

Provincial News Co., Penthouse International Ltd. and Robert C. Guccione *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1974: October 21; 1974: December 19.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Spence and Dickson JJ.

MOTION TO QUASH AND MOTION FOR LEAVE TO APPEAL

Criminal law—Obscenity—Forfeiture order—Prevailing community standards of tolerance—Evidence—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(8), 160

Proceedings were taken under s. 160 of the *Criminal Code* for the seizure and forfeiture of a certain issue of a magazine on the ground that it was obscene. An order of forfeiture was made and an appeal therefrom to the Alberta Appellate Division was dismissed by a majority judgment with Sinclair J.A. dissenting. In his dissent Sinclair J.A. was of the opinion that the dominant characteristic of the particular issue of the magazine was the exploitation of sex but he concluded that the evidence did not satisfy him beyond a reasonable doubt that the exploitation was "undue" so as to meet the statutory test of obscenity under s. 159(8) of the *Criminal Code*. In this Court, the Crown moved to quash the appeal by the accused and the latter applied for leave to appeal in the event that the motion to quash succeeded.

Held (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The motion to quash should be granted and the application for leave to appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson and Dickson JJ.: Section 160(6) of the *Criminal Code* provides that "an appeal lies from an order [of forfeiture] . . . (a) on any ground of appeal that involves a question of law alone, (b) on any ground of appeal that involves a question of fact alone, or (c) on any ground of appeal that involves a question of mixed law and fact, as if it were an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal, as the case may be, on a question of law alone under Part XVIII and sections 601 to 624 apply *mutatis mutandis*." The submission of the appellants that, by virtue of s. 160(6), the appellants are given the same right of appeal to this Court as if the dissent of Sinclair

Provincial News Co., Penthouse International Ltd. and Robert C. Guccione *Appelants*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1974: le 21 octobre; 1974: le 19 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Spence et Dickson.

REQUÊTE EN ANNULATION ET REQUÊTE POUR AUTORISATION D'INTERJETER UN POURVOI

Droit criminel—Obscénité—Ordonnance de confiscation—Normes de tolérance admises dans la collectivité—Preuve—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 159(8), 160.

Des procédures ont été entamées en vertu de l'art. 160 du *Code criminel* pour la saisie et la confiscation d'un certain numéro d'un magazine pour le motif qu'il était obscène. Une ordonnance de confiscation a été rendue et un appel interjeté à l'encontre de celle-ci à la Division d'appel de l'Alberta a été rejeté par un jugement majoritaire, le juge d'appel Sinclair étant dissident. Dans sa dissidence, celui-ci opinait que la caractéristique dominante de ce numéro particulier du magazine était l'exploitation des choses sexuelles mais concluait que la preuve ne le convainquait pas au-delà d'un doute raisonnable que l'exploitation était «indue» au point de répondre aux exigences du critère légal de l'obscénité aux termes du par. (8) de l'art. 159 du *Code criminel*. Dans cette Cour, le Ministère public a déposé une requête en annulation à l'égard du pourvoi interjeté par l'accusé et celui-ci a présenté une demande d'autorisation d'appeler au cas où la requête en annulation serait accueillie.

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): La requête en annulation doit être accueillie et la requête pour autorisation d'appeler doit être rejetée.

Les juges Martland, Judson et Dickson: Le par. (6) de l'art. 160 du *Code criminel* prévoit qu'«il peut être interjeté appel d'une ordonnance [de confiscation] . . . a) pour tout motif d'appel comportant une question de droit seulement, b) pour tout motif d'appel comportant une question de fait seulement, ou c) pour tout motif d'appel comportant une question de droit et de fait, comme s'il s'agissait d'un appel contre une déclaration de culpabilité ou contre un jugement ou verdict d'acquiescement, suivant le cas, sur une question de droit seulement en vertu de la Partie XVIII, et les articles 601 à 624 s'appliquent *mutatis mutandis*». La prétention des appelants qu'en vertu du par. (6) de l'art. 160, ils ont le

J.A., on a question of fact, had been converted into a dissent on a question of law, was not accepted. Subsection (6) provides for a right of appeal to the Court of Appeal, but the wording is not apt to describe an appeal to this Court.

The appellants' submission, on the application for leave to appeal, that the failure of the Crown to adduce evidence as to prevailing community standards of tolerance should have resulted in the dismissal of the Crown's case at its conclusion, also failed. The appellants' contention, *i.e.*, that a court cannot, in law, make an order of forfeiture under s. 160(4) unless the Crown has led evidence as to prevailing community standards of tolerance, was not supported by any authority, and in any event the point did not arise in the present case. The trial judge did have before him evidence from both sides respecting the matter of community standards to assist in reaching his conclusion.

Per Laskin C.J. and Spence J., dissenting: The motion to quash should be dismissed but, if necessary, leave to appeal should be granted if only to bring to this Court the question of required proof by the Crown to establish "undue" exploitation of sex by way of evidence to show contemporary or prevailing community standards.

Section 618(1)(a) gives an appeal as of right to this Court from a conviction which has been affirmed on appeal (offences punishable by death are treated separately), "on any question of law on which a judge of the Court of Appeal dissents". Section 160(6) enjoins that the rights of appeal given thereunder are to be treated "as if" they were appeals on a question of law alone. Therefore where there is a dissent on any ground stated in clauses (a), (b) or (c) of s. 160(6), it is to be treated as if on a question of law alone for the purposes of an appeal to this Court. In the result, the appeal taken here on the basis of the dissent of Sinclair J.A. comes here as of right.

Also, it is s. 160(6) that is the dominant provision for the purpose of appellate jurisdiction, and, as provided, ss. 601 to 624 are to be read conformably to give effect to what s. 160(6) decrees.

[*Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Dominion News & Gifts* (1962) Ltd., [1964] S.C.R. 251; *R. v. Great West News Ltd., Mantell and Mitchell*, [1970] 4 C.C.C. 307, referred to.]

même droit d'appel à cette Cour que si la dissidence du juge d'appel Sinclair, sur une question de fait, avait été convertie en dissidence sur une question de droit, n'a pas été acceptée. Le paragraphe (6) accorde un droit d'appel à la Cour d'appel, mais le texte ne peut viser un appel devant cette Cour.

La prétention des appelants que le défaut du Ministère public de faire la preuve des normes de tolérance admises dans la collectivité aurait dû entraîner le rejet de la preuve du Ministère public dès sa clôture, a également été rejetée. La prétention des appelants qu'un tribunal ne peut légalement rendre une ordonnance de confiscation en vertu du par. (4) de l'art. 160 à moins que le Ministre public n'ait fait la preuve des normes de tolérance admises dans la collectivité, n'a pas été étayée par aucun précédent et en tout état de cause cette question n'a pas été soulevée en l'espèce. Le juge de première instance a eu l'avantage d'entendre des témoignages des deux parties sur cette question des normes de la collectivité.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence, dissidents: La requête en annulation devrait être rejetée mais, si nécessaire, l'autorisation d'appeler devrait être accordée si ce n'est que pour soumettre à cette Cour la question de la preuve suffisante que doit faire le Ministère public pour établir l'exploitation «indue» des choses sexuelles en faisant la preuve des normes couramment admises par la société actuelle.

L'alinéa a) du par. (1) de l'art. 618 permet un appel de plein droit à cette Cour à l'encontre d'une condamnation confirmée en appel (les infractions punissables de mort sont traitées à part), «sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident». Le paragraphe (6) de l'art. 160 déclare que les droits d'appel qui y sont accordés doivent être considérés «comme s'il» s'agissait d'appels sur une question de droit seulement. Par conséquent, s'il y a une dissidence pour tout motif mentionné dans les al. a), b) ou c) du par. (6) de l'art. 160, on doit la considérer comme une dissidence sur une question de droit seulement pour les fins d'un appel à cette Cour. En conséquence, l'appel interjeté ici qui repose sur la dissidence du juge d'appel Sinclair est un appel de plein droit.

De plus, c'est le par. (6) de l'art. 160 qui édicte les dispositions principales pour les fins de la compétence d'appel, et les art. 601 à 624 doivent être appliqués de façon à lui donner effet.

[Arrêts mentionnés: *Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Dominion News & Gifts* (1962) Ltd., [1964] R.C.S. 251; *R. v. Great West News Ltd., Mantell and Mitchell*, [1970] 4 C.C.C. 307.]

Motion by the respondent to quash appellants' appeal and motion by the appellants for leave to appeal from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, affirming an order of Kerans D.C.J. for the forfeiture of obscene material. Motion to quash granted and motion for leave to appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence J. dissenting.

B. A. Crane, for motion to quash and *contra* motion for leave to appeal.

A. Golden, *contra* motion to quash.

L. H. McDonald, Q.C., for motion for leave to appeal.

The judgment of Laskin C.J. and Spence J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The question on this application to quash is the scope of the appellate jurisdiction of this Court under s. 160 (6) of the *Criminal Code*. The facts out of which the application arises may be briefly stated. Proceedings were taken under s. 160 for the seizure and forfeiture of the February 1973 number of *Penthouse* magazine on the ground that it was obscene. An order of forfeiture was made and an appeal therefrom to the Alberta Appellate Division was dismissed by a majority judgment with Sinclair J.A. dissenting. In his dissent Sinclair J.A. was of the opinion that the dominant characteristic of the particular issue of the magazine was the exploitation of sex but he concluded that the evidence did not satisfy him beyond a reasonable doubt that the exploitation was "undue" so as to meet the statutory test of obscenity under s. 159(8) of the *Criminal Code*.

The dissent of Sinclair J.A. was not on a question of law, and this is underscored by the fact that the formal order of the Alberta Appellate Division dismissing the appeal does not specify any dissent

¹ [1974] 6 W.W.R. 137, 20 C.C.C. (2d) 129, 52 D.L.R. (3d) 222.

Requête en annulation déposée par l'intimée à l'égard du pourvoi interjeté par les appelants et demande d'autorisation d'appeler présentée par les appelants à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta¹ qui a confirmé une ordonnance de confiscation de matériel obscène émise par le juge Kerans. Requête en annulation accordée et requête pour autorisation d'appeler rejetée, le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents.

B. A. Crane, pour la requête en annulation et contre la requête pour autorisation d'appeler.

A. Golden, contre la requête en annulation.

L. H. McDonald, c.r., pour la requête pour autorisation d'appeler.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—La question en litige dans cette requête en annulation est l'étendue de la compétence d'appel de cette Cour sous le régime du par. (6) de l'art. 160 du *Code criminel*. Les faits qui ont donné naissance à cette requête peuvent s'énoncer brièvement. Des procédures ont été entamées en vertu de l'art. 160 pour la saisie et la confiscation du numéro de février 1973 du magazine *Penthouse* pour le motif qu'il était obscène. Une ordonnance de confiscation a été rendue et un appel interjeté à l'encontre de celle-ci à la Division d'appel de l'Alberta a été rejeté par un jugement majoritaire, le juge d'appel Sinclair étant dissident. Dans sa dissidence, celui-ci opinait que la caractéristique dominante de ce numéro particulier du magazine était l'exploitation des choses sexuelles mais il concluait que la preuve ne le convainquait pas au-delà d'un doute raisonnable que l'exploitation était «indue» au point de répondre aux exigences du critère légal de l'obscénité aux termes du par. (8) de l'art. 159 du *Code criminel*.

La dissidence du juge d'appel Sinclair ne portait pas sur une question de droit, et ce point est souligné par le fait que le jugement formel de la Division d'appel de l'Alberta rejetant l'appel ne

¹ [1974] 6 W.W.R. 137, 20 C.C.C. (2d) 129, 52 D.L.R. (3d) 222.

on a ground of law, which would have been necessary under s. 606 of the *Criminal Code*, if there had been a dissent on that basis. Notwithstanding this, the appellant filed a notice of appeal, asserting an appeal as of right by virtue of s. 160(6). If s. 160(6) does not carry beyond this Court's normal jurisdiction to entertain an appeal as of right, as specified in s. 618(1)(a) then the motion to quash must succeed. I may say here that the appellant responded to the motion to quash by a counter-application for leave to appeal but I leave this for later consideration. If there is no appeal as of right under s. 160(6), that is not therefore the end of this matter. I am of the view, however, that wittingly or not, Parliament has given an appeal as of right to this Court under s. 160(6) where it would not lie if taken under s. 618(1)(a) alone.

Section 160(6) reads as follows:

An appeal lies from an order made under subsection (4) or (5) by any person who appeared in the proceedings

- (a) On any ground of appeal that involves a question of law alone,
- (b) on any ground of appeal that involves a question of fact alone, or
- (c) on any ground of appeal that involves a question of mixed law and fact,

as if it were an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal, as the case may be, on a question of law alone under Part XVIII and sections 601 to 624 apply *mutatis mutandis*.

Because proceedings under s. 160 are, so to speak, proceedings *in rem* it is understandable that there be some express mention of appeals, "as if", to use the words of s. 160(6), they were appeals against conviction or acquittal. The specification in clauses (a), (b) and (c) of grounds of appeal is followed by the declaration that appeal on those grounds is to be treated as if the appeal was on a question of law alone under Part XVIII of the *Criminal Code*, the Part that deals with appeals to the provincial Court of Appeal and to this Court in respect of

mentionne aucune dissidence sur un motif de droit, ce qui aurait été nécessaire en vertu de l'art. 606 du *Code criminel*, s'il y avait eu une dissidence reposant sur ce point. Malgré cela, l'appelante a produit un avis d'appel, alléguant l'existence d'un droit d'appel en vertu du par. (6) de l'art. 160. Si le par. (6) de l'art. 160 n'a pas pour effet d'étendre la compétence régulière de cette Cour d'entendre un appel de plein droit au-delà de ce qui est énoncé à l'al. a) du par. (1) de l'art. 618, alors la requête en annulation doit être accordée. Je dois mentionner ici que l'appelante a répondu à la requête en annulation par une demande incidente d'autorisation d'appeler dont je traiterai plus loin. Si un appel ne peut être interjeté de plein droit en vertu du par. (6) de l'art. 160, cela ne met pas pour autant fin au débat. Cependant, je suis d'avis que, volontairement ou non, le Parlement a donné un appel de plein droit à cette Cour en vertu du par. (6) de l'art. 160, appel qui ne serait pas recevable sous le seul al. a) du par. (1) de l'art. 618.

Le paragraphe (6) de l'art. 160 se lit comme suit:

Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue selon le paragraphe (4) ou (5) par toute personne qui a comparu dans les procédures

- a) pour tout motif d'appel comportant une question de droit seulement,
- b) pour tout motif d'appel comportant une question de fait seulement, ou
- c) pour tout motif d'appel comportant une question de droit et de fait,

comme s'il s'agissait d'un appel contre une déclaration de culpabilité ou contre un jugement ou verdict d'acquiescement, suivant le cas, sur une question de droit seulement en vertu de la Partie XVIII, et les articles 601 à 624 s'appliquent *mutatis mutandis*.

Parce que les procédures sous le régime de l'art. 160 sont, pour ainsi dire, des procédures *in rem*, l'on comprend qu'on y parle expressément d'appels, «comme s'il», pour employer les mots du par. (6) de l'art. 160, s'agissait d'appels contre une déclaration de culpabilité ou un acquiescement. La mention des motifs d'appels dans les al. a), b) et c) est suivie par l'énoncé que l'appel pour ces motifs doit être traité comme s'il s'agissait d'un appel sur une question de droit seulement en vertu de la Partie XVIII du *Code criminel*, laquelle traite des

indictable offences. There is, moreover, the important reference in the concluding words of s. 160 (6) that "sections 601 to 624 apply *mutatis mutandis*".

If reference is made to Part XVIII respecting appeals to the provincial Court of Appeal on a question of law alone where there has been a conviction, it will be seen that under s. 603(1)(a) an appeal on a question of law alone can be brought as of right but an appeal on any other ground, whether of fact or mixed law and fact or otherwise, requires leave. (I leave out of consideration an appeal based on a certificate of the trial judge.) Section 160(6) says, however, that an appeal on any of the grounds specified in clauses (a), (b) and (c) thereof lies as if it were on a question of law alone, and hence it appears quite clear to me that appeals under those clauses do not require leave because none is required under s. 603(1)(a)(i) where a question of law alone is involved.

Moving then to s. 618 which governs appeals to this Court from conviction or acquittal, s. 618(1)(a) gives an appeal as of right from a conviction which has been affirmed on appeal (offences punishable by death are treated separately), "on any question of law on which a judge of the Court of Appeal dissents". Section 160(6) enjoins that the rights of appeal given thereunder are to be treated "as if" they were appeals on a question of law alone. I cannot therefore escape from the conclusion that where there is a dissent on any ground stated in clauses (a), (b) or (c) of s. 160(6), it is to be treated as if on a question of law alone for purposes of an appeal to this Court. In the result, the appeal taken here on the basis of the dissent of Sinclair J.A. comes here as of right.

It is not only the enveloping words "as if" that compel this conclusion, but as well the direction

appels concernant des actes criminels à la cour d'appel provinciale ou à cette Cour. Il y a, de plus, l'importante mention dans les derniers mots du par. (6) de l'art. 160 que «les articles 601 à 624 s'appliquent *mutatis mutandis*».

Si le renvoi à la Partie XVIII concerne les appels à la cour d'appel provinciale sur une question de droit seulement à la suite d'une déclaration de culpabilité, on remarquera qu'en vertu de l'al. a) du par. (1) de l'art. 603, un appel sur une question de droit seulement peut être interjeté de plein droit mais un appel pour tout autre motif, qu'il s'agisse d'une question de fait, de droit et de fait ou autre, requiert une autorisation. (Je laisse de côté l'appel sur certificat du juge de première instance.) Le paragraphe (6) de l'art. 160 prescrit, cependant, qu'on peut interjeter appel pour l'un des motifs mentionnés dans les al. a), b) et c) dudit paragraphe comme s'il s'agissait d'un appel sur une question de droit seulement, et par conséquent, il me semble évident que les appels en vertu de ces alinéas n'exigent pas d'autorisation puisque celle-ci n'est pas nécessaire en vertu du sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 603 lorsque l'appel comporte une question de droit seulement.

Quant à l'art. 618 qui régit les appels à cette Cour à l'encontre d'une déclaration de culpabilité ou d'un acquittement, l'al. a) du par. (1) de l'art. 618 permet un appel de plein droit à l'encontre d'une condamnation confirmée en appel (les infractions punissables de mort sont traitées à part), «sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident». Le paragraphe (6) de l'art. 160 déclare que les droits d'appel qui y sont accordés doivent être considérés «comme s'il» s'agissait d'appels sur une question de droit seulement. Je ne puis par conséquent arriver à d'autres conclusions que s'il y a une dissidence pour tout motif mentionné dans les al. a), b) ou c) du par. (6) de l'art. 160, on doit la considérer comme une dissidence sur une question de droit seulement pour les fins d'un appel à cette Cour. En conséquence, l'appel interjeté ici qui repose sur la dissidence du juge d'appel Sinclair est un appel de plein droit.

Ce n'est pas seulement l'extension donnée par les mots «comme si» qui amène cette conclusion

that ss. 601 to 624 of the *Criminal Code* be read *mutatis mutandis* for the purposes of s. 160(6), that is with the necessary changes in points of detail. It is s. 160(6) that is the dominant provision for the purpose of appellate jurisdiction, and ss. 601 to 624 are to be read conformably to give effect to what s. 160(6) decrees.

If I am correct in this assessment of the scope of appellate jurisdiction, I do not think that the appellants require any further leave to raise other points; it seems to me they are already involved in the appeal as of right. However, if I am wrong, I would be disposed to give leave to appeal if only to bring to this Court the question of required proof by the Crown to establish "undue" exploitation of sex by way of evidence to show contemporary or prevailing community standards. I take this both from the judgment of Judson J. in *Brodie, Dansky and Rubin v. The Queen*² and the judgment of Freedman J.A., as he then was, in *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*³, adopted unanimously by this Court⁴. In the present case, the Crown led no evidence at all of community standards. I think it important for this Court to decide whether on a question of obscenity the trial judge can proceed unaided by Crown evidence to determine for himself, as if a question of law alone was involved, whether there was undue exploitation of sex. I refrain from any further exposition of this matter on an application for leave.

I would dismiss the motion to quash but, if necessary, I would give leave to appeal.

The judgment of Martland, Judson and Dickson JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The circumstances which led up to the respondent's motion to quash and to the appellants' motion for leave to appeal are set out in

² [1962] S.C.R. 681.

³ (1963), 40 C.R. 109, 42 W.W.R. 65.

⁴ [1964] S.C.R. 251.

mais également l'énoncé que les art. 601 à 624 du *Code criminel* doivent s'appliquer *mutatis mutandis* pour les fins du par. (6) de l'art. 160, c'est-à-dire en faisant les changements nécessaires. C'est le par. (6) de l'art. 160 qui édicte les dispositions principales pour les fins de la compétence d'appel, et les art. 601 à 624 doivent être appliqués de façon à lui donner effet.

Si j'évalue correctement l'étendue de la compétence d'appel, je ne pense pas que les appelants aient besoin d'autorisation pour soulever d'autres points; il me semble que ceux-ci sont déjà inclus dans l'appel de plein droit. Cependant, si j'ai tort, je suis prêt à autoriser l'appel même si ce n'était que pour soumettre à cette Cour la question de la preuve suffisante que doit faire le Ministère public pour établir l'exploitation «indue» des choses sexuelles en faisant la preuve des normes couramment admises par la société actuelle. En cela, je m'inspire à la fois du jugement du juge Judson dans *Brodie, Dansky et Rubin c. La Reine*² et du jugement du juge d'appel Freedman, alors juge puîné, dans *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*³ dont l'opinion a été adoptée à l'unanimité par cette Cour⁴. En l'espèce, le Ministère public n'a fait aucune preuve des normes en vigueur dans la collectivité. Je crois qu'il est important pour cette Cour de décider si, sur une question d'obscénité, le juge de première instance peut décider de lui-même, sans l'apport de témoignages du Ministère public, comme s'il s'agissait d'une question de droit seulement, s'il y a eu exploitation induue des choses sexuelles. Je n'élaborerai pas davantage cette question dans une demande d'autorisation d'appeler.

Je suis d'avis de rejeter la requête en annulation mais, si nécessaire, j'accorderais l'autorisation d'appeler.

Le jugement des juges Martland, Judson et Dickson a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Les circonstances qui ont donné lieu à la requête en annulation de l'intimée et à la requête des appelants pour autori-

² [1962] R.C.S. 681.

³ (1963), 40 C.R. 109, 42 W.W.R. 65.

⁴ [1964] R.C.S. 251.

the reasons of the Chief Justice. I agree with him that the dissenting reasons of Sinclair J.A., in the Appellate Division, did not constitute a dissent on a question of law within the meaning of s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*.

The submission of the appellants in response to the motion to quash is that, by virtue of s. 160(6) of the *Criminal Code*, the appellants are given the same right of appeal to this Court as if the dissent of Sinclair J.A., on a question of fact, had been converted into a dissent on a question of law.

The relevant portions of s. 160 provide as follows:

160. (1) A judge who is satisfied by information upon oath that there are reasonable grounds for believing that any publication, copies of which are kept for sale or distribution in premises within the jurisdiction of the court, is obscene or a crime comic, shall issue a warrant under his hand authorizing seizure of the copies.

* * *

(3) The owner and the author of the matter seized and alleged to be obscene or a crime comic may appear and be represented in the proceedings in order to oppose the making of an order for the forfeiture of the said matter.

(4) If the court is satisfied that the publication is obscene or a crime comic, it shall make an order declaring the matter forfeited to Her Majesty in right of the province in which the proceedings take place, for disposal as the Attorney General may direct.

(5) If the court is not satisfied that the publication is obscene or a crime comic, it shall order that the matter be restored to the person from whom it was seized forthwith after the time for final appeal has expired.

(6) An appeal lies from an order made under subsection (4) or (5) by any person who appeared in the proceedings

- (a) on any ground of appeal that involves a question of law alone,
- (b) on any ground of appeal that involves a question of fact alone, or
- (c) on any ground of appeal that involves a question of mixed law and fact,

sation d'appeler sont exposées dans les motifs du Juge en chef. Je suis d'accord avec lui que les motifs dissidents du juge d'appel Sinclair, à la Division d'appel, ne constituent pas une dissidence sur une question de droit au sens de l'al. a) du par. (1) de l'art. 618 du *Code criminel*.

La prétention des appelants dans leur réponse à la requête en annulation est que, en vertu du par. (6) de l'art. 160 du *Code criminel*, les appelants ont le même droit d'appel à cette Cour que si la dissidence du juge d'appel Sinclair, sur une question de fait, avait été convertie en dissidence sur une question de droit.

Les dispositions pertinentes de l'art. 160 énoncent ce qui suit:

160. (1) Un juge convaincu, par une dénonciation sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une publication dont des exemplaires sont tenus, aux fins de vente ou distribution, dans un local du ressort de la cour, est obscène ou est une histoire illustrée de crime, doit émettre, sous son seing, un mandat autorisant la saisie des exemplaires.

* * *

(3) Le propriétaire ainsi que l'auteur de la matière saisie et qu'on prétend être obscène ou une histoire illustrée de crime peuvent comparaître et être représentés dans les procédures pour s'opposer à l'établissement d'une ordonnance portant confiscation de ladite matière.

(4) Si la Cour est convaincue que la matière est obscène ou une histoire illustrée de crime, elle doit rendre une ordonnance la déclarant confisquée à l'égard de Sa Majesté du chef de la province où les procédures ont lieu, pour qu'il en soit disposé selon que le procureur général peut le prescrire.

(5) Si la cour n'est pas convaincue que la publication est obscène ou une histoire illustrée de crime, elle doit ordonner que la matière soit remise à la personne entre les mains de qui elle a été saisie, dès l'expiration du délai imparti pour un appel final.

(6) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue selon le paragraphe (4) ou (5) par toute personne qui a comparu dans les procédures

- a) pour tout motif d'appel comportant une question de droit seulement,
- b) pour tout motif d'appel comportant une question de fait seulement, ou
- c) pour tout motif d'appel comportant une question de droit et de fait,

as if it were an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal, as the case may be, on a question of law alone under Part XVIII and sections 601 to 624 apply *mutatis mutandis*.

I do not agree with this submission. Section 160(6) gives the right to "an appeal", in the singular. The grounds for such an appeal are defined in paras. (a), (b) and (c); *i.e.*, grounds involving: (a) a question of law alone; (b) a question of fact alone; or (c) a question of mixed law and fact. These are the grounds on which a person convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal "against his conviction" to the court of appeal under s. 603(1)(a)(i) or (ii). The first ground, (a), is one on which the Attorney General may appeal under s. 605(1)(a) against "a judgment or verdict of acquittal" of a trial court in proceedings by indictment.

Proceedings under s. 160 do not result in a conviction or a judgment or verdict of acquittal, and therefore the right of appeal given by ss. 603(1)(a)(i) and (ii) and 605(1)(a) would not be available to a party affected by an order made under subs. (4) or subs. (5) of that section. For this reason, subs. (6) goes on to provide "as if it were an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal, as the case may be".

An appeal against conviction by a trial court in proceedings by indictment, under s. 603(1)(a)(ii), does not lie in respect of a question of fact alone or in respect of a question of mixed law and fact unless leave is obtained from the court of appeal or a judge thereof or upon the certificate of the trial judge that the case is a proper case for appeal. The Attorney General cannot appeal from a judgment or verdict of acquittal in proceedings by indictment, pursuant to s. 605(1)(a), save on a ground of appeal that involves a question of law alone.

comme s'il s'agissait d'un appel contre une déclaration de culpabilité ou contre un jugement ou verdict d'acquittal, suivant le cas, sur une question de droit seulement en vertu de la Partie XVIII, et les articles 601 à 624 s'appliquent *mutatis mutandis*.

Je ne souscris pas à cette prétention. Le paragraphe (6) de l'art. 160 donne le droit d'interjeter appel, en employant le singulier («*an appeal*»). Les motifs d'appel sont décrits aux al. a), b) et c), c.-à-d. des motifs comportant: a) une question de droit seulement; b) une question de fait seulement; ou c) une question de droit et de fait. Ce sont là les motifs pour lesquels une personne déclarée coupable par une cour de première instance dans des procédures par acte d'accusation peut interjeter appel «de sa déclaration de culpabilité» devant la cour d'appel en vertu des sous-al. (i) ou (ii) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 603. Le premier motif, (a), en est un pour lequel le procureur général peut introduire un recours devant la cour d'appel en vertu de l'al. a) du par. (1) de l'art. 605 contre «un jugement ou verdict d'acquittal» d'une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation.

Les procédures en vertu de l'art. 160 n'entraînent pas une déclaration de culpabilité, un jugement ou un verdict d'acquittal et, par conséquent, le droit d'appel accordé par les sous-al. (i) et (ii) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 603 et l'al. a) du par. (1) de l'art. 605 ne pourrait être invoqué par une partie visée par une ordonnance rendue en vertu des par. (4) et (5) de cet article-là. Pour cette raison, le par. (6) continue en prévoyant «comme s'il s'agissait d'un appel contre une déclaration de culpabilité ou contre un jugement ou verdict d'acquittal, suivant le cas».

Un appel d'une déclaration de culpabilité par une cour de première instance dans des procédures par acte d'accusation, sous le régime du sous-al. (ii) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 603, ne peut être fondé sur une question de droit seulement ou une question de droit et de fait sauf avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges ou sur certificat du juge de première instance attestant que la cause est susceptible d'appel. Le procureur général ne peut interjeter appel d'un jugement ou verdict d'acquittal dans des procédures par

Subsection (6) obviates the need to obtain leave or a certificate for an appeal on a question of fact alone or on a question of mixed law and fact and eliminates the limitation on the right of the Attorney General to appeal only on questions of law by providing that an appeal under s. 160(6) lies as if it were an appeal "on a question of law alone".

Because subs. (6) relates to "an appeal" and because the phraseology used in defining that appeal is taken from those provisions of the *Criminal Code* which govern the right of appeal to the court of appeal in proceedings by indictment, it is my opinion that that portion of subs. (6) which I have so far discussed provides, and provides only, for a right of appeal to the court of appeal. The wording is not apt to describe an appeal to this Court. Subsection (6) uses the words "as if it were an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal". An appeal by the accused to the court of appeal under s. 603 is an appeal "against his conviction". An appeal by the Attorney General to the court of appeal under s. 605 is an appeal "against a judgment or verdict of acquittal". An appeal to this Court by an accused person in respect of an indictable offence (other than an offence punishable by death) is brought under s. 618 which provides, in subs. (1), for an appeal by a person convicted of an indictable offence whose conviction is affirmed by the court of appeal, and in subs. (2) for an appeal by a person who is acquitted of an indictable offence whose conviction is set aside by the court of appeal. An appeal to this Court by the Attorney General in respect of an indictable offence is brought under s. 621 "where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 603 or 604 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 605(1)(a) or subsection 605(3)". An appeal to this Court under s. 618 or s. 621 is not an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal. It is an appeal from a judgment by a

acte d'accusation, en vertu de l'al. a) du par. (1) de l'art. 605, que pour un motif d'appel qui comporte une question de droit seulement. Le paragraphe (6) dispense de l'obligation d'obtenir l'autorisation ou un certificat pour en appeler sur une question de fait seulement ou sur une question de droit et de fait et élimine la restriction du droit du procureur général d'interjeter appel seulement sur des questions de droit en prescrivant qu'il peut être interjeté appel en vertu du par. (6) de l'art. 160 comme s'il s'agissait d'un appel «sur une question de droit seulement».

Étant donné que le par. (6) parle «d'appel» et que la phraséologie employée pour définir cet appel est empruntée aux dispositions du *Code criminel* régissant le droit d'appel à la cour d'appel dans les procédures par acte d'accusation, je suis d'avis que cette partie du par. (6) que j'ai examinée jusqu'à présent accorde un droit d'appel à la cour d'appel, sans plus. Le texte ne peut viser un appel devant cette Cour. Le paragraphe (6) emploie les mots «comme s'il s'agissait d'un appel contre une déclaration de culpabilité ou contre un jugement ou verdict d'acquittal». En vertu de l'art. 603, l'accusé qui interjette appel devant la cour d'appel en appelle «de sa déclaration de culpabilité». Un appel par le procureur général à la cour d'appel en vertu de l'art. 605 est un appel «contre un jugement ou verdict d'acquittal». Un appel à cette Cour par une personne inculpée d'un acte criminel (autre qu'une infraction punissable de mort) est interjeté en vertu de l'art. 618 qui prévoit, au par. (1), un appel par une personne déclarée coupable d'un acte criminel dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel et, au par. (2), un appel par une personne qui est déchargée de l'accusation d'un acte criminel dont l'acquittal est annulé par la cour d'appel. Un appel à cette Cour par le procureur général à l'égard d'un acte criminel est interjeté en vertu de l'art. 621 «lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'art. 603 ou 604 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'al. 605 (1) a) ou du par. 605 (3)». Un appel à cette Cour aux termes de l'art. 618 ou de l'art. 621 n'est pas un appel contre une déclaration de culpabilité

court of appeal affirming or setting aside a conviction or an acquittal.

The concluding words of subs. (6) "and sections 601 to 624 apply *mutatis mutandis*", which sections include those which provide for appeals to this Court, are not sufficient to permit an appeal to this Court on a question of fact. In so far as this Court is concerned they only mean that ss. 618 to 624 are applicable in respect of an appeal from the court of appeal in forfeiture proceedings under s. 160. I do not construe them as meaning that those sections are to be applicable to an appeal to this Court from a court of appeal in forfeiture proceedings under s. 160 with the added proviso that in such appeal the words "any question of law" wherever they appear in ss. 618 to 624 shall include "any question of fact".

For these reasons it is my opinion that the motion to quash should be granted.

The appellants applied for leave to appeal to this Court in the event that the motion to quash succeeded. The appellants' submission is that the failure of the Crown to adduce evidence as to prevailing community standards of tolerance should have resulted in the dismissal of the Crown's case at its conclusion. In essence, the contention is that a court cannot, in law, make an order of forfeiture under s. 160 (4) unless the Crown has led evidence as to prevailing community standards of tolerance.

Counsel for the appellants did not cite any decided case which has so held. In this Court, in *Brodie v. The Queen*⁵, forfeiture proceedings under s. 150A of the *Criminal Code* (now s. 160) were under consideration and the issue was as to whether the book "Lady Chatterley's Lover" was obscene within the meaning of s. 150 (now s. 159). The Crown rested its case on the mere production of the book. Evidence on behalf of the defence was

⁵ [1962] S.C.R. 681.

ou contre un jugement ou un verdict d'acquiescement. Il s'agit d'un appel d'un jugement d'une cour d'appel confirmant ou annulant une déclaration de culpabilité ou un acquiescement.

Les derniers mots du par. (6) «et les art. 601 à 642 s'appliquent *mutatis mutandis*», lesquels articles incluent ceux qui prévoient les appels devant cette Cour, ne sont pas suffisants pour permettre un appel à cette Cour sur une question de fait. Dans la mesure où cette Cour est concernée, ces mots signifient seulement que les art. 618 à 624 s'appliquent à l'égard d'un appel d'une cour d'appel dans des procédures en confiscation sous le régime de l'art. 160. Je ne les interprète pas comme signifiant que ces articles doivent s'appliquer à un appel d'une cour d'appel à cette Cour dans des procédures de confiscation sous le régime de l'art. 160 en y ajoutant la réserve que dans ce genre d'appel les mots «toute question de droit», où qu'ils apparaissent dans les art. 618 à 624, devraient comprendre «toute question de fait».

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accorder la requête en annulation.

Les appelants ont présenté une requête pour autorisation d'appeler à cette Cour advenant que la requête en annulation soit accordée. Les appelants prétendent que le défaut du Ministère public de faire la preuve des normes de tolérance admises dans la collectivité aurait dû entraîner le rejet de la preuve du Ministère public dès sa clôture. Fondamentalement, la prétention est qu'un tribunal ne peut légalement rendre une ordonnance de confiscation en vertu du par. (4) de l'art. 160 à moins que le Ministère public n'ait fait la preuve des normes de tolérance admises dans la collectivité.

L'avocat des appelants n'a cité aucun arrêt en faveur de sa thèse. En cette Cour, dans l'arrêt *Brodie c. R.*⁵, des procédures de confiscation aux termes de l'art. 150A du *Code criminel* (l'actuel art. 160) étaient en cause et la question en litige était de savoir si le roman «*Lady Chatterley's Lover*» était obscène au sens de l'art. 150 (l'actuel art. 159). Le Ministère public a fait sa preuve par le simple dépôt du livre. En défense, des témoigna-

⁵ [1962] R.C.S. 681.

submitted as to its literary merit. There is no suggestion in that case that the Crown could not establish a case without calling supporting evidence. Judson J., whose reasons were supported by three other members of the majority, held only that the defence evidence was admissible and had assisted him in reaching the conclusion that the book was not obscene.

In *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*⁶, this Court agreed with the reasons of Freedman J. A. (as he then was) who had dissented in the Court of Appeal for Manitoba⁷, at p. 125. In that case also the Crown had relied upon the contents of the publications themselves as proof of their obscenity. The defence called one witness to testify as to community standards of morality. Again there was no suggestion in the judgments rendered that, in law, the Crown had to adduce evidence of that kind. Freedman J.A. stated that, in determining the issue of obscenity, contemporary standards of tolerance should be applied, but in reaching his conclusion on this issue it appears that he did not base it upon the defence evidence on this point, but upon his own consideration of the contents of the publications.

In *R. v. Great West News Ltd., Mantell and Mitchell*⁸, the Court of Appeal for Manitoba held that the magazines in question were obscene. The main point raised by the defence was that the Crown must fail because it had not led evidence as to prevailing community standards. Dickson J.A. (as he then was), with whom Smith C.J.M. concurred, held (at p. 314) that such evidence is admissible but not essential. Freedman J.A., the other member of the Court, while he wrote separate reasons, which did not deal with this point, concurred in the dismissal of the defendants' appeal.

ges ont été produits quant à la qualité littéraire du livre. En cette affaire-là, il n'y a aucun indice que le Ministère public ne puisse établir la culpabilité sans produire de preuve à l'appui. Le juge Judson, trois autres membres de la majorité ayant souscrit à ses motifs, a simplement décidé que la preuve de la défense était recevable et qu'elle l'avait aidé à conclure que le livre n'était pas obscène.

Dans l'arrêt *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. c. R.*⁶, cette Cour a souscrit aux motifs du juge d'appel Freedman (comme il était alors), dissident en Cour d'appel du Manitoba⁷, à la p. 125. Dans cet arrêt-là encore, le Ministère public s'était fondé sur le contenu des publications elles-mêmes pour prouver leur obscénité. La défense a convoqué un témoin pour témoigner à l'égard des normes de moralité de la collectivité. Encore là, il n'y a aucun indice dans les jugements rendus qu'en droit, il incombait au Ministère public de présenter une preuve de ce genre. Le juge d'appel Freedman a déclaré que, en tranchant la question de l'obscénité, les normes contemporaines de tolérance devraient être appliquées; mais il semble que dans sa conclusion sur cette question, il ne s'est pas fondé sur les témoignages de la défense mais sur son propre examen du contenu des publications.

Dans l'affaire *R. v. Great West News Ltd., Mantell and Mitchell*⁸, la Cour d'appel du Manitoba a décidé que les magazines en litige étaient obscènes. Le principal point soulevé par la défense a été que le Ministère public ne pouvait avoir gain de cause puisqu'il n'avait pas fait la preuve des normes en vigueur dans la collectivité. Le juge d'appel Dickson, (comme il était alors), avec qui le juge Smith, juge en chef du Manitoba, était d'accord, a décidé (à la p. 314) qu'une telle preuve est recevable mais qu'elle n'est pas essentielle. Le juge d'appel Freedman, l'autre membre de la Cour, bien qu'il ait rédigé des motifs distincts qui ne traitent pas de cette question, a souscrit au rejet de l'appel des défendeurs.

⁶ [1964] S.C.R. 251.

⁷ (1963), 40 C.R. 109.

⁸ [1970] 4 C.C.C. 307.

⁶ [1964] R.C.S. 251.

⁷ (1963), 40 C.R. 109.

⁸ [1970] 4 C.C.C. 307.

Apart from the merits of the point raised by the appellants, I do not think that it arises in the present case. The appellants raised this issue at the conclusion of the Crown's case on a motion for dismissal, but, when that motion was refused, the appellants did not rest their case upon this point, but, instead, elected to call evidence. The Crown then called in rebuttal an administrative officer of the Department of Culture, Youth & Recreation, who was the secretary of the Advisory Board on Objectionable Publications in Alberta. He gave evidence that such Board had considered the publication in question along with other issues of the same work and had found them to be objectionable.

In the result, the trial judge did have before him evidence from both sides respecting the matter of community standards to assist in reaching his conclusion.

I would dismiss the application for leave to appeal.

Motion to quash granted and application for leave to appeal dismissed, LASKIN C.J. and SPENCE J. dissenting.

Solicitors for the appellants: L. Harris McDonald, Edmonton, and Aubrey E. Golden, Toronto.

Solicitor for the respondent: W. F. McLean, Calgary.

Indépendamment du bien-fondé de la question soulevée par les appelants, je ne crois pas qu'on la retrouve en l'espèce. Les appelants ont soulevé cette question à la fin de la présentation de la preuve par le Ministère public dans une requête pour rejet de l'accusation, mais, lorsque la requête a été refusée, les appelants n'ont pas invoqué cette question mais ont plutôt choisi de convoquer des témoins. Le Ministère public a ensuite appelé en contre-preuve un agent d'administration du Ministère de la Culture, de la Jeunesse et des Loisirs, qui était secrétaire du Advisory Board on Objectionable Publications en Alberta. Il témoigna que cette commission (Advisory Board) avait examiné la publication en question de même que d'autres numéros du même périodique et qu'elle les avait jugés répréhensibles.

En conséquence, le juge de première instance a eu l'avantage d'entendre des témoignages des deux parties sur cette question des normes de la collectivité.

Je suis d'avis de rejeter la requête d'autorisation d'appeler.

Requête en annulation accueillie et requête pour autorisation d'appeler rejetée, le JUGE EN CHEF LASKIN et le JUGE SPENCE étant dissidents.

Procureurs des appelants: L. Harris McDonald, Edmonton, et Aubrey E. Golden, Toronto.

Procureur de l'intimée: W. F. McLean, Calgary.