

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452

**Donald Victor Butler**

*Appelant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

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

*Intervenants*

Répertorié: R. c. Butler

n° du greffe: 22191.

1991: 6 juin; 1992: 27 février.

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

en appel de la cour d'appel du manitoba

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

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

L'accusé était propriétaire d'une boutique où il vendait et louait des vidéocassettes et des magazines de pornographie intégrale ainsi que des accessoires à caractère sexuel. Il a été accusé sous divers chefs d'accusation de vente de matériel obscène, de possession de matériel obscène à des fins de distribution ou de vente et sous un chef d'accusation d'avoir exposé à la vue du public du matériel obscène, en contravention de l'art. 159 (maintenant l'art. 163) du *Code criminel*. Le paragraphe 163(8) du *Code* dispose que: ". . . est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence." Le juge du procès a conclu que le matériel obscène était protégé par la garantie de liberté d'expression reconnue à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'à première vue, l'article premier n'interdit légitimement que le matériel qui renferme des scènes de violence ou de cruauté, accompagnées d'activités sexuelles ou illustrant une absence de consentement au

contact sexuel ou toute autre activité considérée comme déshumanisante pour les hommes ou les femmes dans un contexte sexuel. Il a déclaré l'accusé coupable relativement à huit chefs d'accusation concernant huit films et l'a acquitté relativement aux autres accusations. Le ministère public a interjeté appel contre les acquittements. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel et déclaré l'appelant coupable relativement à tous les chefs d'accusation. La cour à la majorité a conclu que le matériel en question sort du champ de protection de la *Charte* puisqu'il représente une activité "purement physique" et consiste dans l'exploitation indue des choses sexuelles et dans la dégradation de la sexualité humaine.

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

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

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

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale, c'est-à-dire d'une manière que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. La représentation des choses sexuelles accompagnées de violence constituera presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important. Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur

production comporte la participation d'enfants. Si, dans ce cadre, le matériel n'est pas obscène, il ne le devient pas en raison de la personne qui le voit ou risque de le voir ni de l'endroit ou de la façon dont il est présenté.

Il faut appliquer le critère des "besoins internes" seulement si une {oe}uvre renferme du matériel sexuellement explicite qui, en lui-même, constituerait une exploitation indue des choses sexuelles. Il faut situer la représentation de choses sexuelles dans son contexte pour déterminer si l'exploitation indue de choses sexuelles constitue l'objet principal de l'{oe}uvre ou si cette représentation des choses sexuelles est essentielle à une fin artistique ou littéraire plus générale ou à une autre fin semblable. Le tribunal doit déterminer si le matériel sexuellement explicite, envisagé dans le contexte de l'ensemble de l'{oe}uvre, serait toléré par l'ensemble de la société. Tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression.

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

La violation est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'interprétation du par. 163(8) dans les décisions antérieures, que viennent compléter les présents motifs, permet de formuler une norme intelligible. L'article 163 vise avant tout non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société, ce qui constitue une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une restriction de la liberté d'expression. Il n'est pas nécessaire de recourir à la théorie de l'"objet changeant" pour décrire l'objectif de la disposition

comme étant d'éviter qu'un préjudice soit causé. Il existe un lien suffisamment rationnel entre l'objectif et la sanction pénale, qui montre la désapprobation de notre société à l'égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et restreint l'influence négative que ce genre de matériel risque d'avoir sur les changements d'attitude et de comportement. Bien qu'il puisse être difficile d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance. L'article 163 du *Code* porte atteinte le moins possible à la liberté d'expression. Il n'interdit pas le matériel érotique sexuellement explicite qui ne comporte pas de violence et qui n'est ni dégradant ni déshumanisant, mais il est conçu de manière à viser le matériel qui crée un risque de préjudice pour la société. Le matériel qui a une valeur scientifique, artistique ou littéraire n'est pas visé par la disposition. Puisqu'il s'est avéré que la tentative de donner des exemples exhaustifs d'obscénité ne pouvait qu'échouer, la seule solution pratique est d'établir une définition plus abstraite de l'obscénité, qui tiendra compte du contexte. La norme de l'"exploitation indue" est donc appropriée. Le présent pourvoi vise seulement la distribution au public et le fait d'exposer à la vue du public du matériel obscène. Compte tenu de la gravité du préjudice et de la menace pour les valeurs en jeu, la mesure retenue par le Parlement n'est comparable à aucune autre. Des problèmes sociaux graves comme la violence faite aux femmes requièrent l'adoption par le gouvernement de solutions à plusieurs volets. La formation et la législation constituent non pas des solutions de rechange, mais se complètent pour faire face à ces problèmes. Enfin, les effets de la disposition législative n'empiètent pas tellement sur un droit garanti que l'objectif législatif cède le pas à l'atteinte portée à ce droit.

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

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

Comme l'énonce le juge Sopinka, les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, constitueront généralement une exploitation indue des choses sexuelles et les choses sexuelles dégradantes ou déshumanisantes constitueront une exploitation indue des choses sexuelles lorsqu'elles créent un risque de préjudice important. Les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes, peuvent aussi être visées par la définition de l'obscénité au par. 163(8). Bien que l'on considère généralement

que le contenu de cette catégorie de matériel risque peu de causer un préjudice, il existe des exceptions comme celle de la pornographie mettant en cause des enfants. En outre, il est tout à fait concevable que la représentation puisse être nocive, même dans le cas où son contenu peut être jugé inoffensif. Bien que l'auditoire auquel est présenté le matériel soit sans importance, le mode de représentation du matériel peut grandement contribuer à la déformation de la sexualité, en lui faisant perdre son caractère humain et le rendre nocif pour la société. La probabilité de préjudice et la tolérance de la société peuvent varier en fonction du moyen d'expression, même si le contenu demeure le même. Le type général de la représentation ou l'utilisation globale qu'on en fait peuvent être aussi pertinents. L'évaluation du risque de préjudice en l'espèce dépend de la tolérance de la société. Si la société ne peut tolérer ce risque de préjudice, le matériel, quoique son contenu puisse être ni violent, ni dégradant ou déshumanisant, constituera une exploitation indue des choses sexuelles et sera visé par la définition de l'obscénité.

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

## Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt examiné:** *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; **arrêts mentionnés:** *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. c. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422; *Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Close*, [1948] V.L.R. 445; *R. c. Goldberg*, [1971] 3 O.R. 323; *R. c. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463; *R. c. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486; *R. c. Duthie Books Ltd.* (1966), 58 D.L.R. (2d) 274; *R. c. Ariadne Developments Ltd.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 49; *R. c. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428; *R. c. Prairie Schooner News Ltd.* (1970), 75 W.W.R. 585; *R. c. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. c. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103; *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230; *R. c. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318; *R. c. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1972); *R. c. Rioux*, [1969] R.C.S. 599.

Citée par le juge Gonthier

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

### **Lois et règlements cités**

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

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 28.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151, 153, 155, 159, 160, 182, 163(1)a), (2)a), (8), 167, 168, 173, 175, 271, 272, 273.

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

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

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

*Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 222, art. 10.

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

*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1959, ch. 41, art. 11.

*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1949 (2<sup>e</sup> sess.), ch. 13, art. 1.

## Doctrines citées

- Australie. Parliament of the Commonwealth of Australia. *Report of the Joint Select Committee on Video Material*, vol. 1. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1988.
- Beckton, Clare. "La liberté d'expression (al. 2b))", dans Tarnopolsky et Beaudoin (éd.), *La Charte canadienne des droits et libertés* (1982). Révisé par Walter S. Tarnopolsky et Gérard-A. Beaudoin. Toronto: Carswell, 1982.
- Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada: Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution*, vol. 1. Ottawa: Approvisionnement et Services, 1985.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des affaires juridiques. *Rapport sur la pornographie*. N° 18 (22 mars 1978).
- Downs, Donald Alexander. *The New Politics of Pornography*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.
- Dyzenhaus, David. "Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality" (1991), 1 C.R. (4th) 367.
- États-Unis. Attorney General's Commission on Pornography. *Final Report*, vol. 1. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 1986.
- Gardbaum, Stephen A. "Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All" (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1350.
- Municipalité du Toronto métropolitain. Task Force on Public Violence Against Women and Children. *Final Report*. Toronto: The Task Force, 1984.
- New Zealand. Ministerial Committee of Inquiry into Pornography. *Pornography: Report of the Ministerial Committee of Inquiry into Pornography*. Wellington: The Committee, 1988.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed., vol. XIII. Oxford: Clarendon Press, 1989, "represent", "representation".

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

Man. R. (2d) 82, 50 C.C.C. (3d) 97, [1989] 6 W.W.R. 35, 72 C.R. (3d) 18, 46 C.R.R. 124, relativement à des accusations en matière d'obscénité. Pourvoi accueilli.

*George A. Derwin*, pour l'appelant.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

//*Le juge Sopinka*//

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

LE JUGE SOPINKA -- Ce pourvoi soulève la constitutionnalité des dispositions en matière d'obscénité du *Code Criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163. Ces dispositions sont contestées pour le motif qu'elles contreviennent à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans ce pourvoi, notre Cour est appelée à analyser l'une des questions contemporaines les plus épineuses et controversées, celle qui consiste à déterminer si et dans quelle mesure le Parlement peut légitimement criminaliser l'obscénité. Je me propose de commencer par un examen des faits à l'origine du présent pourvoi et des procédures devant les tribunaux d'instance inférieure.

#### 1. Les faits et les procédures

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

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

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

Entrée interdite aux personnes de moins de 18 ans.

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

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

Un acte d'accusation conjoint a été déposé contre l'appelant exploitant un commerce appelé Avenue Video Boutique et contre Norma McCord. Cet acte d'accusation renferme 77 chefs d'accusation portés en vertu de l'art. 159 (maintenant l'art. 163) du *Code criminel*: deux chefs de vente de matériel obscène en violation de l'al. 159(2)a), 73 chefs de possession de matériel obscène à des fins de distribution en violation de l'al. 159(1)a), un chef de possession de matériel obscène

à des fins de vente en violation de l'al. 159(2)a) et un chef d'accusation d'avoir exposé à la vue du public du matériel obscène en violation de l'al. 159(2)a).

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

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

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

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

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

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

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

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

Le juge Wright a ensuite conclu que le matériel obscène était protégé par l'al. 2b) de la *Charte*. Suivant les principes de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, il a signalé que l'expression obscène

contenue dans le matériel transmet certainement un message et a le droit d'être protégée si la forme d'expression n'est pas violente.

En procédant à l'analyse fondée sur l'article premier, le juge Wright a exprimé l'opinion qu'une loi qui cherche à éliminer une liberté fondamentale doit avoir un objectif plus précis que celui de contrôler simplement les m{oe}urs de la société ou d'encourager la pudeur (à la p. 121):

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

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

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

Appliquant ces critères, il a conclu qu'à première vue l'article premier n'interdit légitimement que le matériel qui renferme des scènes de violence ou de cruauté, accompagnées d'activités sexuelles ou illustrant une absence de consentement au contact sexuel ou toute autre activité considérée comme déshumanisante pour les hommes ou les femmes dans un contexte sexuel. En ce qui

concerne le matériel et les stimulant érotiques visés par les autres chefs d'accusation, il a affirmé, aux pp. 124 et 125:

[TRADUCTION] Le matériel visé par les autres chefs d'accusation, qui ont trait aux magazines et aux vidéocassettes, illustre une activité consensuelle par des adultes qui ne comporte aucun recours à la force, à la contrainte ou à la cruauté. Dans ce contexte, je ne puis conclure que la représentation du corps humain ou de l'une de ses parties, si explicite soit-elle, ou qu'une présentation visuelle de personnes en train de se masturber, d'avoir des relations sexuelles en groupe ou d'autres activités hétérosexuelles ou homosexuelles, y compris des rapports incestueux, se rapportent à première vue à des préoccupations précises qui, dans une société libre et démocratique, sont suffisamment urgentes et réelles pour justifier la restriction de la liberté fondamentale qui en permet l'expression. Le même raisonnement s'applique à l'égard des articles devant la cour qui sont décrits comme des jouets ou des stimulants érotiques. Le ministère public n'a pas présenté une preuve forte et persuasive pour établir les objectifs précis que l'on cherchait à réaliser ni à démontrer que pareils objectifs justifient la restriction de la liberté d'expression que les dispositions législatives attaquées cherchent à réaliser.

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

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

Le juge Wright a conclu que les vidéocassettes mentionnées dans 16 chefs d'accusation renfermaient du matériel qui avait été légitimement interdit

conformément aux exigences de l'article premier de la *Charte*. Ces 16 chefs d'accusation visaient huit films. Dans la plupart des cas, l'appelant était accusé, d'une part, de possession à des fins de vente et, d'autre part, de possession à des fins de distribution ou de mise en circulation. Le juge Wright a donc prononcé huit déclarations de culpabilité contre l'appelant, une pour chaque paire d'accusations ayant un contenu similaire.

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

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

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

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

Le juge Huband a ensuite examiné si l'art. 163 contrevient à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Se fondant sur son contenu, il a conclu qu'en l'espèce le matériel représente une activité "purement physique" qui ne transmet ni ne tente de

transmettre aucun message. Le juge Huband a ensuite fait remarquer que cette forme d'expression sort du champ de protection de la *Charte*, car elle consiste dans l'exploitation indue des choses sexuelles et dans la dégradation de la sexualité humaine. À son avis, cette forme d'activité n'en est pas une que la *Charte* était destinée à protéger.

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

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

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

Le juge Twaddle, dissident

Premièrement, le juge Twaddle a fait remarquer que ce n'est pas la forme d'expression mais bien le contenu de l'expression qui nous intéresse en l'espèce. À son avis, le contenu d'un film vidéo, le contenu d'un magazine et l'image que projette un accessoire érotique entrent tous dans le champ de la liberté d'expression. Toute restriction apportée à leur création, à leur publication ou à leur distribution doit être raisonnable et pouvoir se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

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

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

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

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

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

#### Le juge Helper, dissident

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

En déterminant si l'atteinte à la liberté d'expression est justifiée en vertu de l'article premier, le juge Helper a affirmé que le Parlement peut avoir comme objectif légitime d'interdire la publication et la mise en circulation de matériel représentant des scènes cruelles, déshumanisantes, dégradantes et violentes. À son avis, il ressort de la preuve que la mise en circulation de ce genre de matériel peut donner lieu à un accroissement des comportements agressifs et nocifs et susciter des changements d'attitude qui vont à l'encontre de la *Charte*, plus particulièrement de son art. 28. Le juge Helper a rejeté la décision du juge du procès que la moralité ne

constitue pas un motif suffisant pour restreindre des libertés fondamentales. Elle a estimé que la moralité au sens large, comme celle dont il est question en l'espèce, qui englobe le respect de l'être humain, la protection du grand public ou de particuliers ou groupes vulnérables contre tout préjudice, constitue un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier l'intervention du Parlement.

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

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

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

## 2. Les dispositions législatives pertinentes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions constitutionnelles suivantes:

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

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

### 4. Analyse

Les questions constitutionnelles énoncées donnent lieu à un examen minutieux de l'art. 163 dans son ensemble. Toutefois, les tribunaux d'instance

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

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

#### A. *L'historique législatif*

C'est à l'art. 179 du *Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, que le Parlement a tenté pour la première fois de criminaliser l'obscénité. Cet article prévoit notamment ce qui suit:

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

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

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

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

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

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

- a) Produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession à l'une de ces fins, quelque écrit, image, modèle ou autre chose obscène; ou
- b) Produit, imprime, publie, distribue, vend, ou a en sa possession à l'une de ces fins, une histoire illustrée de crime ou "crime comic".

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

- a) Vend, expose à la vue du public, ou a en sa possession à l'une de ces fins, quelque écrit, image, modèle ou autre chose obscène;
- b) Publiquement expose un objet révoltant ou montre un spectacle indécent; ou
- c) Offre en vente, annonce ou a, pour le vendre ou en disposer, quelque moyen, indication, médicament, drogue ou article destiné ou représenté comme servant à prévenir la conception ou à causer un avortement ou une fausse couche, ou en publie une annonce; ou annonce quelque moyen, indication, médicament, drogue ou article pour rétablir la virilité sexuelle, ou guérir des maladies vénériennes ou maladies des organes générateurs, ou en publie une annonce.

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

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

L'accent mis sur la "corruption des m{oe}urs" dans la disposition législative antérieure découlait du droit anglais en matière d'obscénité qui faisait de la cour la "gardienne des m{oe}urs publics". Comme le juge Charron de la Cour du district le mentionne dans la décision *R. v. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422 (C. dist. Ont.), aux pp. 441 et 442:

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

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

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

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

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

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

##### a) Le paragraphe 163(8) comme critère exclusif

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

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

Tout doute quant à savoir si le par. 163(8) visait à fournir une définition exhaustive de l'obscénité a été dissipé dans l'arrêt *Dechow c. La Reine*, précité. Le juge en chef Laskin dit (à la p. 962):

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

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

définition exhaustive de l'obscénité en matière de publications et d'objets dont la caractéristique dominante est l'exploitation des choses sexuelles et, d'autre part, que le critère de common law en matière d'obscénité énoncé dans l'arrêt *Hicklin* n'est plus applicable.

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

Pour que l'ouvrage ou le matériel soit qualifié d'"obscène", l'exploitation des choses sexuelles doit non seulement en constituer la caractéristique dominante, mais elle doit également être "indue". Pour déterminer quand l'exploitation des choses sexuelles sera considérée comme "indue", les tribunaux ont tenté de formuler des critères pratiques, dont le plus important est le critère de la "norme sociale de tolérance".

i) *Le critère de la "norme sociale de tolérance"*

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

[TRADUCTION] Il existe en tout temps dans toute société -- quoique la norme puisse varier d'une époque à l'autre -- un sens instinctif général de ce qui est décent et de ce qui ne l'est pas, de ce qui est correct et de ce qui ne l'est pas, et lorsqu'il faut faire la distinction, j'estime que c'est le jury qui est le mieux placé pour le faire [ . . . ] Je suis loin de tenter d'établir une orientation type, mais un juge pourrait peut-être, relativement à un roman, dire quelque chose comme ceci: "Il ne serait

pas exact d'affirmer que toute publication traitant de relations sexuelles est obscène. Les rapports entre les sexes constituent partout, bien entendu, des sujets légitimes de discussion [. . .] Il existe certaines normes de décence qui prévalent dans la société et on vous demande vraiment d'instruire la présente affaire parce que l'on considère que vous êtes représentatifs de ces normes et que vous êtes en mesure de les appliquer tout à fait justement. Ce qui est obscène est quelque chose de contraire à ces normes."

Le critère des normes sociales a donné lieu à une analyse judiciaire importante. Il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction seulement de la société, comme le milieu universitaire où a été présenté un film (*R. v. Goldberg*, [1971] O.R. 323 (C.A.)), ou une ville où une image a été présentée (*R. v. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463 (C.A. Ont.)). La norme applicable est une norme nationale (*R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (C.A. Ont.); *R. v. Duthie Books Ltd.* (1966), 58 D.L.R. (2d) 274 (C.A.C.-B.); *R. v. Ariadne Developments Ltd.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 49 (C.S.N.-É., Div. app.), à la p. 59). Une preuve d'expert n'est pas nécessaire et il ne s'agit pas d'un fait que le ministère public est tenu de prouver (*R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428 (C.A.); *R. v. Prairie Schooner News Ltd.* (1970), 75 W.W.R. 585 (C.A. Man.); *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307 (C.A. Man.)). Dans l'arrêt *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103 (C.A. Man.), le juge Freedman (dissident) a fait ressortir que le critère des normes sociales doit nécessairement tenir compte de l'évolution des m{oe}urs (aux pp. 116 et 117):

[TRADUCTION] Les normes sociales doivent être contemporaines. Les temps et les idées changent. Nous vivons à une époque qui est libérale si on la compare à l'ère victorienne. Une manifestation de ce phénomène est la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles. Dans les livres, les revues, les films, les émissions de télévision et parfois même dans les conversations de salon, les différents aspects des choses sexuelles font l'objet de commentaires avec une franchise qui, à une époque antérieure, aurait été considérée comme

indécente et intolérable. Nous ne pouvons ni ne devons ignorer ces attitudes actuelles lorsqu'il s'agit de déterminer si [les publications en cause] sont obscènes au sens de notre droit criminel.

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

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

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

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

À mon avis, il n'appartient pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8) du *Code criminel*, de qualifier un film d'obscène si on le présente à un

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

ii) *Le critère du "traitement dégradant ou déshumanisant"*

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

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

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

[TRADUCTION] Elles sont exploitées, représentées comme si elles désiraient retirer du plaisir de la douleur, en étant humiliées et traitées seulement comme un objet de domination sexuelle masculine, ou dans des scènes d'asservissement cruelles ou violentes. Dans ces films, les femmes sont représentées comme si leur vie tournait autour de l'attente d'un gros pénis, appartenant à un soi-disant thérapeute sexuel ou à un

laveur de vitres, apparemment pour tomber dans une extase sexuelle complète. Ou encore ce qui est plus faux et dégradant, on est amené à croire que la raison d'être de ces femmes est de déguster le sperme comme un élixir de vie ou qu'elles désirent secrètement être prises de force par un homme.

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

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

pp. 38 à 45. Il serait raisonnable de conclure que ce genre de matériel risque fort d'entraîner des conséquences nocives pour la société. Dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité, à la p. 524, le juge Wilson résume l'incidence de la preuve sur l'opinion publique:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION] À mon avis, on vise l'accent excessif mis sur le thème à une fin de base. Cependant, je ne crois qu'il y ait exploitation indue si on ne met pas plus l'accent sur ce thème que ce qui est requis pour traiter le thème d'un roman de façon sérieuse, honnête et intègre. Je ne mets pas en doute que l'oeuvre attaquée est un ouvrage sérieux de fiction. Elle ne possède aucune des caractéristiques souvent décrites dans les décisions en matière d'obscénité -- l'obscénité pour l'obscénité, la concupiscence du sensualiste, la dépravation dans l'esprit d'un auteur obsédé par l'obscénité, la pornographie, l'appel à un intérêt lascif, etc. L'article reconnaît qu'un auteur sérieux doit jouir d'une certaine liberté pour produire une oeuvre ayant une valeur artistique et littéraire réelle et la qualité de cette oeuvre, comme l'ont souligné les témoins et comme l'indique le bon sens, doit vraiment permettre d'établir non seulement une caractéristique dominante, mais également s'il y a exploitation indue.

Comme l'a fait ressortir le substitut du procureur général dans sa plaidoirie, le moyen de défense fondé sur la valeur artistique constitue la dernière étape dans l'analyse de la question de savoir si l'exploitation des choses sexuelles est indue. Même le matériel qui contrevient en soi aux normes sociales ne sera pas considéré comme "indu", s'il est requis pour traiter un thème sérieusement. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, la Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a statué que le film *Le dernier tango à Paris* n'était pas obscène au sens du *Code*. Pour déterminer si une caractéristique dominante du film est l'exploitation indue des choses sexuelles, le juge en chef Freedman du Manitoba a souligné que les tribunaux doivent prendre en compte diverses choses, savoir l'objectif artistique de l'auteur, la façon dont il a présenté l'histoire, la représentation et l'interaction des personnages et la création des effets visuels au moyen de jeux habiles de caméra (à la p. 194). Le juge en chef Freedman

a affirmé que la question de savoir si le film est obscène doit être tranchée suivant les normes contemporaines de la société canadienne. Plusieurs facteurs doivent être pris en considération pour trancher cette question: le témoignage d'experts, le fait que le film a reçu la cote "Réservé aux adultes" et qu'il ne peut ainsi être présenté aux personnes de moins de 18 ans, et le fait que les organismes de censure de plusieurs provinces ont permis la présentation du film en question.

En conséquence, on a utilisé le critère des "besoins internes" ou ce que l'on a appelé le "moyen de défense fondé sur la valeur artistique" pour déterminer si l'exploitation des choses sexuelles joue un rôle justifiable dans le développement de l'intrigue ou du thème et si, d'après l'ensemble de l'oeuvre, elle ne représente pas simplement de l'obscénité pour de l'obscénité, mais joue un rôle légitime lorsqu'on l'évalue en fonction des besoins internes de l'oeuvre elle-même.

iv) *La corrélation entre les critères*

Il ressort de cette analyse de la jurisprudence qu'elle ne mentionne pas la corrélation qui existe entre les critères. Cette lacune en ce qui concerne le critère des normes sociales et le critère du traitement dégradant ou déshumanisant, par exemple, soulève une importante question quant aux facteurs sur lesquels se fonde la société pour déterminer si le matériel contesté sera toléré. En appliquant ces deux critères au même matériel et apparemment de façon indépendante, nous ne savons pas si la société a jugé le matériel intolérable parce qu'il était dégradant ou déshumanisant, parce qu'il choquait la morale ou pour quelque autre motif. Dans certaines circonstances, la conclusion que le matériel est tolérable peut être annulée par la conclusion de la cour qu'il est nocif et qu'il constitue donc une exploitation

indue. Par ailleurs, le critère des besoins internes est-il dominant au point de racheter le matériel qui autrement constituerait une exploitation indue ou constitue-t-il seulement un facteur parmi d'autres? Ce critère est-il appliqué par la société ou est-il établi par la cour sans tenir compte de la société? Cette lacune dans la jurisprudence fait que le texte législatif peut être attaqué en raison de son caractère imprécis et incertain. C'est à une telle attaque qu'on se livre ici. On doit si possible combler cette lacune dans l'interprétation du texte législatif avant de le soumettre à un examen fondé sur la *Charte*. La nécessité de le faire a été envisagée par le juge Wilson dans l'arrêt *Towne Cinema*, à la p. 525:

Le critère de la norme sociale est utile dans la mesure où il offre une échelle en fonction de laquelle les choses incriminées peuvent être évaluées, mais il fait peu pour élucider la question sous-jacente, savoir, pourquoi une partie de l'exploitation des choses sexuelles tombe du côté des choses permises en vertu du par. 159(8) alors qu'une autre partie tombe du côté des interdits. Cette question devra indubitablement être examinée lorsque la validité des dispositions du *Code* sur l'obscénité sera attaquée en tant que violation de la liberté d'expression et qu'on cherchera à justifier cette violation par son caractère raisonnable.

La pornographie peut, à toutes fins utiles, être divisée en trois catégories: (1) les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, (2) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent des personnes à un traitement dégradant ou déshumanisant, et (3) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes. La violence dans ce contexte comprend à la fois la violence physique réelle et les menaces de violence physique. Si l'on rapproche ces trois catégories du texte du par. 163(8) du *Code*, la première catégorie, les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, y est expressément mentionnée. Les choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur ou à la cruauté comportent parfois

un élément de violence. Par exemple, la cruauté comporte habituellement cet élément. Toutefois, même en l'absence de violence, les choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur ou à la cruauté peuvent relever de la deuxième catégorie. Sous réserve de l'exception mentionnée ci-après, la troisième catégorie n'est pas visée par le paragraphe.

Pour certains segments de la société, ces trois catégories de pornographie seraient nocives à la société parce qu'elles ont tendance à en ébranler la force morale. Pour d'autres, aucune de ces catégories de pornographie n'est nocive. Par ailleurs, il existe tout un éventail d'opinions quant à savoir ce qui constitue un traitement dégradant ou déshumanisant. Voir *La pornographie et la prostitution au Canada: Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (1985) (le rapport Fraser), vol. 1, à la p. 53. Parce qu'il ne s'agit pas d'une question dont la preuve peut être faite de façon traditionnelle et parce que nous ne voulons pas nous en remettre aux goûts de chacun des juges, nous devons disposer d'une norme qui fera fonction d'arbitre pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles. Cet arbitre est l'ensemble de la société.

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances

de tolérance. Cette conclusion peut être tirée à partir du matériel même ou à partir du matériel et d'autres éléments de preuve. En outre, la preuve des normes sociales est souhaitable, mais non essentielle.

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

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

Nous venons d'examiner la corrélation qui existe entre le "critère des normes sociales" et le critère du "traitement dégradant ou déshumanisant". Quelle est alors la place du critère des "besoins internes" dans ce régime? Il faut appliquer ce critère seulement si une {oe}uvre renferme du matériel sexuellement explicite qui,

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

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

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

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

signification." Je crois que c'est le cas du matériel en l'espèce. [Je souligne.]

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

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

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

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

[TRADUCTION] En ce qui concerne la forme de l'activité, elle fait partie d'un domaine qui a été criminalisé sous la forme d'une infraction contre la moralité publique -- un domaine que le juge Lamer a décrit, dans les motifs qu'il a rédigés dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c*), précité, comme un domaine où la forme de l'expression pourrait bien ne pas être protégée par la *Charte*. Cette forme d'expression consiste en l'exploitation indue des choses sexuelles, la dégradation de la sexualité humaine. À mon avis, la forme de l'activité n'en est pas une que la Charte visait à protéger. En conséquence, tant du point de vue de la forme que du contenu, l'activité relève à bon droit du champ réglementé de la liberté d'expression. [Je souligne.]

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

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

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

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

[TRADUCTION] L'article 163 ne vise pas à restreindre l'échange d'idées et d'opinions ni à supprimer la tentative de transmettre un message. Cette disposition législative vise à interdire la distribution ou la vente de matériel lascif dénué de signification susceptible de le racheter.

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

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

Avant d'examiner si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, je tiens à aborder l'argument présenté par le procureur général de la Colombie-Britannique, selon lequel on devrait, en appliquant l'al. 2b), établir une distinction entre les films et les {oe}uvres écrites. On soutient que, de par sa nature même, l'expression écrite, lorsqu'on y recourt, constitue intrinsèquement une tentative de transmettre un message. Par contre, la Colombie-Britannique fait valoir que le film peut être utilisé à une fin [TRADUCTION] "non véritablement de communication". Dans son mémoire, la Colombie-Britannique soutient que si

l'activité représentée dans les magazines et les vidéocassettes de pornographie intégrale ne constitue pas en soi une expression, le fait qu'elle soit reproduite au moyen d'une caméra ne la transforme pas par magie en une "expression": l'appelant ne peut invoquer le fait qu'il s'agit d'un "film" pour revendiquer une protection pour la reproduction d'une activité dont le seul objet est de stimuler ou de choquer.

À mon avis, cet argument ne saurait tenir. Cette position n'est pas loin de celle adoptée par la Cour d'appel à la majorité, savoir que la représentation d'une activité purement physique ne transmet pas un message. Premièrement, je ne puis être d'accord avec la prémisse qu'une activité purement physique, comme l'activité sexuelle, ne peut constituer une expression. Deuxièmement, en tournant un film, quel qu'en soit le contenu, le producteur choisit consciemment les scènes qui seront incluses dans le film. Dans le choix des scènes, l'auteur du film tente de transmettre un certain message. Le message qu'il faut attribuer à l'œuvre ne saurait être mesuré en fonction de la réaction de l'auditoire qui, dans certains cas, sera simplement stimulé physiquement ou choqué. Le message de l'œuvre est celui que son auteur lui a intentionnellement attribué. À titre d'exemple, on peut très bien dire qu'un mur blanc ne transmet pas de message. Toutefois, si l'on choisit délibérément de capter cette image sur film, l'œuvre a nécessairement une signification pour son auteur et constitue une expression. On pourrait affirmer la même chose relativement à la représentation de personnes qui se livrent à une activité purement sexuelle.

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

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

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

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

Pour déterminer si le par. 163(8) prescrit une norme intelligible, il faut examiner la façon dont la disposition a été interprétée par les tribunaux. Dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité, notre Cour à la majorité a conclu que l'expression "actes d'indécence", notamment, pouvait constituer une limite prescrite "par une règle de droit". Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dit, à la p. 1157:

De plus, comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a dit dans l'arrêt *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, à la p. 173, [TRADUCTION] "la théorie de la nullité pour cause d'imprécision ne doit pas être appliquée au

simple libellé de la disposition législative, mais à la disposition elle-même telle qu'elle a été interprétée et appliquée par les tribunaux".

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

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

#### b) L'objectif

L'intimée prétend qu'il existe plusieurs objectifs urgents et réels qui justifient la suppression de la liberté de distribution du matériel obscène. Essentiellement, ces objectifs visent, d'une part, à éviter le préjudice auquel donnent lieu les changements d'attitude antisociaux causés par le fait d'être exposé à du matériel obscène et, d'autre part, à maintenir, dans l'intérêt du public, une "société décente". Par contre, l'appelant soutient que l'art. 163 vise à faire de l'État le

"gardien des m{oe}urs" en matière sexuelle et à imposer des normes subjectives de moralité.

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

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

Je suis d'accord avec le juge Twaddle de la Cour d'appel que cet objectif particulier n'est plus défendable compte tenu de la *Charte*. Imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée, va à l'encontre de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social. D. Dyzenhaus, "Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality" (1991), 1 C.R. (4th) 367, à la

p. 370, dit qu'il s'agit là d'un [TRADUCTION] "moralisme légal", d'une majorité qui décide quelles sont les valeurs qui devraient guider la vie de chacun, pour ensuite imposer ces valeurs aux minorités. La prévention de "l'obscénité pour l'obscénité" ne constitue pas un objectif légitime qui justifierait la violation de l'une des libertés les plus fondamentales consacrées dans la *Charte*.

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

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

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

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

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

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

Le danger évident et incontestable de ce genre de matériel est qu'il encourage certaines tendances malsaines au sein de notre société canadienne. Il met l'accent sur les stéréotypes masculins et féminins au détriment des deux sexes. La dégradation, l'humiliation, la soumission et à l'en croire, la violence dans les relations humaines seraient tout à fait normales et acceptables. Une société qui considère que l'égalité, entre ses membres, la suppression de la violence, le libre choix et la réciprocité constituent la base de toutes les relations humaines, sexuelles ou autres, est nettement justifiée de régir et d'interdire toute forme de description ou d'incitation qui viole ces principes.

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

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

. . .

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

toujours été, de loi qui a principalement pour objet de rendre obligatoire l'observance du dimanche.

Je n'accepte pas que l'on doive recourir à la théorie de "l'objet changeant" pour décrire l'objectif de la disposition attaquée comme étant d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société. D'abord, les notions de corruption morale et de préjudice causé à la société constituent non pas des notions distinctes, comme le prétend l'appelant, mais plutôt des notions inextricablement liées. C'est la corruption morale d'un certain type qui entraîne l'effet nocif sur la société. Ensuite, et qui plus est, je suis d'avis qu'en adoptant l'art. 163, le Parlement a explicitement cherché à s'attaquer aux préjudices liés à certains types de matériel obscène. L'interdiction de ce matériel obscène était fondée sur la conviction qu'il avait un effet nocif sur les personnes qui le voyaient et, par conséquent, sur l'ensemble de la société. Notre compréhension des préjudices causés par ce matériel a évolué considérablement depuis lors; toutefois, cela ne déroge pas au fait que l'objet de ce texte législatif demeure, comme c'était le cas en 1959, la protection de la société contre les préjudices découlant de l'exposition au matériel obscène. À cet égard, je souscris à l'analyse du juge Charron de la Cour de district, dans la décision *R. v. Fringe Products Inc.*, précitée, à la p. 443:

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

C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation indue que cet article vise. Le "préjudice" envisagé par le Parlement en 1959 ne serait peut-être pas exprimé de la même façon aujourd'hui. Le tribunal n'est pas limité, dans la détermination de cette question, à la perspective de

1959. Comme l'indique l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 984:

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

En 1959, le préjudice causé à la société par l'exploitation indue des choses sexuelles ou des choses sexuelles et de l'un des autres sujets nommés aurait bien pu être été défini plus strictement du point de vue de la moralité publique, savoir que cette expression allait à l'encontre de ce que la société considérait comme bon ou mauvais. Il se peut bien que, si c'était là le seul préjudice identifiable aujourd'hui, on ne pourrait pas affirmer que le texte législatif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles et justifie ainsi une atteinte à la liberté d'expression. Toutefois, ce n'est pas le cas. Le préjudice va au-delà de la moralité publique prise dans ce sens strict.

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

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

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

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

Notre Cour a donc reconnu que le préjudice causé par la prolifération de matériel qui va sérieusement à l'encontre des valeurs fondamentales de notre société constitue une préoccupation réelle qui justifie la restriction du plein exercice de la liberté d'expression. À mon avis, le préjudice que l'on cherche à éviter dans le cas de la diffusion de matériel obscène est similaire. Pour reprendre les termes du juge en chef Nemetz de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (C.A.C.-B.), on s'inquiète de plus en plus de ce que l'exploitation des femmes et des enfants, dans les publications et les films, puisse, dans certaines circonstances, conduire à une [TRADUCTION] "victimisation abjecte et servile" (aux pp. 43 et 44). Comme l'indique aussi le juge Anderson dans la même affaire, si l'on veut parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes, on ne peut ignorer la menace que présente pour l'égalité le fait d'exposer le public à certains types de matériel violent et dégradant. Le matériel qui représente les femmes comme une catégorie d'objets d'exploitation et d'abus sexuels a une incidence négative sur [TRADUCTION] "la valorisation personnelle et l'acceptation de soi".

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

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

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

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

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

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

c) La proportionnalité

(i) *Généralités*

L'exigence de proportionnalité comporte trois aspects:

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

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

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

Les valeurs qui sous-tendent la protection de la liberté d'expression ont trait à la recherche de la vérité, à la participation au processus politique et à l'épanouissement personnel. Toutefois, selon le procureur général de l'Ontario, la pornographie ne met en cause que "l'épanouissement personnel" et seulement dans son aspect le moins digne, celui de la stimulation physique. Par contre, les groupes de défense des libertés civiles prétendent que la pornographie nous force à nous interroger sur les notions traditionnelles de la sexualité et nous entraîne ainsi dans un débat fondamentalement politique. Dans son mémoire, la B.C. Civil Liberties Association adopte un passage tiré de R. West, "The Feminist-Conservative Anti-Pornography Alliance and the 1986 Attorney General's Commission on Pornography Report" (1987), 4 *Am. Bar Found. Res. Jo.* 681, à la p. 696:

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

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

[TRADUCTION] Les femmes, en particulier, sont privées d'une identité humaine unique et sont représentées comme des jouets sexuels, qui répondent hystériquement et instantanément aux demandes de faveurs

sexuelles des hommes. Elles vénèrent les organes génitaux des hommes et leur valeur personnelle dépend de l'apparence esthétique de leurs organes génitaux et de leurs seins.

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

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

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

(ii) *Le lien rationnel*

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

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

Contrairement aux conclusions du rapport MacGuigan, précité, les conclusions récentes du rapport Fraser, précité, n'ont pu établir l'existence d'un lien de causalité entre la pornographie et la perpétration de crimes violents, l'agression sexuelle d'enfants ou la désintégration des collectivités et de la société.

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

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

dans le cas de certains sous-groupes, d'actes illégaux de violence sexuelle.

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

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

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement.

Et à la p. 990:

. . . la Cour a également reconnu que le gouvernement disposait d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des

preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes.

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

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

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

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

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

[TRADUCTION] Bien qu'il n'existe pas de preuve concluante de l'existence d'un lien entre le comportement antisocial et le matériel obscène, le législateur [. . .] pourrait tout à fait raisonnablement déterminer qu'un tel lien existe ou pourrait exister.

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

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

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

*Keegstra*, "[l]a pornographie n'est pas valorisée par sa suppression". Contrairement au fomenteur de haine qui peut réussir, grâce à l'attention soudaine des médias, à s'attirer un auditoire, l'interdiction du matériel obscène ne favorise en rien la cause du pornographe.

(iii) *L'atteinte minimale*

En déterminant s'il est possible d'imaginer une loi moins attentatoire, notre Cour a fait ressortir, dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité, que le régime législatif n'a pas à être "parfait", mais qu'il doit être bien adapté au contexte du droit qui est violé (à la p. 1138). De plus, dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson affirment, à la p. 999:

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

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

Premièrement, la disposition attaquée n'interdit pas le matériel érotique sexuellement explicite qui ne comporte pas de violence et qui n'est ni dégradant ni déshumanisant. Elle est conçue de manière à viser le matériel qui crée un risque de préjudice pour la société. On pourrait soutenir qu'il devrait être nécessaire de faire

la preuve d'un préjudice réel. Il ressort de ce que je viens d'affirmer qu'il est suffisant que le Parlement ait un motif raisonnable de conclure qu'il s'ensuivra un préjudice, ce qui n'exige pas la preuve d'un préjudice réel.

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

Troisièmement, lorsqu'il examine si la disposition porte le moins possible atteinte à la liberté en question, le tribunal peut légitimement tenir compte des tentatives antérieures infructueuses du Parlement de remplacer la définition par une autre plus explicite. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a reconnu qu'il est légitime de tenir compte du fait que l'on estimait que les textes législatifs antérieurs et les solutions proposées étaient moins efficaces que le texte législatif qui fait l'objet de la présente contestation. Il s'est avéré que la tentative de donner des exemples d'obscénité exhaustifs ne pouvait qu'échouer (projet de loi C-54, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> Parl.). Il semble que la seule solution pratique soit d'établir une définition plus abstraite de l'obscénité, qui tiendra compte du contexte et de l'évolution de la connaissance et de

la compréhension du phénomène visé par le texte législatif. À mon avis, la norme de l'"exploitation indue" est donc appropriée. Compte tenu du caractère insoluble du problème et de l'impossibilité de définir précisément une notion qui est fondamentalement insaisissable, il y a peu de chance que l'on réussisse à établir une disposition plus explicite. En conséquence, on peut se demander s'il est possible d'exiger du législateur une plus grande précision et à quel prix.

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

Si donc l'exposition "à la vue du public" est mentionnée dans le paragraphe 2*a*, c'est que le législateur a voulu que celle-là seule, et non pas l'exposition privée, constitue un crime.

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

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

[TRADUCTION] Pour que je sois disposé à conclure que l'utilisation d'écrits ou d'images dans l'intimité de son foyer peut constituer un acte

criminel, je dois pouvoir invoquer à cette fin un texte législatif beaucoup plus spécifique que celui qui nous occupe en l'espèce. Il aurait été fort simple pour le Parlement d'inclure le terme "montrer" dans cette disposition s'il avait voulu englober cette situation.

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

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

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

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

requièrent l'adoption par le gouvernement de solutions à plusieurs volets. La formation et la législation constituent non pas des solutions de rechange, mais se complètent pour faire face à ces problèmes. Rien dans la *Charte*, n'oblige le Parlement à faire un choix parmi ces mesures complémentaires.

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

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

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

société, les comportements non violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens.

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

## 5. Conclusion

Je conclus que, même si le par. 163(8) viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*, il constitue une limite raisonnable et est sauvegardé par les dispositions de l'article premier. Le juge du procès n'a déclaré l'appelant coupable que relativement au matériel qui renfermait des scènes de violence ou de cruauté mélangée à des activités sexuelles ou qui représentait une absence de consentement au contact sexuel ou dont on pouvait dire, par ailleurs, qu'il déshumanisait les hommes ou les femmes dans un contexte sexuel. Par contre, la Cour d'appel à la majorité a reconnu l'appelant coupable relativement à toutes les accusations.

Même si le juge du procès a conclu que le matériel à l'égard duquel l'accusé a été acquitté n'était ni dégradant ni déshumanisant, il l'a fait dans le contexte de l'article premier de la *Charte*. En effet, il s'est demandé si, dans l'éventualité où le matériel serait interdit par le par. 163(8), cette disposition pourrait encore être justifiable en vertu de l'article premier. Dans ce contexte, il a examiné les objectifs gouvernementaux du par. 163(8) et a apprécié le matériel visé par les accusations en fonction de cet objectif. Les conclusions tirées au procès l'ont donc été dans un cadre juridique différent de celui qui est exposé dans les présents motifs.

Plus précisément, en se demandant si le matériel était dégradant ou déshumanisant, il n'a pas abordé la question du préjudice. Par conséquent, ce serait conjecturer que de conclure qu'on serait arrivé au même résultat si la définition de l'obscénité contenue dans les présents motifs avait été appliquée. Le critère qu'a appliqué la Cour d'appel, à la majorité, différait également de façon importante des présents motifs. Je ne puis donc accepter sa conclusion que tout le matériel est obscène. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur toutes les accusations. Je souligne, cependant, que je suis d'accord avec la conclusion du juge Wright que, dans le cas du matériel jugé obscène, il ne devrait être imposé qu'une seule déclaration de culpabilité relativement à une même bande.

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

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

Réponse: Oui

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

Réponse: Oui

//Le juge Gonthier//

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

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

L'essence de l'art. 163 du *Code*

*Une représentation et son contenu*

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

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

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

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

Cette différence de contenu découle de l'élément de représentation que l'on trouve à l'art. 163 du *Code*. Le Parlement a attribué un contenu plus large à l'obscénité parce qu'elle comporte une représentation. Tel que mentionné plus haut, c'est dans la conjonction d'un contenu donné et de sa représentation que réside l'essence même de l'obscénité. Le genre de scènes décrites en détail dans les arrêts *R. v. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318 (B.R. Alb.), *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53 (C. cté Ont.), ou *R. v. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (B.R. Man.) pourraient peut-être être légales si elles se déroulaient entre adultes consentants, mais elles deviennent obscènes lorsqu'elles sont représentées.

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

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

Les images pornographiques qui transmettent cette image déformée de la sexualité humaine comportent souvent des éléments de violence, de cruauté, de douleur infligée et d'humiliation. Non seulement ce matériel constitue souvent la preuve que l'on est en train de commettre des actes répréhensibles, mais encore sa représentation évoque la possibilité d'influences sur le comportement. Dans un marché d'idées, pour employer une métaphore classique, les images pornographiques existent pour les preneurs et il ne fait pas de doute que ceux-ci sont nombreux. Les changements d'attitude chez ces preneurs, du fait qu'ils sont exposés au matériel pornographique, peuvent donner lieu à des abus et à des préjudices. Comme le conclut le Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution, dans son rapport intitulé *La pornographie et la prostitution au Canada* (1985) (le "rapport Fraser"), à la p. 110:

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

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

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

*Interdiction et réglementation*

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

À mon avis, il n'appartient pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8) [maintenant le par. 163(8)] du *Code criminel*, de qualifier un film d'obscène si on le présente à un auditoire donné mais de non obscène si on le présente à un autre. Je ne doute pas qu'il soit souhaitable de réglementer les films qu'on peut présenter à différents auditoires. Un film qui n'est pas obscène au sens du *Code criminel* peut néanmoins ne pas être un spectacle souhaitable pour des personnes de moins de 18 ans [ . . . ] cette réglementation est prévue dans plusieurs provinces, mais il s'agit de la réglementation de matériel qui n'est pas obscène au sens du *Code*.

Le juge Sopinka souligne également cet aspect dans ses motifs.

Par conséquent, aux fins d'interpréter le par. 163(8) du *Code*, le matériel attaqué doit être présumé accessible à l'ensemble du public canadien. Toute restriction à l'accessibilité résulte de mesures réglementaires qui excèdent la portée des dispositions du *Code criminel*. L'obscénité vise ici le matériel dont le simple fait

qu'il soit accessible au grand public suffit pour justifier une interdiction criminelle, quelle que soit la personne à qui il parvient réellement.

*La classification en trois catégories*

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

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

tolérance de la société, en application du critère de la "norme sociale de tolérance", et

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

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

#### *Le matériel de la troisième catégorie*

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

On considère généralement que le contenu du matériel de la troisième catégorie risque peu de causer un préjudice, comme le fait remarquer à bon droit le juge Sopinka. Il mentionne, à titre d'exception, la pornographie mettant en cause des

enfants, c'est-à-dire le matériel produit avec la participation d'enfants. Cette exception est importante puisqu'elle découle de toute évidence du risque élevé de préjudice que comportent la production et la diffusion de la pornographie qui met en cause des enfants.

Outre cette exception, il est tout à fait concevable que la représentation puisse être nocive, même dans le cas où son contenu peut être jugé inoffensif. Il est utile ici de citer un extrait de l'arrêt *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428, à la p. 435, où le juge en chef Howland de l'Ontario affirme:

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

Ce passage et les phrases qui l'entourent ont aussi été cités par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité, à l'appui de la proposition que la tolérance de la société canadienne variera en fonction de l'auditoire auquel s'adresse le matériel. Le juge en chef Dickson était minoritaire sur ce point; comme je l'ai déjà mentionné, les juges formant la majorité étaient d'accord avec le juge Wilson pour dire que l'auditoire auquel est présenté le matériel est sans importance. J'accepte l'opinion du juge Wilson puisqu'elle a reçu l'adhésion des juges formant la majorité.

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

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

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

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

Comme je l'ai mentionné, le moyen d'expression ne constitue qu'une variante qui peut déclencher l'application de l'art. 163 au matériel de la troisième

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

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

#### *La tolérance et le préjudice*

L'évaluation du risque de préjudice en l'espèce dépend de la tolérance de la société, comme dans le cas de la deuxième catégorie de matériel. Cela m'amène à faire remarquer que le sens du terme "tolérance" a subi un certain changement. Dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité, le juge en chef Dickson a formulé ainsi le critère de la norme sociale, à la p. 508:

. . . la norme applicable est la *tolérance* et non le goût. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient. [En italique dans l'original.]

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

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

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

Le juge Sopinka utilise la norme sociale de tolérance pour évaluer le risque de préjudice. Dans ce contexte, il doit exister un rapport entre la tolérance et le préjudice. Elle doit signifier qu'il y a non seulement tolérance du matériel, mais aussi tolérance du préjudice que ce matériel est susceptible de causer. Il s'agit là

d'une forme de tolérance plus complexe et plus représentative que celle envisagée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité. Cette évolution est entièrement compatible avec l'importance accordée au préjudice par notre Cour à titre d'élément crucial dans l'interprétation du par. 163(8).

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

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

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

Dans ses motifs, le juge Sopinka écarte la possibilité que la "moralité publique" puisse constituer un objectif légitime de l'art. 163 du *Code* et, tout en reconnaissant que le Parlement peut légiférer en vue de protéger "certaines conceptions fondamentales de la moralité", il conclut que l'objectif véritable de l'art. 163 est d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société.

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

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

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION] La prétention qu'il existe un consensus moral ne repose pas sur un sondage. Elle se fonde sur la façon dont le législateur perçoit la réaction de la société face à certaines pratiques désapprouvées.

Toutefois, le législateur doit aussi être conscient des motifs sur lesquels cette réaction se fonde généralement. S'il y a eu un débat public qui a donné lieu à des éditoriaux dans les journaux, à des discours de ses collègues, à des témoignages des groupes intéressés et des lettres, il sera d'autant plus conscient des arguments et des positions en présence. Il doit passer en revue ces arguments et positions et penser à des théories ou à des principes généraux que de grands segments de la population pourraient bien ne pas accepter, et ainsi de suite.

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

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

Deuxièmement, il doit exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l'appui de plus d'une majorité simple de la population. Dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de ce qui est bien. Les garanties prévues à l'art. 2 de la *Charte* protègent cette diversité pluraliste. Cependant, si les tenants de ces diverses conceptions reconnaissent qu'une conduite donnée n'est pas bonne, alors le respect du pluralisme qui sous-tend l'art. 2 de la *Charte* devient une objection moins insurmontable à l'intervention de l'État (cette

thèse a récemment été actualisée et reformulée par S. Gardbaum dans "Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All" (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1350). En ce sens, il doit exister un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l'État puisse intervenir en invoquant la moralité. Cela est également compris dans l'expression "urgent et réel".

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

Par ailleurs, si l'on tient compte du fait que les gens ont des conceptions différentes du bon goût et du niveau acceptable d'explicitation sexuelle, la plupart d'entre nous reconnaîtraient que ces changements d'attitude sont graves et justifient l'intervention de l'État (les groupes de défense des libertés civiles ont proposé à notre Cour de déclarer inopérant l'art. 163 du *Code* reconnaissent que le préjudice peut

justifier l'intervention de l'État, mais ils contestent que le matériel obscène soit nocif; c'est là une autre question).

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

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

effectivement notoire, le juge peut en prendre connaissance d'office sans autre preuve.

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

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Chapman, Goddard, Kagan, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimé: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Colombie-Britannique: Le procureur général de Colombie-Britannique.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Goran Tomljanovic, Edmonton.*

*Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des libertés civiles et l'Association manitobaine des droits et libertés: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association: Arvay, Finlay, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Code Hunter, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenant le G.A.P. (Group Against Pornography) Inc.: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.*