

**Towne Cinema Theatres Ltd.** *Appellant;*

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 17125.

1983: September 28.

Present: Ritchie, Dickson, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

Re-hearing: 1984: November 23; 1985: May 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA**

*Criminal law — Obscenity — Film — Whether “undue exploitation of sex” — Community standards — Criminal Code, s. 159(8).*

*Evidence — Evidence on charge of obscenity — Whether Crown must adduce evidence to establish undueness.*

Appellant, owner of an Edmonton theatre, was charged with presenting an obscene motion picture contrary to s. 163 of the *Criminal Code*. At trial, the defence adduced evidence indicating that the film had been approved and classified by the Censor Board as a restricted adult movie and that it had been previously shown in Alberta to a large audience with no complaint being made to the Board. The evidence further showed that the film had been similarly approved and classified by the other provincial censor boards across the country. The trial judge found the film immoral, indecent and obscene and convicted the appellant. The Court of Appeal upheld that decision. This appeal is to determine whether the trial judge applied the proper test in finding the appellant guilty of presenting an obscene entertainment.

*Held:* The appeal should be allowed and a new trial ordered.

*Per* Dickson C.J. and Lamer and Le Dain JJ.: A film is obscene under s. 159(8) of the *Criminal Code* if it contains as a dominant characteristic the “undue exploitation of sex”. To determine “undueness” one of the tests to be applied is whether the accepted standards of tolerance in the contemporary Canadian community, taken as a whole, have been exceeded. In applying the community standard of tolerance what matters is not what Canadians think is right for themselves to see.

**Towne Cinema Theatres Ltd.** *Appelante;*

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

<sup>a</sup> N° du greffe: 17125.

1983: 28 septembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, McIntyre, Lamer et Wilson.

Nouvelle audition: 1984: 23 novembre; 1985: 9 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA**

*Droit criminel — Obscénité — Film — Y a-t-il «exploitation indue des choses sexuelles»? — Normes sociales — Code criminel, art. 159(8).*

*Preuve — Preuve relative à une accusation d'obscénité — La poursuite doit-elle produire une preuve en vue d'établir le caractère indu?*

<sup>e</sup> L'appelante, propriétaire d'un cinéma d'Edmonton, a été accusée d'avoir présenté un film obscène contrairement à l'art. 163 du *Code criminel*. Au procès, la défense a mis en preuve que la Commission de censure avait autorisé la présentation du film comme film réservé aux adultes et que celui-ci avait été vu en Alberta par un vaste auditoire sans qu'aucune plainte ne soit présentée à la Commission. La preuve montre également que le film a été approuvé dans une catégorie équivalente par les organismes de censure des autres provinces canadiennes. Le juge du procès a conclu que le film est immoral, indécent et obscène et a déclaré l'appelante coupable. La Cour d'appel a confirmé cette décision. Ce pourvoi porte sur la question de savoir si le juge du procès a appliqué le bon critère pour déclarer l'appelante coupable d'avoir présenté un divertissement obscène.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

*Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Le Dain:* Pour déterminer si un film est obscène au sens du par. 159(8) du *Code criminel* parce qu'il exploite de façon indue les choses sexuelles, l'un des critères applicables consiste à savoir si on a outrepassé les normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine. Ce qui importe en appliquant la norme sociale de tolérance, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment qu'il est convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui

What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. Relevant to that determination is, among other factors, the audience to which the film is targeted since the community may tolerate different things for different groups of people depending on the circumstances.

The trier of fact must formulate an opinion of what the contemporary Canadian community will tolerate in order to determine "undueness" by the community standards test. The community consensus must be assessed and community level of tolerance objectively determined. While evidence of the community standards of tolerance may well be useful in many cases, it is not essential, for it is the opinion of the trier of fact about the community standards of tolerance which is important. The judge does not have to accept evidence, expert or otherwise, but he cannot reject it without good reason. The trier of fact's personal views regarding the impugned film are irrelevant.

In the case at bar, the trial judge applied his own subjective standards of taste and not the community standards of tolerance. He did not direct his mind to the question whether most people would tolerate others seeing the film in question and he failed to consider the fact that the film was restricted to adults only and that only those who chose to see it would be exposed to it. Further, it was incumbent upon him to consider and assess the weight, if any, to be given to the evidence adduced by the defence indicative of community standards of tolerance. He should not have rejected it without explanation.

*Per Beetz, Estey and McIntyre JJ.:* The standard to determine "undueness" is that of tolerance. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see but what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. The audience to which the film is exposed, however, is not relevant in the determination of whether or not it is obscene.

*Per Beetz and Estey JJ.:* The Crown is not required to adduce expert evidence as to community standards of tolerance.

*Per McIntyre J.:* In formulating the community standard of tolerance some evidence must be adduced by the Crown before the trier of fact.

*Per Wilson J.:* Under s. 159(8) of the *Criminal Code*, a film is deemed to be obscene if a dominant character-

importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance que de permettre qu'ils le voient. Parmi les facteurs pertinents relativement à cette détermination, il y a l'auditoire auquel s'adresse le film puisque la société peut, selon les circonstances, tolérer des choses différentes pour des groupes de personnes différents.

Le juge des faits doit formuler une opinion sur ce qui est toléré par la société canadienne contemporaine afin de déterminer le «caractère indu» au moyen du critère des normes sociales. Le consensus social doit être évalué et le seuil de tolérance de la société doit être objectivement déterminé. Bien que la preuve des normes sociales de tolérance puisse fort bien être utile dans de nombreux cas, elle n'est pas essentielle car ce qui importe c'est l'opinion du juge des faits quant à ces normes. Le juge n'est pas tenu d'accepter un témoignage, celui d'un expert ou autre, mais il ne peut le rejeter sans motifs valables. Les opinions personnelles du juge des faits concernant le film attaqué sont sans importance.

En l'espèce, le juge du procès a appliqué ses propres normes de goût et non les normes sociales de tolérance. Il ne s'est pas posé la question de savoir si la plupart des gens toléraient que d'autres voient le film en question et il n'a pas tenu compte du fait que le film était réservé aux adultes et que seules les personnes qui choisissent de le voir y seraient exposées. En outre, il avait le devoir d'examiner la preuve offerte par la défense et, s'il y a lieu, d'en évaluer le poids en ce qu'elle reflète les normes sociales de tolérance. Il n'aurait pas dû la rejeter sans donner d'explications.

*Les juges Beetz, Estey et McIntyre:* La norme applicable à la détermination du «caractère indu» est celle de la tolérance. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir mais ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient. L'auditoire auquel est présenté un film est toutefois sans importance pour ce qui est de savoir si ce film est obscène ou non.

*Les juges Beetz et Estey:* La poursuite n'est pas tenue de produire une preuve d'expert au sujet de la norme sociale de tolérance.

*Le juge McIntyre:* Pour formuler la norme sociale de tolérance, la poursuite doit présenter des éléments de preuve au juge des faits.

*Le juge Wilson:* En vertu du par. 159(8) du *Code criminel*, est réputé obscène un film dont une caractéris-

istic of the film is the "undue exploitation of sex". "Undue" refers to the treatment of sex which in some fundamental way dehumanizes the persons portrayed and, as a consequence, the viewers themselves. The question whether there was "undueness" must be determined according to the objective standard of the contemporary Canadian community. What must be ascertained is the degree of exploitation of sex Canadians at any given time will accept in their films. It is therefore not open to the courts under s. 159(8) to characterize a movie as obscene if shown to one constituency but not if shown to another. A movie is either obscene based on a national community standard of tolerance or it is not.

There is an onus on the Crown to put evidence before the court on the issue of "undueness". The community standard against which the allegedly obscene matter must be measured cannot be identified without it. Indeed, it is naive to think that a judge, drawing on his own experience alone, can determine the objective standard against which impugned conduct is to be measured. Moreover, it is wrong in principle. It leaves the accused with no way of knowing the case to be met, or the level of acceptability imposed by any particular judge.

In the case at bar, there is no indication that the trial judge took into consideration the uncontested evidence adduced by the defence of the unanimous approval of the film by the censor boards. He did not address his mind to the issue of the significance of the approvals as evidence of the community standard of acceptance. Considering that the business of these boards is to assess films on an ongoing basis for the very purpose of determining their acceptability for viewing by the community, it is difficult to think that a judge would be better informed as to what was acceptable to Canadians across the country. The trial judge, applying an objective test and giving proper consideration to that evidence, could not have reached the result he did. The judge clearly saw his role, not as applying the community standard but as raising it if he personally thought it was too low. In this respect he erred.

#### Cases Cited

*R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *Dominion News & Gifts* (1962) Ltd. v. *The Queen*, [1964] S.C.R. 251; [1963] 2 C.C.C. 103 (Man. C.A.); *R. v. Prairie*

tique dominante est «l'exploitation indue des choses sexuelles». Le terme «indue» désigne le traitement des choses sexuelles d'une manière qui fondamentalement déshumanise les personnes représentées et, par conséquent, les spectateurs eux-mêmes. La question de savoir s'il y a «caractère indu» doit être tranchée en fonction du critère objectif qu'est la norme sociale contemporaine au Canada. Il s'agit de déterminer quel degré d'exploitation des choses sexuelles les Canadiens sont disposés à accepter dans leurs films à une époque donnée. Il n'appartient donc pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8), de qualifier un film d'obscène si on le présente à un auditoire donné mais de non obscène si on le présente à un autre. Un film est obscène selon une norme sociale nationale de tolérance ou il ne l'est pas.

Il incombe à la poursuite de soumettre à la cour une preuve relativement à la question du «caractère indu». La norme sociale en fonction de laquelle on doit apprécier le matériel prétendument obscène ne peut être déterminée sans cette preuve. En fait, il est illusoire de croire qu'un juge peut, en se fondant uniquement sur sa propre expérience, déterminer la norme objective en fonction de laquelle la conduite reprochée doit être appréciée. En outre, c'est mauvais en principe. L'accusé n'a aucun moyen de savoir quelle preuve pèse contre lui ni quel degré d'acceptabilité sera fixé par un juge en particulier.

En l'espèce, rien n'indique que le juge du procès a tenu compte de la preuve incontestée, produite par la défense, que le film a reçu l'approbation unanime des commissions de censure. Il ne s'est pas arrêté à la question de l'importance des approbations en tant que preuve de la norme sociale d'acceptation. Puisque ces commissions ont pour fonction permanente d'apprécier les films dans le but précis d'établir s'il est acceptable qu'ils soient présentés à la société, il est difficile de concevoir qu'un juge soit mieux informé de ce qui est acceptable pour les Canadiens de tout le pays. S'il avait appliqué un critère objectif et tenu dûment compte de cette preuve, le juge du procès n'aurait pu arriver à la conclusion qu'il a tirée. Le juge a manifestement considéré que son rôle consistait non pas à appliquer la norme sociale, mais à la resserrer si, lui personnellement l'estimait trop large. À cet égard, il a commis une erreur.

#### Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *Dominion News & Gifts* (1962) Ltd. v. *The Queen*, [1964] S.C.R. 251; [1963] 2 C.C.C. 103 (Man. C.A.); *R. v. Prairie*

*Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111; *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486, considered; *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951; *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110; *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323; *Daylight Theatre Co. v. The Queen* (1973), 17 C.C.C. (2d) 451; *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913); *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *United States v. Various Articles of Obscene Merchandise*, 709 F.2d 132 (1983); *R. v. Wagner*, Alta. Q.B., January 16, 1985; *R. v. Chin* (1983), 9 W.C.B. 249; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(8), 163, 164.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal pronounced May 12, 1982, dismissing appellant's appeal from his conviction of presenting an obscene entertainment. Appeal allowed and new trial ordered.

*Jack N. Agrios, Q.C.*, and *Bradley J. Willis*, for the appellant.

*Michael G. Allen*, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer and *g* Le Dain JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The question is whether the trial judge applied the proper test in finding Towne Cinema Theatres Ltd. guilty of presenting an obscene entertainment. The indictment reads:

That The Towne Cinema Theatres Ltd., at Edmonton, in the Judicial District of Edmonton, Alberta, on or about the 27th day of January, A.D. 1980, being the person in charge of a theatre, namely: Jasper Cinema (Blue) at 10120 - 156 Street, did unlawfully present to an audience an entertainment, namely: a motion picture entitled "Dracula Sucks" which entertainment was immoral, indecent or obscene, contrary to the Criminal Code.

*R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111; *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486; arrêts mentionnés: *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110; *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323; *Daylight Theatre Co. v. The Queen* (1973), 17 C.C.C. (2d) 451; *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913); *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *United States v. Various Articles of Obscene Merchandise*, 709 F.2d 132 (1983); *R. v. Wagner*, B.R. Alb., 16 janvier 1985; *R. v. Chin* (1983), 9 W.C.B. 249; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1.

#### Lois et règlements cités

*d* *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(8), 163, 164.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta prononcé le 12 mai 1982, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre sa déclaration de culpabilité d'avoir présenté un divertissement obscène. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*e* *Jack N. Agrios, c.r.*, et *Bradley J. Willis*, pour l'appelante.

*Michael G. Allen*, pour l'intimée.

*f* Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Le Dain rendus par

LE JUGE EN CHEF—La question est de savoir si le juge du procès a appliqué le critère approprié lorsqu'il a déclaré Towne Cinema Theatres Ltd. coupable d'avoir présenté un divertissement obscène. Voici le texte de l'acte d'accusation:

*[TRADUCTION]* Le 27 janvier 1980, à Edmonton, dans le district judiciaire d'Edmonton (Alberta), Towne Cinema Theatres Ltd., la personne qui assumait la direction d'un cinéma, savoir le Jasper Cinema (Blue), sis au 10120, 156<sup>e</sup> rue, a illégalement présenté à un auditoire un divertissement immoral, indécent ou obscène, savoir un film intitulé «Dracula Sucks», contrairement aux dispositions du Code criminel.

## I The Facts and the Trial Judgment

In January, 1980, the accused company was owner and manager of a theatre, known as Jasper Cinema (Blue), located in the City of Edmonton. The cinema was a typical picture theatre showing motion picture films to members of the public who paid an admission fee. On January 25 to 27, 1980 the accused was regularly presenting showings of a motion picture called *Dracula Sucks*. The film had been given a "Restricted" rating by the Alberta Motion Picture Censor Board. A copy of the motion picture was seized by the Edmonton City Police on January 27, 1980, after the public showing on that date and before the scheduled second public showing. The accused was charged and tried before a justice of the Court of Queen's Bench of Alberta. Three witnesses testified.

Staff Sergeant Ashworth of the Edmonton City Police said he had attended and observed the film and it was he who had taken possession of the film. The Court then adjourned to the Censor Board film theatre where the trial judge viewed the film. At the resumption of the trial, Ashworth testified that on January 21, 1980, the film had been showing at the Capitol Square Cinema, before being transferred to the Jasper Cinema. While at the former theatre Ashworth had received about five phone calls from persons complaining about the film. In cross-examination he was asked:

Did you find the movie very offensive to yourself?

He replied:

Yeah, I thought it was disgusting. That's only my personal . . .

The film itself and the evidence of Staff Sergeant Ashworth constituted the case for the Crown.

The defence called two witnesses. The first was Terrance Yushchyshyn, Director of Operations for the theatres operated by the accused company in the five westerly provinces. His evidence in summary was as follows. Prior to being booked into his theatre in Edmonton, the film, the subject of the present charge, had been shown at two Famous Players' Theatres, one in Edmonton, where it had been seen by 4065 persons and one in Calgary,

## I Les faits et le jugement de première instance

Au mois de janvier 1980, la compagnie accusée était propriétaire et directeur d'un cinéma appelé Jasper Cinema (Blue), situé à Edmonton. Il s'agissait d'un cinéma typique qui présentait des films au public moyennant le paiement d'un droit d'entrée. Du 25 au 27 janvier 1980, l'accusée a présenté régulièrement un film intitulé *Dracula Sucks*. La Commission de censure cinématographique de l'Alberta a attribué au film la cote «Réservée». Une copie du film a été saisie par la police municipale d'Edmonton le 27 janvier 1980, après la représentation publique ce jour-là et avant la deuxième représentation prévue. L'accusée a été mise en accusation et jugée devant un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Trois personnes ont témoigné.

Le sergent Ashworth de la police municipale d'Edmonton a dit qu'il a assisté à la projection du film et que c'est lui-même qui en a pris possession. La Cour a alors ajourné l'audience et s'est rendue à la salle de visionnement de la Commission de censure où le juge du procès a visionné le film. À la reprise du procès, Ashworth a affirmé que le 21 janvier 1980, le film avait été projeté au Capitol Square Cinema avant de l'être au Jasper Cinema. Pendant que ce film était présenté au premier cinéma, Ashworth a reçu environ cinq appels de personnes qui s'en plaignaient. En contre-interrogatoire, on lui a demandé:

[TRADUCTION] Ce film vous a-t-il personnellement choqué?

Il a répondu:

[TRADUCTION] Oui, je l'ai trouvé dégoûtant. Ce n'est que personnellement . . .

Le film lui-même et le témoignage du sergent Ashworth constituaient la preuve de la poursuite.

Deux témoins ont été cités en défense. Le premier est Terrance Yushchyshyn, directeur de l'exploitation pour les cinémas que la compagnie accusée exploite dans les cinq provinces de l'Ouest. Son témoignage peut se résumer ainsi. Avant d'être mis à l'affiche dans son cinéma d'Edmonton, le film visé par la présente accusation avait été présenté dans deux cinémas Famous Players dont l'un à Edmonton et l'autre à Calgary où il avait été vu

where it had been seen by 4075 persons. The film was then moved to the Jasper Cinema where it was seen, before seizure, by 555 people, without complaints. In Mr. Yushchyshyn's opinion the impugned film was "very passé", "boring and dull". Other films such as *Last Tango in Paris*, had far greater emphasis on sexual gratification.

Owen Garland Hooper is Chairman of the Alberta Motion Picture Censor Board. The Board views every film seen in Alberta. The Board allowed *Dracula Sucks* to be shown in the province as a restricted adult movie, no one under the age of eighteen being admitted. The film was approved in the restricted adult category or equivalent by all of the provincial censor boards or classification boards across Canada. Mr. Hooper said that his Board had not made any deletions to the film. Most movies are "pretty extensively cut when we get them". This one had been edited in Toronto. The Board arrives at appropriate classification for a movie consistent with the Board's interpretation of current community standards of acceptance. Compared to other movies he had seen, Mr. Hooper described *Dracula Sucks* as "pretty forgettable". The Board had received no complaints regarding this particular film. During the preceding year, the Board viewed 750 films and rejected twelve, because it was felt that adult Albertans would generally repudiate them. The basis for the Board's assessment of community standards has shifted during the preceding ten years: now, "it's contemporary, it's modern, it must be Canadian". Mr. Hooper succinctly described *Dracula Sucks*: "Well, it has nudity in it, it has violence in it, it has simulated sex encounters in it."

The trial judge found the film to be immoral, indecent and obscene. It possessed "absolutely no artistic merit whatsoever"; "most of the film was devoted to extreme, tasteless violence and explicit, unnecessary sex".

par 4 065 et 4 075 personnes respectivement. Le film a ensuite été mis à l'affiche au Jasper Cinema où 555 personnes l'ont vu avant sa saisie, sans qu'aucune plainte ne soit faite. De l'avis de M. Yushchyshyn, le film attaqué est [TRADUCTION] «dépassé», «ennuyeux et peu intéressant». D'autres films comme *Le dernier tango à Paris* mettaient beaucoup plus l'accent sur l'assouvissement sexuel.

Owen Garland Hooper est président de l'Alberta Motion Picture Censor Board (la Commission). La Commission visionne chaque film présenté en Alberta. La Commission a autorisé la présentation de *Dracula Sucks* dans la province, comme film réservé aux adultes et interdit aux personnes de moins de dix-huit ans. Le film a été approuvé dans la catégorie des films réservés aux adultes ou dans une catégorie équivalente par tous les organismes de censure ou de classification au Canada. M. Hooper affirme que la Commission n'a supprimé aucune partie du film. La plupart des films sont [TRADUCTION] «coupés de façon assez importante quand nous les examinons». Celui-ci a été expurgé à Toronto. La Commission classe un film suivant l'interprétation qu'elle donne des normes sociales actuelles d'acceptation. Comparativement à d'autres films qu'il a vus, M. Hooper a qualifié *Dracula Sucks* de film [TRADUCTION] «dénue d'intérêt». La Commission n'a reçu aucune plainte concernant ce film. Au cours de l'année précédente, la Commission a visionné 750 films et en a rejeté douze parce qu'elle estimait que les adultes de l'Alberta les désapprouveraient d'une manière générale. Le critère sur lequel la Commission se fonde pour évaluer les normes sociales a changé au cours des dix années précédentes; maintenant, [TRADUCTION] «il est contemporain, moderne et doit être canadien». M. Hooper a décrit brièvement *Dracula Sucks*: [TRADUCTION] «Eh bien! il comporte des scènes de nudité, de violence et des scènes simulées de relations sexuelles».

Le juge du procès a conclu que le film est immoral, indécent et obscène. Il n'a [TRADUCTION] «absolument aucune valeur artistique», le film est axé en majeure partie sur la violence extrême et insipide et sur les scènes de sexe explicites et inutiles».

The accused company was convicted and fined \$1500.

## II On Appeal

In a brief judgment, the Court of Appeal of Alberta dismissed the appeal. The Court noted it was not its function to judge the merits of the film, and it had not found it necessary to see the film; its sole function was to review the propriety of the trial. The judgment continued:

We have reviewed the reasons for judgment given in support of this conviction. Those reasons are blunt and impactive. The trial judge, sitting as a jury, was obliged to determine in an objective way what was tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community. As a trier of fact he was entitled to draw on his experience in the community. He had to consider the expert evidence but was entitled to reject it and obviously did. In this we are paraphrasing the remarks of Howland, C.J.O., in *Regina v. Sudbury News Service* 1978 39 C.C.C. (2d) 1 at p. 7.

The judgment concluded thus:

The reasons of the trial judge challenged in this appeal must be considered in the context of his whole judgment and the argument which immediately preceded it. The trial judge found that the only theme of the film "Dracula Sucks", was sex and violence, extreme and explicit. He found no plot. He asked himself what are contemporary community standards and considered all the evidence led. He cautioned himself on the dangers of slipping into subjective standards and concluded that the film did not meet the objective test. We see no grounds, in law, to disturb this conviction and dismiss the appeal.

## III Issues

In his factum, counsel for Towne Cinema raised five grounds of appeal. At the hearing oral argument was presented on only two of these grounds, both alleging errors in the trial judge's determination of the community standard of tolerance.

In view of the importance of the issues raised in this appeal, the Court felt that it would be proper to request a re-hearing before a full bench.

La compagnie accusée a été déclarée coupable et condamnée à verser une amende de 1 500 \$.

## II En appel

<sup>a</sup> Dans un court arrêt, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel. La cour a souligné qu'il ne lui appartient pas de juger la valeur du film et elle n'a pas estimé nécessaire de le visionner. Son seul rôle est d'examiner la justesse du procès. L'arrêt ajoute:

[TRADUCTION] Nous avons examiné les motifs de jugement à l'appui de cette condamnation. Ces motifs sont clairs et nets. Le juge du procès, qui siégeait seul, était tenu de décider objectivement ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne. En sa qualité de juge des faits, il avait le droit de s'appuyer sur son expérience de la société. Il devait prendre en considération le témoignage de l'expert mais il avait le droit de le rejeter, ce qu'il a fait de toute évidence. Sur ce point, nous paraphrasons les observations du juge en chef Howland de l'Ontario dans l'arrêt *Regina v. Sudbury News Service* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1 à la p. 7.

<sup>e</sup> L'arrêt conclut ainsi:

[TRADUCTION] Les motifs du juge du procès attaqués dans le présent appel doivent être examinés en fonction de l'ensemble de son jugement et de l'argumentation qui l'a immédiatement précédé. Le juge du procès a conclu que le seul thème, extrême et explicite, du film «Dracula Sucks» est le sexe et la violence. Il n'y a vu aucune intrigue. Il s'est demandé quelles sont les normes sociales contemporaines et il a examiné toute la preuve produite. Il a pris garde de ne pas retenir des normes subjectives et a conclu que le film ne satisfait pas au critère objectif. Nous ne voyons en droit aucun motif de modifier cette déclaration de culpabilité et nous sommes d'avis de rejeter l'appel.

## III Les questions en litige

Dans son mémoire, l'avocat de Towne Cinema soulève cinq moyens d'appel. À l'audience, l'argumentation orale n'a porté que sur deux de ces moyens selon lesquels le juge du procès a commis des erreurs en déterminant la norme sociale de tolérance.

Vu l'importance des questions soulevées dans le présent pourvoi, la Cour a jugé opportun de demander la tenue d'une nouvelle audition devant la Cour au complet.

The Court requested counsel to address the following four questions:

1. Assuming that for purposes of s. 159, undue exploitation of sex is to be assessed on the basis of community standards, do these standards refer to what one would find acceptable for oneself to see or read, or to what one would tolerate others seeing or reading?
2. How is this standard to be ascertained by the trier of fact?
3. How is an impugned film to be measured against it?
4. What is the relevance, if any, of the audience to which a film is geared in determining whether it is obscene under s. 159(8)?

In my view the following issues arise from the two grounds argued on the appeal and the four questions addressed at the re-hearing:

1. What is the proper interpretation of the word "undue" in s. 159(8) of the *Criminal Code*?
2. Must the Crown adduce evidence to establish undueness?

#### IV Undueness and the Community Standards Test

In 1959 Parliament amended the provisions of s. 150 (now s. 159) of the *Criminal Code* dealing with obscenity by adding subs. (8) (1959 (Can.), c. 41, s. 11) which reads:

(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.

Any doubt that might previously have existed on the question of whether s. 159(8) embodied the proper or the exclusive test for obscenity in relation to a film was implicitly resolved by this Court in *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951. A number of decisions in various jurisdictions had previously concluded that films were "publications" and therefore properly dealt with under s. 159(8) (see *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110 (B.C.C.A.); *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323 (C.A.); and *Daylight Theatre Co. v. The*

La Cour a demandé aux avocats de se pencher sur les quatre questions suivantes:

[TRADUCTION] 1. À supposer qu'aux fins de l'art. 159 l'exploitation indue des choses sexuelles doit être appréciée en fonction de normes sociales, ces normes désignent-elles ce qu'on jugerait acceptable pour soi de voir ou de lire ou ce qu'on tolérerait que d'autres voient ou lisent?

2. Comment le juge des faits doit-il s'y prendre pour vérifier cette norme?
3. Comment un film attaqué doit-il être évalué en fonction de cette norme?
4. Quelle est l'importance de l'auditoire auquel s'adresse un film pour déterminer s'il est obscene au sens du par. 159(8)?

À mon avis, les questions suivantes découlent des deux moyens invoqués en appel et des quatre questions abordées lors de la nouvelle audition:

1. Quelle interprétation faut-il donner au mot «indue» que l'on trouve au par. 159(8) du *Code criminel*?
2. La poursuite doit-elle produire une preuve en vue d'établir le caractère indu?

#### IV Le caractère indu et le critère des normes sociales

En 1959, le législateur a modifié les dispositions de l'art. 150 (maintenant l'art. 159) du *Code criminel* portant sur l'obscénité en ajoutant le par. (8) (1959 (Can.), chap. 41, art. 11) qui prévoit:

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

Tout doute qu'a pu soulever par le passé la question de savoir si le par. 159(8) renferme le seul critère d'obscénité applicable aux films a été implicitement dissipé par cette Cour dans l'arrêt *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951. Un certain nombre de tribunaux de diverses juridictions avaient antérieurement conclu que les films sont des «publications» et qu'ils sont par conséquent visés par le par. 159(8) (voir *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110 (C.A.C.-B.); *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323 (C.A.); et *Day-*

*Queen* (1973), 17 C.C.C. (2d) 451 (Sask. Dist. Ct.)

*Dechow* dealt with an allegation of obscenity with regard to an exhibition of sex stimulators. Using language and reasoning easily extendible to motion pictures, Ritchie J., writing for the majority, held that the objects in question, accompanied as they were by printed instructions for their use, were "publications" within the meaning of that term in s. 159. They were therefore to be judged by the standard laid down in s. 159(8), which was the sole test of obscenity in relation to publications. Chief Justice Laskin, speaking for a minority of the Court, preferred the view that the articles in question were not publications. He was, however, of the opinion that the Court should apply exclusively the test in s. 159(8) in respect of allegations of obscenity whether such allegations are made under s. 159 (which deals with publications) or one of the other sections of the *Code*, such as s. 163 (under which the charge against Towne Cinema was laid) or s. 164.

The practical effect of the two judgments, though they differ widely in approach, is, for present purposes, the same: s. 159(8) embodies the sole test of obscenity in relation to motion pictures. It supersedes rather than supplements the much-criticized test enunciated by Cockburn C.J. in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360.

In Canada, the notion of "community standards", as relevant to the determination of obscenity, has its origins in the judgment of Judson J. (speaking also for Abbott and Martland JJ.) in *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681, the *Lady Chatterley's Lover* case. *Brodie* was the first obscenity appeal to come before this Court following the introduction of s. 159(8) and Judson J.'s explication of this section reveals a very clear awareness of the criticism that had been leveled against the *Hicklin* test and an intention to avoid its pitfalls in the future. In *Hicklin* Cockburn C.J. had said:

*light Theatre Co. v. The Queen* (1973), 17 C.C.C. (2d) 451 (C. de district Sask.)

L'arrêt *Dechow* porte sur une alléation d'obscénité concernant l'étalage de stimulants érotiques. En employant des termes et un raisonnement qui peuvent facilement s'appliquer aux films, le juge Ritchie a conclu, au nom de la majorité, que les objets en question, accompagnés de leur mode d'emploi écrit, étaient des «publications» au sens de l'art. 159. Ils devaient par conséquent être jugés selon la norme énoncée au par. 159(8), qui constitue le seul critère d'obscénité applicable à des publications. Le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la minorité de la Cour, a préféré le point de vue que les articles en question ne sont pas des publications. Il était cependant d'avis que la Cour devait limiter l'application du critère du par. 159(8) aux allégations d'obscénité, que ces allégations soient faites en vertu de l'art. 159 (qui porte sur les publications) ou en vertu d'un autre article du *Code*, comme l'art. 163 (en vertu duquel est portée l'accusation contre Towne Cinema) ou l'art. 164.

Même s'ils diffèrent sensiblement dans leur façon d'aborder la question, l'effet pratique de ces deux jugements est le même aux fins de l'espèce: le par. 159(8) renferme le seul critère d'obscénité applicable aux films. Il vient remplacer plutôt que compléter le critère très critiqué énoncé par le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360.

Au Canada, la notion des «normes sociales», applicable à la détermination de l'obscénité, tire son origine du jugement rendu par le juge Judson J. (en son propre nom et en celui des juges Abbott et Martland) dans l'arrêt *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, l'affaire du roman *L'amant de Lady Chatterley*. L'arrêt *Brodie* a été le premier pourvoi en matière d'obscénité soumis à cette Cour après l'adoption du par. 159(8) et l'explication de ce paragraphe par le juge Judson révèle une prise de conscience très claire des critiques dirigées contre le critère énoncé dans l'arrêt *Hicklin* et l'intention d'éviter à l'avenir les embûches de ce critère. Le juge en chef Cockburn avait affirmé dans l'arrêt *Hicklin*:

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

This definition had been criticized for its focus on the reactions of the weakest and least capable members of society, for its disregard of serious purpose or artistic merit in the impugned material and for its excessive dependence on subjective conjecture on the part of the trier of fact. In *Brodie*, Judson J. expressed the view that by the enactment of s. 159(8) "all the jurisprudence under the *Hicklin* definition is rendered obsolete" (p. 701) and that the new definition gave the Court "an opportunity to apply tests which have some certainty of meaning and are capable of objective application, which do not so much depend as before upon the idiosyncrasies and sensitivities of the tribunal of fact, whether judge or jury" (p. 702). Henceforth, the standard for obscenity would be an "undue exploitation of sex" and Judson J. proposed two tests which he regarded as capable of objective application to determine such "undueness".

The first test focussed on the "internal necessities" of the work in question. In the American case of *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913), Judge Learned Hand had reluctantly felt bound to apply the *Hicklin* test, but said, at pp. 120-21: "I question whether in the end men will regard that as obscene which is honestly relevant to the adequate expression of innocent ideas." In *Brodie*, at pp. 704-05, Judson J. applied this principle to the newly-enacted statutory definition:

... I do not think that there is undue exploitation if there is no more emphasis on the theme than is required in the serious treatment of the theme of a novel with honesty and uprightness .... The section recognizes that the serious-minded author must have freedom in the production of a work of genuine artistic and literary merit and the quality of the work, as the witnesses point out and common sense indicates, must have real rele-

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

Cette définition a été critiquée parce qu'elle met l'accent sur les réactions des membres les plus démunis de la société, parce qu'elle ne tient pas compte de l'objet profond ou de la valeur artistique du matériel attaqué et parce qu'elle repose trop sur des conjectures subjectives de la part du juge des faits. Dans l'arrêt *Brodie*, le juge Judson a exprimé l'avis que l'adoption du par. 159(8) [TRADUCTION] «rend désuète toute la jurisprudence fondée sur la définition énoncée dans l'arrêt *Hicklin*» (p. 701) et que la nouvelle définition donnait à la Cour [TRADUCTION] «l'occasion d'appliquer des critères qui présentent une certaine certitude de sens et qui peuvent être appliqués objectivement, des critères qui ne dépendent pas autant qu'auparavant des idiosyncrasies et de la sensibilité du juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury» (p. 702). La norme applicable en matière d'obscénité serait désormais «l'exploitation indue des choses sexuelles» et le juge Judson a proposé deux critères qui, selon lui, peuvent être appliqués d'une manière objective pour établir ce «caractère indu».

Le premier critère met l'accent sur les [TRADUCTION] «besoins internes» de l'œuvre en question. Dans l'arrêt américain *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913), le juge Learned Hand s'est cru, à regret, obligé d'appliquer le critère de l'arrêt *Hicklin* mais il a affirmé, aux pp. 120 et 121: [TRADUCTION] «Je me demande si, en définitive, les hommes considéreront comme obscene ce qui permet honnêtement de bien exprimer des idées inoffensives». Aux pages 704 et 705 de l'arrêt *Brodie*, le juge Judson applique ce principe à la définition légale récemment adoptée:

[TRADUCTION] ... Je ne crois pas qu'il y ait exploitation indue si on ne met pas plus l'accent sur ce thème que ce qui est requis pour traiter le thème d'un roman de façon sérieuse, honnête et intègre ... L'article reconnaît qu'un auteur sérieux doit jouir d'une certaine liberté pour produire une œuvre ayant une valeur artistique et littéraire réelle et la qualité de cette œuvre, comme l'ont souligné les témoins et comme l'indique le bon sens, doit

vance in determining not only a dominant characteristic but also whether there is undue exploitation.

Judson J.'s second test for "undueness" looked to the standards of the community. The concept of "community standards" had previously been applied by courts in Australia and New Zealand as a measure of whether a work exhibited an "undue emphasis" on sex. Judson J. regarded this reading of undue as meaning "what the community regards as excessive" to be preferable to what he saw as the only alternative (at p. 706):

Surely the choice of courses is clear-cut. Either the judge instructs himself or the jury that undueness is to be measured by his or their personal opinion—and even that must be subject to some influence from contemporary standards—or the instruction must be that the tribunal of fact should consciously attempt to apply these standards. Of the two, I think that the second is the better choice.

Judson J. made no attempt to harmonize or integrate his two tests. He simply concluded that whether the question was approached on the basis of the internal necessities of the novel itself or on the basis of an offence against community standards, undue exploitation of sex was not a dominant characteristic of *Lady Chatterley's Lover*.

In the present case, no argument was addressed to the "artistic merit" or "serious purpose" of *Dracula Sucks*—nor, I should think, could such an argument plausibly be made. This Court is not, therefore, called upon to expound the relationship between Judson J.'s two tests. We need only consider the issue of obscenity from the point of view of community standards.

Nevertheless, as will presently appear, it is important to remember that from the very beginning of this Court's consideration of s. 159(8) "community standards" have been viewed as *one* measure of "undueness" in the exploitation of sex. They have never been seen as the *only* measure of such undueness; still less has a breach of commu-

vraiment permettre d'établir non seulement une caractéristique dominante, mais également s'il y a exploitation indue.

- a Le second critère du juge Judson concernant le «caractère indu» porte sur les normes sociales. Les tribunaux de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande avaient déjà appliqué le concept de «normes sociales» pour déterminer si une œuvre mettait un «accent indu» sur les choses sexuelles. Le juge Judson a considéré que cette façon d'interpréter le mot *indu* comme signifiant [TRADUCTION] «ce que la société considère comme excessif» était préférable à ce qu'il considérait comme la seule autre solution (à la p. 706):

[TRADUCTION] Il est évident que le choix de la voie à suivre est précis. Ou bien, selon le juge ou les jurés bien instruits du droit applicable, le caractère *indu* doit être mesuré en fonction de son ou de leur opinion personnelle—and même là l'influence des normes contemporaines doit se faire sentir dans une certaine mesure—ou bien, suivant ce juge ou ces jurés, le juge des faits doit consciemment tenter d'appliquer ces normes. Entre ces deux options, j'estime que la seconde est la meilleure.

- d
  - e
  - f
  - g
  - h
- Le juge Judson n'a pas tenté d'harmoniser ou d'intégrer ses deux critères. Il a simplement conclu que peu importe que la question soit examinée en fonction des besoins internes du roman lui-même ou en fonction d'une violation des normes sociales, l'exploitation indue des choses sexuelles n'est pas une caractéristique dominante du roman *L'amant de Lady Chatterley*.

- i
  - j
- En l'espèce, aucun argument n'a porté sur l'«*objet profond*» ou sur la «valeur artistique» de *Dracula Sucks* et je ne crois pas qu'un tel argument pourrait être avancé d'une manière plausible. Cette Cour n'est donc pas appelée à expliquer le lien entre les deux critères du juge Judson. Nous devons seulement examiner la question de l'obscénité du point de vue des normes sociales.

- k
- Néanmoins, comme on le verra bientôt, il importe de se rappeler que depuis la toute première fois où cette Cour a examiné le par. 159(8), les «normes sociales» ont été considérées comme *un moyen d'évaluer le «caractère indu» de l'exploitation des choses sexuelles*. Elles n'ont jamais été considérées comme *l'unique critère de ce caractère*

nity standards been treated as in itself a criminal offence.

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

Sex related publications which portray persons in a degrading manner as objects of violence, cruelty or other forms of dehumanizing treatment, may be "undue" for the purpose of s. 159(8). No one should be subject to the degradation and humiliation inherent in publications which link sex with violence, cruelty, and other forms of dehumanizing treatment. It is not likely that at a given moment in a society's history, such publications will be tolerated. See *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (Ont. Co. Ct.) at p. 173; *R. v. Wagner*, Alta. Q.B., January 16, 1985 (unreported); *R. v. Chin*, Ont. Prov. Ct., February 22, 1983 (unreported, but summarized at 9 W.C.B. 249).

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

indu; encore moins a-t-on jugé qu'une violation des normes sociales constitue en soi une infraction criminelle.

- a* L'exploitation des choses sexuelles peut être «indue» d'autres façons. Notre société n'est pas parfaite et il est malheureux mais tout de même vrai que la société peut tolérer des publications nocives pour ses membres et, par conséquent, pour l'ensemble de la société. Même si parfois il y a coïncidence entre ce qui n'est pas toléré et ce qui est nocif pour la société, il n'y a pas nécessairement de lien entre ces deux concepts. Ainsi, la définition légale du mot «indue» doit viser également les publications nocives pour les membres de la société et, par conséquent, pour l'ensemble de la société.
- b* Les publications qui ont trait aux choses sexuelles et qui représentent des personnes d'une manière dégradante, comme faisant l'objet de violence, de cruauté ou d'autres formes de traitement déshumanisant, peuvent être «indues» au sens du par. 159(8). Nul ne devrait être assujetti à la dégradation et à l'humiliation qui constituent une caractéristique inhérente des publications qui associent les choses sexuelles à la violence, à la cruauté et à d'autres formes de traitement déshumanisant. Il est peu probable qu'à un moment donné dans l'histoire d'une société de telles publications seront tolérées. Voir *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (C. de comté, Ont.), à la p. 173; *R. v. Wagner*, B.R. Alb., le 16 janvier 1985 (non publié); *R. v. Chin*, Cour prov. Ont., le 22 février 1983 (non publié, mais résumé à 9 W.C.B. 249).

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

In the present case, however, only the community standard of tolerance is directly in issue. The rest of this decision will be concerned with the community standard of tolerance.

Two years after the *Brodie* case this Court, in *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] S.C.R. 251, adopted *in toto* the dissenting reasons delivered in the Court of Appeal of Manitoba by Freedman J.A., [1963] 2 C.C.C. 103. In that case, as in this, the allegedly obscene material had no discernible serious purpose or artistic merit. Freedman J.A.'s discussion of whether or not it unduly exploited sex was therefore focussed on its relationship to community standards. Applying Judson J.'s observation in *Brodie* about the need to test undueness by objective criteria, Freedman J.A. elaborated on several requisite characteristics of the community standards to be applied. He held that the standards must be *Canadian* standards, not those prevailing elsewhere, and that they must be *contemporary* standards reflecting the current level of candour with regard to sexual matters not the level of the past. On the question of which contemporary Canadians are to be the touchstone of "community standards" Freedman J.A. said at p. 116:

Those standards are not set by those of lowest taste or interest. Nor are they set exclusively by those of rigid, austere, conservative, or puritan taste and habit of mind. Something approaching a general average of community thinking and feeling has to be discovered. Obviously this is no easy task, for we are seeking a quantity that is elusive. Yet the effort must be made if we are to have a fair objective standard in relation to which a publication can be tested as to whether it is obscene or not. The alternative would mean a subjective approach, with the result dependent upon and varying with the personal tastes and predilections of the particular Judge who happens to be trying the case.

In 1974, in *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, Freedman C.J.M. had much the same to say with regard to the appropri-

En l'espèce toutefois, seule la norme sociale de tolérance est directement en cause. C'est sur la norme sociale de tolérance que portera le reste de cet arrêt.

<sup>a</sup> Deux ans après l'arrêt *Brodie*, cette Cour a adopté intégralement, dans l'arrêt *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] R.C.S. 251, les motifs dissidents prononcés par le juge Freedman de la Cour d'appel du Manitoba à [1963] 2 C.C.C. 103. Dans cette affaire, comme en l'espèce, on ne pouvait discerner aucune valeur artistique ni aucun objet profond dans le matériel prétendument obscene. Dans son analyse de la question de savoir s'il y avait eu exploitation indue des choses sexuelles, le juge Freedman a donc mis l'accent sur le lien entre cette exploitation et les normes sociales. Appliquant l'observation du juge Judson dans l'arrêt *Brodie* concernant l'obligation d'évaluer le caractère indu au moyen d'un critère objectif, le juge Freedman a expliqué plusieurs caractéristiques nécessaires des normes sociales qu'il faut appliquer. Il a conclu qu'il doit s'agir de normes *canadiennes* et non de normes qui ont cours ailleurs et que ces normes doivent être *contemporaines* et refléter le degré actuel de franchise face aux questions sexuelles et non celui qui existait par le passé. Quant à la question de savoir quels Canadiens contemporains doivent être la pierre de touche des «normes sociales», le juge Freedman affirme, à la p. 116:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Ces normes ne sont pas fixées par des gens au goût et aux intérêts les plus bas. Elles ne sont pas non plus fixées exclusivement par des gens de goût et d'esprit rigides, austères, conservateurs ou puritains. Il faut en arriver à quelque chose qui se rapproche de la moyenne générale des opinions et des sentiments de la société. De toute évidence, ce n'est pas une tâche facile puisque ce que nous cherchons à quantifier est intangible. Il faut quand même faire cet effort si nous voulons obtenir une norme juste et objective qui permette de vérifier si une publication est obscene. L'autre solution sous-tendrait une approche subjective, ce qui produirait des résultats variables dépendant des goûts et des préférences personnels de chaque juge qui se trouve à présider le procès.

<sup>j</sup> En 1974, dans l'arrêt *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, à la p. 188 (C.A. Man.), le juge en chef Freedman a dit à

ate community standard to apply in determining whether the film *Last Tango in Paris* was obscene at p. 188:

The learned trial Judge made it abundantly clear that his obligation was to consider the film not according to his own subjective views but according to the objective test furnished by contemporary community standards in Canada. Indeed he expressly stated in his reasons for judgment that his personal views were adverse to the acceptability of the film but that he was setting aside those views. That of course was the correct and judicial thing to do.

I said earlier that the undue exploitation of sex is the touchstone of obscenity under s. 159(8), and that a breach of community standards is simply one measure of such undueness. It is harm to society from undue exploitation that is aimed at by the section, not simply lapses in propriety or good taste. In *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (Man. C.A.), Monnin J.A. and I considered this point at p. 269:

The Court was urged to define "community standards" as community standards of acceptance, *i.e.*, tolerance. I would accept this definition. In the *Brodie* case Judson J., referred, p. 181, to "standards of acceptance prevailing in the community". In the *Great West News* case, we referred to contemporary standards of tolerance. I have no doubt, as Dr. Rich testified, and as the Judge agreed, a distinction can be made between private taste and standard of tolerance. It can hardly be questioned that many people would find personally offensive, material which they would permit others to read. Parliament, through its legislation on obscenity, could hardly have wished to proscribe as criminal that which was acceptable or tolerable according to current standards of the Canadian community.

A similar point was made by Weatherston J.A., delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111 (leave to appeal refused, [1979] 1 S.C.R. xi) at pp. 114-15:

It is neither helpful nor accurate to say that the standard of tolerance is synonymous with the moral standards of the community . . . the words "moral standards of the

peu près la même chose au sujet de la norme sociale applicable pour déterminer si le film *Le dernier tango à Paris* était obscène:

[TRADUCTION] Le savant juge du procès a indiqué très clairement qu'il avait l'obligation d'examiner le film en fonction non pas de son propre point de vue subjectif, mais du critère objectif que fournissent les normes sociales contemporaines au Canada. En fait, il a déclaré de façon expresse dans les motifs de son jugement qu'à son point de vue personnel, le film était inacceptable, mais qu'il mettait de côté ce point de vue. Il s'agit là bien sûr de ce qu'un juge doit faire.

J'ai affirmé précédemment que l'exploitation indue des choses sexuelles est la pierre angulaire de l'obscénité au sens du par. 159(8) et qu'une violation des normes sociales n'est qu'une mesure de ce caractère indu. C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation indue que cet article vise et non simplement le manque de convenance ou de bon goût. Dans l'arrêt *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (C.A. Man.), le juge Monnin et moi-même avons examiné ce point à la p. 269:

[TRADUCTION] On a demandé à la cour de définir les «normes sociales» comme étant les normes sociales d'acceptation, c.-à-d. de tolérance. Je suis d'avis d'accepter cette définition. Dans l'arrêt *Brodie*, le juge Judson parle, à la p. 181, des «normes d'acceptation admises dans la société». Dans l'arrêt *Great West News*, nous avons parlé des normes de tolérance contemporaines. Je ne doute pas, comme l'a affirmé le Dr Rich dans son témoignage et ce avec quoi le juge s'est dit d'accord, qu'on puisse établir une distinction entre un goût personnel et une norme de tolérance. On ne peut guère nier qu'un bon nombre de personnes trouveraient personnellement offensant du matériel qu'elles permettraient à d'autres personnes de lire. Il va sans dire que le Parlement, par ses lois relatives à l'obscénité, n'a pas voulu interdire comme étant criminel ce qui est acceptable ou tolérable suivant les normes actuelles de la société canadienne.

Le juge Weatherston, qui a rendu l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111 (autorisation de pourvoi refusée, [1979] 1 R.C.S. xi), se prononce dans le même sens, aux pp. 114 et 115:

[TRADUCTION] Il est ni utile ni juste d'affirmer que la norme de la tolérance est synonyme de normes morales de la société . . . L'expression «normes morales de la

community" mean no more than a consensus of what is right and what is wrong . . . The question, in any event, is not whether the content of the publication goes beyond what the contemporary Canadian community thinks is right, but rather whether it goes beyond what the contemporary Canadian community is prepared to tolerate.

*R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.), was concerned with the distribution to certain confectionary stores of magazines alleged to be obscene, including *Penthouse* and *Oui*. Howland C.J.O., speaking for the Ontario Court of Appeal, reviewed the relevant authorities and then, in a number of propositions distilled from those authorities expressed, in my view admirably, the present state of Canadian law as applied to the question presently before the Court.

I have taken the liberty of extracting the following propositions from various places in the judgment: (i) in determining what is undue exploitation within s. 159(8), one of the tests to be applied is whether the accepted standards of tolerance in the contemporary Canadian community have been exceeded; (ii) the standards must be contemporary as times change and ideas change with them, one manifestation being the relative freedom with which the whole question of sex is discussed; (iii) it is the standards of the community as a whole which must be considered and not the standards of a small segment of that community such as the university community where a film was shown; (iv) the decision whether the publication is tolerable according to Canadian community standards rests with the court; (v) the task is to determine in an objective way what is tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community, and not merely to project one's own personal ideas of what is tolerable.

The cases all emphasize that it is a standard of *tolerance*, not taste, that is relevant. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it.

société» ne désigne qu'un consensus sur ce qui est bien et sur ce qui est mal . . . En tout état de cause, la question n'est pas de savoir si le contenu de la publication va au-delà de ce que la société canadienne contemporaine estime convenable, mais plutôt de savoir s'il va au-delà de ce que la société canadienne contemporaine est disposée à tolérer.

L'arrêt *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.), porte sur la distribution à certaines épiceries de revues préten-dument obscènes dont *Penthouse* et *Oui*. Le juge en chef Howland, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a examiné la doctrine et la jurisprudence pertinentes et, dans un certain nombre de propositions qu'il en a dégagées, il a énoncé d'une façon admirable à mon avis l'état actuel du droit cana-dien applicable à la question dont est saisie cette Cour en l'espèce.

Je me suis permis d'extraire les propositions suivantes de divers passages de ce jugement: (i) pour déterminer ce qui constitue de l'exploitation indue au sens du par. 159(8), l'un des critères applicables consiste à savoir si on a outrepassé les normes de tolérance admises dans la société cana-dienne contemporaine; (ii) il doit s'agir des normes contemporaines vu que les temps et les idées chan-gent comme en fait foi la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles; (iii) il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction de la société, comme le milieu universitaire où a été présenté un film; (iv) il appartient à la cour de décider si une publication est tolérable suivant les normes de la société canadienne; (v) il incombe de décider d'une manière objective ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne, et non simplement d'appliquer sa propre conception de ce qui est tolérable.

Tous les arrêts soulignent que la norme applica-ble est la *tolérance* et non le goût. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment conve-nable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient.

Since the standard is tolerance, I think the audience to which the allegedly obscene material is targeted must be relevant. The operative standards are those of the Canadian community as a whole, but since what matters is what other people may see, it is quite conceivable that the Canadian community would tolerate varying degrees of explicitness depending upon the audience and the circumstances. I would adopt the following passage of Howland C.J.O. in *Sudbury News Service Ltd.* (*supra*) at p. 8:

The next question which arises is the extent to which the manner and circumstances of distribution are relevant in determining whether or not a publication is obscene. There are some publications which are so blatantly indecent that they would not be tolerable by the Canadian community under any circumstances. Some pictures are offensive to the majority of people to the point that the Canadian community would not tolerate them on a billboard, or on the cover of a magazine, or on a television screen where persons of all ages and sensibilities would be exposed to them, but would be prepared to tolerate them being viewed by persons who wished to view them. Some pictures would not be acceptable by Canadian community standards in a children's bedtime story-book or primer but would be in a magazine for general distribution. The Canadian community might be prepared to tolerate the exhibition of a motion picture to an adult audience, but would consider the exhibition of the same motion picture to a general audience, which included children, to be an undue exploitation of sex. Similarly, the general distribution of certain magazines to a neighbourhood store accessible to all ages would not be tolerable, whereas the distribution of such magazines to "adult" bookstores to which children under a certain age were not admitted might not be objectionable. The packaging and pricing of a publication may also be relevant in considering whether Canadian community standards have been exceeded. The distribution of magazines in plastic covers marked "adult" in some respects might act as an attraction rather than a deterrent unless the price was high enough to place it beyond the reach of most children.

In endorsing this view I am modifying the position I had adopted in the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307, at p. 317 (leave to appeal denied, [1970] S.C.R. ix).

Puisque la norme est la tolérance, je pense que l'auditoire auquel s'adresse le film prétendument obscène doit être pris en considération. Les normes qui s'appliquent sont celles de la société canadienne dans son ensemble, mais, puisque ce qui importe c'est ce que d'autres personnes peuvent voir, il est tout à fait concevable que la société canadienne tolérerait divers degrés de caractère explicite selon l'auditoire et les circonstances. Je suis d'avis d'adopter le passage suivant du juge Howland, juge en chef de l'Ontario, dans l'arrêt *Sudbury News Service Ltd.* (précité), à la p. 8:

[TRADUCTION] La question qui se pose ensuite est de savoir dans quelle mesure le mode et les circonstances de la distribution sont pertinents pour décider si une publication est obscene. Certaines publications sont d'une indécence si flagrante que la société canadienne ne pourrait les tolérer en aucun cas. Certaines images sont si choquantes pour la majorité des gens que la société canadienne ne tolérerait pas qu'elles soient exposées sur un panneau d'affichage, sur la couverture d'une revue ou à la télévision où des personnes de tout âge et de toute sensibilité pourraient les voir, mais serait toutefois disposée à tolérer qu'elles soient vues par les personnes qui veulent les voir. Suivant les normes de la société canadienne, certaines images ne seraient pas acceptables dans un livre d'histoires ou un manuel pour enfants, mais le seraient dans une revue destinée au public en général. Alors qu'elle pourrait être disposée à tolérer qu'un film soit présenté à un auditoire adulte, la société canadienne considérerait que ce même film présenté à un auditoire général comprenant des enfants constituerait une exploitation indue des choses sexuelles. De même, la distribution de certaines revues dans un magasin de quartier accessible à des personnes de tout âge ne serait pas tolérable alors qu'on pourrait ne pas s'opposer à la distribution de ces revues dans les librairies dites «pour adultes» où les enfants ne sont pas admis. L'emballage et le prix d'une publication peuvent également être pris en considération pour décider si on a outrepassé les normes sociales canadiennes. La distribution de revues sous enveloppes de plastique avec l'indication «pour adultes» peut, à certains égards, avoir un effet d'attraction plutôt que de dissuasion à moins que leur prix soit suffisamment élevé pour que la plupart des enfants ne puissent se les procurer.

En adoptant cette opinion, je m'écarte de la position que j'avais adoptée en Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307, à la p. 317 (autorisation de pourvoi refusée, [1970] R.C.S. ix).

With that review of the cases, I turn now to the trial judgment in the present case. The appellant submits that the trial judge misdirected himself in holding that his assessment of the local community's feeling of "revulsion" was determinative of the Canadian community standard of tolerance, and in thereby employing a subjective and regional rather than objective and national test. According to the appellant the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the film would not be tolerated by the Canadian community in the sense that those who do not wish to view it will not accept or tolerate the fact that others do and will see it.

In delivering judgment the trial judge said:

I do not have the benefit of a jury. In making the remarks I have made, I do not feel that I am imposing my own standards completely, although how can one help but be subjective in a case like this. None of us live on an island, we all live in a world which, as evidence has suggested today, is becoming more tolerant of explicit sex in films and more tolerant of violence. Somebody has got to draw the line and I don't know how far community standards are prepared to be stretched before somebody does draw the line on the type of garbage that I saw this morning.

I am satisfied that this film is a long way from meeting the contemporary community standards. It may satisfy a certain element of a community, it may gratify them, but I am prepared to say that the majority of the community would feel the same revulsion for this show that I felt when I left there this morning.

When I say the dominant theme of this film was sex and violence, I am not being entirely correct, it is the only theme. There is no plot, there is no story whatsoever, unless it is hidden in such a way that I couldn't find it. I was making notes at the time the show was on, but I was able to watch it in its entirety.

In the present case I think, with respect, that the trial judge applied a standard of taste, not tolerance, as reflected in these words:

... I am prepared to say that the majority of the community would feel the same revulsion for this show that I felt when I left there this morning.

In my view this statement can only be interpreted as saying that most people would be personally

Après avoir examiné la jurisprudence, examinons maintenant le jugement de première instance en l'espèce. L'appelante soutient que le juge du procès a commis une erreur en décidant que l'évaluation qu'il a faite du sentiment de «dégout» de la collectivité locale était déterminante quant à la norme sociale de tolérance au Canada, recourant ainsi à un critère subjectif et régional plutôt qu'à un critère objectif et national. Suivant l'appelante, la poursuite doit établir hors de tout doute raisonnable que le film ne serait pas toléré par la société canadienne en ce sens que les personnes qui ne voudraient pas le voir n'accepteraient pas ou ne toléreraient pas que d'autres personnes le voient.

Le juge du procès a dit en rendant son jugement:

[TRADUCTION] Je ne bénéficie pas de la présence d'un jury. Dans les observations que j'ai faites, je ne crois pas imposer entièrement mes propres normes, bien qu'on puisse difficilement ne pas être subjectif dans un cas comme celui-ci. Aucun d'entre nous ne vit sur une île déserte, nous vivons tous dans un monde qui, comme la preuve faite aujourd'hui tend à le montrer, devient plus tolérant face aux choses sexuelles explicites dans les films et plus tolérant face à la violence. Il doit y avoir une limite et je ne sais pas jusqu'où on peut étirer les normes sociales avant que quelqu'un ne fixe une limite au genre de cochonnerie que j'ai vue ce matin.

Je suis convaincu que ce film est très loin de respecter les normes sociales contemporaines. Il peut satisfaire une certaine catégorie de personnes, il peut les contenter, mais je suis prêt à dire que la majorité des gens aurait face à ce spectacle le même sentiment de dégoût que j'avais en quittant la salle ce matin.

Quand je dis que les choses sexuelles et la violence constituent le thème dominant de ce film, ce n'est pas tout à fait exact: c'est le seul thème du film. Il n'y a pas d'intrigue, il n'y a absolument aucune histoire, à moins qu'elle soit si bien cachée que je n'ai pu la découvrir. J'ai pris des notes pendant le film, mais j'ai pu le voir entièrement.

En l'espèce, j'estime avec égards que le juge du procès a appliqué une norme de goût et non de tolérance, comme l'indiquent ces mots:

... je suis prêt à dire que la majorité des gens aurait face à ce spectacle le même sentiment de dégoût que j'avais en quittant la salle ce matin.

À mon avis, la seule interprétation possible de cette affirmation est que la plupart des gens

offended. The judge did not direct his mind to the question whether most people would tolerate others seeing the film in question. In that I think he erred.

It should also be noted that the trial judge gave no consideration to the fact that *Dracula Sucks* was restricted to adults only, and that only those who chose to see it would be exposed to it. As I have said, these factors are important considerations in applying a test of tolerance.

The appellant argues, as I have indicated, that the trial judge applied a subjective and local standard rather than a national objective test. In *Brodie*, Judson J. makes it clear that the trier of fact is not supposed simply to apply his own subjective standard but rather to assess the community standard. The statement of the trial judge, "I do not feel that I am imposing my own standards completely" seems to imply that he is imposing his own standards primarily and lends support to the submission of the appellant that the test applied was subjective and not objective. In particular, the sentence reading: "Somebody has got to draw the line and I don't know how far community standards are prepared to be stretched before somebody does draw the line on the type of garbage that I saw this morning" suggests that the judge is imposing his own standard—somebody has to draw the line and he is going to be the one to do it.

Reading his comments as a whole, I can reach no conclusion other than the trial judge applied his own subjective standards of taste and not community standards of tolerance.

#### V The Evidentiary Issue

The appellant's second ground is that the judge failed to have regard to the unrebutted evidence of the Chairman of the Censor Board that the film did not fall below contemporary community standards. 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.)

seraient personnellement choqués. Le juge ne s'est pas posé la question de savoir si la plupart des gens toléreraient que d'autres voient le film en question. À mon avis, c'est là qu'il a commis une erreur.

- <sup>a</sup> Il faut remarquer en outre que le juge du procès n'a pas tenu compte du fait que *Dracula Sucks* était réservé aux adultes et que seules les personnes qui choisissent de le voir y seraient exposées.
- <sup>b</sup> Comme je l'ai dit, ces facteurs sont importants lorsqu'on applique un critère de tolérance.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'appelante fait valoir que le juge du procès a appliqué une norme subjective et locale plutôt qu'un critère national et objectif. Dans l'arrêt *Brodie*, le juge Judson affirme clairement que le juge des faits est censé non pas appliquer simplement sa propre norme subjective, mais plutôt évaluer la norme sociale.

- <sup>c</sup> La déclaration du juge du procès, «je ne crois pas imposer entièrement mes propres normes», semble sous-entendre qu'il impose essentiellement ses propres normes, ce qui appuie la prétention de l'appelante que le critère appliqué était subjectif et non pas objectif. En particulier, la phrase «Il doit y avoir une limite et je ne sais pas jusqu'où on peut étirer les normes sociales avant que quelqu'un ne fixe une limite au genre de cochonnerie que j'ai vue ce matin» laisse entendre que le juge impose sa propre norme—quelqu'un doit fixer la limite et c'est lui qui va le faire.

<sup>g</sup> Compte tenu de l'ensemble de ses commentaires, je ne puis que conclure que le juge du procès a appliqué ses propres normes de goût et non les normes sociales de tolérance.

#### V La question de la preuve

Le second moyen de l'appelante porte que le juge n'a pas tenu compte du témoignage non réfuté du président de la Commission de censure portant que le film ne sort pas des normes sociales contemporaines. 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.)

Counsel does, however, take the point that in light of the evidence, not disputed, of the approval of the allegedly obscene film by all of the censor boards or classification boards across the country there was an additional onus on the Crown to adduce evidence to establish beyond a reasonable doubt that the film went beyond what the contemporary Canadian community is prepared to tolerate. In support of this argument counsel cited several passages on the subject of expert evidence from the dissenting judgment of Laskin J.A., as he then was, in *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (Ont. C.A.) and urged us to accept them as correct statements of the evidentiary requirements in obscenity cases.

The issue of who must place evidence of what before the trier of fact in obscenity cases is a vexing and recurring problem. Under the *Hicklin* rule expert evidence was in general held to be irrelevant. As Laidlaw J.A. explained in *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (Ont. C.A.) at p. 157, since, under the *Hicklin* test, the *gravamen* of the offence was a tendency to deprave or corrupt, evidence as to artistic merit—no matter how reliable—was held to be irrelevant to the issue of obscenity. And as for evidence tending to show that the material in question had no tendency to deprave or corrupt, Laidlaw J.A.'s discussion, at p. 161, illustrates that the prevailing rules of evidence held such testimony to be inadmissible opinion evidence going to the very question to be determined by the trier of fact.

With the inception of the new statutory definition in s. 159(8) this rigid inflexibility was considerably relaxed. In *Brodie* (*supra*), at p. 703, Judson J. made it clear that expert evidence as to the seriousness of the artist's purpose and the artistic merit of the material in question was certainly admissible, and, in his view, very helpful:

I can read and understand, but at the same time I recognize that my training and experience have been,

L'avocat fait cependant valoir que, compte tenu de la preuve incontestée de l'approbation du film prétendument obscene par tous les organismes de censure ou de classification au pays, la poursuite a avait le fardeau additionnel de prouver hors de tout doute raisonnable que le film outrepassait ce que la société canadienne contemporaine est disposée à tolérer. À l'appui de cet argument, l'avocat a cité de nombreux extraits de l'opinion dissidente du juge Laskin, alors juge de la Cour d'appel de l'Ontario, sur la question de la preuve d'expert, dans l'arrêt *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (C.A. Ont.) et il nous demande de considérer ces extraits comme l'énoncé exact des règles de preuve en matière d'obscénité.

La question de savoir qui a le fardeau de la preuve et ce qui doit être prouvé devant le juge des faits dans les causes d'obscénité est un problème épique qui se pose fréquemment. En vertu de la règle énoncée dans l'arrêt *Hicklin*, la preuve d'expert est généralement considérée comme non pertinente. Comme l'a expliqué le juge Laidlaw dans l'arrêt *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (C.A. Ont.), à la p. 157, puisque, suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Hicklin*, la substance de l'infraction était la tendance à dépraver ou à corrompre, la preuve relative à la valeur artistique—peu importe à quel point elle était digne de foi—a été jugée non pertinente en ce qui concerne la question de l'obscénité. Quant à la preuve qui vise à démontrer que le matériel en question ne tend pas à dépraver ou à corrompre, l'analyse du juge Laidlaw, à la p. 161, montre que suivant les règles de preuve en vigueur ce type de témoignage constitue une preuve d'opinion qui est irrecevable et qui porte sur la question même que le juge des faits doit trancher.

Depuis l'avènement de la nouvelle définition figurant au par. 159(8), cette attitude rigide s'est considérablement assouplie. À la page 703 de l'arrêt *Brodie* (précité) le juge Judson établit clairement que la preuve d'expert quant à l'objet profond de l'artiste et à la valeur artistique du matériel en question est certainement recevable et, à son avis, très utile:

[TRADUCTION] Je puis lire et comprendre, mais je reconnaissais en même temps que c'est en droit et non en

not in literature but in law and I readily acknowledge that the evidence of the witnesses who gave evidence in this case is of real assistance to me in reaching a conclusion.

In the *Prairie Schooner* case one issue was the admissibility of expert evidence (in the form of public opinion polls) on the question of the actual state of contemporary community standards. At page 266 of the report of that case there appears the following passage in the judgment of Monnin J.A. and myself:

... it would seem to me that when it becomes necessary to determine the true nature of community opinion and to find a single normative standard, the Court should not be denied the benefit of evidence, scientifically obtained in accordance with accepted sampling procedure, by those who are expert in the field of opinion research. Such evidence can properly be accorded the status of expert testimony. The state of mind or attitude of a community is as much a fact as the state of one's health: it would seem therefore as proper to admit the opinion of experts on the one subject as on the other.

(Emphasis added.)

To hold expert evidence *admissible* with regard to the factual underpinnings of the community standard test for "undueness" is, of course, not the same as holding such evidence to be *mandatory*. In *R. v. Great West News Ltd.* (*supra*), the appellants attempted to impose precisely that obligation on the Crown. It was argued that the Crown must fail because no evidence had been put before the court from which the court could objectively determine prevailing community standards. Counsel submitted that the court must determine from evidence placed before it by the Crown: (i) what is the community standard, that is to say, what is the standard of tolerance of Canadians as a whole to material of the nature of that impugned? (ii) does the material impugned so far transcend that standard as to be branded as criminal? After a review of the cases, and speaking also for Smith C.J.M., I had occasion to say, at pp. 314-15:

The authorities would seem to ascribe to the Judge a much more important role in the assessment of contem-

littérature que j'ai acquis ma formation et mon expérience et j'admetts volontiers que les dépositions des témoins en l'espèce m'ont vraiment aidé à arriver à une conclusion.

<sup>a</sup> L'affaire *Prairie Schooner* portait notamment sur l'admissibilité d'une preuve d'expert (sous forme de sondage d'opinion publique) concernant l'état des normes sociales contemporaines. À la page 266 du recueil où est publiée cette affaire, on trouve le passage suivant des motifs du juge Monnin et de moi-même:

[TRADUCTION] ... il me semblerait que lorsqu'il devient nécessaire de déterminer la nature véritable de l'opinion publique et de trouver une norme unique, la Cour doit pouvoir bénéficier d'une preuve scientifique obtenue conformément à la procédure reconnue en matière d'échantillonnage par des personnes qui sont des experts en matière de sondage d'opinion. Cette preuve peut, à bon droit, être qualifiée de preuve d'expert. L'état d'esprit ou l'attitude d'une société est un fait tout autant que l'état de santé d'une personne; il semblerait donc qu'il convient d'admettre l'avis d'experts autant sur un sujet que sur l'autre.

<sup>e</sup> (C'est moi qui souligne.)

Juger une preuve d'expert *recevable* en ce qui concerne le fondement factuel du critère de la norme sociale applicable au «caractère indu» n'est pas évidemment la même chose que considérer cette preuve comme *obligatoire*. Dans l'arrêt *R. v. Great West News Ltd.* (précité), les appellants ont précisément tenté d'imposer cette obligation à la poursuite. On a prétendu que la poursuite ne devait pas avoir gain de cause parce que aucune preuve n'avait été présentée à la cour lui permettant de déterminer de façon objective les normes sociales courantes. L'avocat a fait valoir que la cour doit déterminer à partir de la preuve que lui soumet la poursuite: (i) Quelle est la norme sociale, c'est-à-dire quelle est la norme de tolérance de l'ensemble des Canadiens à l'égard du matériel comme celui qui est en cause? (ii) Le matériel en cause outrepasse-t-il cette norme au point d'être qualifié de criminel? Après avoir examiné la jurisprudence, j'ai affirmé, aux pp. 314 et 315, en m'exprimant également au nom du juge en chef Smith du Manitoba:

[TRADUCTION] La jurisprudence semble attribuer au juge un rôle beaucoup plus important dans l'évaluation

porary community standards than counsel for the appellants would accord him. I do not find in *Brodie* or elsewhere in the Commonwealth, any majority opinion that expert evidence of community standards is an essential ingredient to a finding of guilt. If any inference can be drawn from *Brodie* it is that the Judge must, in the final analysis, endeavour to apply what he, in the light of his experience, regards as contemporary standards of the Canadian community. In so doing he must be at pains to avoid having his decision simply reflect or project his own notions of what is tolerable.

I am unaware of any majority opinion, since the *Great West News Ltd.* judgment, in Canada or elsewhere in the Commonwealth, which has made expert evidence of community standards mandatory. To impose on the Crown a positive requirement to adduce expert evidence as to community standards would be unrealistic. Expert evidence is always expensive, sometimes simply not available and frequently unreliable. The American experience—based, to be sure on a somewhat different test for obscenity—has been summarized in *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973) at p. 56, Note 6. Obscenity, it is said, “is not a subject that lends itself to the traditional use of expert testimony . . . indeed the ‘expert witness’ practices employed in these cases have often made a mockery out of the otherwise sound concept of expert testimony”. *United States v. Various Articles of Obscene Merchandise*, 709 F.2d 132 (2d Cir. 1983) at p. 135, a recently reported American obscenity decision, confirms that although the government bears the burden of proving each element of obscenity (including a breach of community standards) to the satisfaction of the trier of fact, expert evidence of community standards is not constitutionally required, and that absent (or even in the face of) such evidence, the impugned materials may “speak for themselves” so as to ground a conviction for obscenity.

This is essentially the situation that obtains in Canada. In *R. v. Cameron* (*supra*), in the judgment cited by the appellant, Laskin J.A. distills

des normes sociales contemporaines que celui que l'avocat des appels lui accorderait. Je ne trouve ni dans l'arrêt *Brodie* ni dans aucun autre arrêt d'un pays du Commonwealth une opinion majoritaire portant que la preuve des normes sociales par des témoins experts est un élément essentiel à une déclaration de culpabilité. La seule déduction, s'il y a lieu, qui peut être faite de l'arrêt *Brodie*, c'est que le juge doit, en dernière analyse, tenter d'appliquer ce que lui-même, compte tenu de son expérience, considère comme étant les normes contemporaines de la société canadienne. Ce faisant, il doit s'efforcer d'éviter que sa décision traduise ou reflète sa propre conception de ce qui est tolérable.

Depuis l'arrêt *Great West News Ltd.*, je ne connais aucune opinion majoritaire, exprimée au Canada ou ailleurs dans le Commonwealth, qui ait rendu obligatoire la preuve d'expert relativement aux normes sociales. Imposer à la poursuite une telle obligation serait irréaliste. La preuve d'expert est toujours coûteuse, parfois tout simplement impossible à obtenir et fréquemment douteuse. L'expérience américaine—qui se fonde bien sûr sur un critère quelque peu différent en matière d'obscénité—est résumée dans la décision *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), à la p. 56, note 6. L'obscénité, dit-on, [TRADUCTION] «n'est pas un sujet qui se prête au recours traditionnel à la preuve d'expert . . . en fait, le recours au «témoin expert» dans ces cas a souvent tourné en dérision le concept par ailleurs valable de la preuve d'expert». La décision *United States v. Various Articles of Obscene Merchandise*, 709 F.2d 132 (2d Cir. 1983), à la p. 135, une décision en matière d'obscénité publiée récemment aux États-Unis, confirme que, même si le gouvernement a l'obligation de prouver chacun des éléments de l'obscénité (y compris la violation des normes sociales) à la satisfaction du juge des faits, la preuve d'expert relativement aux normes sociales n'est pas obligatoire sur le plan constitutionnel, et qu'en l'absence (ou même en présence) de ce type de preuve les objets attaqués peuvent [TRADUCTION] «parler d'eux-mêmes» et justifier une condamnation pour obscénité.

La situation est essentiellement la même au Canada. Dans l'arrêt *R. v. Cameron* cité par l'appelante, le juge Laskin, alors juge d'appel, tire de

from the case law five propositions regarding the law of obscenity. The fifth, at p. 513, is:

Expert evidence is admissible on the issue of "undueness" but it must be weighed by the Court even when it is all one way and stands uncontradicted.

With respect, I agree that this is an accurate statement of the law. If later passages in Laskin J.A.'s dissent do in fact retreat from this position, so as to suggest that expert evidence, whether in chief or in rebuttal, is a legal prerequisite for a finding of obscenity, then with great respect I cannot agree. I consider as accurate the following statement of evidentiary requirements enunciated in the recent decision of Borins J. in *R. v. Doug Rankine Co. (supra)*, at pp. 171-72:

It is well established that if the material itself is introduced into evidence, expert evidence as to obscenity or community standards is not required. Indeed, even if it is presented, the trier of fact is not bound to accept it. There is no necessity for the judge or jury to rely on evidence introduced in court as the basis for identifying community standards. Therefore, the trier of fact may determine for himself or herself (or themselves, in cases tried by a jury) the content of the community standard which is to be applied in determining whether the material in issue exceeds that standard. It is an objective test which applies. The test is not based on the level of tolerance of the judge or the jury. It is what the judge or jury believe the national level of tolerance to be.

Although, with great respect, I would not subscribe to any suggestion in Laskin J.A.'s dissent in *R. v. Cameron (supra)* that expert evidence is mandatory, I would nonetheless adopt his comment at p. 515 of that judgment:

Of course, that ultimate issue was for him [the judge], but even the most knowledgeable adjudicator should hesitate to rely on his own taste, his subjective appreciation, to condemn art. He does not advance the situation by invoking his right to apply the law and satisfying it by a formulary advertence to the factors which must be canvassed in order to register a conviction.

la jurisprudence cinq propositions concernant le droit en matière d'obscénité. La cinquième proposition est énoncée à la p. 513:

[TRADUCTION] La preuve d'expert relativement au «caractère indu» est admissible, mais la Cour doit en faire l'appréciation même lorsque celle-ci est à sens unique et qu'elle n'est pas contredite.

Avec égards, je suis d'accord pour dire qu'il s'agit là d'un énoncé exact de la règle de droit applicable. Si les derniers extraits de l'opinion dissidente du juge Laskin s'écartent effectivement de cette position de manière à laisser entendre que la preuve d'expert, que ce soit à titre de preuve principale ou de contre-preuve, est une condition légale préalable pour conclure à l'obscénité, alors avec égards je ne puis être d'accord. Je considère exact l'énoncé suivant des exigences en matière de preuve que l'on trouve dans la décision récente du juge Borins, *R. v. Doug Rankine Co.* (précitée), aux pp. 171 et 172:

[TRADUCTION] Il est bien établi que, si le matériel lui-même est déposé en preuve, la preuve d'expert relativement à l'obscénité ou aux normes sociales n'est pas requise. En fait, même si cette preuve est présentée, le juge des faits n'est pas tenu de l'accepter. Le juge ou le jury n'est pas tenu de se fonder sur la preuve présentée devant la cour comme moyen d'identifier les normes sociales. Par conséquent, le juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury, peut lui-même déterminer le contenu de la norme sociale à appliquer pour décider si le matériel en question dépasse cette norme. C'est un critère objectif qui s'applique. Ce critère ne se fonde pas sur le seuil de tolérance du juge ou du jury. Il consiste en ce que le juge ou le jury croit être le seuil national de tolérance.

Bien que, avec égards, je ne souscrive pas à la proposition énoncée en dissidence par le juge Laskin dans l'arrêt *R. v. Cameron* (précité), portant que la preuve d'expert est obligatoire, je fais mienne néanmoins l'observation qu'il a faite à la p. 515 de cet arrêt:

[TRADUCTION] Certes, il lui [le juge] appartenait de trancher cette ultime question, mais même le juge le mieux informé doit hésiter à se fonder sur son goût personnel, sur son appréciation subjective, pour condamner l'art. Il n'améliore pas la situation lorsqu'il invoque son droit d'appliquer la loi et qu'il le fait en portant une attention rituelle aux facteurs qui doivent être examinés à fond pour inscrire une déclaration de culpabilité.

What is essential to a determination of undueness by means of the community standards test is that the trier of fact formulate an opinion of what the contemporary Canadian community will tolerate. In forming this opinion, the trier of fact must assess the community consensus. This assessment will inevitably involve judgments about values since it is one that touches the very fundamental mores and viewpoints of the Canadian community.

I would repeat, however, that this inquiry, though involving judgments about values, must be distinguished from the application of the trier of fact's subjective opinions about the tastelessness or impropriety of certain publications. The decision must focus on an objective determination of the community's level of tolerance and whether the publication exceeds such level of tolerance, not the trier of fact's personal views regarding the impugned publication. Thus, the role of an appellate court on an appeal from a determination of the community standard is to ensure that the trier of fact's decision is based on an opinion on the community standard of tolerance, not on his or her opinion about the tastelessness or impropriety of the impugned publication.

Evidence of the community's standard of tolerance may well be useful and indeed desirable in many cases. Nonetheless, I do not consider that there must be evidence, expert or otherwise, which the trier of fact accepts before a particular publication can be determined to violate the community standard. It is the opinion of the trier of fact on the community standard of tolerance with which we are concerned. It ought not to be stated as a matter of law that the trier of fact must have evidence, expert or otherwise, to be able to form an opinion on the community standard of tolerance.

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:

Ce qui est essentiel à la détermination du caractère indu au moyen du critère des normes sociales, c'est que le juge des faits formule une opinion sur ce qui est toléré par la société canadienne contemporaine. En formant cette opinion, le juge des faits doit évaluer le consensus social. Cette évaluation comporte nécessairement des jugements de valeur puisqu'elle touche précisément les mœurs et les points de vue fondamentaux de la société canadienne.

Je répète toutefois que, même s'il comporte des jugements de valeur, cet examen doit être distingué de l'application des opinions subjectives du juge des faits en ce qui a trait au mauvais goût ou à l'inconvenance de certaines publications. La décision doit être axée sur la détermination objective du seuil de tolérance de la société et sur la question de savoir si la publication excède ce seuil, et non sur les opinions personnelles du juge des faits concernant la publication attaquée. Ainsi, dans un appel d'une détermination de la norme sociale, le rôle de la cour d'appel consiste à s'assurer que la décision du juge des faits repose sur une opinion concernant la norme sociale de tolérance et non pas sur sa propre opinion concernant le mauvais goût ou l'inconvenance de la publication attaquée.

La preuve de la norme sociale de tolérance peut fort bien être utile, voire souhaitable, dans bien des cas. Néanmoins, je n'estime pas que le juge des faits doit accepter un témoignage, celui d'un expert ou autre, pour pouvoir déterminer qu'une publication donnée viole la norme sociale. C'est à l'opinion du juge des faits concernant la norme sociale de tolérance que nous nous intéressons. On ne devrait pas affirmer, comme point de droit, que le juge des faits doit disposer d'un témoignage, celui d'un expert ou autre, pour être en mesure de se former une opinion sur la norme sociale de tolérance.

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:

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. In this case, it was incumbent on the trial judge to consider and assess the weight, if any, to be given to the evidence, indicative of community standards of tolerance, afforded by the approval of the film by censor boards or classification boards as well as the fact that no complaints had been received by the Board in Alberta although more than 8,500 people had viewed the film. He might, for instance, have considered the following assessment of similar evidence with regard to *Last Tango in Paris* by Freedman C.J.M. in *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (*supra*), at p. 196:

[The issue of obscenity] must be determined according to contemporary community standards in Canada. Relevant to that determination are many factors. One is the testimony of the experts, to be judicially assessed and weighed. Another is the circumstance that the film is adult fare only, as it has been given the classification "Restricted Adult", thereby becoming unavailable to persons under 18 years of age. A third is the fact that the film is being shown in New Brunswick, Quebec, Ontario, and British Columbia, in all of which Provinces it was given clearance by censor boards who made no deletions in it. (The film is of course being shown in many other countries in the world as well.) The record does not disclose a single Province that has banned "Last Tango". I am loath to believe that Manitobans are less tolerant, less sophisticated, or more in need of protective shelter than other Canadians.

In the present case the trial judge should certainly not have rejected the evidence before him without explanation.

It must also be kept in mind that the Crown must prove its case beyond a reasonable doubt. If at the end of the case the trial judge, whether on the basis of the defence evidence or otherwise, has

[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. En l'espèce, le juge du procès avait le devoir d'examiner ce témoignage et d'évaluer le poids de la preuve, en ce qu'elle reflète les normes sociales de tolérance, que constituent l'approbation du film par les organismes de censure ou de classification ainsi que le fait que la Commission de l'Alberta n'a reçu aucune plainte bien que plus de 8 500 personnes aient vu le film. Il aurait pu, par exemple, prendre en considération l'évaluation d'une preuve similaire concernant le film *Le dernier tango à Paris*, faite par le juge en chef Freedman dans l'arrêt *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (précité), à la p. 196:

[TRADUCTION] [La question de l'obscénité] doit être tranchée suivant les normes contemporaines de la société canadienne. Plusieurs facteurs doivent être pris en considération pour trancher cette question. L'un d'eux est le témoignage des experts, que le juge doit soupeser et évaluer. Un autre est le fait que le film ne peut être vu que par des adultes puisqu'il a reçu la cote «Réservé aux adultes» et qu'il ne peut ainsi être présenté aux personnes de moins de 18 ans. Un troisième facteur est que le film est présenté au Nouveau-Brunswick, au Québec, en Ontario et en Colombie-Britannique et que, dans toutes ces provinces, les organismes de censure ont permis qu'il soit présenté dans sa version intégrale. (Ce film est également présenté dans plusieurs autres pays.) D'après le dossier, aucune province n'en a interdit la présentation. J'hésite à croire que les Manitobains sont moins tolérants, moins raffinés ou qu'ils ont besoin de plus de protection que les autres Canadiens.

Dans la présente espèce, le juge du procès n'aurait certainement pas dû rejeter la preuve qui lui a été soumise sans donner d'explications.

Il faut également se rappeler que la poursuite doit établir sa preuve hors de tout doute raisonnable. Si, à la fin du procès, compte tenu de la preuve de la défense ou autrement, le juge a un doute

a reasonable doubt that the material falls below community standards, he must acquit. There is no onus on the accused to show that community standards have been met.

In my view the trial judge erred in failing to have regard to the unrebutted evidence of the Chairman of the Censor Board of Alberta.

Both the points advanced by the appellant are well taken. I would therefore allow the appeal, set aside the judgments at trial and on appeal, and order a new trial.

The reasons of Beetz and Estey JJ. were delivered by

**BEETZ J.**—I have had the advantage of reading the reasons for judgment written by the Chief Justice, Mr. Justice McIntyre and Madame Justice Wilson.

Like Mr. Justice McIntyre, I agree with the Chief Justice that the standard we seek is that of tolerance and that: "What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it." I agree, however, with the Chief Justice that the Crown is not required to adduce expert evidence as to community standards.

Again like Mr. Justice McIntyre, I agree with Madame Justice Wilson that the audience to which a film or other publication is exposed is not relevant to a consideration of whether it is obscene.

I would dispose of the appeal as do the Chief Justice and Madame Justice Wilson.

The following are the reasons delivered by

**MCINTYRE J.**—I have read the reasons for judgment prepared for delivery by the Chief Justice and Madame Justice Wilson. I am in agree-

raisonnable que le film outrepasse les normes sociales, il doit prononcer l'acquittement. L'accusé n'a pas le fardeau d'établir que les normes sociales sont respectées.

**J**e suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas compte du témoignage non réfuté du président de la Commission de censure de l'Alberta.

**b** Les deux moyens qu'a fait valoir l'appelante sont bien fondés et, en conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les jugements rendus en première instance et en appel et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Beetz et Estey rendus par

**LE JUGE BEETZ**—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement préparés par le Juge en chef, le juge McIntyre et le juge Wilson.

**e** À l'instar du juge McIntyre, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que la norme qui nous intéresse est celle de la tolérance et que «Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient.» Toutefois, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'il n'est pas nécessaire que la poursuite produise une preuve d'expert au sujet des normes sociales.

**f** À l'instar encore une fois du juge McIntyre, je suis d'accord avec le juge Wilson pour dire que l'auditoire auquel est présenté un film ou une autre publication est sans importance pour ce qui est de savoir si ce film ou cette publication est obscène.

**i** Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la même manière que l'ont fait le Juge en chef et le juge Wilson.

Version française des motifs rendus par

**LE JUGE MCINTYRE**—J'ai lu les motifs de jugement préparés par le Juge en chef et le juge Wilson. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour

ment with the Chief Justice that the standard we seek is that of tolerance and that: "What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it." I agree, however, with Madame Justice Wilson that the audience to which a film or other publication is exposed is not relevant to a consideration of whether it is obscene, and also share her view that to formulate the community standard, which is an element of the proof required from the Crown in a criminal case, some evidence, expert or otherwise, must be adduced by the Crown before the trier of fact. I would dispose of the appeal as do the Chief Justice and Madame Justice Wilson.

dire que la norme qui nous intéresse est celle de la tolérance et que «Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient.» Toutefois, je suis d'accord avec le juge Wilson pour dire que l'auditoire auquel est présenté un film ou une autre publication est sans importance pour ce qui est de savoir si ce film ou cette publication est obscène et je partage également son point de vue que, pour formuler la norme sociale qui constitue un élément de la preuve qu'elle doit faire dans une cause criminelle, la poursuite doit présenter des témoignages, ceux d'experts ou autres, au juge des faits. Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la même manière que l'ont fait le Juge en chef et le juge Wilson.

The following are the reasons delivered by

**WILSON J.**—I concur in the result reached by the Chief Justice. I wish, however, to express my own view as to what the trial judge did in this case that constituted error in law. In so doing I have found it necessary to some extent to revert to first principles. I start with the wording of s. 159(8) of the *Criminal Code* which reads:

(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.

It seems to me that the question which the section poses is: is the undue exploitation of sex a dominant characteristic of this movie? The narrower question is: is the exploitation of sex in this movie "undue"? If the exploitation of sex in the movie is not "undue", then it matters not that the exploitation of sex is a dominant characteristic of the movie; it cannot be obscene under the section. The primary question then to which all others are subordinate is: is the exploitation of sex in the

Version française des motifs rendus par

**LE JUGE WILSON**—Je souscris à la conclusion du Juge en chef. Je tiens cependant à exprimer mon opinion sur l'erreur de droit commise par le juge du procès dans la présente affaire. J'ai jugé nécessaire pour ce faire de revenir dans une certaine mesure aux principes fondamentaux. Je citerai tout d'abord le par. 159(8) du *Code criminel* qui est ainsi rédigé:

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

Il me semble que la question soulevée par ce paragraphe est la suivante: l'exploitation indue des choses sexuelles est-elle une caractéristique dominante de ce film? On peut se demander plus précisément: l'exploitation des choses sexuelles dans ce film est-elle «indue»? Si l'exploitation des choses sexuelles dans le film n'est pas «indue», il importe peu alors que l'exploitation des choses sexuelles soit une caractéristique dominante du film; celui-ci ne peut être obscène au sens de ce paragraphe. La question primordiale dont dépendent toutes les autres questions est donc la sui-

movie "undue"?

I turn to the test of "undueness". How is "undueness" to be measured? Clearly it postulates a standard which cannot be exceeded and that standard has been stated by the courts to be an objective one, the contemporary community standard in Canada. The problem then becomes one of how to identify that contemporary community standard in order to decide whether or not it has been exceeded.

The standard we are concerned with, it seems to me, is the degree of exploitation of sex which the Canadian community at any given point of time is prepared to accept in its movies. This is sometimes referred to as the Canadian standard of tolerance. I take no issue with the word tolerance. In my view there is no difference in meaning between acceptance by the community and tolerance by the community. I do not find it helpful, however, to refine further on that standard by identifying it as the degree of exploitation of sex to which Canadians are prepared to have other Canadians exposed. I think this is a different standard, a much more difficult one to identify and one not mandated by the section.

The test by which the trier of fact must assess the community standard is an objective one. The community standard itself, however, necessarily contains an element of subjectivity since what must be objectified are the subjective views of the entire community as to what degree of exploitation of sex is acceptable. To identify the community standard in terms of the degree of exploitation of sex to which Canadians are prepared to have other Canadians exposed has the effect, however, of introducing an even greater degree of subjectivity into the community standard. I believe this is so because what Canadians consider to be acceptable for other Canadians is likely to depend heavily on which other Canadians they have in mind. The community may feel that the degree of exploitation of sex in a particular film would be unacceptable if the film were shown to an audience of young people or senior citizens but nevertheless feel that it would be acceptable if the film were shown to a university group. In determining this

vante: l'exploitation des choses sexuelles dans le film est-elle «indue»?

Examinons le critère du «caractère indu». Comment le «caractère indu» doit-il être mesuré? Il presuppose manifestement une norme qu'on ne peut excéder et cette norme, qui selon les tribunaux doit être objective, est la norme sociale contemporaine au Canada. Il s'agit alors de savoir comment identifier cette norme sociale contemporaine afin de déterminer si on l'a outrepassée.

La norme qui nous intéresse, me semble-t-il, est le degré d'exploitation des choses sexuelles que la société canadienne est disposée à accepter dans ses films à une époque donnée. C'est ce qu'on appelle parfois la norme canadienne de tolérance. Je ne veux pas discuter du mot tolérance. À mon avis, il n'y a pas de différence de signification entre l'acceptation de la société ou sa tolérance. Je ne crois pas utile de renchérir sur la norme sociale en l'identifiant comme le degré d'exploitation des choses sexuelles auquel des Canadiens sont disposés à voir d'autres Canadiens s'exposer. Je crois qu'il s'agit là d'une norme différente qui est beaucoup plus difficile à identifier et qui n'est pas prescrite par le paragraphe en question.

Le critère en fonction duquel le juge des faits doit évaluer la norme sociale est un critère objectif. Cependant, la norme sociale elle-même comporte nécessairement un élément de subjectivité puisqu'il s'agit d'objectiver les points de vue subjectifs de toute la société sur la question de savoir quel degré d'exploitation des choses sexuelles est acceptable. Identifier la norme sociale en termes de degré d'exploitation des choses sexuelles auquel des Canadiens sont disposés à voir d'autres Canadiens s'exposer a pour effet d'accroître son degré de subjectivité. Je crois qu'il en est ainsi car ce que des Canadiens estiment acceptable pour d'autres Canadiens est susceptible de dépendre largement du segment de la population qu'ils ont à l'esprit. La société peut estimer que le degré d'exploitation des choses sexuelles dans un film donné serait inacceptable si le film était projeté devant un auditoire composé de personnes jeunes ou de personnes âgées, mais qu'il serait néanmoins acceptable si ce film était présenté à un auditoire universi-

community standard the trier of fact would be forced to speculate not only on what the community considers to be acceptable but on which particular constituency the community has in mind in setting the standard of acceptability.

I think we have to approach the question more directly and ask: do Canadians today accept this degree of exploitation of sex in their movies? If they do, then the movie is not obscene. If they don't, then the exploitation is "undue" and, if it is a dominant characteristic of the movie, the movie is deemed to be obscene under the section. It is not, in my opinion, open to the courts under s. 159(8) of the *Criminal Code* to characterize a movie as obscene if shown to one constituency but not if shown to another. I do not doubt that it is desirable to regulate the movies that can be shown to different constituencies. A movie which is not obscene within the meaning of the *Criminal Code* may still not be desirable viewing material for persons under the age of 18. Such regulation, as will be mentioned later in these reasons, is authorized in various provincial jurisdictions but it is the regulation of material which is not obscene under the *Code*. I do not think the Court should, by segregating the community into different groups for purposes of ascertaining the standard of tolerance the community would adopt for each group, inject into s. 159(8) of the *Criminal Code* a series of different tests of obscenity. In my view, a movie is either obscene under the *Code* based on a national community standard of tolerance or it is not. If it is not, it may still be the subject of provincial regulatory control.

"Undueness", however, is not purely a matter of degree. It must have reference to the total context of the movie. As Judson J. said in *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681 at p. 702, in discussing obscenity in literature:

It is not the particular passages and words in a certain context that are before the Court for judgment but the book as a complete work. The question is whether the book as a whole is obscene not whether certain passages and certain words, part of a larger work, are obscene.

taire. Pour déterminer cette norme sociale, le juge des faits serait contraint de spéculer non seulement sur ce que la société estime acceptable, mais également sur l'auditoire que celle-ci avait à l'esprit en établissant la norme d'acceptabilité.

Je pense que nous devons aborder la question plus directement et nous demander: de nos jours, les Canadiens acceptent-ils ce degré d'exploitation des choses sexuelles dans leurs films? Dans l'affirmative, le film n'est pas obscène. Dans la négative, l'exploitation est alors «indue» et, si c'est une caractéristique dominante du film, celui-ci est réputé obscène au sens du paragraphe. À mon avis, il n'appartient pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8) du *Code criminel*, de qualifier un film d'obscène si on le présente à un auditoire donné mais de non obscène si on le présente à un autre. Je ne doute pas qu'il soit souhaitable de réglementer les films qu'on peut présenter à différents auditaires. Un film qui n'est pas obscène au sens du *Code criminel* peut néanmoins ne pas être un spectacle souhaitable pour des personnes de moins de 18 ans. Comme on le verra plus loin dans ces motifs, cette réglementation est permise dans plusieurs provinces, mais il s'agit de la réglementation de matériel qui n'est pas obscène au sens du *Code*. Je ne crois pas que la Cour, en séparant la société en différents groupes pour établir la norme de tolérance que la société adopterait pour chacun, devrait introduire dans le par. 159(8) du *Code criminel* une série de critères d'obscénité différents. À mon avis, un film est obscène en vertu du *Code* selon une norme sociale nationale de tolérance ou il ne l'est pas. Dans ce dernier cas, il peut toujours faire l'objet d'un contrôle réglementaire des provinces.

Cependant, le «caractère indu» n'est pas uniquement une question de degré. Il doit se rapporter à tout le contexte du film. Comme l'a dit le juge Judson dans l'arrêt *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, à la p. 702, en analysant l'obscénité dans le domaine littéraire:

[TRADUCTION] La Cour doit se prononcer non pas sur certains extraits et mots qui figurent dans un contexte particulier, mais sur l'ouvrage dans son ensemble. Il s'agit non pas de savoir si certains extraits et certains mots, qui font partie d'un ouvrage, sont obscènes, mais de savoir si l'ensemble de l'ouvrage est obscène.

The same point was made by Chief Justice Freedman in *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185 (Man. C.A.), when, in speaking of the film *Last Tango in Paris*, he said at p. 193:

It must be judged as a whole. It should not be condemned as obscene merely by reference to its sexual episodes or to its occasional gross and earthy language. Both the episodes and the language must be assessed in the context of and in their relationship to the entire film.

Coming back then to the determination of the community standard in the terms I have described, namely the standard the community at any given time is prepared to accept or tolerate, how is this moral consensus to be ascertained? I describe it as a "moral" consensus because I agree with the Chief Justice that we are not concerned here with matters of "taste". To use the standard accepted by members of the community for themselves does not, in my view, substitute "taste" for moral acceptability. I think it is incorrect to say that when I am deciding whether or not I myself am prepared to be shown a certain type of movie I am making a decision merely on the basis of *taste* but when I am deciding whether or not I am prepared to have that same movie shown to others I am making a decision on the basis of *tolerance*. This, in my view, is a false distinction. In either case tolerance in the sense of moral acceptability is the issue—in the former case moral acceptability to myself and in the latter moral acceptability to others. People may, of course, refuse to patronize certain movies on grounds of taste but this is not at all what we are concerned with under the *Criminal Code*.

The *Shorter Oxford English Dictionary* defines "toleration" as "the action or practice of tolerating or allowing what is not actually approved". It is apparent from this definition that there is a distinction between that which is not approved and that which is not to be tolerated. In *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (Ont.) at p. 173, Borins Co. Ct. J. made the following assessment of community standards of tolerance in relation to what may be described as "sex films":

Le juge en chef Freedman a souligné la même chose dans l'arrêt *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185 (C.A. Man.), lorsque, au sujet du film *Le dernier tango à Paris*, il a affirmé, à la p. 193:

[TRADUCTION] Il doit être jugé dans son ensemble. Il ne doit pas être déclaré obscène uniquement en raison de ses épisodes de caractère sexuel ou de son langage parfois vulgaire et grossier. Les épisodes et le langage doivent être tous deux appréciés en fonction de tout le film et de leur rapport avec ce dernier.

Revenons à la détermination de la norme sociale telle que je l'ai décrite, c.-à-d. la norme que la société est disposée à accepter ou à tolérer à une époque donnée. Comment ce consensus moral doit-il être déterminé? Je parle de consensus «moral» parce que je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'il ne s'agit pas ici d'une question de «goût». À mon avis, l'emploi de la norme que les membres de la société acceptent pour eux-mêmes n'a pas pour effet de substituer le «goût» à l'acceptabilité morale. Il me semble incorrect de dire que, quand je décide si je suis prête ou non à regarder un certain genre de film, je prends une décision seulement fondée sur le *goût*, mais quand je décide si je suis prête ou non à présenter le même film à d'autres, je prends une décision fondée sur la *tolérance*. C'est à mon sens une distinction fausse. Dans les deux cas, la tolérance au sens d'acceptabilité morale est la question en cause—dans le premier cas, l'acceptabilité morale pour moi-même et dans le second, l'acceptabilité morale pour les autres. Les gens peuvent évidemment refuser d'assister à certains films pour des raisons de goût, mais ce n'est pas du tout ce qui est en cause en vertu du *Code criminel*.

Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit «tolérance» [*tolération*] comme «l'acte ou le fait de tolérer ou de permettre ce qui n'est pas réellement approuvé». Il ressort de cette définition qu'il existe une distinction entre ce qui n'est pas approuvé et ce qui n'est pas toléré. Dans l'affaire *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (Ont.) à la p. 173, le juge Borins de la Cour de comté a fait l'évaluation suivante des normes sociales de tolérance relativement à ce qu'on peut décrire comme des «films de sexe»:

In my opinion, contemporary community standards would tolerate the distribution of films which consist substantially of scenes of people engaged in sexual intercourse. Contemporary community standards would also tolerate the distribution of films which consist of scenes of group sex, lesbianism, fellatio, cunnilingus, and anal sex. However, films which consist substantially or partially of scenes which portray violence and cruelty in conjunction with sex, particularly where the performance of indignities degrades and dehumanizes the people upon whom they are performed, exceed the level of community tolerance.

In drawing this distinction I do not think that Borins Co. Ct. J. was suggesting that the average Canadian finds the former type of film to his or her taste or that such films are inoffensive to most Canadians. Rather, I think that Borins Co. Ct. J. recognized that whether or not Canadians found the former type of films distasteful, they were prepared to tolerate their being shown.

It seems to me that the undue exploitation of sex at which s. 159(8) is aimed is the treatment of sex which in some fundamental way dehumanizes the persons portrayed and, as a consequence, the viewers themselves. There is nothing wrong in the treatment of sex *per se* but there may be something wrong in the manner of its treatment. It may be presented brutally, salaciously and in a degrading manner, and would thus be dehumanizing and intolerable not only to the individuals or groups who are victimized by it but to society at large. On the other hand, it may be presented in a way which harms no one in that it depicts nothing more than non-violent sexual activity in a manner which neither degrades nor dehumanizes any particular individuals or groups. It is this line between the mere portrayal of human sexual acts and the dehumanization of people that must be reflected in the definition of "undueness".

How is the Court to determine where the line is drawn? By guidelines read into the definition as a matter of interpretation of the word "undue"? By consideration of the presumed social ills sought to be avoided by restrictions on freedom of publication? By statistics showing what people are prepared to look at and what they are not? The courts

[TRADUCTION] À mon avis, les normes sociales contemporaines permettent de tolérer la distribution de films qui comportent essentiellement des scènes où des personnes ont des rapports sexuels. Les normes sociales contemporaines toléreraient aussi la distribution de films qui comportent des scènes d'orgie sexuelle, de lesbianisme, de fellation, de cunnilingus et de sodomie. Toutefois, les films qui comportent essentiellement ou partiellement des scènes de sexe accompagnées de violence et de cruauté, en particulier lorsque l'accomplissement d'outrages a pour effet de dégrader et de déshumaniser les personnes qui les subissent, excèdent le seuil de tolérance sociale.

Je ne crois pas qu'en faisant cette distinction, le juge Borins ait suggéré que la Canadienne ou le Canadien moyen trouve ce genre de film à son goût ou que ces films ne choquent pas la plupart des Canadiens. Je crois plutôt que le juge Borins a reconnu que, indépendamment de savoir si les Canadiens trouvent ce genre de films déplaisant, ils sont prêts à tolérer leur présentation.

Il me semble que l'exploitation indue des choses sexuelles qui fait l'objet du par. 159(8) consiste à les traiter d'une manière qui fondamentalement déshumanise les personnes représentées et, par conséquent, les spectateurs eux-mêmes. Il n'y a rien de mal en soi à traiter de choses sexuelles, mais c'est la façon de les traiter qui peut être mauvaise. Elles peuvent être présentées de façon brutale, ordurière et dégradante et donc être déshumanisées et intolérables non seulement pour les personnes ou pour les groupes qui en sont victimes, mais pour toute la société. Par contre elles peuvent être présentées d'une façon qui ne blesse personne en ne décrivant rien de plus qu'une activité sexuelle non-violente d'une façon qui ne dégrade ou ne déshumanise aucune personne ni aucun groupe. C'est cette démarcation entre la simple représentation d'actes sexuels humains et la dégradation de l'être humain que la définition du «caractère indu» doit refléter.

Comment la Cour va-t-elle déterminer où se situe la limite? Au moyen de principes directeurs introduits dans la définition pour interpréter le mot «indu»? En examinant les prétextes fléaux sociaux que l'on cherche à éviter en apportant des restrictions à la liberté de publier? En compilant des statistiques sur ce que les gens sont disposés à

have said that the test is an objective one and clearly that must be so. But objectivity requires criteria and the courts have not been too successful in evolving them. Yet this is a criminal offence and it is basic to our system of criminal justice that the public know what conduct is criminal and what is not.

This, it seems to me, militates very strongly against a community standard test of undueness which varies with "the targetted group". I believe it is important to the publishing industry to have some degree of certainty as to when they may be exposing themselves to a criminal charge. The only way to provide that degree of certainty is, in my opinion, to have a uniform community standard test of "undueness" under the *Code*. With great respect to those who think otherwise, I see nothing in s. 159(8) which would permit something to be obscene under the section when shown to X but not obscene when shown to Y. Moreover, it seems to me that this approach would inevitably lead to problems where a publication targetted to one group by the accused fell into the hands of others.

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

voir ou ne veulent pas voir? Les tribunaux ont affirmé que la norme applicable est objective et il doit clairement en être ainsi. Mais l'objectivité nécessite l'établissement de critères et les tribunaux n'ont pas vraiment réussi à les élaborer. Il s'agit néanmoins d'une infraction criminelle et, suivant notre système de justice pénale, il est essentiel que le public sache quelle conduite est criminelle et laquelle ne l'est pas.

À mon avis, ceci milite très fortement contre le critère de la norme sociale du caractère indu qui varie avec «le groupe cible». Je crois important que l'industrie de la publication sache avec un certain degré de certitude quand elle s'expose à des poursuites criminelles. Pour que ce degré de certitude existe, il faut à mon avis qu'il y ait un critère de norme sociale uniforme du «caractère indu» au sens du *Code*. Avec égards pour les tenants de la thèse opposée, je ne vois rien au par. 159(8) qui permette de déclarer quelque chose d'obscène quand on le présente à X et qui ne l'est pas quand Y le voit. En plus il me semble que cette façon de voir entraînerait inévitablement des problèmes lorsqu'une publication que l'accusé destinait à un groupe tombe dans les mains d'un autre.

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

Addressing the problem of "undueness" in the context of agreements which "prevent or lessen, unduly, competition" in a product, Mr. Justice Idington said in *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1 at pp. 20-21:

This being a criminal statute we must try to find the vicious purpose aimed at in order to bring parties within its prohibitions.

Crimes usually imply something all right-minded men condemn .... The test must in each case be the true purpose and its relation to the activities specified in and by the words of the statute and a finding of an evil or vice answering to the descriptive word "unduly".

He found the vicious purpose in the context of combines legislation to be the destruction of all competition. What is the vicious purpose aimed at in the case of obscenity legislation? The statutory definition does not provide an answer nor, with respect, does the existing jurisprudence.

The test of the community standard is helpful to the extent that it provides a norm against which impugned material may be assessed but it does little to elucidate the underlying question as to why some exploitation of sex falls on the permitted side of the line under s. 159(8) and some on the prohibited side. No doubt this question will have to be addressed when the validity of the obscenity provisions of the *Code* is subjected to attack as an infringement on freedom of speech and the infringement is sought to be justified as reasonable. Suffice it to say, that clearly some fairly basic values are designed to be protected by the obscenity provisions and the community standards test is premised on the assumption that these values are held in common by the contemporary Canadian community.

The community standard test in Canada, I believe, had its origin in *Brodie* (*supra*), the *Lady Chatterley's Lover* case, in which four members of this Court concluded that the definition of obscenity introduced into the *Code* in 1957 made the test

Voici ce qu'a dit le juge Idington dans l'arrêt *Weidman v. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1, aux pp. 20 et 21, lorsqu'il a examiné le problème du «caractère indu» dans le contexte des accords qui a [TRADUCTION] «empêchent ou diminuent indûment la concurrence» à l'égard d'un produit:

[TRADUCTION] Puisqu'il s'agit d'une loi en matière criminelle, nous devons tenter de trouver le but immoral visé afin d'appliquer aux parties les interdictions qui y sont prévues.

c Les actes criminels impliquent habituellement quelque chose que tous les honnêtes gens condamnent ... Il s'agit dans chaque cas de déterminer le but véritable et son rapport avec les activités prévues par la loi et de constater l'existence d'un mal ou d'un vice qui répond au terme descriptif «indûment».

d Il a conclu que, dans le contexte de la législation sur les coalitions, le but immoral était l'élimination de toute concurrence. Quel est le but immoral dans le contexte de la législation sur l'obscénité? Ni la définition de la loi ni, avec égards, la jurisprudence existante n'offrent de réponse.

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

g Cette question devra indubitablement être examinée lorsque la validité des dispositions du *Code* sur l'obscénité sera attaquée en tant que violation de la liberté d'expression et qu'on cherchera à justifier cette violation par son caractère raisonnable. Il suffit de dire que les dispositions sur l'obscénité cherchent clairement à protéger des valeurs nettement fondamentales et que le critère des normes sociales se base sur la présomption que ces valeurs sont partagées par la société canadienne contemporaine.

j Le critère de la norme sociale au Canada a son origine, je crois, dans l'arrêt *Brodie* (précité), l'affaire de *L'amant de Lady Chatterley*, où quatre membres de cette Cour ont conclu que la définition de l'obscénité insérée dans le *Code* en 1957

in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, obsolete. In their view it was no longer necessary to show a tendency to corrupt and deprave if the dominant characteristic of the publication was an exploitation of sex which was "undue". The test of "undueness", said Mr. Justice Fauteux at p. 697, was whether the exploitation was shocking and disgusting "having regard to the existing standards of decency in the community . . . ." Mr. Justice Judson agreed at pp. 705-06 that the standards of acceptance prevailing in the community provided the test of "undueness" for purposes of the definition. The statutory definition, he felt, could not be superimposed upon the *Hicklin* test without leaving the citizen in the position of not knowing whether he was committing a criminal act or not.

The community standard test was applied the same year (1962) in Manitoba by Freedman J.A. (as he then was) dissenting in *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103. The learned justice said he would have judged the magazines by the standards of the community and this Court, in reversing the decision of the Manitoba Court of Appeal ([1964] S.C.R. 251), unanimously approved and adopted his reasons. I quote the relevant passage in full from pp. 116-17 of Mr. Justice Freedman's reasons:

The case for the Crown stands or falls on the applicability or otherwise of the first part of the definition—namely, that a dominant characteristic of these magazines was "the undue exploitation of sex".

Can it fairly be said that this was a dominant characteristic of either *Dude* or *Escapade*? I have examined them both with care. That they do not qualify as reading matter which I would personally select for myself even in an idle hour is undoubtedly the case. But that does not make them obscene. In this area of the law one must be especially vigilant against erecting personal tastes or prejudices into legal principles. Many persons quite evidently desire to read these magazines, even though I do not. I recognize, of course, that the mere numerical support which a publication is able to attract is not determinative of the issue whether it is obscene or not. Let a publication be sufficiently pornographic and it will be bound to appeal, in the hundreds or thousands, to the prurient, the lascivious, the ignorant, the simple, or even

rendait désuet le critère appliqué dans l'arrêt *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360. À leur avis, il n'était plus nécessaire de prouver la tendance à corrompre et à dépraver si la caractéristique dominante de la publication était l'exploitation «indue» des choses sexuelles. Au dire du juge Fauteux à la p. 697, le critère du «caractère indu» consiste à savoir si l'exploitation est choquante et dégoûtante [TRADUCTION] «compte tenu des normes de décence actuelles de la société . . . ». Le juge Judson a convenu aux pp. 705 et 706 que les normes d'acceptation qui ont cours dans la société donnent le critère du «caractère indu» aux fins de la définition. Il a estimé que la définition légale ne pouvait être superposée au critère de l'arrêt *Hicklin* sans placer le citoyen dans la situation où il ne sait pas s'il commet un acte criminel.

Le juge Freedman (tel était alors son titre) a appliqué le critère de la norme sociale au cours de la même année (1962), au Manitoba, dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans l'affaire *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103. Le savant juge a affirmé qu'il aurait jugé les revues suivant les normes de la société et en infirmant l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba ([1964] R.C.S. 251), cette Cour, a approuvé et adopté ses motifs à l'unanimité. Je cite intégralement l'extrait pertinent des pp. 116 et 117 des motifs du juge Freedman:

[TRADUCTION] Le succès ou l'échec de la preuve de la poursuite dépend de l'applicabilité de la première partie de la définition—savoir qu'une caractéristique dominante de ces revues est «l'exploitation indue des choses sexuelles».

Peut-on vraiment dire qu'il s'agit là d'une caractéristique dominante des revues *Dude* ou *Escapade*? Je les ai examinées toutes deux soigneusement. Il ne fait aucun doute qu'elles ne sont pas un sujet de lecture que je choisirais personnellement, même dans mes temps libres, mais elles ne sont pas pour autant obscènes. Dans ce domaine du droit, il faut bien prendre garde de ne pas ériger ses propres goûts ou préjugés en principes de droit. Il est très clair qu'un bon nombre de gens veulent lire ces revues, même si ce n'est pas mon cas. Je reconnaiss bien sûr que le simple nombre de lecteurs qu'une publication peut attirer n'est pas déterminant quant à la question de savoir si celle-ci est obscene. Une publication suffisamment pornographique attirera, par centaines ou par milliers, les esprits lascifs, les ignorants,

the merely curious. Admitting, therefore, that a large readership is not the test, I must yet add that it is not always an entirely irrelevant factor. For it may have to be taken into account when one seeks to ascertain or identify the standards of the community in these matters. Those standards are not set by those of lowest taste or interest. Nor are they set exclusively by those of rigid, austere, conservative, or puritan taste and habit of mind. Something approaching a general average of community thinking and feeling has to be discovered. Obviously this is no easy task, for we are seeking a quantity that is elusive. Yet the effort must be made if we are to have a fair objective standard in relation to which a publication can be tested as to whether it is obscene or not. The alternative would mean a subjective approach, with the result dependent upon and varying with the personal tastes and predilections of the particular Judge who happens to be trying the case.

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

Community standards must also be local. In other words, they must be Canadian. In applying the definition in the *Criminal Code* we must determine what is obscene by Canadian standards, regardless of attitudes which may prevail elsewhere, be they more liberal or less so.

I think I should add my view that, in cases close to the border line, tolerance is to be preferred to proscription. To strike at a publication which is not clearly obscene may have repercussions and implications beyond what is immediately visible. To suppress the bad is one thing; to suppress the not so bad, or even the possibly good is quite another. Unless it is confined to clear cases, suppression may tend to inhibit those creative impulses and endeavours which ought to be encouraged in a free society.

les naïfs ou même les simples curieux. Par conséquent, tout en admettant qu'un grand nombre de lecteurs ne constitue pas le critère, je dois néanmoins ajouter que ce n'est pas toujours un facteur qui n'a absolument rien à voir avec la question. Il se peut en effet qu'il doive être pris en considération lorsqu'on cherche à déterminer ou à identifier les normes sociales qui s'appliquent dans ces cas. Ces normes ne sont pas fixées par des gens au goût et aux intérêts les plus bas. Elles ne sont pas non plus fixées exclusivement par des gens de goût et d'esprit rigides, austères, conservateurs ou puritains. Il faut en arriver à quelque chose qui se rapproche de la moyenne générale des opinions et des sentiments de la société. De toute évidence, ce n'est pas une tâche facile puisque ce que nous cherchons à quantifier est intangible. Il faut quand même faire cet effort si nous voulons obtenir une norme juste et objective qui permette de vérifier si une publication est obscène. L'autre solution sous-tendrait une approche subjective, ce qui produirait des résultats variables dépendant des goûts et des préférences personnels de chaque juge qui se trouve à présider le procès.

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

Les normes sociales doivent également être locales. En d'autres termes, elles doivent être canadiennes. En appliquant la définition du *Code criminel*, nous devons déterminer ce qui est obscène suivant les normes canadiennes, indépendamment des attitudes plus ou moins libérales qui peuvent avoir cours ailleurs.

Je crois devoir ajouter qu'à mon avis la tolérance doit l'emporter sur la proscription dans les cas limites. Bannir une publication qui n'est pas clairement obscène peut avoir des répercussions et des implications qui ne sont pas immédiatement visibles. Supprimer le mal et supprimer ce qui n'est pas si mal ou même ce qui peut être bon sont des choses tout à fait différentes. A moins qu'elle ne se limite à des cas évidents, la suppression peut tendre à freiner les élans et les efforts de créativité qui devraient être encouragés dans une société libre.

In reversing the Manitoba Court of Appeal Taschereau C.J. said at p. 251:

We are all of opinion that the appeals should be allowed. We agree with the reasons given by Freedman J.A. in the Court of Appeal for Manitoba. We wish to adopt those reasons in their entirety and do not find it necessary to add anything to them.

I would respectfully adopt "the Freedman approach" as the law applicable to this case.

If I am correct as to how the community standard in Canada is to be identified, namely with reference to what Canadians at any given point of time will accept in their movies, then what is the significance of the evidence of the unanimous approval of this film by the censor boards of all the provinces having such boards?

I believe that there is an onus on the Crown to put evidence before the court on the issue of "undueness". I cannot see how the community standard against which the allegedly obscene matter has to be measured can be identified without it. In *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (Ont.), Laskin J.A. (as he then was) pointed out in dissent that because a judge or jury may be limited in the geographical range of his exposure, which in turn might result in "a limitation of opportunity of appreciation and understanding" of the particular subject-matter—in that case artists' drawings—expert evidence was indispensable. He said at p. 515:

I think that such evidence would always be necessary to support the case for the Crown as well as to support the defence, especially where, as here, pictures by artists of repute are seized from a reputable gallery. Holding this view, I cannot but be surprised that the Crown in the case at bar produced no expert evidence and relied on the pictures themselves to convey obscenity to the Magistrate. Of course, that ultimate issue was for him, but even the most knowledgeable adjudicator should hesitate to rely on his own taste, his subjective appreciation, to condemn art. He does not advance the situation by invoking his right to apply the law and satisfying it

En infirmant l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, le juge en chef Taschereau a affirmé, à la p. 251:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis que les pourvois doivent être accueillis. Nous sommes d'accord avec les motifs rendus par le juge Freedman de la Cour d'appel du Manitoba. Nous voulons adopter ces motifs intégralement et nous ne croyons pas nécessaire d'y ajouter quoi que ce soit.

*b* Avec égards, je suis d'avis que «la méthode Freedman» constitue la règle de droit applicable en l'espèce, et je l'adopte.

*c* Si je comprends bien la façon dont on doit déterminer la norme sociale au Canada, c'est-à-dire en se référant à ce que les Canadiens sont disposés à accepter dans leurs films à une époque donnée, quelle est alors l'importance de la preuve de l'approbation unanime de ce film par les commissions de censure de toutes les provinces qui disposent de telles commissions?

*d* À mon avis, il incombe à la poursuite de soumettre à la cour une preuve relativement à la question du «caractère indu». Je ne puis voir comment la norme sociale en fonction de laquelle on doit apprécier le matériel prétendument obscene peut être déterminée sans cette preuve. Dans l'arrêt *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486, le juge Laskin (alors juge à la Cour d'appel de l'Ontario) a souligné dans sa dissidence que le témoignage d'expert est indispensable étant donné qu'un juge ou un jury peut être limité géographiquement dans ce à quoi il peut être exposé, ce qui pourrait alors entraîner [TRADUCTION] «une réduction des moyens d'apprécier et de comprendre» un sujet donné—dans ce cas, des dessins d'artistes. Il affirme, à la p. 515:

[TRADUCTION] Je pense que ce genre de témoignage sera toujours nécessaire pour étayer la preuve de la poursuite et celle de la défense, surtout lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de tableaux d'artistes de renom saisis à l'intérieur d'une galerie réputée. Tel étant mon point de vue, je ne puis faire autrement qu'être surpris de constater que la poursuite en l'espèce n'a présenté aucun témoignage d'expert et qu'elle s'est fondée sur les tableaux eux-mêmes pour prouver l'obscénité devant le magistrat. Certes, il lui appartenait de trancher cette ultime question, mais même le juge le mieux informé doit hésiter à se fonder sur son goût personnel, sur son

by a formulary advertence to the factors which must be canvassed in order to register a conviction.

Laskin J.A. was, of course, speaking of expert evidence in the context of that case but it seems to me that the point is well made with respect to non-expert evidence as well. Having regard to the fact that the onus is on the Crown to establish obscenity beyond a reasonable doubt, it seems to me that the onus is on it to establish both what the community standard of acceptability is and that the accused has gone beyond it. The accused may counter the Crown's evidence of the community standard with evidence of its own and the judge may reach his decision on the evidence in the usual way. In my view it is naive to think that a judge, drawing on his own experience alone, can determine the objective standard against which impugned conduct is to be measured. As Borins Co. Ct. J. said in *R. v. Doug Rankine Co.* (*supra*) the legislature cannot credibly expect a trier of fact to have his finger on the "pornographic pulse of the nation". Moreover, it is wrong in principle. It leaves the accused with no way of knowing the case it has to meet, at what level of acceptability the line will be drawn by any particular judge. There is no certainty. It is the length of the Chancellor's foot imported into the criminal law.

The result feared by Laskin J.A. when no evidence is presented to the trial judge is precisely what happened here. The trial judge made "a formulary advertence to the factors that had to be canvassed". He indicated that he knew that the test of "undueness" was an objective one, that he had to decide whether or not the film exceeded the standard of acceptability to the community as a whole but he then proceeded to attribute the sense of revulsion which he experienced on viewing the film to the community as a whole. He gave no indication of the basis on which he felt able to make that leap and there is no suggestion that he took into consideration the evidence of censor board approval which was before him. That evidence was not contested and, having regard to the

a appréciation subjective, pour condamner l'art. Il n'améliore pas la situation lorsqu'il invoque son droit d'appliquer la loi et qu'il le fait en portant une attention rituelle aux facteurs qui doivent être examinés à fond pour inscrire une déclaration de culpabilité.

b Le juge Laskin parlait bien sûr de la preuve d'expert dans le contexte de cette affaire, mais il me semble que c'est tout aussi valable au sujet de la preuve ordinaire. Étant donné qu'il incombe à la poursuite de prouver l'obscénité au-delà de tout doute raisonnable, il me semble qu'elle est tenue de déterminer ce qu'est la norme sociale d'acceptabilité et de démontrer aussi que l'accusé a outrepassé cette norme. Ce dernier peut contrecarrer la preuve de la poursuite relative à la norme sociale en présentant sa propre preuve et le juge peut en venir à sa décision sur la preuve de la manière habituelle. À mon avis, il est illusoire de croire c qu'un juge peut, en se fondant uniquement sur sa propre expérience, déterminer la norme objective en fonction de laquelle la conduite reprochée doit être appréciée. Comme l'a dit dit le juge Borins dans l'affaire *R. v. Doug Rankine Co.* (précitée), e le législateur ne peut réellement s'attendre à ce que le juge des faits garde le doigt sur le [TRADUCTION] «pouls pornographique de la nation». En outre, c'est mauvais en principe. L'accusé n'a aucun moyen de savoir quelle preuve pèse contre lui et à quel degré d'acceptabilité un juge particulier fixera la limite. Il n'y a aucune certitude. Il s'agit de la transposition en droit criminel de la mesure à l'aune.

f g Ce qui s'est produit en l'espèce est exactement ce que le juge Laskin redoutait qu'il se produisit en cas d'absence de preuve soumise au juge du procès. Le juge du procès a porté [TRADUCTION] «une attention rituelle aux facteurs qui doivent être examinés à fond». Il a indiqué qu'il savait que le critère du «caractère indu» était objectif, qu'il devait décider si le film outrepasseait la norme d'acceptabilité de la société dans son ensemble, mais il a alors attribué à la société dans son ensemble le sentiment de dégoût qu'il a éprouvé en visionnant le film. Il n'a pas indiqué en vertu de quoi il se croyait autorisé à agir ainsi et rien ne laisse croire qu'il a tenu compte de la preuve de l'approbation de la Commission de censure qui lui avait été soumise. Cette preuve n'a pas été contestée.

statutory purpose for which these boards were created, I think it was relevant evidence and evidence which he was obliged to consider.

The legislation creating these boards varies from province to province but the role of the boards, generally speaking, is to approve, prohibit or regulate the exhibition of films within their respective provinces. The boards are not only empowered to approve or disapprove films *in toto*. In some provinces the legislation also authorizes the boards to "remove by cutting or otherwise" parts of films. Most provinces have a film classification system, the classes, generally speaking, being "general", "adult" and "restricted".

Since the business of these boards is to assess films on an ongoing basis for the very purpose of determining their acceptability for viewing by the community as a whole or a segment of the community depending upon classification, they must be regarded as tribunals with expertise at least on the community standard within their own province. It is hard to think that a judge, or even a jury, sitting in or drawn from a local area would be better informed as to what was acceptable to Canadians across the country. Moreover, in this case at least, the boards' assessments disclose a remarkable degree of uniformity. I do not see how the learned trial judge, applying an objective test and giving proper consideration to that evidence, could have reached the result he did. I believe it is clear from his reasons that he saw his role, not as applying the community standard, but as raising the standard if he personally thought it was too low. I think he was clearly in error in this regard.

The Court of Appeal on this aspect of the case stated:

The trial judge, sitting as a jury, was obliged to determine in an objective way what was tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community. As a trier of fact he was entitled to draw on his experience in the community. He had to consider the

tée et, compte tenu de la fin légale pour laquelle ces commissions ont été créées, je suis d'avis qu'il s'agissait d'une preuve pertinente et qu'il était tenu de la prendre en considération.

<sup>a</sup> Les lois créant ces commissions varient d'une province à l'autre mais le rôle des commissions consiste, d'une manière générale, à approuver, à interdire ou à réglementer la présentation de films dans leurs provinces respectives. Les commissions n'ont pas seulement le pouvoir d'approuver ou d'interdire la présentation intégrale de films. Dans certaines provinces, elles sont même autorisées à «supprimer, par coupure ou autrement» des parties de film. La plupart des provinces ont un système de classification des films, les catégories étant, d'une manière générale, «pour tous», «pour adultes» et «réservée».

<sup>b</sup> Puisqu'elles ont pour fonction permanente d'apprécier les films dans le but précis d'établir s'il est acceptable qu'ils soient présentés à la société en général ou, suivant la classification, à un segment de la société, ces commissions doivent être considérées comme des tribunaux administratifs qui possèdent des connaissances spécialisées au moins à l'égard de la norme sociale dans leur province respective. Il est difficile de concevoir qu'un juge siégeant dans une région donnée, ou même un jury choisi dans cette région, soit mieux informé de ce qui est acceptable pour les Canadiens de tout le pays. De plus, en l'espèce du moins, les appréciations des commissions révèlent un degré remarquable d'uniformité. Je ne vois pas comment, s'il avait appliqué un critère objectif et tenu dûment compte de cette preuve, le savant juge du procès aurait pu arriver à la conclusion qu'il a tirée. À mon avis, il ressort clairement de ses motifs qu'il a considéré que son rôle consistait non pas à appliquer la norme sociale, mais à la resserrer si, lui personnellement, il l'estimait trop large. J'estime qu'il a manifestement commis une erreur à cet égard.

<sup>i</sup> Quant à cet aspect de l'affaire, la Cour d'appel a affirmé:

[TRADUCTION] Le juge du procès, qui siégeait seul, était tenu de décider objectivement ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne. En sa qualité de juge des faits, il avait le droit de s'appuyer sur son expérience de la société. Il devait

expert evidence but was entitled to reject it and obviously did.

With respect, I think it is far from obvious that the trial judge rejected the expert evidence. The only comment he made on it was:

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.

There is no question that the approval of the censor board does not preclude the preferring of an indictment. The issue the judge had to decide was the significance of the approvals as evidence of the community standard of acceptance. It seems to me that he never addressed his mind to that issue.

In my view, the practice of allowing the trier of fact to rely exclusively on his or her personal experience of community standards of tolerance (see *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307 (Man. C.A.) at pp. 314-15) is an invitation to the type of error committed by the trial judge in this case. The problem can be readily avoided by requiring the Crown to adduce evidence of the community standard. The trier of fact would then determine the community standard on the basis of the evidence before him in the same way as he determines the factual issues in any other kind of criminal case.

I cannot see how such a requirement would, as has been suggested, frustrate the Crown's ability to secure a conviction in a meritorious case. At present the trier of fact in an obscenity case can be faced with the unenviable task of deciding the level of tolerance of a community of 24 million people on the basis of nothing more than his or her own personal experience. In effect, what the trier of fact does in the absence of evidence is attribute by inference his or her own perception to the entire Canadian community. I would think that requiring the trier of fact to make the determination on the basis of evidence adduced would render the task

prendre en considération le témoignage de l'expert mais il avait le droit de le rejeter, ce qu'il a fait de toute évidence.

*Avec égards, j'estime qu'il est loin d'être évident que le juge du procès a rejeté le témoignage de l'expert. La seule observation qu'il a faite à cet égard est la suivante:*

[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 ne fait pas de doute que l'approbation de la Commission de censure n'empêche pas la présentation d'un acte d'accusation. Le juge devait se prononcer sur l'importance des approbations en tant que preuve de la norme sociale d'acceptation. À ce qu'il me semble, il ne s'est jamais arrêté à cette question.

À mon avis, la pratique qui consiste à permettre au juge des faits de s'appuyer exclusivement sur son expérience personnelle des normes sociales de tolérance (voir *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307 (C.A. Man.), aux pp. 314 et 315) invite le genre d'erreur commise par le juge du procès en l'espèce. Le problème peut être facilement évité en imposant à la poursuite de faire la preuve de la norme sociale. Le juge des faits déterminerait alors la norme sociale compte tenu de la preuve devant lui de la même façon qu'il tranche les questions de fait dans les autres genres d'affaires criminelles.

Je ne vois pas comment cette règle empêcherait, comme on l'a suggéré, la poursuite de pouvoir obtenir une condamnation dans une affaire qui le mérite. Pour l'instant, le juge des faits dans une affaire d'obscénité peut être confronté par la tâche peu enviable de décider du niveau de tolérance de 24 millions de personnes en se fondant sur rien de plus que son expérience personnelle. En fait, en l'absence de preuve, le juge des faits attribue par déduction ses propres perceptions à la société canadienne dans son ensemble. Je crois qu'imposer au juge des faits de prendre une décision compte tenu de la preuve produite rendrait sa tâche plus

easier rather than more difficult. It would also, in my view, inspire greater public confidence in the result. Moreover, it might well have the very desirable effect of enhancing uniformity in the application of the law of obscenity since evidence of community standards which is relevant to one prosecution will commonly be relevant to others.

I agree with the Chief Justice that the appeal must be allowed, the judgments at trial and on appeal set aside and a new trial ordered.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Solicitors for the appellant: J. N. Agrios and  
B. J. Willis, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Ross W. Paisley,  
Edmonton.*

facile et non plus difficile. Cela inspirerait aussi au public une plus grande confiance dans les résultats. En outre, cela aurait aussi l'effet très désirable de renforcer l'uniformité de l'application du droit de l'obscénité puisque la preuve des normes sociales qui s'applique à une poursuite sera normalement pertinente dans les autres cas.

Je conviens avec le Juge en chef qu'il faut accueillir le pourvoi, infirmer les jugements rendus en première instance et en appel et ordonner un nouveau procès.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureurs de l'appelante: J. N. Agrios et B. J.  
Willis, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: Ross W. Paisley,  
Edmonton.*