that ignorance of the law does not excuse. As several of the cases where this rule has been discussed note, the complexity of contemporary regulation makes the assumption that a responsible citizen will have a comprehensive knowledge of the law unreasonable. This complexity, however, does not justify rejecting a rule which encourages a responsible citizenry, encourages government to publicize enactments, and is an essential foundation to the rule of law. Rather, extensive regulation is one motive for creating a

dans cette affaire, je souscris à la manière dont il a caractérisé ce moyen de défense (à la p. 88):

À supposer sans en décider qu'un tel moyen de défense pourrait être invoqué si un accusé était induit en erreur par le surintendant des véhicules à moteur ou par quelque autre fonctionnaire responsable de l'application de la *Motor Vehicle Act*, ce moyen de défense n'établirait pas l'absence de négligence relativement à l'*actus reus* de la conduite d'un véhicule à moteur alors que la loi l'interdit, mais constituerait plutôt un moyen de défense additionnel, applicable comme une exception à la règle voulant que l'ignorance de la loi ne soit pas une excuse.

Encore une fois, la différence entre l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité et le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable est clairement démontrée.

Jusqu'à présent, plusieurs thèmes ont été développés dans la jurisprudence canadienne sur ce moyen de défense et soulèvent des questions qui doivent être tranchées pour en déterminer la portée. Jusqu'à présent la plupart des affaires ont traité uniquement des infractions à la réglementation, soulevant la question de savoir quand s'applique ce moyen de défense. Un deuxième groupe de questions vise à déterminer qui est une personne en autorité et ce qui constitue un «avis d'une personne en autorité». Enfin, l'erreur provoquée par une personne en autorité a quelquefois fonctionné comme un moyen de défense complet, une tendance qui ne devrait pas être suivie. J'examine maintenant ces questions.

C. L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité

L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité existe à titre d'exception à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. Comme il a été souligné dans plusieurs des affaires où cette règle a été analysée, la complexité des règlements actuels permet de présumer qu'un citoyen responsable ne peut raisonnablement avoir une connaissance approfondie du droit. Toutefois, cette complexité ne justifie pas le rejet d'une règle qui encourage les citoyens à devenir responsables et le gouvernement à rendre publiques les règles de droit, et qui constitue un fondement essentiel de la

limited exception to the rule that *ignorantia juris neminem excusat*.

primauté du droit. La multiplicité des règlements est un motif qui permet de créer une exception limitée à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi n'est pas une excuse.

26 As complexity of regulation is linked to the justification for this excuse, it is predictable that it will arise most often in the realm of regulatory offences. Nonetheless, this excuse is equally valid for "true crimes" with a full *mens rea* component. As the involvement of the state in our day to day lives expands, and the number of officials from whom advice can potentially be sought increases, the chance that an official may give advice about an enactment which would not be classified as "regulatory" multiplies. Officially induced error is distinct from a defence of due diligence, and there is no reason to confine it to the regulatory offence context, though it is obvious that for certain crimes, such as those involving moral turpitude, the chances of success of such an excuse will be nearly nil.

Étant donné que la complexité des règlements est liée à la justification de cette excuse, il est prévisible qu'elle sera soulevée le plus souvent en ce qui concerne les infractions à la réglementation. Néanmoins, cette excuse est également valide en ce qui concerne les «crimes véritables» qui exigent une «*mens rea*» complète. Comme l'État s'intéresse de plus en plus à notre vie de tous les jours et que le nombre de personnes en autorité de qui il est possible d'obtenir un avis augmente, il y a de plus en plus de risques qu'une personne en autorité puisse donner un avis sur un texte qui ne serait pas classé comme de la «réglementation». L'erreur provoquée par une personne en autorité est différente du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable et il n'y a aucune raison de la restreindre au contexte de l'infraction à la réglementation, bien qu'il soit évident que, pour certains crimes, comme ceux qui participent de la turpitude morale, les chances de succès de cette excuse sont presque nulles.

27 Furthermore, although the section of the *Criminal Code* under which the appellants here were charged contains the phrase "without lawful justification or excuse", there is no particular link between those words and officially induced error of law. Where an accused can raise this argument on the evidence presented, the trial judge must assess whether the excuse is made out in law, regardless of the wording of the offence.

Qui plus est, bien que la disposition du *Code criminel* aux termes de laquelle les appelants ont été accusés en l'espèce contienne l'expression «sans justification ni excuse légitime», il n'existe aucun lien particulier entre ces termes et l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Lorsqu'un accusé peut soulever cet argument à l'égard de la preuve présentée, le juge du procès doit déterminer si l'excuse est valable en droit, peu importe le libellé de l'infraction.

28 The first step in raising an officially induced error of law argument will be to determine that the error was in fact one of law or of mixed law and fact. Of course, if the error is purely one of fact, this argument will be unnecessary. Unlike Professor Barton, I do not agree that officially induced error should be used to eradicate the distinction between mistakes of fact and mistakes of law. This distinction is important for all the reasons that I believe the principle that ignorance of the law does not excuse must stand firm. Distinguishing

Pour soulever l'argument fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité il faudra premièrement déterminer qu'il s'agissait bien d'une erreur de droit ou d'une erreur de droit et de fait. Évidemment, s'il s'agit uniquement d'une erreur de fait, il ne sera pas nécessaire de faire valoir cet argument. Contrairement au professeur Barton, je ne crois pas que l'erreur provoquée par une personne en autorité devrait être utilisée pour éliminer la distinction qui existe entre les erreurs de fait et les erreurs de droit. Cette distinc-

between mistakes of fact and those of law remains conceptually important. Mistakes of law will only be exculpatory in narrowly defined circumstances.

Once it is determined that the error was one of law, the next step is to demonstrate that the accused considered the legal consequences of her actions. By requiring that an accused must have considered whether her conduct might be illegal and sought advice as a consequence, we ensure that the incentive for a responsible and informed citizenry is not undermined. It is insufficient for an accused who wishes to benefit from this excuse to simply have assumed that her conduct was permissible.

The next step in arguing for this excuse will be to demonstrate that the advice obtained came from an appropriate official. One primary objective of this doctrine is to prevent the obvious injustice which O Hearn Co. Ct. J. noted — the state approving conduct with one hand and seeking to bring criminal sanction for that conduct with the other. In general, therefore, government officials who are involved in the administration of the law in question will be considered appropriate officials. I do not wish to establish a closed list of officials whose erroneous advice may be considered exculpatory. The measure proposed by O Hearn Co. Ct. J. is persuasive. That is, the official must be one whom a reasonable individual in the position of the accused would normally consider responsible for advice about the particular law in question. Therefore, the Motor Vehicle Registrar will be an appropriate person to give advice about driving offences, both federal and provincial. The determination of whether the official was an appropriate one to seek advice from is to be determined in the circumstances of each case.

tion est importante pour toutes les raisons qui selon moi justifient le maintien du principe selon lequel l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. La distinction entre les erreurs de fait et les erreurs de droit demeure importante sur le plan des idées. Les erreurs de droit ne seront disculpatoires que dans des circonstances restreintes.

Lorsqu'il est déterminé qu'il s'agissait d'une erreur de droit, il faut ensuite démontrer que l'accusé a envisagé les conséquences juridiques de ses actes. En exigeant qu'un accusé ait envisagé la possibilité que sa conduite soit illégale et que, en conséquence, il cherche à obtenir conseil, nous veillons à ce que ne soit pas ébranlée l'incitation faite aux citoyens d'être responsables et informés. Il ne suffit pas qu'un accusé qui souhaite profiter de cette excuse présume simplement que sa conduite était acceptable.

L'étape suivante de l'argumentation relative à cette excuse sera la démonstration que l'avis obtenu provenait d'une personne en autorité compétente en la matière. Cette doctrine a pour objectif principal d'empêcher que ne se produise l'injustice évidente que le juge O Hearn a remarquée — l'État qui approuve d'une part une conduite et qui cherche d'autre part à imposer une peine en droit criminel à l'égard de cette même conduite. Par conséquent, en général, les fonctionnaires qui sont responsables de l'application de la loi en question seront considérés comme des personnes en autorité compétentes en la matière. Je ne tiens pas à établir une liste restrictive des personnes en autorité dont les conseils erronés pourraient être considérés comme disculpatoires. La mesure proposée par le juge O Hearn est convaincante. C'est-à-dire que la personne en autorité doit être celle qu'une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé considérerait normalement chargée de donner des avis sur la loi en question. Par conséquent, le registraire des véhicules automobiles serait la personne désignée pour donner des avis sur des infractions, tant fédérales que provinciales, en matière de conduite automobile. La question de savoir s'il s'agissait de la personne en autorité compétente auprès de qui il fallait demander un avis dépend des circonstances de chaque cas.

29

30

31 My colleague Sopinka J. argues that, in this case, allowing OFRB approval to constitute an excuse is an impermissible delegation of power from one level of government to another. In my view, this argument does not bar officially induced error from constituting an excuse which is considered after culpability has been proven. There is no issue of the action of a provincial board precluding criminal prosecutions. Indeed, we must recall that it is the provincial Attorney General who makes the decision to prosecute offences, even when the offence charged is in the *Criminal Code*. The advice of officials of any level of government may induce an error of law and trigger this provision provided that a reasonable person would consider that particular government organ to be responsible for the law in question. The determination relies on common sense rather than constitutional permutations.

32 Several other types of advice have been considered in the cases dealing with this excuse, for example advice from private lawyers and reliance on judicial pronouncements. As these examples are beyond the scope of this case, I make no comment at this time on whether these types of advice may provide the basis for officially induced error of law.

33 Once an accused has established that he sought advice from an appropriate official, he must demonstrate that the advice was reasonable in the circumstances. In most instances, this criterion will not be difficult to meet. As an individual relying on advice has less knowledge of the law than the official in question, the individual must not be required to assess reasonableness at a high threshold. It is sufficient, therefore, to say that if an appropriate official is consulted, the advice obtained will be presumed to be reasonable unless it appears on its face to be utterly unreasonable.

34 The advice obtained must also have been erroneous. This fact, however, does not need to be demonstrated by the accused. In proving the ele-

Mon collègue le juge Sopinka soutient que, en l'espèce, le fait d'admettre que l'approbation de la CCCO constitue une excuse est une délégation de pouvoirs inacceptable d'un palier de gouvernement à un autre. À mon avis, cet argument n'empêche pas l'erreur provoquée par une personne en autorité de constituer une excuse dont on tient compte après que la culpabilité a été établie. Il n'est pas question que les actes d'une commission provinciale écartent les poursuites pénales. En fait, il faut se rappeler que c'est le procureur général de la province qui prend la décision d'engager des poursuites, même lorsque l'infraction reprochée est inscrite dans le *Code criminel*. L'avis de personnes en autorité de tout palier de gouvernement peut donner lieu à une erreur de droit et entraîner l'application de cette disposition pourvu qu'une personne raisonnable soit d'avis que la loi en question relève de cet organisme gouvernemental particulier. La décision est fondée sur le bon sens plutôt que sur des permutations constitutionnelles.

Plusieurs autres genres d'avis ont été examinés dans les affaires traitant de cette excuse, par exemple les conseils d'avocats privés et le fait de se fonder sur des décisions judiciaires. Étant donné que ces exemples dépassent le cadre de l'espèce, je ne commenterai pas la question de savoir si ce genre d'avis peut permettre d'invoquer l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité.

L'accusé qui établit qu'il a cherché à obtenir un avis d'une personne en autorité compétente en la matière, doit démontrer que l'avis était raisonnable dans les circonstances. Dans la plupart des cas, il ne sera pas difficile de satisfaire à ce critère. Comme la personne qui se fonde sur un avis a une moins grande connaissance de la loi que la personne en autorité en question, elle ne doit pas être tenue de satisfaire à une norme stricte pour l'évaluation du caractère raisonnable. Par conséquent, il suffit de dire que si une personne en autorité compétente en la matière est consultée, l'avis obtenu sera présumé raisonnable à moins qu'à première vue, il paraisse tout à fait déraisonnable.

L'avis obtenu doit également avoir été erroné. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'accusé établisse ce fait. En démontrant les éléments de l'in-

ments of the offence, the Crown will have already established what the correct law is, from which the existence of error can be deduced. Nonetheless, it is important to note that when no erroneous advice has been given, as in *MacDougall, supra*, this excuse cannot operate.

Finally, to benefit from this excuse, the accused must demonstrate reliance on the official advice. This can be shown, for example, by proving that the advice was obtained before the actions in question were commenced and by showing that the questions posed to the official were specifically tailored to the accused's situation.

In summary, officially induced error of law functions as an excuse rather than a full defence. It can only be raised after the Crown has proven all elements of the offence. In order for an accused to rely on this excuse, she must show, after establishing she made an error of law, that she considered her legal position, consulted an appropriate official, obtained reasonable advice and relied on that advice in her actions. Accordingly, none of the four justifications for the rule that ignorance of the law does not excuse which Stuart outlined is undermined by this defence. There is no evidentiary problem. The accused, who is the only one capable of bringing this evidence, is solely responsible for it. Ignorance of the law is not encouraged because informing oneself about the law is a necessary element of the excuse. Each person is not a law unto himself because this excuse does not affect culpability. Ignorance of the law remains blameworthy in and of itself. In these specific instances, however, the blame is, in a sense, shared with the state official who gave the erroneous advice.

D. *Procedural Considerations*

As this excuse does not affect a determination of culpability, it is procedurally similar to entrapment. Both function as excuses rather than justifi-

fraction, le ministère public aura déjà établi le droit applicable duquel il est possible de déduire l'existence de l'erreur. Néanmoins, il est important de souligner que, lorsqu'il n'y a pas eu d'avis erroné, comme dans *MacDougall*, précité, cette excuse ne peut être invoquée.

Enfin, pour bénéficier de cette excuse, l'accusé doit démontrer qu'il s'est fondé sur l'avis de la personne en autorité. Cela peut être établi, par exemple, par la preuve que l'avis a été obtenu avant le début des actions en cause et que les questions posées à la personne en autorité visaient expressément la situation de l'accusé.

Bref, l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité peut être invoquée à titre d'excuse plutôt que comme moyen de défense complet. Elle peut être soulevée seulement après que le ministère public a démontré tous les éléments de l'infraction. Pour qu'un accusé puisse se fonder sur cette excuse, il doit prouver, après avoir établi qu'il a commis une erreur de droit, qu'il a examiné sa position à l'égard de la loi, a consulté une personne en autorité compétente en la matière, a obtenu un avis raisonnable et s'est fondé sur cet avis pour accomplir ses actes. Par conséquent, ce moyen de défense ne compromet aucune des quatre justifications de la règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse, énoncées par Stuart. Il n'y a aucun problème en matière de présentation de la preuve. L'accusé, qui est la seule personne en mesure de présenter cet élément de preuve, en est entièrement responsable. L'ignorance de la loi n'est pas encouragée, parce qu'un élément nécessaire de l'excuse est de s'informer au sujet de la loi. Comme cette excuse n'a pas d'effet sur la culpabilité, on ne peut pas dire que chacun ne connaît d'autre loi que la sienne. En soi, l'ignorance de la loi demeure répréhensible. Toutefois, dans ces cas précis, la responsabilité est, dans un sens, partagée avec le représentant de l'État qui a donné le conseil erroné.

D. *Considérations en matière de procédure*

Comme cette excuse n'influe pas sur la détermination de la culpabilité, elle est semblable en matière de procédure à la provocation policière.

35

36

37

cations in that they concede the wrongfulness of the action but assert that under the circumstances it should not be attributed to the actor. (See *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at pp. 944-45.) As in the case of entrapment, the accused has done nothing to entitle him to an acquittal, but the state has done something which disentitles it to a conviction (*Mack*, at p. 975). Like entrapment, the successful application of an officially induced error of law argument will lead to a judicial stay of proceedings rather than an acquittal. Consequently, as a stay can only be entered in the clearest of cases, an officially induced error of law argument will only be successful in the clearest of cases.

Toutes deux fonctionnent comme des excuses plutôt que comme des justifications, car elles reconnaissent le caractère répréhensible de l'acte, mais affirment que dans les circonstances cet acte ne devrait pas être attribué à son auteur. (Voir *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, aux pp. 944 et 945.) Comme dans le cas de la provocation policière, l'accusé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement, mais l'État a eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité (*Mack*, à la p. 975). Comme la provocation policière, l'application avec succès de l'argument fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité entraînera un arrêt des procédures plutôt qu'un acquittement. En conséquence, comme un arrêt ne peut être prononcé que dans les cas les plus clairs, l'argument fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité n'aura gain de cause que dans les cas les plus clairs.

38 The question of whether officially induced error constitutes an excuse in law is a question of law or of mixed law and fact. While a jury may determine whether the accused is culpable, and hence whether this argument is necessary, it is for a judge to determine whether the precise conditions for this legal excuse are made out. Only the trial judge is in a position to determine if a stay should be entered. The elements of the officially induced error excuse are to be proven on a balance of probabilities by the accused.

La question de savoir si l'erreur provoquée par une personne en autorité constitue une excuse en droit est une question de droit ou une question de droit et de fait. Bien qu'un jury puisse décider si l'accusé est coupable et, partant, si cet argument est nécessaire, il incombe au juge de déterminer si les conditions précises pour l'application de cette excuse juridique sont établies. Seul le juge du procès est en mesure de déterminer s'il convient d'inscrire un arrêt des procédures. L'accusé doit prouver selon la prépondérance des probabilités les éléments de l'excuse fondée sur l'erreur provoquée par une personne en autorité.

III. Application to This Case

III. L'application à l'espèce

39 I agree with Sopinka J. regarding the *mens rea* issue and, hence, the disposition of this appeal. Accordingly, nothing turns on the application of an officially induced error of law analysis in this case. Nonetheless, as I believe this excuse would be effective in this case had the Crown proven *mens rea*, considering this application is instructive.

Je suis d'accord avec le juge Sopinka en ce qui concerne la question de la *mens rea* et, par conséquent, la façon de trancher le présent pourvoi. Il n'y a donc pas lieu en l'espèce d'appliquer une analyse fondée sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Néanmoins, comme je suis d'avis que cette excuse serait applicable en l'espèce si le ministère public avait démontré la *mens rea*, il est intéressant d'en examiner l'application.

If the appellants had been proven to have the requisite *mens rea* for an offence under s. 163(2) of the *Criminal Code*, the argument put forward here would have been an argument based on error of law. That is, the error would have been in concluding that the films they retailed were not legally obscene. The appellants were aware that they were involved in a business which risked infringing the *Criminal Code*, accordingly they were careful to retail only videos which had been approved by the OFRB. As the films in question were "close to the line", that is, Newton Prov. Div. J. determined them to infringe the s. 163(8) definition of obscenity only after careful analysis and only on the basis of a few scenes, the opinion of the OFRB would seem reasonable even to a knowledgeable retailer who had watched every minute of the films. It is also significant that those seeking OFRB approval and classification for films must pay the OFRB per minute of film. As the appellants sought, and paid for, the OFRB opinion of these particular films before putting them on their shelves, the question of reliance on the advice is proven.

The difficult issue in this case is whether the OFRB is an appropriate official body to consult when seeking a determination about whether certain films are legally obscene, that is, whether they infringe community standards of tolerance. The *Theatres Act*, R.S.O. 1990, c. T.6, states that:

3. — ...

(7) The Board has power,

(a) subject to the regulations, to approve, prohibit and regulate the exhibition and distribution of film in Ontario;

33. — (1) Before the exhibition or distribution in Ontario of a film, an application for approval to exhibit or distribute and for classification of the film shall be made to the Board.

S'il avait été établi que les appelants avaient la *mens rea* requise pour l'infraction visée par le par. 163(2) du *Code criminel*, l'argument présenté en l'espèce aurait été fondé sur l'erreur de droit. C'est-à-dire que l'erreur aurait été d'avoir conclu que les films qu'ils vendaient au détail n'étaient pas obscènes selon la loi. Les appelants savaient qu'ils exploitaient une entreprise susceptible d'enfreindre le *Code criminel*, ils ont donc pris soin de ne vendre que les vidéos qui avaient été approuvés par la CCCO. Étant donné que les films en question étaient «à la limite», c'est-à-dire que ce n'est qu'après une analyse approfondie et seulement à cause de quelques scènes que le juge Newton a déterminé qu'ils étaient obscènes au sens de la définition prévue au par. 163(8), l'opinion de la CCCO aurait semblé raisonnable même pour un détaillant bien informé qui aurait visionné chaque minute des films. Il est également révélateur que ceux qui demandent l'approbation et la classification de la CCCO à l'égard de films doivent payer la Commission pour chaque minute de visionnement. Comme les appelants ont demandé et payé l'opinion de la CCCO à l'égard de ces films en particulier avant de les placer sur les rayons, la preuve est faite qu'ils se sont fondés sur l'avis donné.

La question qui est difficile à trancher en l'espèce est de savoir si la CCCO est un organisme officiel compétent qu'il convient de consulter lorsqu'on cherche à déterminer si certains films sont obscènes selon la loi, c'est-à-dire s'ils outrepassent les normes sociales de tolérance. La *Loi sur les cinémas*, L.R.O. 1990, ch. T.6, prévoit:

3. ...

(7) La Commission peut:

a) sous réserve des règlements, approuver, interdire et réglementer la projection et la distribution de films en Ontario;

33 (1) Avant la projection ou la distribution d'un film en Ontario, une demande de classification et d'approbation de la projection et de la distribution doit être présentée à la Commission.

(2) After viewing a film, the Board, in accordance with the criteria prescribed by the regulations, may refuse to approve the film for exhibition or distribution in Ontario.

Thus the OFRB is charged with determining which films may be shown in Ontario and with classifying those films. The Act also provides for an appeal of the Board's decision first to a differently constituted panel of the Board and then to the Divisional Court. Appeals may be on questions of law, of fact, or of both (s. 33(5), (6), (7), (8) and (9)). While clearly the OFRB is not legally responsible for deciding whether a film infringes the *Criminal Code* provisions, it could presumably itself attract criminal responsibility for approving for distribution a criminally obscene film.

42

Most importantly, in my view, the OFRB is understood by the general public as the body which approves films for play in Ontario. When a film is rejected as obscene by the OFRB, the headlines proclaim the film's obscenity. When someone refers to the "censor board", the OFRB is the board Ontarians think of. There is no other public body which would be the logical choice for someone to consult if seeking advice about whether a film can be legally retailed in Ontario. In these circumstances, therefore, I would conclude that had appellants had the requisite *mens rea* for this offence, they would be entitled to a judicial stay of proceedings as a result of officially induced error of law.

IV. Disposition

43

I would allow the appeal and enter an acquittal.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

(2) Après avoir visionné un film, la Commission peut, conformément aux critères prescrits par les règlements, refuser d'en approuver la projection ou la distribution en Ontario.

Par conséquent, la CCCO est chargée de déterminer les films qui peuvent être présentés en Ontario et de classer ces films. La Loi prévoit également un appel de la décision de la Commission d'abord devant un nouveau comité de la Commission et ensuite à la Cour divisionnaire. Les appels peuvent être interjetés sur des questions de droit, de fait, ou de fait et de droit (par. 33(5), (6), (7), (8) et (9)). Bien que de toute évidence la CCCO ne soit pas chargée aux termes de la loi de décider si un film enfreint les dispositions du *Code criminel*, elle pourrait présumément être elle-même tenue criminellement responsable si elle autorisait la distribution d'un film criminellement obscène.

À mon avis, ce qui est plus important, c'est que la CCCO constitue pour le grand public l'organisme qui approuve les films projetés en Ontario. Lorsqu'un film est rejeté par la CCCO comme étant obscène, les grands titres des journaux font état du caractère obscène du film. Lorsqu'on fait mention de la «commission de censure» les Ontariens pensent à la CCCO. Il n'existe aucun autre organisme public qu'une personne choisirait logiquement de consulter si elle cherchait à obtenir un avis pour savoir si un film peut être légalement vendu au détail en Ontario. Par conséquent, dans de telles circonstances, je conclurais que, si les appelants avaient eu la *mens rea* requise à l'égard de cette infraction, ils auraient droit à un arrêt des procédures par suite d'une erreur de droit provoquée par une personne en autorité.

IV. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un acquittement.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

SOPINKA J. —

I. Issue

This appeal concerns the interpretation of s. 163(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which deals with “knowingly” selling obscene material “without lawful justification or excuse”. Does s. 163(2)(a) of the *Code* require that the retailer have knowledge of the specific acts which make the material obscene in law or, is it sufficient to show that this retailer had a general knowledge that the material deals with the exploitation of sex?

A second issue in this case concerns the effect of provincial film board approval of the obscene material. Does such approval preclude conviction either because it effectively negates the *mens rea* for the offence or because it provides legal justification or excuse?

II. Factual Background

The appellant, Randy Jorgensen, is the sole officer of 913719 Ontario Limited which owns and operates a store in Scarborough under the name of “Adults Only Video and Magazine”. Acting in an undercover capacity, members of the Metropolitan Toronto Police Force and the Pornography and Hate Literature Section purchased eight videotapes from the appellant’s store. Despite the fact that the Ontario Film Review Board (“OFRB”) had approved the videotapes, members of the Pornography and Hate Literature Section viewed the videotapes and concluded that they were obscene. The appellants were charged with eight counts of selling obscene material without lawful justification or excuse contrary to s. 163(2)(a) of the *Criminal Code*.

III. Relevant Statutory Provisions

Section 163 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides:

163. (1) Every one commits an offence who

LE JUGE SOPINKA —

I. La question en litige

Le présent pourvoi porte sur l’interprétation de l’al. 163(2)a du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui traite du fait de vendre «sciemment» du matériel obscène «sans justification ni excuse légitime». L’alinéa 163(2)a du *Code* exige-t-il que le détaillant soit au courant des actes précis qui rendent le matériel obscène en droit ou est-il suffisant de démontrer qu’il savait d’une manière générale que le matériel traitait de l’exploitation des choses sexuelles?

La seconde question soulevée en l’espèce porte sur l’effet de l’approbation du matériel obscène par une commission de contrôle cinématographique provinciale. Une telle approbation écarte-t-elle la déclaration de culpabilité parce qu’elle élimine en fait la *mens rea* relative à l’infraction ou parce qu’elle constitue une justification ou excuse légitime?

II. Les faits

L’appelant, Randy Jorgensen, est l’unique dirigeant de la société 913719 Ontario Limited qui possède et exploite un magasin à Scarborough sous le nom de «Adults Only Video and Magazine». En se faisant passer pour des clients, des membres de la police de la communauté urbaine de Toronto et de la Section de la pornographie et de la littérature haineuse ont acheté huit vidéocassettes au magasin des appelants. Malgré le fait que la Commission de contrôle cinématographique de l’Ontario («CCCO») avait approuvé les vidéocassettes, les membres de la Section de la pornographie et de la littérature haineuse, après les avoir visionnées, ont conclu qu’elles étaient obscènes. Les appelants ont été inculpés, en vertu de l’al. 163(2)a du *Code criminel*, sous huit chefs d’accusation de vente de matériel obscène sans justification ni excuse légitime.

III. Les dispositions législatives pertinentes

L’article 163 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dispose:

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

44

45

46

47

(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;

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;

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

(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;

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;

(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. [Repealed S.C. 1993, c. 46, s. 1.]

(6) Lorsqu'un prévenu est inculpé 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. [Abrogé L.C. 1993, ch. 46, art. 1.]

(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. [Emphasis added.]

(8) Pour l'application 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 ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence. [Je souligne.]

IV. Judgments

IV. Les jugements

Ontario Court, Provincial Division

La Cour de l'Ontario, Division provinciale

48 At trial, Newton Prov. Div. J. found three of the eight videos (*Bung Ho Babes, Made in Hollywood* and *Dr. Butts*) to be obscene contrary to s. 163(8) of the *Criminal Code*. Newton Prov. Div. J. found these videos to be in violation of the *Code* due to their portrayal of sex coupled with violence.

Au procès, le juge Newton a conclu que trois des huit vidéos (*Bung Ho Babes, Made in Hollywood* et *Dr. Butts*) étaient obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. Elle a conclu que ces vidéos portaient atteinte au *Code* en raison de leur représentation d'actes sexuels accompagnés de violence.

49 With respect to the *mens rea* of the offence under s. 163(2) for "knowingly" selling these obscene materials, Newton Prov. Div. J. reviewed the jurisprudence and then outlined the following propositions:

Relativement à la *mens rea* de l'infraction prévue au par. 163(2) d'avoir «sciemment» vendu ce matériel obscène, le juge Newton a examiné la jurisprudence et a fait ressortir les points suivants:

1. Censor Board or Customs Department approval is not a bar to prosecution. It is the function of the court to determine whether the material at issue is obscene.
2. One cannot escape accountability for criminal acts by stating that he was led to believe his acts were not criminal.
3. The authorities establish a distinction between retailer and wholesaler. This distinction between the offences established by s. 163(1) and 163(2) remains important in the post-Charter interpretation.
4. It is not incumbent on the Crown, even on a charge under s. 163(2) where the Crown must prove that the accused knowingly committed the offence to prove that an accused, who is aware of the presence and nature of the subject matter also knew it was obscene in the legal sense.
5. The Crown must prove only that the accused had knowledge that the dominant characteristic of the material was the exploitation of sex, not knowledge that the exploitation of sex was undue.
6. A mistake of fact which negatives the mental element which is part of the definition of the offence negatives the offence.
7. The accused's honest and mistaken belief that the exploitation of sex was not undue or did not exceed the community standards of tolerance does not fall within the defences of mistake of fact or due diligence.
8. Knowledge can be inferred from the surrounding circumstances. [Emphasis added.]

With respect to the *mens rea* for an offence under s. 163(2), Newton Prov. Div. J. ultimately concluded that:

I am of the view that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused is aware of the presence or nature of the matter that constitutes the subject of the charge in a general sense. It is not necessary that the Crown prove the accused was aware of the specific factual contents of the forbidden material at issue.

[TRADUCTION]

1. L'approbation de la Commission de contrôle ou des Douanes n'écarte pas la possibilité de poursuite. Il incombe au tribunal de déterminer si le matériel visé est obscène.
2. On ne peut écarter sa propre responsabilité à l'égard d'actes criminels en disant qu'on a été amené à croire que les actes accomplis n'étaient pas criminels.
3. La jurisprudence établit une distinction entre le détaillant et le commerçant en gros. Cette distinction entre les infractions prévues au par. 163(1) et au par. 163(2) demeure importante dans le cadre d'une interprétation postérieure à la Charte.
4. Il n'incombe pas au ministère public, même en ce qui a trait à une accusation portée en application du par. 163(2) où il doit établir que l'accusé a sciemment commis l'infraction, de prouver que l'accusé qui est au courant de la présence et de la nature du matériel savait également qu'il était obscène au sens de la loi.
5. Le ministère public doit prouver seulement que l'accusé savait que la caractéristique dominante du matériel était l'exploitation des choses sexuelles, et non qu'il savait que l'exploitation des choses sexuelles était indue.
6. Une erreur de fait qui écarte l'élément moral qui s'inscrit dans le cadre de la définition de l'infraction écarte l'infraction.
7. La croyance sincère et erronée de l'accusé que l'exploitation des choses sexuelles n'était pas indue ou n'excédait pas la norme sociale de tolérance ne s'inscrit pas dans le cadre des moyens de défense de l'erreur de fait ou de la diligence raisonnable.
8. La connaissance peut être déduite des circonstances de l'affaire. [Je souligne.]

En ce qui a trait à la *mens rea* relative à une infraction prévue au par. 163(2), le juge Newton a finalement conclu:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est au courant de la présence ou de la nature du matériel qui fait l'objet de l'accusation dans un sens général. Il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve que l'accusé était au courant du contenu factuel précis du matériel interdit visé.

51 In elaborating on how knowledge can be inferred from the surrounding circumstances, Newton Prov. Div. J. explained:

I am of the view that implicit, in the historical analysis of the statutory scheme and the factual foundation provided in the authorities that I have referred to is the necessity of a blameworthy state of mind with respect to the offence in Section 163(2) of the Criminal Code.

My review of the authorities and principles of criminal law indicate that the requirement can be satisfied by evidence such as statements made by an accused person, warnings by police officers with respect to the content of the materials and continued dissemination of those materials in the face of the warning, non-compliance with in rem proceedings, non-compliance with judicial determinations, outstanding charges, condition of the material and location at the time of seizure, the nature of the material itself, evidence of some form of clandestine activity, and non-compliance with requirements with respect to excising portions of a film to meet appropriate approval standards.

52 With respect to whether reliance on OFRB approval negates any possibility that an accused acted knowingly, Newton Prov. Div. J. decided that it is the function of the court to determine whether the material at issue is obscene and therefore, censor board or customs approval is not a bar to prosecution. She emphasized the principle that one cannot escape accountability for criminal acts by stating that he was led to believe that his acts were not criminal.

53 In arriving at this conclusion, Newton Prov. Div. J. first acknowledged that the appellant, Jorgensen, had stated that he had relied on the film board approval:

It was further agreed that the accused relied on the Ontario Film Review Board approval with respect to all of the video tapes which form the subject of these charges. Mr. Jorgensen advised the officers that he purchased only video tapes passed by the Ontario Film Review Board.

Le juge Newton a discuté de la manière dont la connaissance peut être déduite des circonstances de l'affaire:

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il ressort implicitement de l'analyse historique du régime législatif et du contexte factuel de la jurisprudence que j'ai mentionnée, qu'il doit nécessairement y avoir un état d'esprit répréhensible à l'égard de l'infraction prévue au par. 163(2) du Code criminel.

Mon examen de la jurisprudence et des principes de droit criminel montre qu'il peut être satisfait à l'exigence par des éléments de preuve comme les déclarations faites par un accusé, les avertissements des policiers en ce qui a trait au contenu du matériel et à la distribution de ce matériel malgré les avertissements, le non-respect de procédures in rem, le non-respect des décisions judiciaires, des accusations pendantes, la condition du matériel et l'endroit où il se trouvait au moment de la saisie, la nature du matériel lui-même, la preuve d'une certaine forme d'activité clandestine, et le non-respect des exigences relatives aux coupures à apporter à un film pour satisfaire à des normes d'approbation appropriées.

Relativement à la question de savoir si le fait de se fonder sur l'approbation de la CCCO écarte toute possibilité qu'un accusé ait agi sciemment, le juge Newton a conclu qu'il incombe au tribunal de déterminer si le matériel visé est obscène et que, par conséquent, l'approbation d'une commission de contrôle ou des douanes n'empêche pas la poursuite. Elle a mis l'accent sur le principe qu'il n'est pas possible d'écarter sa propre responsabilité à l'égard d'actes criminels en disant qu'on a été amené à croire que les actes accomplis n'étaient pas criminels.

Pour arriver à cette conclusion, le juge Newton a d'abord reconnu que l'appelant, M. Jorgensen, avait déclaré s'être fondé sur l'approbation de la Commission de contrôle:

[TRADUCTION] Il a en outre été admis que l'accusé s'est fondé sur l'approbation de la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario en ce qui a trait à toutes les vidéocassettes visées par les accusations. Monsieur Jorgensen a dit aux policiers qu'il n'achetait que des vidéocassettes approuvées par la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario.

After establishing the fact that the appellants had relied on Board approval, Newton Prov. Div. J. outlined the composition, mandate and standards of the Board. Referring to the testimony of Mr. Payne, Chairman of the OFRB, Newton Prov. Div. J. summarized as follows:

The Board is comprised of men and women from various educational, geographical, religious, racial and cultural backgrounds throughout Ontario in an attempt to reflect the diversity of the population. . . . He testified that the Ontario Board is more conservative than other Canadian Boards, with respect to sexual content issues.

He indicated that Canadian community standards of tolerance are determinative of approval for distribution. . . .

. . . He confirmed that while the Board serves the population of Ontario, it applies a National standard of tolerance. He recognized that it is the function of the courts to determine obscenity, but maintained that the Board would not knowingly approve material that was obscene. [Emphasis added.]

Following the principles outlined above, Newton Prov. Div. J. concluded that film board approval was not a bar to prosecution and that it was the function of the court ultimately to determine whether the material was obscene in law.

As for the final issue of whether OFRB approval constitutes a lawful justification or excuse, Newton Prov. Div. J. concluded that such approval did not provide a complete defence. She concluded:

While I appreciate that there is evidence before me that in exercising their mandate, the Board considers factors relevant to the s. 163(8) determination, I am of the view that the Ontario Film Review Board approval is not a justification or excuse, as it is the function of the Court to determine whether the material is obscene within Section 163(8) of the Criminal Code. Their approval, though lawful, would not make the conduct lawful if it was proven to the requisite degree that the video tape was obscene within the parameters of the legislation.

Après avoir établi le fait que les appelants s'étaient fondés sur l'approbation de la Commission, le juge Newton a décrit la composition, le mandat et les normes de la Commission. Sur le fondement du témoignage de M. Payne, président de la CCCO, le juge Newton les a résumés ainsi:

[TRADUCTION] La Commission est composée d'hommes et de femmes provenant de différentes régions de l'Ontario et dont l'éducation, la religion, la race et la culture sont différentes afin de représenter la diversité de la population. [. . .] Il a témoigné que la Commission ontarienne est plus conservatrice que les autres commissions canadiennes en ce qui a trait aux questions de contenu de nature sexuelle.

Il a indiqué que l'approbation en matière de distribution est fondée sur les normes sociales canadiennes de tolérance. . . .

. . . Il a confirmé que bien que la Commission soit au service de la population de l'Ontario, elle applique une norme de tolérance nationale. Il a reconnu qu'il incombe aux tribunaux de déterminer le caractère obscène, mais a soutenu que la Commission n'approuverait pas sciemment du matériel obscène. [Je souligne.]

Sur le fondement des principes énoncés précédemment, le juge Newton a conclu que l'approbation de la commission de contrôle cinématographique n'écartait pas les poursuites et qu'il incombait en fin de compte au tribunal de déterminer si le matériel était obscène selon la loi.

En ce qui a trait à la dernière question de savoir si l'approbation de la CCCO constitue une justification ou une excuse légitime, le juge Newton a déterminé qu'une telle approbation n'assurerait pas un moyen de défense complet. Elle a conclu:

[TRADUCTION] Même si j'admets qu'on m'a présenté des éléments de preuve selon lesquels, dans l'exercice de son mandat, la Commission examine des facteurs relatifs à une décision fondée sur le par. 163(8), je suis d'avis que l'approbation de la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario ne constitue pas une justification ou une excuse, car il incombe à la cour de déterminer si le matériel est obscène au sens du par. 163(8) du Code criminel. L'approbation donnée, même si elle est légitime, ne rendrait pas la conduite légitime s'il était démontré de la manière requise que la vidéo-cassette était obscène selon les termes de la disposition législative.

57 Newton Prov. Div. J. did acknowledge, however, that Board approval would be relevant in the court's determination of whether the materials were obscene in law. Again referring to the evidence of Mr. Payne, Newton Prov. Div. J. noted:

Based on the examination-in-chief and the cross-examination before me, I am satisfied that his evidence is such that I cannot reject it as being indicative of community standards of tolerance. While I am mindful that he did not view any of the videos before me, and while some of his evidence would negate current Board approval, I am satisfied that it is a matter of weight to be attached to his evidence.

Ontario Court of Appeal (Robins J.A., Doherty and Austin J.J.A. concurring)

58 The Court of Appeal unanimously decided that the Crown need only show that the retailer of the obscene materials was "aware of the videos and the nature of their subject matter". The court rejected the argument that the OFRB approval negated the possibility of finding that the appellants acted knowingly in selling obscene films. The court held that OFRB approval was irrelevant to the question of *mens rea*, although it may be a relevant factor in the mitigation of sentence. Robins J.A. held:

In my opinion, the Board's decision that the films did not exceed the community's standard of tolerance and should therefore be approved for restricted viewing is irrelevant to the question of whether the appellants can be fixed with sufficient knowledge of their contents to be found to have 'knowingly' sold obscene films. The Crown is not required to prove that they had specific knowledge of those parts of the film which were determinative in the trial judge's assessment of whether they were obscene. The appellants were aware of the videos and the nature of their subject matter. The fact that they may not have known that the films were obscene in the legal sense, or that the board's approval may have led them to believe that the films were not obscene, may be mitigating factors on the question of sentence, but are

Toutefois, le juge Newton a reconnu que l'approbation de la Commission serait pertinente quant à la détermination par le tribunal du caractère obscène en droit du matériel. Se reportant encore une fois au témoignage de M. Payne, elle a fait remarquer:

[TRADUCTION] Sur le fondement de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire qui ont eu lieu devant moi, je suis convaincue que je ne peux rejeter son témoignage car il contient des indications concernant les normes sociales de tolérance. Bien que je tiens compte du fait qu'il n'a visionné aucun des vidéos en cause, et bien que certaines parties de son témoignage annuleraient l'approbation visée de la Commission, je suis convaincue que la question porte sur l'importance à accorder à son témoignage.

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge Robins, avec l'appui des juges Doherty et Austin)

La Cour d'appel a conclu, à l'unanimité, qu'il suffisait que le ministère public démontre que le détaillant du matériel obscène était [TRADUCTION] «au courant des vidéos et du sujet sur lequel ils portaient». La cour a rejeté l'argument selon lequel l'approbation de la CCCO faisait en sorte qu'il était impossible de conclure que les appelants avaient sciemment vendu des films obscènes. La cour a déterminé que l'approbation de la CCCO n'était pas pertinente en ce qui a trait à la question de la *mens rea*, bien qu'elle puisse constituer un facteur pertinent en ce qui a trait à l'atténuation de la peine. Le juge Robins a conclu:

[TRADUCTION] À mon avis, la décision de la Commission selon laquelle les films ne dépassaient pas les normes sociales de tolérance et devraient par conséquent obtenir une cote d'accès limité n'est pas pertinente relativement à la question de savoir si on peut dire que les appelants ont une connaissance suffisante de leur contenu pour conclure qu'ils ont «sciemment» vendu des films obscènes. Le ministère public n'est pas tenu de démontrer qu'ils avaient une connaissance précise des parties du film sur lesquelles le juge du procès s'est fondé pour évaluer leur caractère obscène. Les appelants étaient au courant des vidéos et du sujet sur lequel ils portaient. Le fait qu'ils ne savaient peut-être pas que les films étaient obscènes selon la loi, ou le fait que l'approbation de la Commission peut les avoir porté à croire que les films n'étaient pas obscènes, peuvent constituer des facteurs d'atténuation de la peine, mais ne sont pas

immaterial to the issue of whether the appellants acted 'knowingly'. [Emphasis added.]

The court also affirmed the trial judge's decision that the OFRB approval of the videos does not amount to a lawful justification or excuse. The court noted that the approval of certain material by a body charged with considering whether the material is suitable for purposes other than the criminal law cannot constitute lawful justification or excuse within the meaning of s. 163(2)(a). The court regarded it as untenable that a provincial board would be able to determine the criminal issue of whether material is obscene.

Despite the fact that Board approval cannot be determinative, Robins J.A. also acknowledged its relevance. He wrote:

While the Board's approval of video films depicting explicit sexual activity between consenting adults without violence, bestiality, necrophilia and the like clearly cannot be determinative of the criminal law of obscenity, or preclude a court from ruling otherwise, it is plainly relevant to the question of community standards of tolerance. . . .

The Court of Appeal ultimately decided that weighing all the factors in issue, the trial judge's decision was supported by the evidence and that she made no error of law. Robins J.A. concluded:

As I have already stated, the Board's approval of the films may be evidence of what the contemporary community will tolerate. However, the Board's approval is not binding on a court or determinative of whether the films are criminally obscene. The trial judge properly treated this evidence as indicative of community standards of tolerance, and fully recognized that due weight must be given to it. Nonetheless, for reasons she carefully explained, she was not persuaded that it raised a reasonable doubt as to the appellants' guilt. Her review of the films led her to conclude that their contents, which are outlined above, included the portrayal of sex coupled with violence and coercion or subordination and created the requisite risk of harm. She accordingly found that the films unduly exploited sex and were

pertinents relativement à la question de savoir si les appelants ont agi «sciemment». [Je souligne.]

La cour a également confirmé la décision du juge du procès selon laquelle l'approbation de la CCCO à l'égard des vidéos ne constitue pas une justification ou excuse légitime. Elle a signalé que l'approbation de certain matériel par un organisme chargé d'examiner si le matériel convient à des fins autres que le droit criminel ne peut constituer une justification ou une excuse légitime au sens de l'al. 163(2)a). La cour a considéré qu'on ne pouvait soutenir qu'une commission provinciale est en mesure de trancher la question de droit criminel de savoir si du matériel est obscène.

Malgré le fait que l'approbation de la Commission ne peut permettre de trancher la question, le juge Robins a également reconnu qu'elle était pertinente. Il a dit:

[TRADUCTION] Bien que l'approbation de la Commission à l'égard de films vidéos montrant des actes sexuels explicites entre des adultes consentants, sans violence, bestialité, nécrophilie, ni autres actes semblables, ne puisse de toute évidence permettre de trancher la question du caractère obscène selon le droit criminel, ou empêcher un tribunal de rendre une décision contraire, cette approbation est directement pertinente en ce qui a trait aux normes sociales de tolérance . . .

Finalement la Cour d'appel a jugé que, compte tenu de tous les facteurs soulevés, la décision du juge du procès était appuyée par la preuve et que le juge n'avait commis aucune erreur de droit. Le juge Robins a conclu:

[TRADUCTION] Comme je l'ai mentionné précédemment, l'approbation de la Commission à l'égard des films peut constituer une preuve de ce que la société contemporaine peut tolérer. Toutefois, une cour de justice n'est pas liée par l'approbation de la Commission et celle-ci ne permet pas de déterminer si les films sont obscènes au sens du droit criminel. Le juge du procès a, à bon droit, traité cet élément de preuve comme une indication de la norme sociale de tolérance et a pleinement reconnu l'importance qu'il convient de lui accorder. Néanmoins, pour les motifs qu'elle a expliqués de façon détaillée, elle n'a pas été convaincue qu'il soulevait un doute raisonnable quant à la culpabilité des appelants. Son examen des films l'a amenée à conclure que leur contenu, dont un aperçu est donné ci-dessus, comprenait

59

60

61

obscene within the *Butler* test. The trial judge was entitled to reach this conclusion on the evidence before her and made no error in law in so doing.

V. Analysis

A. *Knowingly*

The central issue in this appeal is the nature of the *mens rea* requirement in s. 163(2)(a) of the *Criminal Code* when it states that it must be shown that the accused acted “knowingly” in selling obscene material. Is an accused acting knowingly when he or she is aware only of the general nature or the subject matter of the work in question? The Crown responds in the affirmative and submits that it is sufficient that it is established that the accused was aware that the dominant characteristic is the exploitation of sex. On the other hand, the accused appellants contend that the term “knowingly” should extend to all factual elements of the *actus reus*. On the basis of this submission, it must be shown that the accused was aware of particular content of the material which makes it criminal. Material, the dominant characteristic of which is the exploitation of sex, crosses the line and becomes criminal only when it is shown that the exploitation of sex is undue. The appellants contend that the prosecution must establish knowledge on the part of the accused of the content of the material which renders the exploitation undue in law.

To put the positions of the parties in context it is helpful to observe that, pursuant to this Court’s decision in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, material that involves the exploitation of sex which does not involve sex with violence and is neither degrading nor dehumanizing is generally not obscene. Accordingly, the Crown’s submission would limit the operation of the word “knowingly” to awareness of conduct which is not criminal. Knowledge of such conduct would not, therefore, constitute a blameworthy mind state. I have con-

la représentation d’actes sexuels accompagnés de violence et de coercition ou de subordination et entraînait le risque de préjudice requis. Elle a par conséquent conclu que les films constituaient une exploitation indue des choses sexuelles et étaient obscènes au sens du critère établi dans *Butler*. Le juge du procès pouvait arriver à cette conclusion d’après la preuve qui lui avait été présentée et, ce faisant, n’a commis aucune erreur de droit.

V. Analyse

A. *Sciemment*

La question principale soulevée dans le présent pourvoi porte sur la nature de l’exigence en matière de *mens rea* prévue à l’al. 163(2)(a) du *Code criminel*, où il est indiqué qu’il faut démontrer que l’accusé a agi «sciemment» en vendant du matériel obscène. Un accusé agit-il sciemment lorsqu’il est au courant seulement de la nature générale ou du sujet de l’œuvre en question? Le ministère public répond par l’affirmative et soutient qu’il suffit d’établir que l’accusé savait que la caractéristique dominante était l’exploitation des choses sexuelles. Par ailleurs, les appelants accusés soutiennent que le terme «sciemment» devrait s’étendre à tous les éléments factuels de l’*actus reus*. Sur le fondement de cet argument, il faut démontrer que l’accusé connaissait le contenu particulier du matériel faisant en sorte qu’il est visé par le droit criminel. Le matériel, dont la caractéristique dominante est l’exploitation des choses sexuelles, franchit la limite et ne devient visé par le droit criminel que lorsqu’il est démontré que l’exploitation des choses sexuelles est indue. Les appelants soutiennent que la poursuite doit démontrer que l’accusé était au courant du contenu du matériel qui rendait l’exploitation indue en droit.

Afin de bien établir les positions des parties, il est utile de faire remarquer que, aux termes de l’arrêt de notre Cour *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, n’est généralement pas obscène le matériel comportant l’exploitation des choses sexuelles qui ne renferme pas de scènes d’activités sexuelles accompagnées de violence et n’est ni dégradante ni déshumanisante. Par conséquent, l’argument du ministère public limiterait l’application du terme «sciemment» à la connaissance d’une conduite qui n’est pas criminelle. La connaissance d’une telle

cluded that the Crown's submission does not accord with the rules of statutory construction and is not supported by any policy reason.

It is a general rule of statutory construction that when the term "knowingly" is used in a criminal statute, it applies to all elements of the *actus reus*. In *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640, this Court considered whether, on a charge of contributing to the delinquency of a child under the age of 18, honest belief that the child was over the age was a defence. The majority held that in accordance with the rule of statutory construction to which I have referred, the term "knowingly" must be applied to all elements of the offence and in particular to the age of the child. Cartwright J., at p. 652, cited with approval a statement from Glanville Williams:

In his book on Criminal Law (1953) at pages 131 and 133, Mr. Glanville Williams says: —

It is a general rule of construction of the word "knowingly" in a Statute that it applies to all the elements of the *actus reus* . . .

The sound principle of construction is to say that the requirement of knowledge, once introduced into the offence, governs the whole, unless Parliament has expressly provided to the contrary.

In my opinion these passages are supported by the authorities collected by the learned author at the pages mentioned and correctly state the general rule.

And at p. 653 he expressly adopted the following passage from the reasons of the Chief Justice of British Columbia:

In my view of the matter we must start out with the proposition that sexual intercourse with a woman, not under the age of 18 years and with her consent, is not a crime, except under exceptional and irrelevant circumstances. It follows that if the appellant had sexual intercourse with a girl not under 18 years of age he could not be convicted of contributing to her becoming a juvenile

conduite ne constituerait donc pas un état d'esprit répréhensible. J'en ai conclu que l'argument du ministère public n'est pas conforme aux règles d'interprétation législative et n'est pas appuyé par un motif d'ordre public.

Il est généralement bien établi en matière d'interprétation législative que lorsqu'il est utilisé dans une loi en matière criminelle, le terme «sciement» s'applique à tous les éléments de l'*actus reus*. Dans *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640, notre Cour a examiné si, à l'égard d'une accusation d'avoir contribué à la délinquance d'un enfant âgé de moins de 18 ans, la croyance sincère que l'enfant était plus âgé constituait un moyen de défense. La Cour a conclu, à la majorité, que, conformément à la règle d'interprétation législative que j'ai mentionnée, le terme «sciement» doit être appliqué à tous les éléments de l'infraction et, en particulier, à l'âge de l'enfant. Le juge Cartwright, à la p. 652, a cité et approuvé une déclaration de Glanville Williams:

[TRADUCTION] Dans son ouvrage intitulé Criminal Law (1953), aux pp. 131 et 133, M. Glanville Williams a écrit:

Selon une règle générale en matière d'interprétation, le terme «sciement» dans une loi s'applique à tous les éléments de l'*actus reus* . . .

Le principe d'interprétation qu'il convient d'appliquer est de dire que l'exigence de la connaissance, lorsqu'elle a été inscrite dans l'infraction, en régit l'ensemble, à moins que le législateur n'ait expressément prévu le contraire.

À mon avis, ces passages sont appuyés par la doctrine et la jurisprudence citées par l'auteur aux pages mentionnées et énoncent correctement la règle générale.

De même, à la p. 653, il a expressément adopté le passage suivant des motifs du Juge en chef de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] À mon avis, il faut d'abord dire que les rapports sexuels avec une femme de 18 ans ou plus et avec son consentement ne constituent pas un crime, sauf dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas pertinentes. Il en découle que si l'appelant a eu des rapports sexuels avec une jeune fille de 18 ans ou plus il ne pourrait être déclaré coupable de l'avoir incitée à deve-

delinquent for the simple reason she is not a child within the meaning of the Act.

It is the age factor alone that, in these circumstances, moves the act from a non-criminal to a criminal category.

It follows, it seems to me, that when a man is charged with knowingly and wilfully doing an act that is unlawful only if some factor exists which makes it unlawful (in this instance the age of the girl) he cannot be convicted unless he knows of, or is wilfully blind to, the existence of that factor, and then with that knowledge commits the act intentionally and without any justifiable excuse.

He then continued as follows:

It would indeed be a startling result if it should be held that in a case in which Parliament has seen fit to use the word "knowingly" in describing an offence honest ignorance on the part of the accused of the one fact which alone renders the action criminal affords no answer to the charge.

65 All the judges in the majority agreed with this application of the rule of statutory construction. Fauteux J. dissented.

66 I find nothing in the language of the section to suggest that the word "knowingly" should be given a restricted meaning. Moreover, an examination of the history of these provisions and an analysis of policy considerations tend to support the position of the appellants.

67 In reviewing the history and purpose of s. 163 it is useful to note the distinction that the *Code* makes between those who produce or distribute obscene materials and those who sell or retail such materials.

68 Section 163(1) focuses on the producers and distributors of obscene material:

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

nir une jeune délinquante pour la simple raison qu'elle n'est plus une enfant au sens de la loi.

Dans de telles circonstances, c'est uniquement le facteur de l'âge qui fait en sorte que l'acte s'inscrive dans la catégorie des actes criminels.

Il en résulte selon moi que lorsqu'un homme est accusé d'avoir sciemment et volontairement accompli un acte qui est illégal seulement s'il existe un facteur qui le rend illégal (en l'espèce l'âge de la jeune fille), il ne peut être déclaré coupable à moins qu'il ne connaisse l'existence de ce facteur ou qu'il ne fasse preuve d'ignorance volontaire à l'égard de celui-ci et qu'ensuite, ayant cette connaissance, il commette l'acte de façon intentionnelle et sans excuse légitime.

Il a ensuite poursuivi:

[TRADUCTION] Il serait en fait étonnant que, dans un cas où le législateur a jugé approprié d'utiliser le terme «sciemment» pour décrire une infraction, l'ignorance sincère de la part de l'accusé du seul fait qui permet de qualifier l'action de criminelle ne fournisse pas un moyen de défense contre l'accusation.

Tous les juges de la majorité ont souscrit à cette application de la règle d'interprétation législative. Le juge Fauteux a exprimé sa dissidence.

Je ne vois rien dans le texte de la disposition qui permette de donner un sens restreint au terme «sciemment». Qui plus est, un examen de l'historique de ces dispositions et une analyse des considérations en matière d'ordre public tendent à appuyer la position des appelants.

En examinant l'historique et l'objet de l'art. 163, il convient de noter la distinction que le *Code* fait entre ceux qui produisent ou distribuent du matériel obscène et ceux qui vendent au détail ce matériel.

Le paragraphe 163(1) vise les producteurs et les distributeurs de matériel obscène:

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

Section 163(2), on the other hand, focuses on those who sell such materials:

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

(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; [Emphasis added.]

It is immediately apparent that in the case of producers and distributors, the *actus reus* need not be committed knowingly, whereas in the case of sellers and retailers it is an essential element.

A most helpful history of these provisions is contained in the reasons of Martin J.A. in *R. v. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.). In that case the accused was charged under s. 163(1) (then s. 159(1)) with distributing an obscene publication: an edition of *Penthouse* magazine. The court found that s. 163(6) (then s. 159(6)), which barred the defence of honest mistake of fact to the offence of distributing obscene material under s. 163(1), infringed s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that it created an absolute liability offence having imprisonment as a potential punishment. Martin J.A., for the court, first noted that the obscenity provision dates back to the *Criminal Code* of 1892. He further observed that the words "knowingly without lawful justification or excuse" had originally qualified both the offences of "selling" and "distributing" obscene matter. The *Code* was later amended in 1949 and this qualification was altered, such that it no longer applied to distributing obscene matter.

Martin J.A. further noted that the purpose of the 1949 amendment was quite simply to remove the knowledge requirement for distributing obscene material but left the requirement intact for selling

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.

Par ailleurs, le par. 163(2) vise ceux qui vendent ce matériel.

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

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; [Je souligne.]

On voit tout de suite que dans le cas des producteurs et des distributeurs, il n'est pas nécessaire que l'*actus reus* soit commis sciemment, tandis que dans le cas des vendeurs et des détaillants il s'agit d'un élément essentiel.

On trouve un historique très utile de ces dispositions dans les motifs du juge Martin dans l'arrêt *R. c. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, l'accusé a été inculpé aux termes du par. 163(1) (alors le par. 159(1)) d'avoir distribué une publication obscène: un numéro du magazine *Penthouse*. La cour a conclu que le par. 163(6) (alors le par. 159(6)), qui écartait le moyen de défense de l'erreur de fait honnête à l'égard de l'infraction de distribution de matériel obscène visé par le par. 163(1), violait l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car il créait une infraction de responsabilité absolue susceptible d'entraîner une peine d'emprisonnement. Le juge Martin, au nom de la cour, a d'abord souligné que les dispositions en matière d'obscénité remontent au *Code criminel* de 1892. Il a en outre fait remarquer que les termes «sciemment et sans justification ni excuse légitime» visaient initialement les infractions de «vente» et de «distribution» de matériel obscène. Le *Code* a par la suite été modifié en 1949 et cette précision a été transformée de manière qu'elle ne s'appliquait désormais plus à la distribution de matériel obscène.

Le juge Martin a en outre fait remarquer que la modification de 1949 avait tout simplement pour but d'éliminer l'exigence de la connaissance relativement à la distribution de matériel obscène, mais

69

70

71

obscene matter. As Martin J.A. observed, at p. 56: "Patently, the purpose of the 1949 amendment was to make the absence of a blameworthy state of mind irrelevant on a charge of distributing obscene matter."

72

Martin J.A., speaking for the court, went on to declare s. 163(6) invalid by reason of its inconsistency with s. 7. In accordance with the principles of fundamental justice, however, while the Crown was not required to prove knowledge on the part of a producer or distributor, the latter was entitled to be acquitted if there was evidence raising a reasonable doubt that the accused had an honest and reasonable belief in a state of facts which, if true, would render his conduct innocent. I am generally in agreement with Martin J.A. that it was Parliament's intention to make a clear distinction between the elements of the offences created by s. 163(1) and (2). With respect to the former, Parliament intended to create an absolute liability offence but the principles of fundamental justice require that it be treated as a strict liability offence.

73

This history of the section provides no support for a restricted interpretation of the term "knowingly". Indeed it supports the view that in order to comply with Parliament's intention a clear distinction should be maintained between the subsections. If subs. (1) is now a strict liability offence, the logical interpretation which will maintain a clear distinction is to give the word "knowingly" its usual interpretation in accordance with the rule of statutory construction to which I have referred.

74

In my view there are sound reasons for such a distinction. Producers and distributors can be presumed to be familiar with the content of the material that they create or distribute. Furthermore, if the law casts upon them the obligation of being familiar with the material they make or distribute, that can easily be discharged. On the other hand, a seller of pornographic material may include among

a conservé l'exigence intacte pour la vente de matériel obscène. Comme il l'a fait remarquer à la p. 56: [TRADUCTION] «De toute évidence, la modification de 1949 avait pour but de rendre non pertinente l'absence d'état d'esprit répréhensible à l'égard d'une accusation de distribution de matériel obscène.»

Le juge Martin, au nom de la cour, a ensuite déclaré que le par. 163(6) n'était pas valide en raison de son incompatibilité avec l'art. 7. Bien que le ministère public n'ait pas été tenu de démontrer qu'il y avait connaissance de la part d'un producteur ou d'un distributeur, ce dernier avait toutefois, conformément aux principes de justice fondamentale, le droit d'être acquitté si des éléments de preuve soulevaient un doute raisonnable qu'il avait une croyance sincère et raisonnable à l'égard d'un état de fait qui, s'il était avéré, ferait en sorte que sa conduite soit jugée innocente. Je conviens généralement avec le juge Martin que le législateur avait l'intention d'établir clairement une distinction entre les éléments des infractions créées par les par. 163(1) et (2). Pour ce qui est du premier, le législateur avait l'intention de créer une infraction de responsabilité absolue, mais les principes de justice fondamentale exigent qu'elle soit traitée comme une infraction de responsabilité stricte.

Cet historique de l'article n'appuie nullement une interprétation restrictive du terme «sciemment». En fait, il appuie l'opinion selon laquelle, pour se conformer à l'intention du législateur, il convient d'établir une distinction nette entre les paragraphes. Si le paragraphe (1) constitue maintenant une infraction de responsabilité stricte, l'interprétation logique qui conservera une distinction claire consiste à donner au terme «sciemment» son interprétation habituelle conformément à la règle d'interprétation législative que j'ai mentionnée.

À mon avis, cette distinction est fondée sur des motifs valables. On peut présumer que les producteurs et les distributeurs connaissent bien le contenu du matériel qu'ils créent ou distribuent. Qui plus est, si la loi leur impose l'obligation de bien connaître le matériel qu'ils fabriquent ou distribuent, il est facile de s'acquitter de cette obligation. Par ailleurs, le vendeur de matériel pornogra-

her merchandise magazines, books and a myriad of other products. Until the materials arrive at the seller's shop, he or she has had nothing to do with the material. It might be suggested that the seller can ask the distributor or producer about content when the material is ordered. This is not likely to produce a helpful response. Anyone in the business of producing or distributing pornographic material for profit is not likely inclined to scare off buyers by telling them his or her product can potentially subject the potential purchaser to criminal liability. It would, therefore, be perfectly reasonable for Parliament to have assumed that the seller would ordinarily not be aware of the specific nature of the contents of the material sold, in which circumstance imposing criminal liability would result in the conviction of many persons who did not possess a blameworthy mind state.

Conversely, the producer or distributor will generally be aware of the contents of the material which may result in its being found to be obscene. The imposition of criminal liability in the absence of knowledge of the contents will be less likely to result in the conviction of those that are mentally blameless. In addition, a producer or distributor who knows that absence of knowledge in default of a reasonable inquiry cannot be relied on can easily find out what the material contains. On the other hand, it would be unreasonable to expect the seller to read every book or magazine and view every video or film to ferret out the portions that may run afoul of the obscenity provisions.

I therefore conclude that in using the word "knowingly" in s. 163(2) Parliament did not intend to restrict its meaning. In all the circumstances it would make little sense to conclude that Parliament required proof of knowledge but limited the requirement to proof of the aspect of the *actus reus* that is perfectly lawful. Although, as a constitutional imperative, a blameworthy mental element

phique peut avoir parmi sa marchandise des revues, des livres et de nombreux autres produits. Jusqu'à ce que le matériel arrive à sa boutique, le vendeur n'a rien à voir avec celui-ci. On pourrait dire qu'il peut demander au distributeur ou au producteur des renseignements sur le contenu du matériel au moment où il le commande. Une telle façon de procéder ne permettra vraisemblablement pas d'obtenir une réponse utile. Quiconque produit ou distribue du matériel pornographique dans le but d'en tirer un profit ne sera vraisemblablement pas porté à faire fuir les acheteurs en leur disant que son produit est susceptible d'entraîner la responsabilité criminelle de l'acheteur éventuel. Par conséquent, il serait parfaitement raisonnable que le législateur ait présumé que le vendeur ne serait ordinairement pas au courant de la nature précise du contenu du matériel vendu, et, dans ces circonstances, l'imposition d'une responsabilité criminelle entraînerait la déclaration de culpabilité d'un grand nombre de personnes qui n'ont pas un état d'esprit répréhensible.

Par contre, le producteur ou le distributeur sera généralement au courant du contenu du matériel qui pourrait être déclaré obscène. L'imposition d'une responsabilité criminelle en l'absence de connaissance du contenu est moins susceptible d'entraîner la déclaration de culpabilité de ceux qui sont moralement innocents. En outre, un producteur ou un distributeur qui sait qu'il ne peut se fonder sur l'absence de connaissance résultant de son omission d'avoir fait une enquête raisonnable peut facilement se renseigner sur le contenu du matériel. Par contre, il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que le vendeur lise tous les livres ou les revues et regarde tous les vidéos ou films pour en découvrir les parties susceptibles de déroger aux dispositions en matière d'obscénité.

Je conclus donc que le législateur n'a pas eu l'intention de restreindre le sens du terme «sciemment» qu'il a employé au par. 163(2). Compte tenu de toutes les circonstances, il ne serait pas logique de conclure que le législateur a exigé la preuve de la connaissance mais limité l'exigence à la preuve de l'aspect de l'*actus reus* qui est parfaitement légitime. Même si, à titre d'impératif constitution-

need not extend to all aspects of the *actus reus*, Parliament can choose to legislate beyond minimum constitutional limits. In my view, in choosing the term “knowingly”, it has done so in this case.

nel, il n'est pas nécessaire qu'un élément moral répréhensible s'étende à tous les aspects de l'*actus reus*, le législateur peut choisir de légiférer au-delà des limites constitutionnelles minimales. À mon avis, c'est ce qu'il a fait en l'espèce en choisissant le terme «sciemment».

77 Both parties contended that the case law supported their respective positions. In my view the case law, while inconclusive on this point, is not inconsistent with the position of the appellants. I now turn to an examination of the principal cases.

Les deux parties soutiennent que la jurisprudence appuie leur position respective. À mon avis, bien qu'elle ne soit pas concluante sur ce point, la jurisprudence n'est pas incompatible avec la position des appelants. J'examine maintenant les principaux arrêts.

78 In *R. v. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1967] 2 C.C.C. 195n, the accused, who managed the affairs of a commercial art gallery in Toronto, was charged with seven counts of exposing obscene drawings to public view. With respect to the interpretation of “knowingly”, Aylesworth J.A., speaking for the court on this point, framed the issue in the following manner (at pp. 285-86):

Dans *R. c. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1967] 2 C.C.C. 195n, l'accusé, qui gérait une galerie d'art commerciale à Toronto, a été inculpé sous sept chefs d'accusation d'avoir exposé à la vue du public des dessins obscènes. En ce qui a trait à l'interprétation du terme «sciemment», le juge Aylesworth, s'exprimant au nom de la cour sur ce point, a précisé la question de la manière suivante (aux pp. 285 et 286):

Did the appellant do what she did knowingly and without lawful justification or excuse? No argument was addressed to us suggesting that there was any lack of proof that what appellant did, she did knowingly. Reference already has been made to the fact that she collected these drawings through private galleries and from the artists themselves, and that she arranged for their exposure to public view; she well knew, of course, the subject-matter of the drawings; she could scarcely assent to and arrange for their exhibition and grouping in her gallery for sale to the public and at stated prices without such knowledge. “Knowingly” does not require that appellant should possess the legal knowledge of whether or not the drawings were obscene; it is sufficient if she knew the subject-matter and caused the drawings to be publicly exhibited. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] L'appelante a-t-elle agi sciemment et sans justification ni excuse légitime? Aucun argument ne nous a été présenté selon lequel il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve que l'appelante a agi sciemment. Il a déjà été mentionné qu'elle a obtenu ces dessins de galeries privées et des artistes eux-mêmes et qu'elle s'est chargée de les exposer à la vue du public; évidemment, elle connaissait bien le sujet des dessins; elle aurait difficilement pu être d'accord avec cette exposition, l'organiser et réunir les dessins dans sa galerie afin de les vendre au public à des prix déjà fixés sans avoir une telle connaissance. Le terme «sciemment» n'exige pas que l'appelante sache qu'aux termes de la loi les dessins étaient ou non obscènes. Il suffit qu'elle ait été au courant du sujet et qu'elle ait fait en sorte que les dessins soient exposés à la vue du public. [Je souligne.]

79 The use of the words “knowledge of the subject-matter” are consistent with a *mens rea* requirement of subjective knowledge of the factual content of the drawings which rendered them obscene in law. Although the court stated that knowing that the material is obscene in law is clearly not necessary,

L'utilisation des termes «connaissance du sujet» correspond à l'exigence en matière de *mens rea* de la connaissance subjective du contenu factuel des dessins qui les rendait obscènes aux termes de la loi. Bien que la cour ait dit qu'il n'est évidemment pas nécessaire que l'on sache que le matériel est

Aylesworth J.A. focused on whether the accused was aware of the subject matter of the drawings.

The issue was also addressed in *R. v. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463 (Ont. C.A.), in which the accused was charged with exposing an obscene poster to public view. The central issue was whether an accused's honest belief that the material is not obscene provides a defence. The Court of Appeal found that since having knowledge that the material is obscene in law is not a constituent element of the offence, an honest belief that the material is not obscene would not provide a defence. However, in considering this point of law, the court (*per* Gale C.J.O.) cited approvingly the above passage from *Cameron*, and then commented (at p. 465):

In this case, Mr. Kiverago certainly knew the nature of this poster and caused it to be exposed to public view. . . .

. . . s-s. (2) seems to us to suggest that, even assuming the material is obscene, the person who exposes it cannot be guilty of an offence unless he knows that he has exposed it and does not have some lawful justification or excuse for doing so. . . . [Emphasis added.]

Kiverago thus makes clear that the *mens rea* for the offence which was discussed was subjective knowledge of the specific content of the material. It is true that the nature of the medium allowed the court to infer knowledge of the specific subject matter. Like displaying pictures in an art gallery which was the situation in *Cameron*, putting up a poster necessarily requires actual subjective detailed knowledge of the material. The nature of the obscene material was openly observable such that merely seeing the painting or poster made one knowledgeable as to its contents. Perhaps, therefore, it was unnecessary for the court to consider a reduced level of knowledge.

Films and videos raise a different problem as they are not as readily observable as paintings or

obscène aux termes de la loi, le juge Aylesworth a centré son attention sur la question de savoir si l'accusée savait quel était le sujet des dessins.

La question a également été examinée dans *R. c. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463 (C.A. Ont.), où l'accusé a été inculpé d'avoir exposé une affiche obscène à la vue du public. La question principale était de savoir si la croyance sincère de l'accusé que le matériel n'est pas obscène constitue un moyen de défense. La Cour d'appel a conclu que, puisque le fait de savoir que le matériel est obscène aux termes de la loi n'est pas un élément constitutif de l'infraction, la croyance sincère que le matériel n'est pas obscène ne constitue pas un moyen de défense. Toutefois, en examinant ce point de droit, la cour (le juge en chef Gale) a cité en l'approuvant le passage mentionné précédemment de l'arrêt *Cameron* et a ensuite fait la remarque suivante (à la p. 465):

[TRADUCTION] En l'espèce, M. Kiverago connaissait certainement la nature de cette affiche et l'a exposée à la vue du public. . . .

. . . à notre avis, il semble ressortir du par. (2) que, même en présumant que le matériel est obscène, la personne qui l'expose ne peut être déclarée coupable d'une infraction à moins qu'elle ne sache qu'elle l'a exposé et qu'elle n'ait aucune justification ni excuse légitime de le faire. . . . [Je souligne.]

Il ressort donc clairement de *Kiverago* que la *mens rea* relative à l'infraction dont il a été fait mention était la connaissance subjective du contenu précis du matériel. Il est vrai que la nature du moyen d'expression permettait à la cour de déduire qu'il y avait connaissance du sujet précis. Tout comme l'exposition de tableaux dans une galerie d'art, ce qui était le cas dans l'arrêt *Cameron*, le fait d'installer une affiche exige nécessairement une connaissance détaillée réelle et subjective du matériel. La nature du matériel obscène sautait aux yeux, car le simple fait de voir le tableau ou l'affiche permettait d'en connaître le contenu. Par conséquent, il n'était sans doute pas nécessaire que la cour examine la possibilité d'un niveau de connaissance plus restreint.

Les films et les vidéos soulèvent un problème différent car leur contenu n'est pas aussi évident

posters. The same types of inferences or assumptions about whether an accused is aware of their contents cannot be made. This issue was dealt with in *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181 (B.C.C.A.). The accused was charged with having possession of obscene films for the purpose of exposing them to public view. The films, which were owned by the accused corporation, were shown in cubicles in the back of a book store managed by another accused, with signs reading: "Restricted to persons over 18" and "Sex — exciting movies". Taggart J.A. reviewed the *Cameron* and *Kiverago* decisions, and then commented (at p. 194):

Counsel for the Crown submitted that it is not incumbent on the Crown to show that the accused had seen all or any part of the film in question in order to prove knowledge but that it is sufficient if the Crown shows that the accused had knowledge of the nature of the film. I think that is a correct position for the Crown to take for I am of the opinion that in *R. v. Cameron*, *supra*, Aylesworth J.A., accurately describes what is meant by the word "knowingly". In saying that, I am not overlooking the obvious distinction that in that case the Court was considering paintings whose content must have been known to the accused who had handled and arranged them whereas here we have a film which would have to be projected to be seen and which the Crown has not proved was seen by any of the appellants. Notwithstanding that I think the Crown has satisfied the requirement of s. 163(2)(a) if it shows that the accused had knowledge, not that the film was obscene in the legal sense, but that they had knowledge of its nature, that is that it was a film of which a dominant characteristic was the exploitation of sex. [Emphasis added.]

82 Taggart J.A. quite plainly addresses the distinction between paintings, posters and films. Despite the acknowledgment that it could not be said how much of the contents of the film were known to the appellants, Taggart J.A. decided that it was only necessary for the Crown to show that the appellants knew that the film's dominant characteristic was the exploitation of sex.

83 If this were all that was required, the Crown's task would not be very onerous. Pornographic

que dans le cas de tableaux ou d'affiches. Il n'est pas possible de faire le même genre de déduction ou de présomption quant à savoir si un accusé connaît leur contenu. Cette question a été traitée dans *R. c. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181 (C.A.C.-B.). L'accusé a été inculpé de possession de films obscènes aux fins de les exposer à la vue du public. Les films, qui étaient la propriété de la société accusée, étaient présentés dans des isolements à l'arrière d'une librairie gérée par un autre accusé, à l'entrée desquels se trouvaient les affiches suivantes: [TRADUCTION] «Réservé aux personnes de plus de 18 ans» et [TRADUCTION] «Films sexuellement excitants». Le juge Taggart a examiné les arrêts *Cameron* et *Kiverago* et a fait la remarque suivante (à la p. 194):

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général a soutenu qu'il ne lui incombe pas de démontrer que l'accusé avait vu le film en question en entier ou en partie pour prouver la connaissance, mais qu'il lui suffit d'établir que l'accusé était au courant de la nature du film. Je crois que le ministère public est bien fondé d'adopter cette position, car je suis d'avis que dans *R. c. Cameron*, précité, le juge Aylesworth a décrit avec précision le sens du terme «sciemment». Je n'oublie pas pour autant la distinction évidente selon laquelle dans cette affaire la cour examinait des tableaux dont le contenu devait être connu de l'accusée qui les avait manipulés et accrochés, alors qu'en l'espèce il s'agit d'un film qui doit être projeté pour être vu et que le ministère public n'a pas prouvé qu'il avait été vu par un ou l'autre des appelants. Malgré cela, je suis d'avis que le ministère public a satisfait à l'exigence de l'al. 163(2)a) s'il démontre non pas que les accusés étaient au courant que le film était obscène aux termes de la loi, mais qu'ils en connaissaient la nature, c'est-à-dire qu'il s'agissait d'un film dont une caractéristique dominante était l'exploitation des choses sexuelles. [Je souligne.]

Le juge Taggart a clairement fait la distinction entre des tableaux, des affiches et des films. Malgré le fait qu'on ne pouvait déterminer la proportion du contenu du film dont les appelants étaient au courant, le juge Taggart a conclu qu'il suffisait que le ministère public démontre que les appelants savaient que la caractéristique principale du film était l'exploitation des choses sexuelles.

S'il s'agissait là des seules exigences, le fardeau imposé au ministère public ne serait pas très lourd.

films deal with the exploitation of sex. Their plots are thin or non-existent and the quality of acting makes awards for acting excellence rather doubtful. It can almost be assumed that a retailer of pornography will be aware of the fact that the materials that he is selling are those where the dominant characteristic is the exploitation of sex.

This assumption does not, however, appear to have resolved the case for Taggart J.A. Taggart J.A. carefully considered the evidence which was available to support the conclusion that the accused acted "knowingly" despite the fact that he had not seen the film. He noted at pp. 194-95:

It is next necessary to consider whether the Crown adduced evidence which the jury could find that the appellants had knowledge of the nature of the film in question in count 2. I think there was evidence of that kind and it included:

- (a) the signs posted on one of the cubicles;
- (b) the circumstances under which the film might be seen by members of the public, including the cubicles;
- (c) the following facts: count 2 charges an offence alleged to have taken place later in time than the offence charged in count 1. The films referred to in count 1 had been seized and both Mr. Candella and Mr. McFall had been warned that charges of possession of obscene films might be preferred against them in respect of the films referred to in count 1;
- (d) the following facts: . . . Mr. McDonald, the film classification director for British Columbia, was called as a witness for the defence. He said the film referred to in count 2 had been received from the appellant McFall for approval, had been looked at and approved for showing as "restricted" provided about 20 or 30 feet of the film was excised. The film was then returned to McFall. [Emphasis added.]

The fact that Taggart J.A. looked for this type of evidence suggests that merely knowing that the film was a sex film was not sufficient to convict. In particular, the previous seizure of the materials and

Les films pornographiques traitent de l'exploitation des choses sexuelles. Leurs scénarios sont faibles ou non existants et il est douteux que leurs acteurs obtiennent des prix d'excellence. On peut presque présumer qu'un détaillant de matériel pornographique sera au courant du fait que le matériel qu'il vend a pour caractéristique dominante l'exploitation des choses sexuelles.

Toutefois, cette présomption ne paraît pas avoir réglé l'affaire pour le juge Taggart. Celui-ci a examiné avec soin les éléments de preuve présentés à l'appui de la conclusion selon laquelle l'accusé avait agi «sciemment» malgré le fait qu'il n'avait pas vu le film. Il a fait remarquer, aux pp. 194 et 195:

[TRADUCTION] Il est ensuite nécessaire d'examiner si le ministère public a présenté des éléments de preuve qui permettraient au jury de conclure que les appelants connaissaient la nature du film visé au deuxième chef d'accusation. À mon avis, il y avait de tels éléments de preuve, notamment:

- a) les affiches à l'entrée de l'un des isoloirs;
- b) les circonstances dans lesquelles le film pouvait être visionné par le public, y compris la présence des isoloirs;
- c) les faits suivants: le deuxième chef d'accusation vise une infraction qui se serait produite après l'infraction reprochée dans le premier chef d'accusation. Les films visés dans le premier chef d'accusation avaient été saisis et MM. Candella et McFall avaient été avisés que des accusations de possession de films obscènes pourraient être portées contre eux relativement aux films visés au premier chef d'accusation;
- d) les faits suivants: [. . .] M. McDonald, directeur de la classification des films de la Colombie-Britannique, a été cité comme témoin de la défense. Il a dit que le film visé dans le deuxième chef d'accusation avait été envoyé par l'appellant McFall pour obtenir une approbation, qu'il avait été visionné et que sa diffusion avait été approuvée sous la cote «réservé aux adultes» à la condition d'en couper 20 à 30 pieds. Le film a ensuite été retourné à M. McFall. [Je souligne.]

Le fait que le juge Taggart cherchait ce genre d'élément de preuve laisse entendre qu'il n'était pas suffisant pour déclarer l'accusé coupable qu'il ait simplement su qu'il s'agissait d'un film à carac-

the explicit directions from the film classification director to delete certain portions of a film before showing the film, are good indications that the accused was either aware of or wilfully blind to the contents of the obscene films. It appears that Taggart J.A. was looking for some indication that the accused had knowledge of the fact that the film contained certain elements which could be deemed as obscene in law. It appears, therefore, that although the definition of *mens rea* by Taggart J.A. would support a lesser level of *mens rea*, in reviewing the evidence, he exacted a level of knowledge of the content of the materials which in law rendered it obscene.

86

In *Metro News*, to which I have already referred, Martin J.A. considered whether the *mens rea* for the offence of distributing obscene matter required proof of knowledge that the material exceeded community standards of tolerance. At page 56 he stated:

It is, in my view, well established that it is not incumbent on the Crown, even on a charge under s. [163(2)] where the Crown must prove that the accused “knowingly” committed the offence, to prove that an accused who is aware of the presence and nature of the subject-matter also knew that it was obscene.

Martin J.A. continued at p. 58:

In *Hamling v. U.S.* (1974), 418 U.S. 87, the defendant was charged with use of the mails to carry an obscene book in violation of 18 U.S.C. The Supreme Court of the United States held that the requirement of “knowingly” in art. 1461 of 18 U.S.C., making it an offence to “knowingly” use the mails for the mailing of non-mailable matter, was satisfied by proof that the defendant had knowledge of the contents of the materials he distributed and that he knew the character and nature of the materials. [Emphasis added.]

87

All of this suggests that Martin J.A. was convinced that the word “knowingly” should be given its plain meaning so as to require actual subjective knowledge of the nature and character of the mate-

rière sexuel. En particulier, la saisie antérieure du matériel et les directives explicites du directeur de la classification des films visant à retirer certaines parties d'un film avant sa présentation indiquaient bien soit que l'accusé était au courant du contenu des films obscènes soit qu'il avait fait preuve d'ignorance volontaire. Le juge Taggart semble avoir cherché des indications que l'accusé savait que le film contenait certains éléments qui pouvaient être réputés obscènes aux termes de la loi. Il appert donc que, bien que la définition de la *mens rea* par le juge Taggart appuierait un degré de *mens rea* moins élevé, dans son examen de la preuve, il a exigé un niveau de connaissance du contenu du matériel qui en droit, le rendait obscène.

Dans l'arrêt *Metro News*, que j'ai mentionné précédemment, le juge Martin a examiné la question de savoir si la *mens rea* relative à l'infraction de distribution de matériel obscène exigeait la preuve de la connaissance que le matériel excédait les normes sociales de tolérance. À la page 56, il a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, il est bien établi qu'il n'incombe pas au ministère public, même dans le cas d'une accusation aux termes du par. [163(2)] où le ministère public doit établir que l'accusé a commis l'infraction «sciemment», de prouver qu'un accusé qui est au courant de la présence et de la nature de l'objet savait également qu'il était obscène.

Le juge Martin a poursuivi, à la p. 58:

[TRADUCTION] Dans *Hamling c. U.S.* (1974), 418 U.S. 87, le défendeur a été accusé d'avoir utilisé le courrier pour transmettre un livre obscène en violation de la 18 U.S.C. La Cour suprême des États-Unis a conclu que l'exigence imposée par l'emploi du terme «sciemment» à l'art. 1461 de la 18 U.S.C., qui érige en infraction le fait d'utiliser «sciemment» la poste pour la transmission de matériel qui ne doit pas être acheminé par la poste, était remplie par la preuve que le défendeur avait connaissance du contenu du matériel qu'il a distribué et qu'il en connaissait le caractère et la nature. [Je souligne.]

Ces remarques donnent à entendre que le juge Martin était convaincu que le terme «sciemment» devrait être interprété selon son sens ordinaire de manière à exiger une connaissance subjective

rial which would qualify it as obscene. This, according to Martin J.A., was necessary to reflect the nature of *mens rea* in this context (at pp. 54-55):

The minimum and necessary mental element required for criminal liability for most crimes is knowledge of the circumstances which make up the *actus reus* of the crime and foresight or intention with respect to any consequence required to constitute the *actus reus* of the crime. Wilful blindness is equated with actual knowledge. . . .

Having reviewed these cases, I would suggest that the jurisprudence supports the conclusion that for the Crown to convict on a charge of “knowingly” selling obscene materials, it must show more than that the accused had a general knowledge of the nature of the film as a sex film. Although the cases have been few and are by no means clear on this point, cases such as *McFall* and *Metro News* illustrate that courts have looked for some indication that the seller of the obscene material was aware of the relevant facts that made the material obscene. In the case of displaying paintings or posters, it could be inferred that the person selling these paintings or posters had knowledge of what made them obscene. The obscene material is plainly in view and its contents and knowledge of the specific nature of its contents can be assumed “known”. The same cannot be said concerning films, videos and other media involving a collection of images and where it takes some time and active steps to observe and “know” the contents. In the case of pornographic films and videos, it cannot be easily inferred that those selling these materials “know” their contents. As noted above, it may be inferred that the retailer is aware that the materials are erotic or pornographic and deal with the exploitation of sex. But selling films which deal with the exploitation of sex is not an illegal activity in itself. There must be something in the material that transports it into the realm of obscenity. Not only must the dominant

réelle de la nature et du caractère du matériel pour qu’il puisse être qualifié d’obscène. Cette manière de procéder, selon le juge Martin, était nécessaire pour refléter la nature de la *mens rea* dans ce contexte (aux pp. 54 et 55):

[TRADUCTION] L’élément moral minimal et nécessaire pour entraîner la responsabilité criminelle dans le cas de la plupart des crimes est la connaissance des circonstances qui forment l’*actus reus* du crime et la prévision ou l’intention quant aux conséquences requises pour constituer l’*actus reus*. L’ignorance volontaire est assimilée à la connaissance réelle . . .

Après avoir examiné cette jurisprudence, je dirais qu’elle appuie la conclusion selon laquelle, pour que le ministère public obtienne une déclaration de culpabilité à l’égard d’une accusation d’avoir vendu «sciemment» du matériel obscène, il doit démontrer davantage que le simple fait que l’accusé avait une connaissance générale de la nature du film comme étant un film à caractère sexuel. Bien qu’il n’y ait pas eu beaucoup de jurisprudence sur ce point et que celle-ci ne soit absolument pas claire, il ressort des arrêts *McFall* et *Metro News* que les tribunaux ont cherché une indication que le vendeur du matériel obscène était au courant des faits pertinents qui le rendent obscène. Dans le cas d’expositions de tableaux ou d’affiches, il est possible de déduire que la personne qui vend ces tableaux ou ces affiches savait ce qui les rendait obscènes. Le matériel obscène est bien en vue et il est possible de présumer de la «connaissance» de la nature précise de son contenu. On ne peut en dire autant des films, des vidéos et d’autres médias comportant un assemblage d’images et à l’égard desquels il faut prendre un certain temps et des mesures concrètes pour en observer et en «connaître» le contenu. Dans le cas de films et de vidéos pornographiques, on ne peut déduire facilement que ceux qui vendent ce matériel «connaissent» leur contenu. Comme mentionné précédemment, on peut déduire que le détaillant sait que le matériel est érotique ou pornographique et traite de l’exploitation des choses sexuelles. Toutefois la vente de films traitant de l’exploitation des choses sexuelles n’est pas une activité illégale en soi. Le matériel doit comporter

characteristic of the material be the exploitation of sex, but the exploitation of sex must be undue.

quelque chose qui l'inscrit dans le cadre de l'obsécénéité. Non seulement la caractéristique dominante du matériel doit être l'exploitation des choses sexuelles, mais il doit s'agir d'une exploitation indue.

⁸⁹ What distinguishes mere pornographic material which may constitute an exploitation of sex from obscene material which constitutes an "undue exploitation of sex" was elaborated in *Butler, supra*. In my reasons I suggest that pornography can usefully be divided into three categories (at p. 484):

La distinction entre le simple matériel pornographique qui peut constituer une exploitation des choses sexuelles et le matériel obscène qui constitue une «exploitation indue des choses sexuelles» a été établie dans l'arrêt *Butler*, précité. Dans mes motifs, j'indique que la pornographie peut, à toutes fins utiles, être divisée en trois catégories (à la p. 484):

- (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.

- (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.

The significance of this classification was explained at p. 485:

La signification de cette classification est expliquée à la p. 485:

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.

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.

⁹⁰ Applying the principles set forth in *Butler*, Newton Prov. Div. J. concluded that three of the eight videos taken from Mr. Jorgensen's store involved the undue exploitation of sex according to s. 163(8) of the *Code*. These films were titled *Bung Ho Babes, Made in Hollywood* and *Dr. Butts*. The specific characteristics of these videos which led Newton Prov. Div. J. to conclude

En appliquant les principes énoncés dans l'arrêt *Butler*, le juge Newton a conclu que trois des huit vidéos provenant du magasin de M. Jorgensen comportaient l'exploitation indue des choses sexuelles aux termes du par. 163(8) du *Code*. Ces films avaient pour titres *Bung Ho Babes, Made in Hollywood* et *Dr. Butts*. Les caractéristiques précises de ces vidéos qui ont amené le juge Newton à

that the videos were contrary to the *Code* are clearly relevant to determining whether a retailer “knowingly” sold obscene materials contrary to s. 163(2)(a).

In *Bung Ho Babes* the video portrays a female prison warden ordering that the female inmates disrobe and that one of the inmates spank the other. The woman complies in spanking the other inmate and this produces visible reddening of the woman’s buttocks. Newton Prov. Div. J. held that this video constituted the undue exploitation of sex due to the manner in which it equated sex and punishment in the context of subordination.

In *Made in Hollywood*, one of the scenes shows a male ordering women to perform various sexual acts. One of the women appears distressed and the other, with whom he is having intercourse, is slapped several times on the buttocks producing visible red marks. This was also viewed by Newton Prov. Div. J. as the undue exploitation of sex due to the manner in which it coupled sex and violence.

The other video, *Dr. Butts*, includes a scene where a husband and wife are in their bedroom discussing the wife’s current job prospects. The husband orders his wife to perform anal sex as a prerequisite to her pursuit of a movie career. During anal intercourse, the man slaps the woman’s buttocks repeatedly thereby producing visible red marks. She appears to be grimacing in pain and her remarks do not indicate that she is consenting. Newton Prov. Div. J. found that this video also involved the undue exploitation of sex in that the woman is coerced into sexual relations and that the violence and her position of subordination are legitimized.

As these comments illustrate, it was not merely the fact that the videos in question dealt with the exploitation of sex that made them offensive and contrary to s. 163(8). It was the fact that the videos combined explicit sex with violence. This type of

conclure qu’ils étaient contraires au *Code* sont clairement pertinentes pour déterminer si un détaillant a «sciemment» vendu du matériel obscène en contravention de l’al. 163(2)a).

Dans le vidéo *Bung Ho Babes*, une gardienne de prison ordonne aux prisonnières de se dévêtir puis à l’une d’entre elles de donner une fessée à une autre. La femme obtempère et donne une fessée à l’autre détenue, lui laissant des marques rouges visibles sur les fesses. Le juge Newton a conclu que ce vidéo constituait une exploitation indue des choses sexuelles en raison de la manière dont il faisait correspondre les choses sexuelles et la punition dans le contexte de la subordination.

Dans une des scènes du vidéo *Made in Hollywood*, un homme ordonne à des femmes d’exécuter divers actes sexuels. L’une des femmes paraît bouleversée et l’autre, avec laquelle il a des rapports sexuels, est frappée plusieurs fois sur les fesses causant des marques rouges visibles. Ce vidéo a également été considéré par le juge Newton comme de l’exploitation indue des choses sexuelles en raison de la manière dont il associait sexe et violence.

L’autre vidéo, *Dr. Butts*, comporte une scène dans laquelle un mari et son épouse sont dans leur chambre à coucher et discutent des possibilités d’emploi de la femme. Le mari ordonne à son épouse d’avoir un rapport sexuel anal comme prérequis à la recherche d’une carrière dans le cinéma. Au cours du rapport sexuel anal, l’homme donne à plusieurs reprises des coups sur les fesses de la femme produisant ainsi des marques rouges visibles. Elle paraît grimacer de douleur et ses remarques n’indiquent pas qu’elle est consentante. Le juge Newton a conclu que ce vidéo comportait également l’exploitation indue des choses sexuelles car la femme est forcée d’avoir des rapports sexuels et que la violence et sa position de subordination sont légitimées.

Comme l’illustrent ces observations, ce n’est pas simplement le fait que les vidéos en question traitaient de l’exploitation des choses sexuelles qui les rendait offensants et contraires au par. 163(8). C’est le fait que les vidéos accompagnaient les

91

92

93

94

material falls directly within the first category outlined in *Butler*. What Newton Prov. Div. J.'s comments further suggest by implication, is that other parts of the videos which did not combine sex and violence did not offend s. 163(8). It was only those scenes that depicted the undue exploitation of sex that were in contravention of the *Code*.

choses sexuelles explicites de violence. Ce genre de matériel s'inscrit directement dans la première catégorie soulignée dans l'arrêt *Butler*. On peut également déduire des commentaires du juge Newton que d'autres parties des vidéos dans lesquels les choses sexuelles n'étaient pas accompagnées de violence n'enfreignaient pas le par. 163(8). Seules les scènes décrivant l'exploitation indue des choses sexuelles étaient contraires au *Code*.

95

If we relate these observations to the application of s. 163(2)(a), it suggests that merely showing that a retailer knows that the material that he or she is selling deals generally with the exploitation of sex fails to link the retailer to the offence of "knowingly" selling obscene material. In my view, the law requires that in order to make the necessary link it must be shown that the retailer knew of the specific acts or set of facts which led the courts to the conclusion that the material in question was obscene under s. 163(8). If, for example, the offensive part of the video was that which showed a male spanking the female and forcing her to have sexual relations, then for an accused to be convicted under s. 163(2)(a), it must be shown that the retailer was aware or wilfully blind that the video being sold contained this scene.

Si nous établissons un lien entre ces remarques et l'application de l'al. 163(2)a), il en ressort qu'il ne suffit pas de démontrer simplement qu'un détaillant sait que le matériel qu'il vend traite d'une manière générale d'une exploitation des choses sexuelles pour établir un lien entre le détaillant et l'infraction de vendre «sciemment» du matériel obscène. À mon avis, pour établir le lien nécessaire, il faut, en droit, démontrer que le détaillant était au courant des actes précis ou de l'ensemble de faits qui ont amené les tribunaux à conclure que le matériel en question était obscène aux termes du par. 163(8). Par exemple, si la partie offensante du vidéo était celle dans laquelle un homme donnait une fessée à une femme et l'obligeait à avoir des rapports sexuels, alors pour qu'un accusé soit déclaré coupable aux termes de l'al. 163(2)a), il faut démontrer que le détaillant savait que le vidéo vendu contenait cette scène ou a fait preuve d'ignorance volontaire à cet égard.

96

There may of course be cases where the obscenity results from the overall character of the film. This may occur, for example, where a video portrays women in positions of subordination, servile submission or humiliation without any verbalization or other express reference to this depiction as a theme in itself. This type of ubiquitous portrayal may have a cumulative degrading effect sufficient to render it undue in accordance with the criteria in *Butler*. To be undue, pornography that falls within this category requires the determination that the degrading or dehumanizing treatment create a substantial risk of harm. This risk is assessed by reference to the community standards test. The complexity of this assessment can be compared to the relatively straight-forward first category: whereas

Il peut évidemment y avoir des cas où c'est le caractère global du film qui crée l'obscénité. Ce peut être le cas, par exemple, lorsqu'un vidéo montre des femmes dans des situations de subordination, de soumission servile ou d'humiliation sans qu'aucune parole ou autre mention expresse n'indique que cette description constitue un thème en soi. Ce genre de représentation omniprésente peut avoir un effet dégradant cumulatif suffisant pour qu'elle entre dans la catégorie «indue» selon les critères formulés dans l'arrêt *Butler*. Pour que la pornographie qui entre dans cette catégorie soit indue, il faut que le traitement dégradant ou déshumanisant crée un risque important de préjudice. Ce risque est évalué par rapport au critère de la norme sociale. La complexité de cette évaluation peut être

sex with violence is usually readily identifiable visually, sex with degrading or dehumanizing treatment can be more abstract or subliminal. I noted in *Butler* that in some cases, the very appearance of consent makes the depicted acts even more degrading or dehumanizing. Videos falling within the second category are therefore more likely than those in the first category to be deemed obscene because of an overall effect without reference to specific acts or portions of the whole. In such instances, if the court is unable to specify any particular scene but still concludes that, overall, the film is obscene in law, then it only makes sense that sufficient proof be offered to show that the retailer was aware of the "overall" obscene nature of the film.

This is not, of course, to suggest that a retailer must know that the materials being sold were obscene in law. If the retailer says he viewed the films and saw the particular spanking or noticed the underlying degradation but thought that it was harmless and inoffensive, this will not provide a defence. The retailer will not be immune from charges merely because he or she does not know how the law defines obscenity. Nor will a retailer be immune from conviction because he or she is unaware that there are any laws against selling obscene material. This would amount to the defence of mistake of law and it is well established that ignorance of the law is no defence. What is required is that the Crown prove beyond a reasonable doubt the retailer's knowledge that the materials being sold have the qualities or contain the specific scenes which render such materials obscene in law.

The Crown expressed some concerns that requiring proof beyond a reasonable doubt that the retailer was aware of the specific facts or nature of the film which led the court to decide that the material was obscene in law, is impractical and

comparée à la première catégorie relativement directe: alors que les choses sexuelles accompagnées de violence sont ordinairement faciles à identifier visuellement, les choses sexuelles accompagnées de traitement dégradant ou déshumanisant peuvent être plus abstraites ou subliminales. Dans l'arrêt *Butler*, j'ai signalé que dans certains cas l'apparence même de consentement rend les actes décrits encore plus dégradants ou déshumanisants. Les vidéos qui entrent dans la deuxième catégorie sont donc plus susceptibles que ceux de la première d'être réputés obscènes à cause d'un effet global sans référence à des actions ou parties précises de l'ensemble. En pareils cas, si la cour est incapable de préciser une scène en particulier mais conclut quand même que, globalement, le film est obscène selon la loi, alors il est simplement logique qu'une preuve suffisante soit présentée selon laquelle le détaillant était au courant de la nature obscène «globale» du film.

Évidemment, cela ne veut pas dire qu'un détaillant doit savoir que le matériel vendu est obscène selon la loi. Si le détaillant dit qu'il a visionné les films et a vu la scène particulière de la fessée ou noté la dégradation sous-jacente mais était d'avis qu'elle était innocente et inoffensive, il ne pourra l'invoquer à titre de moyen de défense. Le détaillant ne jouira pas d'une immunité à l'égard des accusations simplement parce qu'il ne sait pas de quelle façon la loi définit l'obscénité. Un détaillant ne jouira pas non plus d'une immunité à l'égard d'une déclaration de culpabilité parce qu'il ne sait pas qu'il existe des lois interdisant la vente de matériel obscène. Une telle situation équivaldrait au moyen de défense de l'erreur de droit et il est bien établi que l'ignorance de la loi ne constitue pas un moyen de défense. Le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que le détaillant savait que le matériel vendu avait les caractéristiques ou contenait les scènes précises qui le rendaient obscène aux termes de la loi.

Le ministère public s'est dit préoccupé de l'absence d'aspect pratique de l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable que le détaillant était au courant des faits précis ou de la nature du film qui ont amené la cour à décider que le maté-

would effectively make prosecution impossible. The Crown argues that the reality of mass-market video retailing is such that it is highly unlikely that a retailer will have viewed the products on the shelves. Furthermore, it is argued that retailers will simply choose not to view their videos thereby escaping conviction.

riel était obscène aux termes de la loi et du fait qu'elle rendrait en fait toute poursuite impossible. Le ministère public soutient que la situation de la vente au détail de vidéos à grande distribution fait en sorte qu'il est hautement improbable qu'un détaillant visionne les produits qui se trouvent sur les étalages. Qui plus est, il soutient que les détaillants choisiront simplement de ne pas visionner leurs vidéos pour éviter ainsi toute déclaration de culpabilité.

99

The Crown also submits that retailers of pornography, having consciously chosen to enter this regulated and financially profitable field, should be held responsible for the social harm caused when the pornography that they sell crosses the line into obscenity. The Crown suggests that these retailers are best placed to prevent the harm in the first place by applying greater caution in the materials that they sell. Essentially, as the argument goes, a retailer knows his merchandise may be obscene even if passed by the OFRB, or at the very least, one can say that he knows that he is engaging in an activity where the product is possibly subject to criminalization. By not enquiring for himself as to the character of the film, the retailer is wilfully blind to the risk that the product poses. OFRB approval may significantly reduce, but does not eliminate, the risk that the material is obscene. A retailer who has not viewed the film is thus as morally blameworthy as someone who has viewed the film, since he knows there is a risk but chooses to sell the film in spite of this risk.

Le ministère public a également soutenu que, ayant volontairement choisi d'exercer leurs activités dans ce champ réglementé et rentable, les détaillants de matériel pornographique devraient être tenus responsables du préjudice social causé lorsque le matériel pornographique qu'ils vendent tombe dans l'obscénité. Selon le ministère public, ces détaillants sont mieux placés pour empêcher le préjudice au départ en faisant preuve d'une plus grande prudence à l'égard du matériel qu'ils vendent. Essentiellement, selon ce qu'il prétend, un détaillant sait que la marchandise qu'il vend peut être obscène même si elle est approuvée par la CCCO, ou à tout le moins, on peut dire qu'il sait qu'il exerce une activité visant un produit susceptible d'entraîner des poursuites criminelles. En ne cherchant pas lui-même à connaître le caractère du film, le détaillant fait preuve d'ignorance volontaire à l'égard du risque que pose le produit. L'approbation de la CCCO peut réduire de façon importante, mais sans l'éliminer, le risque que le matériel soit obscène. Un détaillant qui n'a pas regardé le film est donc aussi moralement blâmable que celui qui l'a regardé, puisqu'il connaît l'existence d'un risque mais choisit de vendre le film malgré ce risque.

100

There are two observations that tend to meet these concerns. First, proof that a retailer has knowledge of the specific acts or characteristics that make a video obscene does not necessarily require proof that the retailer actually watched the obscene material in question. "Knowledge" of the obscene character of the film can clearly be acquired by other means than direct viewing. On this issue, Newton Prov. Div. J. noted that a blameworthy state of mind can be shown in a

Deux observations peuvent répondre à ces préoccupations. Premièrement, la preuve qu'un détaillant a connaissance des actes ou des caractéristiques précis qui rendent un vidéo obscène n'exige pas nécessairement la preuve que le détaillant a réellement regardé le matériel obscène en question. Il est clairement possible d'avoir la «connaissance» du caractère obscène du film par d'autres moyens que le visionnement direct. À l'égard de cette question, le juge Newton a fait

number of ways short of demonstrating that the film was actually seen. In her oral reasons she explains:

My review of the authorities and principles of criminal law indicate that the [knowledge] requirement can be satisfied by evidence such as statements made by an accused person, warnings by police officers with respect to the content of the materials and continued dissemination of those materials in the face of the warning, non-compliance with in rem proceedings, non-compliance with judicial determinations, outstanding charges, condition of the material and location at the time of seizure, the nature of the material itself, evidence of some form of clandestine activity, and non-compliance with requirements with respect to excising portions of a film to meet appropriate approval standards.

Accordingly, evidence which suggests that the retailer was warned of particular materials or failed to comply with requirements with respect to excising portions of a film, can indeed be relevant in determining whether a retailer had "knowledge" that he was selling obscene materials. The use of this type of evidence for this purpose was aptly illustrated by Taggart J.A. in making his determination in *McFall*.

In addition, the retailer's knowledge may be determined from other circumstances directly linked to the context of the retailer's activity. Both Taggart J.A. in *McFall* and Newton Prov. Div. J. refer to such circumstances, including the location of the activity and signs of clandestine behaviour. Where, for example, a retailer dealing only in pornographic videos keeps a separate selection of high-priced videos, secures certain videos in a locked cabinet, shields certain videos from plain view, or maintains a list of videos available on request only, this may constitute a relevant circumstance. Such circumstances can easily be distinguished from those of a corner store that carries the odd porno flick among an otherwise unremarkable video collection. Circumstances that are internal to the retailer's business activity can, therefore, be considered relevant circumstances for the purpose of determining knowledge, similarly to fac-

remarquer qu'il est possible de démontrer un état d'esprit répréhensible de nombreuses façons sans établir que le film a réellement été visionné. Elle explique dans ses motifs prononcés à l'audience:

[TRADUCTION] Mon examen de la jurisprudence et des principes du droit criminel montre qu'il peut être satisfait à l'exigence [en matière de connaissance] par des éléments de preuve comme les déclarations faites par un accusé, les avertissements des policiers en ce qui a trait au contenu du matériel et la distribution de ce matériel malgré les avertissements, le non-respect de procédures in rem, le non-respect des décisions judiciaires, des accusations pendantes, la condition du matériel et l'endroit où il se trouvait au moment de la saisie, la nature du matériel lui-même, la preuve d'une certaine forme d'activité clandestine et le non-respect des exigences relatives aux coupures à apporter à un film pour satisfaire à des normes d'approbation appropriées.

En conséquence, peut en fait être pertinente pour déterminer si un détaillant «savait» qu'il vendait du matériel obscène la preuve que le détaillant a reçu un avertissement au sujet de matériel en particulier ou ne se serait pas conformé aux exigences relatives aux coupures de certaines parties d'un film. L'utilisation de ce genre d'élément de preuve à cette fin a été bien illustrée par le juge Taggart lorsqu'il a rendu sa décision dans l'arrêt *McFall*.

De plus, d'autres circonstances directement liées au contexte de l'activité du détaillant peuvent établir la connaissance que ce dernier peut avoir. Le juge Taggart dans *McFall* et le juge Newton ont tous les deux mentionné ces circonstances, notamment le lieu de l'activité et les signes de comportement clandestin. Si, par exemple, un détaillant qui vend exclusivement des vidéos pornographiques tient une sélection séparée de vidéos à prix très élevé, garde certains vidéos dans une armoire fermée à clé, en soustrait certains à la vue de la clientèle ou garde une liste de vidéos disponibles sur demande seulement, cela peut constituer une circonstance pertinente. Ces circonstances peuvent être facilement distinguées de celles du magasin du coin où on peut trouver un film porno au milieu d'un ensemble de vidéos par ailleurs anodins. Les circonstances propres à l'activité commerciale du détaillant peuvent donc être considérées comme

tors such as warnings or directions from external sources.

B. *Wilful Blindness*

The second response to the concerns expressed by the Crown relates to the principles of wilful blindness. It is well established in criminal law that wilful blindness will also fulfil a *mens rea* requirement. If the retailer becomes aware of the need to make further inquiries about the nature of the videos he was selling yet deliberately chooses to ignore these indications and does not make any further inquiries, then the retailer can be nonetheless charged under s. 163(2)(a) for “knowingly” selling obscene materials. Deliberately choosing not to know something when given reason to believe further inquiry is necessary can satisfy the mental element of the offence. As Glanville Williams wrote in *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at pp. 157-58:

[T]he rule is that if a party has his suspicion aroused but then deliberately omits to make further enquiries, because he wishes to remain in ignorance, he is deemed to have knowledge. . . .

. . . In other words, there is a suspicion which the defendant deliberately omits to turn into certain knowledge. This is frequently expressed by saying that he “shut his eyes” to the fact, or that he was “wilfully blind”.

And, at pp. 158-59, the learned author states:

Before the doctrine of wilful blindness applies, there must be realisation that the fact in question is probable, or, at least, “possible above the average”. . . .

. . . A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realised its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness.

pertinentes aux fins d'établir la connaissance, au même titre que les facteurs comme les avertissements ou les directives provenant de sources externes.

B. *L'ignorance volontaire*

La deuxième façon de répondre aux préoccupations exprimées par le ministère public porte sur le principe de l'ignorance volontaire. Il est bien établi en droit criminel que l'ignorance volontaire satisfait également à une exigence en matière de *mens rea*. Si le détaillant sait qu'il doit examiner de manière plus approfondie la nature des vidéos qu'il vend et que, délibérément, il choisit de faire abstraction de ces indications et ne pousse pas l'examen plus loin, il peut alors être néanmoins accusé en application de l'al. 163(2)a) pour avoir vendu «sciemment» du matériel obscène. Le fait de choisir délibérément d'ignorer une chose lorsqu'on a toutes les raisons de croire qu'un examen approfondi est nécessaire peut satisfaire à l'exigence en matière d'élément moral de l'infraction. Glanville Williams a écrit dans *Criminal Law: The General Part* (2^e éd. 1961), aux pp. 157 et 158:

[TRADUCTION] [S]elon la règle, si une partie a des soupçons mais ensuite omet délibérément de procéder à un autre examen parce qu'elle désire demeurer dans l'ignorance, elle est réputée être au courant . . .

. . . En d'autres termes, il existe un soupçon, que le défendeur a délibérément omis de transformer en connaissance certaine. On exprime fréquemment cette situation en disant d'une personne qu'elle «s'est fermé les yeux» à l'égard du fait, ou qu'elle a fait preuve d'ignorance volontaire».

Et, aux pp. 158 et 159, l'auteur dit:

[TRADUCTION] Avant d'appliquer la théorie de l'ignorance volontaire, il faut prendre conscience que le fait en question est probable ou est, du moins, «d'une possibilité supérieure à la moyenne» . . .

. . . Un tribunal ne peut à bon droit conclure qu'il y a ignorance volontaire que si l'on peut presque dire que le défendeur était réellement au courant. Il soupçonnait l'existence du fait; il était conscient qu'il pouvait se produire; mais il s'est abstenu d'obtenir la confirmation finale parce qu'il voulait, le cas échéant, pouvoir dire qu'il n'était pas au courant. Seule cette situation constitue de l'ignorance volontaire.

A finding of wilful blindness involves an affirmative answer to the question: Did the accused shut his eyes because he knew or strongly suspected that looking would fix him with knowledge? Retailers who suspect that the materials are obscene but refrain from making the necessary inquiry in order to avoid being contaminated by knowledge may be found to have been wilfully blind. The determination must be made in light of all the circumstances. In *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, this Court held that the circumstances were not restricted to those immediately surrounding the particular offense but could be more broadly defined to encompass, for example, past events. See also *R. v. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118 (B.C.C.A.), at p. 122. It would seem, therefore, that a relevant circumstance would include assurances from others who are presumed to know and in particular public officials such as the OFRB.

The appellants offer a further answer to the concerns expressed by the Crown. They submit that any difficulty in proving knowledge against the seller will have the salutary effect of concentrating enforcement against the distributor who is better placed to screen out obscene matter. While this submission is appealing, it is not this Court's function to dictate enforcement policy. Nonetheless, Parliament chose to set an onerous standard of proof by adopting the word "knowingly". If its choice of language renders enforcement difficult as against the seller and it is considered desirable to make enforcement more effective, there is no reason why Parliament cannot adopt a lower level of *mens rea*. It is quite properly not suggested that there is any constitutional impediment in this regard.

C. Effect of Film Review Board Approval

In reaching her conclusion, Newton Prov. Div. J. acknowledged the fact that the appellants had relied upon the approval of the OFRB for all of the videos in question. It was further agreed that

Pour conclure à l'ignorance volontaire, il faut répondre par l'affirmative à la question suivante: L'accusé a-t-il fermé les yeux parce qu'il savait ou soupçonnait fortement que s'il regardait, il saurait? On pourrait dire des détaillants qui se doutent que le matériel est obscène mais qui s'abstiennent de faire l'examen nécessaire de manière à éviter d'être mis au courant qu'ils ont fait preuve d'ignorance volontaire. La décision doit être prise en tenant compte de toutes les circonstances. Dans *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, notre Cour a conclu que les circonstances ne se limitaient pas à celles qui touchaient de près à l'infraction visée, mais qu'elles pouvaient recevoir une définition plus large de façon à comprendre, par exemple, des événements passés. Voir également *R. c. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118 (C.A.C.-B.), à la p. 122. Il semblerait donc que parmi les circonstances pertinentes il y aurait les assurances données par d'autres personnes qui sont présumées être au courant et, en particulier, les fonctionnaires comme les membres de la CCCO.

Les appelants donnent une autre réponse aux préoccupations exprimées par le ministère public. Ils soutiennent que toute difficulté pour démontrer la connaissance du vendeur aura pour effet salutaire de concentrer l'application de la loi sur le distributeur qui est mieux placé pour écarter le matériel obscène. Bien que cet argument soit intéressant, il n'incombe pas à notre Cour de dicter la manière d'appliquer la loi. Néanmoins, le législateur a choisi de fixer une norme de preuve exigeante par l'adoption du terme «sciemment». Si ce choix de terme complique l'application de la loi au vendeur et qu'il serait souhaitable de rendre l'application plus efficace, alors il n'y a aucune raison pour laquelle le législateur ne pourrait adopter un niveau de *mens rea* moins élevé. Personne n'a prétendu, et à juste titre, qu'il existait un empêchement constitutionnel à cet égard.

C. L'effet de l'approbation de la Commission de contrôle cinématographique

Lorsqu'elle est arrivée à sa conclusion, le juge Newton a reconnu le fait que les appelants s'étaient fondés sur l'approbation de la CCCO relativement à tous les vidéos en question. Il a en

the appellant, Jorgensen, had advised the officers of the Metropolitan Toronto Police Force and the Pornography and Hate Literature Section that he purchased only those videos which had been approved by the OFRB. In view of these accepted facts, the issue is whether the appellants' reliance on the OFRB approval effectively negates the *mens rea* of the offence or provides the necessary legal justification or excuse referred to in s. 163(2).

outré été reconnu que l'appelant Jorgensen avait avisé les policiers de la communauté urbaine de Toronto et la Section de la pornographie et de la littérature haineuse qu'il avait acheté seulement des vidéos approuvés par la CCCO. Compte tenu de ces faits établis, la question est de savoir si le fait pour les appelants de s'être fié à l'approbation de la CCCO annule en fait la *mens rea* de l'infraction ou constitue la justification ou l'excuse légitime nécessaire visée au par. 163(2).

106 In order to determine the effect of OFRB approval, it is necessary to properly appreciate what the Board does. The evidence establishes that while, in carrying out its mandate to screen films, many of the considerations which inform a court's decision as to whether certain material is obscene are relevant to the decision of the OFRB, it does not determine whether the film is obscene. The *Theatres Act*, R.S.O. 1990, c. T.6, under which the OFRB operates, does not mention obscenity. Although the Board would not knowingly approve a film that was obscene, in the opinion of the Board Chairman, that is not its function. According to the evidence of the Board Chairman, the OFRB attempts to apply a community standard of tolerance and while the Ontario Board attempts to apply a national standard, the practices of film review boards across the country differ.

Pour déterminer l'effet de l'approbation de la CCCO, il est nécessaire de bien comprendre ce que fait la Commission. Il ressort de la preuve que la CCCO ne détermine pas si le film est obscène, même si, dans l'exécution de son mandat qui consiste à visionner les films, elle applique à sa décision un grand nombre des considérations sur lesquelles est fondée la décision d'un tribunal quant à savoir si du matériel donné est obscène. La *Loi sur les cinémas*, L.R.O. 1990, ch. T.6, qui régit la CCCO, ne mentionne pas la notion d'obscénité. Cela ne relève pas de ses fonctions, de l'avis de son président, bien que la CCCO n'approuverait pas sciemment un film qui serait obscène. Selon le témoignage de son président, la CCCO tente d'appliquer une norme sociale de tolérance et, bien que la commission de l'Ontario tente d'appliquer une norme nationale, les pratiques des commissions de contrôle cinématographique ne sont pas les mêmes partout au pays.

107 In light of this evidence, the trial judge considered that the evidence of OFRB approval was relevant to the question of community standards. After reviewing the nature and mandate at the Board, she notes:

Compte tenu de ce témoignage, le juge du procès a examiné la question de savoir si l'élément de preuve de l'approbation de la CCCO était pertinent à l'égard de la question des normes sociales. Après avoir examiné la nature et le mandat de la Commission, elle a fait remarquer:

Based on the examination-in-chief and the cross-examination before me, I am satisfied that his [Mr. Payne, Chairman OFRB] evidence is such that I cannot reject it as being indicative of community standards of tolerance. While I am mindful that he did not view any of the videos before me, and while some of his evidence would negate current Board approval, I am satisfied that it is a matter of weight to be attached to his evidence.

[TRADUCTION] Sur le fondement de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire qui ont eu lieu devant moi, je suis convaincue que je ne peux rejeter son [M. Payne, président de la CCCO] témoignage car il contient des indications concernant les normes sociales de tolérance. Bien que je tiens compte du fait qu'il n'a visionné aucun des vidéos en cause et bien que certaines parties de son témoignage annuleraient l'approbation visée de la Commission, je suis convaincue que la question porte sur l'importance à accorder à son témoignage.

The appellants submit that reliance on OFRB approval negated knowledge and the appellants should be acquitted. This submission presupposes knowledge on the part of the appellants which, absent reliance on Board approval, would subject them to criminal liability. As explained above, such knowledge must extend to awareness of the content of the material which, in law, is obscene. In these circumstances, the only basis upon which this submission can succeed is that reliance on approval of the OFRB induced a mistake of fact. A mistake of law would not avail unless it constituted a legal justification or excuse, a matter with which I will deal later in these reasons.

(1) Effect of Board Approval on “Knowingly”

Did the OFRB approval involve a factual determination upon which the appellants can rely to negative knowledge of the offence? The only aspect of the decision of the OFRB that might be considered a factual determination is in relation to conformity with community standards of tolerance. As I have pointed out above, the trial judge considered the evidence of the Chairman as relevant to that issue. The Chairman’s evidence related to the effect of the decision of the OFRB as he had not viewed the videos and could not give first-hand expert evidence independent of the effect of the decision of the Board. In my opinion, however, whether the impugned material exceeds community standards of tolerance is not a pure question of fact. This is a determination that a judge or jury can make without the assistance of evidence. While evidence is often adduced and considered, and indeed desirable, it is not essential. This issue is resolved against an accused by a finding by the judge or jury that the subject matter of the charge exceeds community standards of tolerance. The Crown need not prove that the accused knew that it did and the accused cannot rely on a mistake of

Les appelants soutiennent que le fait de s’en remettre à l’approbation de la CCCO permettait de réfuter la connaissance et qu’ils devraient être acquittés. Cet argument présuppose une connaissance de la part des appelants qui, s’ils ne s’étaient pas fondés sur l’approbation de la Commission, les rendrait criminellement responsables. Comme je l’ai expliqué précédemment, une telle connaissance doit comprendre le fait d’être au courant du contenu du matériel qui, en droit, est obscène. Dans de telles circonstances, cet argument ne pourrait être retenu que si le fait de s’être fondé sur l’approbation de la CCCO a entraîné une erreur de fait. Il ne pourrait y avoir erreur de droit à moins qu’il ne s’agisse d’une justification ou excuse légitime, une question dont je traiterai plus loin dans les présents motifs.

(1) L’effet de l’approbation de la Commission sur le terme «sciemment»

L’approbation de la CCCO comporte-t-elle une décision fondée sur les faits que les appelants peuvent invoquer pour réfuter la connaissance de l’infraction? Le seul aspect de la décision de la CCCO qui puisse être considéré comme une décision fondée sur les faits se rapporte au respect de la norme sociale de tolérance. Comme je l’ai souligné précédemment, le juge du procès a considéré que le témoignage du président était pertinent à l’égard de cette question. Le témoignage du président portait sur l’effet de la décision de la CCCO étant donné qu’il n’avait pas visionné les vidéos et qu’il ne pouvait donner un témoignage d’expert original autre que l’effet de la décision de la Commission. Toutefois, à mon avis, la question de savoir si le matériel contesté va à l’encontre de la norme sociale de tolérance n’est pas une simple question de fait. Il s’agit d’une décision à laquelle un juge ou un jury peut arriver sans se fonder sur des éléments de preuve. Bien que des éléments de preuve soient souvent présentés et examinés et qu’ils soient en fait souhaitables, ils ne sont pas essentiels. Cette question est tranchée à l’encontre d’un accusé quand le juge ou le jury conclut que l’objet sur lequel porte l’accusation outrepassa la norme sociale de tolérance. Le ministère public n’est pas tenu de prouver que l’accusé savait que c’était le cas et l’accusé ne peut invoquer une erreur de fait

fact on the basis that he or she honestly believed that it did not.

sur le fondement qu'il croyait sincèrement que ce n'était pas le cas.

110 I find support for this view in the decision of the Court of Appeal for Ontario in *Metro News, supra*. In that case, the publication had been approved not only by the Customs Prohibited Importation Branch but by an advisory committee set up to approve or disapprove publication for the guidance of the industry which had set it up. The accused relied on a mistake of fact based on such approval. The reasons of Martin J.A. for the court contain an insightful discussion of this question. Citing Glanville Williams, he points out that the distinction between law and fact which is made for the purpose of allocating issues as between judge and jury does not necessarily apply with respect to mistake of fact. As an example, the authorities establish that in respect of a charge of undue lessening of competition, while whether an agreement restricts competition is treated for some purposes as a question of fact, proof of intent to do so is unnecessary and mistake of fact does not apply. Martin J.A. concludes as follows, at pp. 66-67:

Ma position est étayée par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Metro News*, précité. Dans cette affaire, la publication avait été approuvée non seulement par la Direction générale des importations prohibées des Douanes mais aussi par un comité consultatif constitué par l'industrie, qui l'avait chargé d'approuver ou de désapprouver la publication à titre indicatif. L'accusé a invoqué une erreur de fait fondée sur une telle approbation. Les motifs du juge Martin, rédigés au nom de la cour, comportent une analyse perspicace de cette question. Il a cité Glanville Williams, en soulignant que la distinction qui est établie entre le droit et les faits aux fins d'attribuer les questions soit au juge soit au jury ne s'applique pas nécessairement en ce qui a trait à l'erreur de fait. Par exemple, il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que, à l'égard d'une accusation de réduction indue de la concurrence, bien que la question de savoir si une entente limite la concurrence soit traitée à certaines fins comme une question de fait, la preuve de l'intention de le faire n'est pas nécessaire et l'erreur de fait ne s'applique pas. Le juge Martin a conclu de la manière suivante aux pp. 66 et 67:

In my view, what is an "undue" exploitation of sex under s. 159(8) or whether the allegedly obscene matter exceeded the community standard of tolerance constitutes what Glanville Williams terms a value-judgment to which the doctrine of mistake of fact is inapplicable. He states in *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. (1983), p. 141:

[TRADUCTION] À mon avis, ce qu'est une exploitation «indue» des choses sexuelles aux termes du par. 159(8) ou la question de savoir si le matériel présumément obscène outrepassait la norme sociale de tolérance constitue ce que Glanville Williams considère comme un jugement de valeur à l'égard duquel la théorie de l'erreur de fait ne s'applique pas. Il dit dans *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd. (1983), à la p. 141:

Where a rule of law involves the making of a value-judgment, the doctrine of *mens rea* does not generally apply in respect of the value-judgment.

Lorsqu'une règle de droit comporte l'adoption d'un jugement de valeur, la règle de la *mens rea* ne s'applique généralement pas à l'égard du jugement de valeur.

"On an issue of negligence, for example, the question whether what the defendant did was 'negligent' on the one hand or 'reasonable' on the other involves a judgment of value made by the jury (or, of course, by magistrates), and the question whether the defendant knew that he was being negligent is not controlling. Similarly a defence of self-defence is excluded if the jury think that the defendant reacted disproportionately, even though he considered that it was proportionate (s. 21.3);

«Quand il s'agit de négligence, par exemple, la question de savoir si l'acte du défendeur était «négligent» d'une part ou «raisonnable» d'autre part exige que le jury (ou, évidemment, le juge) porte un jugement de valeur, et la question de savoir si le défendeur savait qu'il était négligent n'est pas déterminante. De même, le moyen de défense fondé sur la légitime défense est exclu si le jury considère que le défendeur a réagi d'une manière disproportionnée, même si celui-ci consi-

and a defence of necessity is excluded if the jury think that what the defendant had in mind to do was not socially justified, even though he thought it was (s. 24.12). However, where the judge is of opinion that no reasonable jury would convict he should direct an acquittal.”

The instances just given are all value-judgments, which are intermediate between questions of fact and questions of law. *As with questions of law, the defendant's failure to foresee the decision of the court does not excuse him.*

(Emphasis supplied [by Martin J.A.].) And further at pp. 142-3:

Similar problems beset the crime of obscenity (the publishing of an obscene article, or having an obscene article for publication for gain), under the Obscene Publications Act 1959, as amended by an Act of 1964. The test of whether an article is obscene under the Act, as at common law, is whether

“its effect . . . is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it” (s. 1(1)).

Here again the jury make the decision on the supposed question of fact without regard to what the defendant thought, and however reasonably he may have believed that the article would not deprave and corrupt.

Rather than create an intermediate area between fact and law, I prefer to characterize this question as a mixed question of fact and law. As such, as a general rule, the Crown need not prove intent or knowledge where these mind states are otherwise an essential ingredient of the offence, nor can the accused rely on a mistake of fact in relation to the issue. Accordingly, if the Crown establishes that the appellants knew of the presence of the ingredients of the video which the tribunal finds exceed community standards, in accordance with the principles in *Butler*, that is sufficient for a conviction. It is unnecessary for the Crown to prove or the tribunal to find that the appellants knew that the

dérait que sa réaction était proportionnée (art. 21.3); et le moyen de défense de la nécessité est exclu si le jury considère que ce que le défendeur entendait faire n'était pas socialement justifié, même s'il était d'avis que c'était le cas (art. 24.12). Toutefois, lorsque le juge est d'avis qu'aucun jury raisonnable ne déclarerait l'accusé coupable il devrait imposer un acquittement.»

Les exemples que je viens de citer sont tous des jugements de valeur qui sont intermédiaires entre les questions de fait et les questions de droit. *Tout comme pour les questions de droit, le fait que le défendeur n'ait pas été en mesure de prévoir la décision de la cour ne l'excuse pas.*

(Les italiques [sont du juge Martin].) Et plus loin aux pp. 142 et 143:

Le crime de l'obscénité (la publication d'un article obscène ou le fait de publier un article obscène en vue d'en tirer un gain) soulève des problèmes semblables, aux termes de l'Obscene Publications Act 1959, modifiée par une loi de 1964. Le critère pour déterminer si un article est obscène aux termes de la loi, ou en common law, est de savoir si

«son effet [. . .] est, dans son ensemble, d'avoir tendance à dépraver et à corrompre les personnes qui sont susceptibles, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, de lire, de voir ou d'entendre ce qui est contenu ou incorporé dans celui-ci» (par. 1(1)).

Dans un tel cas, le jury prend encore la décision sur le fondement de la présumée question de fait sans tenir compte de ce que croyait le défendeur, et même s'il peut avoir raisonnablement cru que l'article n'entraînerait pas de dépravation et de corruption.

Plutôt que de créer un domaine intermédiaire entre les faits et le droit, je préfère qualifier cette question de question mixte de fait et de droit. Ainsi, en règle générale, il n'est pas nécessaire que le ministère public démontre qu'il y avait intention ou connaissance lorsque ces états d'esprit constituent par ailleurs un ingrédient essentiel de l'infraction, et l'accusé ne peut pas non plus se fonder sur une erreur de fait relativement à la question. Par conséquent, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, il suffit que le ministère public démontre que les appelants étaient au courant de la présence des aspects du vidéo qui, selon le tribunal, outrepassaient les normes sociales, conformément aux

video exceeded the community's standard of tolerance.

(2) Board Approval as Lawful Justification or Excuse

112 Two propositions which are somewhat related militate against the submission that OFRB approval can constitute a lawful justification or excuse. First, one level of government cannot delegate its legislative powers to another. Second, approval by a provincial body cannot as a matter of constitutional law preclude the prosecution of a charge under the *Criminal Code*.

113 With respect to the first proposition, in *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569, Cartwright J. stated, at p. 574:

It is made clear by the judgment of this Court in *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31, and by the earlier decisions of the Judicial Committee and of this Court collected and discussed in the reasons delivered in that case, that neither Parliament nor a Provincial Legislature is capable of delegating to the other or of receiving from the other any of the powers to make laws conferred upon it by the *British North America Act*.

114 The jurisprudence with respect to the second proposition is quite unequivocal. In *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (Man. C.A.), the accused were charged under s. 150(1) (now s. 163(1)) which, unlike s. 163(2) (then s. 150(2)), did not provide for a defence of lawful excuse or justification. The defendants, however, argued that they had acted under a mistake of fact as they believed that the material found to be obscene had been admitted into Canada by Canada Customs officials and, therefore, there would be no breach of s. 150(1) by distributing it. Freedman J.A. wrote (at p. 261):

principes énoncés dans l'arrêt *Butler*. Il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve ou que le tribunal conclue que les appelants savaient que le vidéo outrepassait la norme sociale de tolérance.

(2) L'approbation de la Commission à titre de justification ou d'excuse légitime

Deux propositions quelque peu connexes militent contre l'argument selon lequel l'approbation de la CCCO peut constituer une justification ou une excuse légitime. Premièrement, un palier de gouvernement ne peut déléguer ses pouvoirs législatifs. Deuxièmement, l'approbation donnée par un organisme provincial ne peut, en droit constitutionnel, empêcher qu'une poursuite soit intentée à l'égard d'une accusation portée en vertu du *Code criminel*.

En ce qui a trait au premier argument, dans *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569, le juge Cartwright a dit, à la p. 574:

[TRADUCTION] Il ressort clairement de l'arrêt de notre Cour *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31, et de décisions antérieures du Comité judiciaire et de notre Cour qui ont été recueillies et examinées dans les motifs de cet arrêt, que ni le Parlement ni une assemblée législative provinciale ne peut se déléguer ni recevoir l'un de l'autre le pouvoir de légiférer qui lui a été conféré par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

La jurisprudence relative au second argument est très claire. Dans *R. c. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (C.A. Man.), les accusés ont été inculpés aux termes du par. 150(1) (maintenant le par. 163(1)) qui, contrairement au par. 163(2) (alors le par. 150(2)), ne prévoyait pas de moyen de défense fondé sur une excuse ou une justification légitime. Toutefois, les défendeurs ont soutenu qu'ils avaient commis une erreur de fait, car ils croyaient que le matériel jugé obscène avait été admis au Canada par les fonctionnaires des Douanes canadiennes et, par conséquent, que sa distribution ne constituait pas une violation du par. 150(1). Le juge Freedman a écrit (à la p. 261):

We must remember that under the *Criminal Code* it is for the Court, and not the Customs Department, to determine whether or not a publication is obscene. A determination of obscenity is then followed by the imposition of a penalty or punishment under the terms of the law. To say that non-prohibition of these publications by the Customs Department has the effect here claimed would be to deprive the Court of its proper function. It would effectively transfer the adjudication of the issue to the Customs Department.

In *McFall*, the court reached a similar conclusion notwithstanding that the defence of lawful justification or excuse was available as a defence. The accused was charged with “knowingly and without lawful justification or excuse” having possession of obscene films for the purpose of exposing them to public view contrary to s. 159(2)(a) (now s. 163(2)(a)) of the *Code*. During the trial, the accused called the provincial censor who testified that he had approved the films in question. The court ruled that provincial censor approval of a film could not excuse the commission of the offence. The court noted that a censor is not required to use the considerations laid out in the obscenity jurisprudence in respect of the interpretation of s. 159(8) (now s. 163(8)) of the *Code*. As a result, it was the court’s view that censor approval, though lawful, does not mean that the film is not obscene, but is merely evidence which the jury may consider in reaching its conclusion on the issue of obscenity. Taggart J.A. writes, at p. 212:

I am of the opinion that if the appellants are to succeed on the issue of lawful justification or excuse they must show something more than approval by a provincial film classification director who, though he may have great experience in ascertaining what is the British Columbia community standard of tolerance, has no obligation to have any of the considerations referred to in the foregoing authorities in mind when he grants approval for the showing of films under a designated classification.

The apparent decisiveness of the law prompted counsel to concede the point in *Towne Cinema*

[TRANSDUCTION] Il faut se rappeler que, aux termes du *Code criminel*, il incombe à la Cour et non aux Douanes, de déterminer si une publication est obscène. La décision qu’une publication est obscène est ensuite suivie par l’imposition d’une pénalité ou d’une peine aux termes de la loi. Si l’on disait que la non-interdiction de ces publications par les Douanes a l’effet qui est soutenu en l’espèce, la Cour serait privée de la fonction qui lui incombe. En fait le pouvoir de trancher la question serait transféré aux Douanes.

Dans l’arrêt *McFall*, la cour est arrivée à une conclusion semblable même si le moyen de défense fondé sur une justification ou excuse légitime pouvait être invoqué. L’accusé avait été inculpé, en vertu de l’al. 159(2)a) (maintenant l’al. 163(2)a)) du *Code*, d’avoir en sa possession «sciemment et sans justification ni excuse légitime» des films obscènes dans le but de les exposer à la vue du public. Au cours du procès, l’accusé a convoqué le censeur de la province qui a témoigné qu’il avait approuvé les films en question. La cour a jugé que l’approbation du bureau de censure provincial à l’égard d’un film ne pouvait excuser la perpétration de l’infraction. Elle a souligné qu’un bureau de censure n’est pas tenu d’appliquer les considérations exposées dans la jurisprudence en matière d’obscénité pour interpréter le par. 159(8) (maintenant le par. 163(8)) du *Code*. Par conséquent, la cour était d’avis que l’approbation du bureau de censure, bien que légale, ne signifiait pas que le film n’était pas obscène mais constituait simplement un élément de preuve que le jury pouvait examiner pour arriver à une conclusion sur la question de l’obscénité. Le juge Taggart a écrit, à la p. 212:

[TRANSDUCTION] Je suis d’avis que si les appelants doivent avoir gain de cause relativement à la question de la justification ou de l’excuse légitime, ils doivent présenter un autre élément de preuve qu’une approbation donnée par un directeur provincial de la classification des films, qui, bien qu’il puisse avoir une grande expérience pour établir quelle est la norme sociale de tolérance de la Colombie-Britannique, n’est pas tenu d’avoir à l’esprit les arguments mentionnés dans la jurisprudence déjà citée lorsqu’il approuve la présentation de films en vertu d’une classification désignée.

Le caractère décisif qui ressort du droit a incité les avocats à admettre le point dans l’arrêt *Towne*

Theatres Ltd. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 494. Dickson C.J., speaking for himself and Lamer and Le Dain JJ., noted (at pp. 511 and 516-17):

Counsel for the appellant does not contend that censor board approval is a bar to a criminal prosecution. He readily concedes that it is for the courts to decide whether a publication is obscene (*Daylight Theatre Co. v. The Queen* (*supra*); *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181 (B.C.C.A.)).

As I have indicated, the defence did lead evidence of Mr. Hooper, the Chairman of the Alberta Censor Board for the purpose of showing that the film did not fall below contemporary community standards. The trial judge made only one reference to this evidence:

Now, whether or not the film was approved by the Censor Board, as far as I am concerned, has nothing whatsoever to do with whether or not the Crown can prefer an indictment against it for providing an immoral, indecent or obscene performance. The Court is the one that has to decide that.

The law is clear that a trier of fact does not have to accept testimony, whether expert or otherwise. He can reject it, in whole or in part. He cannot, however, reject it without good reason. [Emphasis added.]

The fourth member of the majority on this point, Wilson J., stated as follows in separate concurring reasons, at p. 531:

There is no question that the approval of the censor board does not preclude the preferring of an indictment.

117 In the face of these propositions which are based on recent decisions of this Court, I find it difficult to accede to the argument that in using the words "lawful justification or excuse" Parliament intended that conduct which is criminalized by s. 163(2) is rendered lawful or the person engaging in it is excused as a result of a decision of a provincial body.

118 While Parliament has the authority to introduce dispensation or exemption from criminal law in determining what is and what is not criminal, and

Cinema Theatres Ltd. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 494. Le juge en chef Dickson, en son propre nom et pour les juges Lamer et Le Dain, a souligné (aux pp. 511 et 516 et 517):

L'avocat de l'appelante ne prétend pas que l'approbation de la Commission de censure empêche une poursuite criminelle. Il admet volontiers qu'il appartient aux cours de décider si une publication est obscène (*Daylight Theatre Co. v. The Queen* (précité); *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181 (C.A.C.-B.)).

Comme je l'ai déjà dit, la défense a produit le témoignage de M. Hooper, le président de la Commission de censure de l'Alberta, afin de démontrer que le film n'outrepasse pas les normes sociales contemporaines. Le juge du procès n'a fait qu'une seule allusion à ce témoignage:

[TRADUCTION] Maintenant en ce qui me concerne, la question de savoir si la Commission de censure a approuvé le film n'a rien à voir avec celle de savoir si la poursuite peut présenter un acte d'accusation à l'égard de ce film pour le motif qu'il constitue un spectacle immoral, indécent ou obscène. C'est à la cour qu'il appartient d'en décider.

Il est clair en droit que le juge des faits n'est pas tenu d'accepter un témoignage, celui d'un expert ou autre. Il peut le rejeter en totalité ou en partie. Il ne peut cependant le rejeter sans motifs valables. [Je souligne.]

Le quatrième membre de la majorité sur ce point, le juge Wilson, a dit ce qui suit dans des motifs concordants distincts, à la p. 531:

Il ne fait pas de doute que l'approbation de la Commission de censure n'empêche pas la présentation d'un acte d'accusation.

Compte tenu de ces propositions fondées sur des arrêts récents de notre Cour, j'estime qu'il est difficile d'admettre l'argument selon lequel en utilisant les termes «justification ni excuse légitime» le législateur a voulu que la conduite qui est criminalisée par le par. 163(2) devienne légitime ou que la personne qui l'adopte soit excusée par suite de la décision d'un organisme provincial.

Bien que le Parlement ait le pouvoir d'introduire dans ses lois criminelles des dispenses ou des immunités en déterminant ce qui est et ce qui n'est

may do so by authorizing a provincial body or official acting under provincial legislation to issue licences and the like, an intent to do so must be made plain. In *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, this Court dealt with an example of the exercise of such authority which is contained in the provisions of s. 207 of the *Criminal Code*. Section 207 exempts from criminal liability lotteries which had obtained a licence issued by the Lieutenant Governor under specified terms and conditions. At pages 104-5, Stevenson J. set out the circumstances under which Parliament may delegate:

Thus Parliament may delegate legislative authority to bodies other than provincial legislatures, it may incorporate provincial legislation by reference and it may limit the reach of its legislation by a condition, namely the existence of provincial legislation.

As *Furtney* illustrates, the exercise of this power by Parliament, however, must be in terms which are sufficiently specific that exemption from criminal liability is not left to the unfettered discretion of provincial legislation. If censor boards, empowered by provincial legislation, can justify or excuse persons who rely on them from the obscenity provision, the criminal law in this regard would for all intents and purposes be administered by the provincial legislatures. The terms under which censor boards operate vary from province to province with the result that conduct that is criminal in one province would be justified in another province. Surely this is not what Parliament intended in continuing the use of the words "lawful justification or excuse" in respect of the offence of selling material which is obscene.

In considering Parliament's intention in this regard, it must be remembered that the issue of the application of a lawful justification or excuse only arises once the Crown has proved all elements of the offence beyond a reasonable doubt. This would involve proof that the accused knew of the specific contents of the material which render it obscene.

pas criminel et qu'il puisse le faire en autorisant un organisme provincial, ou un fonctionnaire agissant en application d'une loi provinciale, à délivrer des permis ou des choses semblables, son intention de le faire doit être évidente. Dans *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, notre Cour a traité d'un exemple de l'exercice de ce pouvoir qui est prévu à l'art. 207 du *Code criminel*. Selon cet article des loteries autorisées par une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur sous réserve de certaines conditions n'entraînent pas de responsabilité criminelle. Aux pages 104 et 105, le juge Stevenson a établi les circonstances dans lesquelles le Parlement peut déléguer un pouvoir:

Ainsi, le Parlement peut déléguer un pouvoir législatif à des organismes autres que les législatures provinciales, il peut incorporer une loi provinciale par renvoi et il peut limiter la portée de sa loi au moyen d'une condition, à savoir l'existence d'une loi provinciale.

Toutefois, comme l'arrêt *Furtney* l'illustre, l'exercice de ce pouvoir par le Parlement doit être énoncé dans des termes qui sont suffisamment précis pour que l'immunité à l'égard de la responsabilité criminelle ne soit pas laissée à la discrétion absolue de la loi provinciale. Si les commissions de contrôle, autorisées par une loi provinciale, pouvaient justifier ou excuser des personnes qui se fondent sur elles, pour ce qui est des dispositions en matière d'obscénité, le droit criminel à cet égard serait à toutes fins utiles appliqué par les législatures provinciales. Les modalités de fonctionnement des commissions de contrôle varient d'une province à l'autre, ce qui fait qu'une conduite qui est criminelle dans une province serait justifiée dans une autre. Ce n'est certainement pas ce que le législateur souhaitait en maintenant l'utilisation des termes «justification ni excuse légitime» à l'égard de l'infraction de vente de matériel obscène.

Lorsqu'on examine l'intention du législateur à cet égard, il faut se rappeler que la question de l'application d'une justification ou d'une excuse légitime n'est soulevée que lorsque le ministère public a fait la preuve de tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable. Cela comprendrait la preuve que l'accusé connaissait le con-

See *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35 (Ont. C.A.). While it is difficult and perhaps undesirable to attempt to define what would constitute a lawful justification or excuse, such examples as are derived from the cases support the conclusion which I have reached. In *Kiverago, supra*, Gale C.J.O., speaking for the court, stated, at p. 465:

In other words, s-s. (2) seems to us to suggest that, even assuming the material is obscene, the person who exposes it cannot be guilty of an offence unless he knows that he has exposed it and does not have some lawful justification or excuse for doing so and, of course, we have in mind as examples of justification or excuse medical or scientific books containing obscene material, for legitimate purposes of education, scientific research and matters of that kind.

tenu précis du matériel qui rend celui-ci obscène. Voir *R. c. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35 (C.A. Ont.). Bien qu'il soit difficile et sans doute peu souhaitable de tenter de définir ce qui constitue une justification ou excuse légitime, des exemples comme ceux tirés de la jurisprudence appuient la conclusion à laquelle je suis arrivé. Dans *Kiverago*, précité, le juge en chef Gale a dit au nom de la cour, à la p. 465:

[TRADUCTION] En d'autres termes, à notre avis, il semble ressortir du par. (2) que, même en présumant que le matériel est obscène, la personne qui l'expose ne peut être déclarée coupable d'une infraction à moins qu'elle ne sache qu'elle l'a exposé et qu'elle n'ait aucune justification ou excuse légitime de le faire et, évidemment, nous avons à l'esprit à titre d'exemple de justification ou d'excuse des livres médicaux ou scientifiques qui contiennent du matériel obscène à des fins légitimes d'éducation, de recherche scientifique et de choses de ce genre.

121 In *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, Dickson J. (as he then was) considered whether the defence of necessity constituted a justification or excuse of the offence of importing narcotics and possession of narcotics for the purpose of trafficking. Speaking for the majority, Dickson J. stressed the importance of distinguishing between "justification" and "excuse". The former challenges the wrongfulness of the action while the latter concedes the wrongfulness of the action but asserts that due to the circumstances the actor should be exempted from responsibility for it. The rationale upon which the actor is excused is "the perceived injustice of punishing violations of the law in circumstances in which the person had no other viable or reasonable choice available; the act was wrong but it is excused because it was realistically unavoidable" (p. 250).

Dans *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la question de savoir si le moyen de défense fondé sur la nécessité constituait une justification ou une excuse à l'égard de l'infraction d'importation de stupéfiants et de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Dickson a souligné l'importance d'établir une distinction entre les termes «justification» et «excuse». Le premier conteste le caractère répréhensible de l'action alors que le second admet ce caractère répréhensible mais affirme que, compte tenu des circonstances, l'auteur de l'action ne devrait pas en être tenu responsable. La raison d'être de l'excuse à l'égard de l'auteur de l'action est «le sentiment d'injustice que soulève la punition pour une violation de la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable» (p. 250).

122 There is no basis upon which it could be said that the conduct in this case, which involves the sale of obscene material, could be said to be justified by the circumstances. It is not contended that the approval by the OFRB *per se* could have the effect of making the conduct rightful. Rather it is

Il n'existe aucun fondement qui permette de dire que la conduite en l'espèce, qui comporte la vente de matériel obscène, pourrait être justifiée par les circonstances. Il n'a pas été soutenu que l'approbation de la CCCO en soi pourrait avoir pour effet de légitimer la conduite. Il est plutôt allégué que c'est

alleged that it is the reliance on the approval of the OFRB by the appellants that excuses them. In my view, it cannot be said that in the circumstances if the appellants knew of the contents of the videos, sale of them was realistically unavoidable. In all the circumstances, therefore, I conclude that Parliament could not have intended to excuse the sale of obscene material by reason only of reliance on an approval by a provincial censor board.

After preparation of these reasons, I read the reasons of the Chief Justice. I have not considered the issue of officially induced error of law as an excuse in this appeal because the matter was not raised either here or in the courts below. Nothing in these reasons should be taken as agreeing or disagreeing with the reasons of the Chief Justice but I would prefer to address the issue of officially induced error in a case in which it is properly raised and argued.

VI. Summary

To summarize, I have concluded that the Crown must prove knowledge on the part of an accused charged with an offence under s. 163(2)(a), not only that the accused was aware that the subject matter had as its dominant characteristic the exploitation of sex but that the accused knew of the presence of the ingredients of the subject matter which as a matter of law rendered the exploitation of sex undue. In this regard, in appropriate circumstances the Crown can avail itself of the principles of wilful blindness. The approval of the subject matter by a provincial censor board may be relevant to the determination of community standards of tolerance and on the issue of wilful blindness. It is not relevant with respect to the issue of the accused's knowledge, and the Crown need not prove that the accused knew that the subject matter of the charge exceeded community standards. Furthermore, approval by a provincial censor board does not constitute a justification or excuse.

le fait que les appelants se sont fiés à l'approbation de la CCCO qui les excuse. À mon avis, on ne peut dire que, dans les circonstances, si les appelants connaissaient le contenu des vidéos, leur vente était vraiment inévitable. Par conséquent, compte tenu de toutes les circonstances, je conclus que le législateur n'a pas pu avoir l'intention d'excuser la vente de matériel obscène pour la simple raison que le vendeur s'est fié à une approbation donnée par une commission de contrôle provinciale.

Après avoir rédigé mes motifs, j'ai lu ceux du Juge en chef. Je n'ai pas examiné la question de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité parce qu'elle n'a été soulevée ni devant notre Cour ni devant les juridictions inférieures. Aucune partie des présents motifs ne devrait être considérée comme souscrivant ou ne souscrivant pas aux motifs du Juge en chef, mais je préférerais examiner la question de l'erreur provoquée par une personne en autorité dans une affaire où elle est soulevée et débattue à bon droit.

123

VI. Résumé

Pour résumer, j'ai conclu que le ministère public devait faire la preuve de la connaissance de la part de l'accusé inculpé d'une infraction visée à l'al. 163(2)a), non seulement qu'il savait que le matériel avait comme caractéristique dominante l'exploitation des choses sexuelles, mais qu'il était au courant de la présence des éléments du matériel qui en droit rendait indue l'exploitation des choses sexuelles. À cet égard, dans des circonstances appropriées, le ministère public peut se prévaloir des principes de l'ignorance volontaire. L'approbation du matériel par une commission de contrôle provinciale peut être pertinente pour déterminer les normes sociales de tolérance et à l'égard de la question de l'ignorance volontaire. Elle n'est pas pertinente en ce qui a trait à la question de la connaissance de l'accusé, et le ministère public n'est pas tenu de prouver que l'accusé savait que le matériel visé par l'accusation outrepassait les normes sociales. Qui plus est, l'approbation d'une commission de contrôle provinciale ne constitue pas une justification ou une excuse.

124

VII. Disposition

125 There was no evidence to suggest any knowledge on the part of the appellants, beyond the fact that the videos in question were sex films in the general sense that they involved the exploitation of sex. Since I have concluded that this does not satisfy the *mens rea* requirements of s. 163(2), the appellants are entitled to an acquittal. The appeal is, therefore, allowed, the judgments below are set aside and a verdict of acquittal is substituted.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Gold & Fuerst, Toronto.

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

VII. Dispositif

Aucun élément de preuve n'a été présenté pour démontrer que les appelants avaient la connaissance requise, outre le fait que les vidéos en question étaient des films à caractère sexuel dans le sens général qu'ils comportaient l'exploitation des choses sexuelles. Étant donné ma conclusion que cet élément ne satisfait pas aux exigences du par. 163(2) en matière de *mens rea*, les appelants ont droit à un acquittement. Par conséquent, le pourvoi est accueilli, les jugements des tribunaux d'instance inférieure sont annulés et remplacés par un verdict d'acquittement.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Gold & Fuerst, Toronto.

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