

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Robin Sharpe *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta, the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP), Canadians Against Violence (CAVEAT), the Criminal Lawyers' Association, the Evangelical Fellowship of Canada, Focus on the Family (Canada) Association, the British Columbia Civil Liberties Association, the Canadian Civil Liberties Association, Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SHARPE

Neutral citation: 2001 SCC 2.

File No.: 27376.

2000: January 18, 19; 2001: January 26.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Whether possession of expressive material protected by right to freedom

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Robin Sharpe *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta, l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP), les Canadiens contre la violence (CAVEAT), la Criminal Lawyers' Association, l'Alliance évangélique du Canada, la Focus on the Family (Canada) Association, la British Columbia Civil Liberties Association, l'Association canadienne des libertés civiles, Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SHARPE

Référence neutre : 2001 CSC 2.

N° du greffe : 27376.

2000 : 18, 19 janvier; 2001 : 26 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Pornographie juvénile — La possession de matériel expressif est-elle protégée par le droit à la

of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Whether Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing right to liberty — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Crown conceding that Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing freedom of expression — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Criminal law — Child pornography — Criminal Code prohibiting possession of child pornography — Scope of definition of “child pornography” — Defences available — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

The accused was charged with two counts of possession of child pornography under s. 163.1(4) of the *Criminal Code* and two counts of possession of child pornography for the purposes of distribution or sale under s. 163.1(3). “Child pornography”, as defined in s. 163.1(1) of the *Code*, includes visual representations that show a person who is or is depicted as under the age of 18 years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity and visual representations the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 years. “Child pornography” also includes visual representations and written material that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Code*. Prior to his trial, the accused brought a preliminary motion challenging the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Code*, alleging a violation of his constitutional guarantee of freedom of expression. The Crown conceded that s. 163.1(4) infringed s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but argued that the infringement was justifiable under s. 1 of the *Charter*. Both the trial judge and the majority of the British Columbia Court of Appeal ruled that the prohibition of the simple possession of child pornography as defined under s. 163.1 of the *Code* was not justifiable in a free and democratic society.

liberté d’expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — L’interdiction de la possession de pornographie juvénile prévue au Code criminel porte-t-elle atteinte au droit à la liberté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’expression — Pornographie juvénile — Ministère public reconnaissant que l’interdiction de la possession de pornographie prévue au Code criminel porte atteinte à la liberté d’expression — L’atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

Droit criminel — Pornographie juvénile — Possession de pornographie juvénile interdite par le Code criminel — Portée de la définition de « pornographie juvénile » — Moyens de défense disponibles — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1.

L’accusé a fait l’objet de deux chefs d’accusation de possession de pornographie juvénile, suivant le par. 163.1(4) du *Code criminel*, et de deux chefs de possession en vue de la distribution ou de la vente, suivant le par. 163.1(3). Selon la définition du par. 163.1(1) du *Code*, l’expression « pornographie juvénile » s’entend de toute représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite, et de toute représentation dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d’une personne âgée de moins de 18 ans. Cette expression s’entend également de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans qui constituerait une infraction au *Code*. Avant son procès, l’accusé a présenté une requête préliminaire contestant la constitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code*, en faisant valoir qu’il y avait eu atteinte à la liberté d’expression que lui garantit la Constitution. Le ministère public a reconnu que le par. 163.1(4) porte atteinte à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais a prétendu que la restriction était justifiable au sens de l’article premier de la *Charte*. Le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont déclaré que l’interdiction de la simple possession de pornographie juvénile au sens de l’art. 163.1 du *Code* n’était pas justifiable dans une société libre et démocratique.

Held: The appeal should be allowed and the charges remitted for trial.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: In order to assess the constitutionality of s. 163.1(4), it is important to ascertain the nature and scope of any infringement. Until it is known what the law catches, it cannot be determined that the law catches too much. Consequently, the law must be construed, and interpretations that may minimize the alleged overbreadth must be explored. In light of Parliament's purpose of criminalizing possession of material that poses a reasoned risk of harm to children, the word "person" in the definition of child pornography should be construed as including visual works of the imagination as well as depictions of actual people. The word "person" also includes the person possessing the expressive material. The term "depicted" refers to material that a reasonable observer would perceive as representing a person under the age of 18 years and engaged in explicit sexual activity. The expression "explicit sexual activity" refers to acts at the extreme end of the spectrum of sexual activity — acts involving nudity or intimate sexual activity represented in a graphic and unambiguous fashion. Thus, representations of casual intimacy, such as depictions of kissing or hugging, are not covered by the offence. An objective approach must be applied to the terms "dominant characteristic" and "for a sexual purpose". The question is whether a reasonable viewer, looking at the depiction objectively and in context, would see its "dominant characteristic" as the depiction of the child's sexual organ or anal region in a manner that is reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation to some viewers. Innocent photographs of a baby in the bath and other representations of non-sexual nudity are not covered by the offence. As for written material or visual representations that advocate or counsel sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Criminal Code*, the requirement that the material "advocates" or "counsels" signifies that, when viewed objectively, the material must be seen as actively inducing or encouraging the described offences with children.

Parliament has created a number of defences in ss. 163.1(6) and (7) of the *Code* which should be liberally construed as they further the values protected by the guarantee of free expression. These defences may be

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les accusations sont renvoyées au tribunal de première instance.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : Pour évaluer la constitutionnalité du par. 163.1(4), il importe de déterminer la nature et la portée de toute atteinte. Tant que l'on ne sait pas ce à quoi la disposition s'applique, il est impossible de dire si sa portée est trop large. Par conséquent, il faut interpréter la disposition et examiner les interprétations susceptibles de réduire au minimum la portée que l'on dit excessive. Vu l'objectif du législateur de criminaliser la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, le mot « personne » dans la définition de la pornographie juvénile doit être considéré comme incluant les œuvres visuelles issues de l'imagination et les représentations de vraies personnes. Le mot « personne » s'entend également de la personne qui a le matériel expressif en sa possession. Le mot « présentée » renvoie à du matériel qui serait considéré par un observateur raisonnable comme représentant une personne de moins de 18 ans se livrant à une activité sexuelle explicite. L'expression « activité sexuelle explicite » vise les actes qui se situent à l'extrémité de l'éventail des activités sexuelles, à savoir les actes comportant la nudité ou des activités sexuelles intimes, représentés de manière détaillée et non équivoque. En conséquence, les représentations de contacts sexuels anodins, comme le baiser ou l'étreinte, ne sont pas visées par la disposition créant l'infraction. Une approche objective doit être appliquée à l'égard des expressions « caractéristique dominante » et « dans un but sexuel ». Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable qui considérerait la représentation de manière objective et en contexte conclurait que sa « caractéristique dominante » est la représentation des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant d'une façon qui puisse raisonnablement être perçue comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes. Les photos innocentes d'un bébé dans une baignoire et les autres représentations de nudité non sexuelle ne sont pas visées par la disposition créant l'infraction. Pour ce qui est des écrits ou des représentations qui préconisent ou conseillent une activité sexuelle avec une personne de moins de 18 ans, qui constituerait une infraction au *Code criminel*, l'exigence voulant que le matériel « préconise » ou « conseille » signifie que, pris objectivement, ce matériel doit être considéré comme encourageant activement la perpétration des infractions en cause avec des enfants.

Le législateur a créé, aux par. 163.1(6) et (7) du *Code*, un certain nombre de moyens de défense qui doivent être interprétés libéralement car ils servent les valeurs protégées par la garantie de liberté d'expression. L'ac-

raised by the accused by pointing to facts capable of supporting the defence, at which point the Crown must disprove the defence beyond a reasonable doubt. The defence of “artistic merit” provided for in s. 163.1(6) must be established objectively and should be interpreted as including any expression that may reasonably be viewed as art. Section 163.1(6) creates a further defence for material that serves an “educational, scientific or medical purpose”. This refers to the purpose the material, viewed objectively, may serve, not the purpose for which the possessor actually holds it. Finally, Parliament has made available a “public good” defence. As with the medical, educational or scientific purpose defences, the defence of public good should be liberally construed.

The possession of child pornography is a form of expression protected by s. 2(b) of the *Charter*. The right to possess expressive material is integrally related to the development of thought, opinion, belief and expression as it allows us to understand the thought of others or consolidate our own thought. The possession of expressive material falls within the continuum of intellectual and expressive freedom protected by s. 2(b). The accused accepts that harm to children justifies criminalizing possession of some forms of child pornography. The fundamental question therefore is whether s. 163.1(4) of the *Code* goes too far and criminalizes possession of an unjustifiable range of material.

The accused also alleges that s. 163.1(4) violates his right to liberty under s. 7 of the *Charter*, arguing that exposure to potential imprisonment as a result of an excessively sweeping law is contrary to the principles of fundamental justice. It is not necessary to consider this argument separately as it wholly replicates the overbreadth concerns that are the central obstacle to the justification of the s. 2(b) breach. The s. 1 analysis generally, and the minimal impairment consideration in particular, is the appropriate forum for addressing over broad restrictions on free expression.

In adopting s. 163.1(4), Parliament was pursuing the pressing and substantial objective of criminalizing the possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. The means chosen by Parlia-

cusé peut invoquer l’un ou l’autre de ces moyens de défense en signalant des faits susceptibles de l’étayer, après quoi le ministère public doit réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense invoqué. Le moyen de défense fondé sur la « valeur artistique » prévu au par. 163.1(6) doit être établi de manière objective et s’entend de toute forme d’expression pouvant raisonnablement être considérée comme de l’art. Le paragraphe 163.1(6) crée un autre moyen de défense à l’égard du matériel qui a un « but éducatif, scientifique ou médical ». Il s’agit du but auquel le matériel peut objectivement servir et non du but dans lequel la personne l’a effectivement en sa possession. Enfin, le législateur a établi un moyen de défense fondé sur le « bien public ». Ce moyen de défense, tout comme celui fondé sur l’existence d’un but éducatif, scientifique ou médical, doit être interprété libéralement.

La possession de pornographie juvénile est une forme d’expression protégée par l’al. 2b) de la *Charte*. Le droit de posséder du matériel expressif est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l’opinion et de l’expression, car la possession de matériel expressif nous permet de comprendre la pensée d’autrui ou de confirmer notre propre pensée. La possession de matériel expressif est donc comprise dans le continuum de liberté intellectuelle et expressive protégée par l’al. 2b). L’accusé reconnaît que le préjudice causé aux enfants justifie la criminalisation de la possession de certains types de pornographie juvénile. La question fondamentale qui se pose est donc de savoir si le par. 163.1(4) du *Code* va trop loin et criminalise sans justification la possession d’un éventail trop large de matériel.

L’accusé prétend aussi que le par. 163.1(4) porte atteinte au droit à la liberté que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*, faisant valoir que le fait d’être passible d’emprisonnement en raison de la portée excessive d’une disposition législative est contraire aux principes de justice fondamentale. Étant donné que cet argument reprend toutes les craintes de portée excessive qui constituent le principal obstacle à la justification de la violation de l’al. 2b), il n’est pas nécessaire de l’examiner séparément. C’est généralement à l’étape de l’analyse fondée sur l’article premier et, en particulier, dans le cadre de l’étude de la question de l’atteinte minimale qu’il convient de traiter des allégations de restrictions excessives à la liberté d’expression.

Lorsqu’il a adopté le par. 163.1(4), le législateur poursuivait un objectif urgent et réel, savoir la criminalisation de la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte justifiée qu’un préjudice ne soit causé à

ment are rationally connected to this objective. Parliament is not required to adduce scientific proof based on concrete evidence that the possession of child pornography causes harm to children. Rather, a reasoned apprehension of harm will suffice. Applying this test, the evidence establishes several connections between the possession of child pornography and harm to children: (1) child pornography promotes cognitive distortions; (2) it fuels fantasies that incite offenders to offend; (3) it is used for grooming and seducing victims; and (4) children are abused in the production of child pornography involving real children. Criminalizing possession may reduce the market for child pornography and the abuse of children it often involves. With respect to minimal impairment, when properly interpreted, the law catches much less material unrelated to harm to children than has been suggested. However, the law does capture the possession of two categories of material that one would not normally think of as "child pornography" and that raise little or no risk of harm to children: (1) written materials or visual representations created and held by the accused alone, exclusively for personal use; and (2) visual recordings created by or depicting the accused that do not depict unlawful sexual activity and are held by the accused exclusively for private use. The bulk of the material falling within these two classes engages important values underlying the s. 2(b) guarantee while posing no reasoned risk of harm to children. In its main impact, s. 163.1(4) is proportionate and constitutional. Nonetheless, the law's application to materials in the two problematic classes, while peripheral to its objective, poses significant problems at the final stage of the proportionality analysis. In these applications the restriction imposed by s. 163.1(4) regulates expression where it borders on thought. The cost of prohibiting such materials to the right of free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children. To this extent, the law cannot be considered proportionate in its effects, and the infringement of s. 2(b) contemplated by the legislation is not demonstrably justifiable under s. 1.

des enfants. Il existe un lien rationnel entre le moyen retenu par le législateur et cet objectif. Le législateur n'est pas tenu de présenter une preuve scientifique, fondée sur des éléments de preuve concrets, établissant que la possession de pornographie juvénile cause préjudice aux enfants. Une appréhension raisonnée de préjudice suffit. Si l'on applique ce critère, la preuve établit l'existence de plusieurs liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants : (1) la pornographie juvénile favorise les distorsions cognitives; (2) elle alimente des fantasmes qui incitent à commettre des infractions; (3) elle sert à initier et à séduire des victimes; (4) des enfants sont exploités dans le cadre de la production de pornographie juvénile impliquant de vrais enfants. La criminalisation de la possession peut réduire le marché de la pornographie juvénile et l'exploitation des enfants qui y est souvent associée. En ce qui concerne l'atteinte minimale, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, la disposition vise beaucoup moins de matériel n'ayant rien à voir avec le préjudice causé aux enfants qu'on ne prétend. Toutefois, elle vise effectivement la possession de deux catégories de matériel qu'on ne considérerait pas normalement comme de la « pornographie juvénile » et qui ne présentent que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants : (1) les écrits ou représentations que l'accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel; (2) les enregistrements visuels créés par l'accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l'accusé conserve exclusivement pour son usage personnel. Bien qu'il fasse intervenir d'importantes valeurs sous-jacentes à la garantie prévue à l'al. 2b), la majeure partie du matériel compris dans ces deux catégories ne suscite aucune crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. Dans son effet principal, le par. 163.1(4) est proportionné et constitutionnel. Néanmoins, l'application de la disposition au matériel compris dans les deux catégories problématiques, même si elle est secondaire par rapport à son objectif, pose des problèmes importants à l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité. En ce qui concerne ces applications, la restriction imposée par le par. 163.1(4) réglemente l'expression là où elle côtoie la pensée. Les inconvénients que l'interdiction de ce matériel présente pour le droit à la liberté d'expression l'emportent sur les avantages ténus qu'elle pourrait avoir en matière de prévention du préjudice causé aux enfants. Dans cette mesure, la disposition ne peut pas être considérée comme proportionnée sur le plan de ses effets, et l'atteinte à l'al. 2b) qu'elle prévoit n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

The appropriate remedy in this case is to read into the law an exclusion of the two problematic applications of s. 163.1. The applications of the law that pose constitutional problems are exactly those whose relation to the objective of the legislation is most remote. Carving out those applications by incorporating the proposed exceptions will not undermine the force of the law; rather, it will preserve the force of the statute while also recognizing the purposes of the *Charter*. The defects of the section are not so great that their exclusion amounts to impermissible redrafting and carving them out will not create an exception-riddled provision bearing little resemblance to the provision envisioned by Parliament. While excluding the offending applications will not subvert Parliament's object, striking down the statute altogether would most assuredly do so. Accordingly, s. 163.1(4) should be upheld on the basis that the definition of "child pornography" in s. 163.1 should be read as though it contained an exception for: (1) any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and (2) any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use. These two exceptions apply as well to the offence of "making" child pornography under s. 163.1(2) (but not to printing, publishing or possessing child pornography for the purpose of publication). The exceptions will not be available where a person harbours any intention other than mere private possession.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: Under our society's democratic principles, individual freedoms such as expression are not absolute, but may be limited in consideration of a broader spectrum of rights, including equality and security of the person. The Crown conceded that the right to free expression was infringed in all respects, unfortunately depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(b) of the *Charter* as it applies to this case. At the same time, it is recognized that, at this stage, our jurisprudence leads to the conclusion that, although harmful, the content of child pornography cannot be the basis for excluding it from the scope of the s. 2(b) guarantee. No separate analysis under s. 7 of the *Charter* is required. The s. 7 liberty interest is encompassed in the right of free expression and proportionality falls to be considered under s. 1 of the *Charter*. The only issue is whether the infringement of freedom of expression is

La réparation qui convient en l'espèce consiste à exclure de la portée de l'art. 163.1, au moyen d'une interprétation large, les deux applications problématiques de cette disposition. Les applications de la disposition qui posent des problèmes constitutionnels sont exactement celles qui ont le lien le plus ténu avec l'objectif du législateur. L'élimination de ces applications par l'inclusion de l'exception proposée n'affaiblira pas l'effet de la disposition; au contraire, elle préservera son effet tout en tenant compte des objectifs de la *Charte*. Les lacunes de la disposition ne sont pas importantes au point de nécessiter une reformulation inacceptable pour les éliminer, et leur élimination ne donnera pas une disposition cousue d'exceptions, ressemblant peu à celle qu'envisageait le législateur. Alors que l'élimination des applications attentatoires de la disposition ne minera pas l'objectif du législateur, l'invalidation complète de la disposition aurait sûrement cet effet. En conséquence, la validité du par. 163.1(4) devrait être confirmée pour le motif que la définition de la « pornographie juvénile », à l'art. 163.1, doit être considérée comme incluant une exception visant (1) les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel; (2) tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel. Ces deux exceptions s'appliquent également à l'infraction de « production » de pornographie juvénile prévue au par. 163.1(2) (mais pas à l'impression, à la publication ou à la possession de pornographie juvénile en vue de la publication). Les exceptions ne pourront pas être invoquées par la personne qui nourrit des intentions autres que la simple possession personnelle.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache : En vertu des principes démocratiques de notre société, les libertés individuelles comme la liberté d'expression ne sont pas absolues, mais peuvent être limitées eu égard à une gamme plus vaste de droits, dont celui à l'égalité et à la sécurité de la personne. Le ministère public a reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression, privant ainsi malheureusement la Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2b) de la *Charte* qui s'applique en l'espèce. En même temps, il est reconnu que l'état actuel de notre jurisprudence amène à conclure que, bien qu'il soit nocif, le contenu de la pornographie juvénile n'est pas une raison de la soustraire à la garantie de l'al. 2b). Aucune analyse distincte fondée sur l'art. 7 de la *Charte* n'est requise. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 est compris dans le droit à la liberté d'expression et la proportionnalité doit être exa-

justifiable under s. 1. Section 1 recognizes that in a democracy competing rights and values exist. The underlying values of a free and democratic society guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights. A principled and contextual approach to s. 1 ensures that courts are sensitive to the other values which may compete with a particular right and allows them to achieve a proper balance among these values. At each stage of the s. 1 analysis close attention must be paid to the factual and social context in which an impugned provision exists.

An appraisal of the contextual factors in this case leads to the conclusion that Parliament's decision to prohibit child pornography is entitled to an increased level of deference. Child pornography, as defined by s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, is inherently harmful to children and to society. This harm exists independently of dissemination or any risk of dissemination and flows from the existence of the pornographic representations, which on their own violate the dignity and equality rights of children. Although not empirically measurable, nor susceptible to proof in the traditional manner, the attitudinal harm inherent in child pornography can be inferred from degrading or dehumanizing representations or treatment. Expression that degrades or dehumanizes is harmful in and of itself as all members of society suffer when harmful attitudes are reinforced. The possibility that pornographic representations may be disseminated creates a heightened risk of attitudinal harm. The violation of the privacy rights of the persons depicted constitutes an additional risk of harm that flows from the possibility of dissemination. Child pornography is harmful whether it involves real children in its production or whether it is a product of the imagination. Section 163.1 was enacted to protect children, one of the most vulnerable groups in society. It is based on the clear evidence of direct harm caused by child pornography, as well as Parliament's reasoned apprehension that child pornography also causes attitudinal harm. The lack of scientific precision in the social science evidence relating to attitudinal harm is not a valid reason for attenuating the Court's deference to Parliament's decision.

minée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La seule question qui se pose est donc de savoir si l'atteinte à la liberté d'expression est justifiable au sens de l'article premier, lequel reconnaît que des droits et des valeurs opposés existent en démocratie. Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et elles justifient la restriction de ces droits lorsque cela est indiqué. La méthode contextuelle et fondée sur des principes employée pour interpréter l'article premier garantit que les tribunaux tiendront compte des autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec un droit particulier et leur permet d'établir un juste équilibre entre ces valeurs. Il convient d'accorder une grande attention au contexte factuel et social de la disposition contestée, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier.

En l'espèce, l'évaluation des facteurs contextuels mène à la conclusion qu'il faut faire montre d'une plus grande retenue à l'égard de la décision du législateur d'interdire la pornographie juvénile. Au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, la pornographie juvénile est fondamentalement préjudiciable aux enfants et à la société. Ce préjudice existe indépendamment de toute diffusion réelle ou potentielle et il découle de l'existence des représentations pornographiques qui portent elles-mêmes atteinte aux droits à la dignité et à l'égalité des enfants. Ce préjudice comportemental inhérent à la pornographie juvénile n'est ni mesurable empiriquement ni susceptible d'être prouvé de la façon traditionnelle, mais son existence peut être déduite des représentations ou des traitements avilissants ou déshumanisants. L'expression avilissante ou déshumanisante est préjudiciable en soi, car tous les membres de la société souffrent lorsqu'il y a renforcement des comportements préjudiciables. Le risque que des représentations pornographiques soient diffusées accroît le risque de préjudice comportemental. L'atteinte aux droits à la vie privée des personnes représentées constitue un risque supplémentaire de préjudice qui découle de la possibilité de diffusion. La pornographie juvénile est préjudiciable peu importe qu'elle fasse appel à de vrais enfants ou qu'elle soit le fruit de l'imagination. L'article 163.1 a été adopté dans le but de protéger les enfants, lesquels forment l'un des groupes les plus vulnérables de la société. Il s'appuie sur la preuve manifeste du préjudice direct qui résulte de la pornographie juvénile ainsi que sur la crainte raisonnée du législateur que la pornographie juvénile ne cause également un préjudice comportemental. Le manque de précision scientifique de la preuve en matière de sciences humaines au sujet du préjudice comportemental n'est pas un motif valable d'atténuer la retenue judiciaire à l'égard de la décision du législateur.

The importance of the protection of children is recognized in both Canadian criminal and civil law. The protection of children from harm is a universally accepted goal. International law is rife with instruments that emphasize the protection of children and a number of international bodies have recognized that possession of child pornography must be targeted to effectively address the harms caused by this type of material. Moreover, domestic legislation in a number of democratic countries criminalizes the simple possession of child pornography.

As a form of expression, child pornography warrants less protection since it is low value expression that is far removed from the core values underlying the protection of freedom of expression. Child pornography has a limited link to the value of self-fulfilment, but only in its most base aspect. Furthermore, in prohibiting the possession of child pornography, Parliament promulgated a law which seeks to foster and protect the equality rights of children, along with their security of the person and their privacy interests. The importance of these *Charter* rights cannot be ignored in the analysis of whether the law is demonstrably justified in a free and democratic society and warrants a more deferential application of the criteria set out in the *Oakes* test. Finally, Parliament has the right to make moral judgments in criminalizing certain forms of conduct. The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values.

Section 163.1(4) of the *Code* constitutes a reasonable and justified limit upon freedom of expression. In proscribing the possession of child pornography, Parliament's overarching objective was to protect children. Any provision which protects both children and society by attempting to eradicate the sexual exploitation of children clearly has a pressing and substantial purpose. Section 163.1(4) is also proportionate to the objective. First, prohibiting the possession of child pornography is rationally connected to the aim of preventing harm to children and society. The possession of child pornography contributes to the cognitive distortions of paedophiles, reinforcing their erroneous belief that sexual activity with children is acceptable. Child pornography fuels paedophiles' fantasies, which constitute the motivating force behind their sexually deviant behaviour. Section 163.1(4) plays an important role in an integrated law enforcement scheme which protects children against the harms associated with child pornogra-

Au Canada, l'importance de la protection des enfants est reconnue tant en droit criminel qu'en droit civil. La protection des enfants contre le préjudice est un objectif accepté universellement. Une multitude d'instruments du droit international mettent l'accent sur la protection des enfants et de nombreux organismes internationaux ont reconnu qu'il fallait s'attaquer à la possession de pornographie juvénile pour prévenir efficacement les préjudices causés par ce type de matériel. De plus, la législation interne de nombreux pays démocratiques criminalise la simple possession de pornographie juvénile.

Une protection atténuée à l'égard de la pornographie juvénile comme forme d'expression est justifiée, car il s'agit d'une expression de faible valeur qui s'écarte grandement des valeurs fondamentales qui sous-tendent la protection de la liberté d'expression. La pornographie juvénile a un lien ténu avec la valeur de l'épanouissement personnel, mais seulement dans son aspect le moins digne. De plus, en interdisant la possession de pornographie juvénile, le Parlement a promulgué un texte législatif visant à promouvoir et à protéger les droits des enfants à l'égalité, de même que la sécurité de leur personne et leurs droits à la vie privée. L'importance de ces droits garantis par la *Charte* ne saurait être passée sous silence dans l'analyse servant à déterminer si la mesure législative est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique et si les critères de l'arrêt *Oakes* devraient être appliqués avec plus de retenue. Enfin, le législateur a le droit de porter des jugements de valeur en criminalisant certaines formes de comportement. La Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales.

Le paragraphe 163.1(4) du *Code* constitue une restriction raisonnable et justifiée de la liberté d'expression. L'objectif premier du législateur en interdisant la possession de pornographie juvénile est de protéger les enfants. Toute disposition qui protège les enfants et la société en tentant d'éliminer l'exploitation sexuelle des enfants a manifestement un objet urgent et réel. Le paragraphe 163.1(4) est également proportionné à l'objectif. Premièrement, il existe un lien rationnel entre l'interdiction de la possession de pornographie juvénile et la prévention du préjudice causé aux enfants et à la société. La possession de pornographie juvénile contribue aux distorsions cognitives des pédophiles en renforçant leur croyance erronée que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable. La pornographie juvénile alimente les fantasmes des pédophiles, et ces fantasmes sont à l'origine de leur comportement sexuel déviant. Le paragraphe 163.1(4) joue un rôle important dans un régime intégré d'application de la loi qui protège les enfants

phy. Paedophiles use child pornography for seducing children and for grooming them to commit sexual acts. Lastly, children are abused in the production of child pornography. The prohibition of the possession of child pornography is intended to reduce the market for this material. If consumption of child pornography is reduced, presumably production and the abuse of children will also be reduced.

Second, the prohibition of the possession of child pornography minimally impairs the right to free expression. Although s. 163.1(4) is directed only to the private possession of child pornography, children are particularly vulnerable in the private sphere, since a large portion of child pornography is produced privately and used privately by those who possess it. The harmful effect on the attitudes of those who possess child pornography similarly occurs in private. Consequently, prohibiting the simple possession of child pornography has an additional reductive effect on the harm it causes. The prohibition of the possession of child pornography also captures visual and written works of the imagination which do not involve the participation of any actual children or youth in their production; in enacting s. 163.1(4), Parliament sought to prevent not only the harm that flows from the use of children in pornography, but also the harm that flows from the very existence of images and words which degrade and dehumanize children and to send the message that children are not appropriate sexual partners. The focus of the inquiry must be on the harm of the message of the representations and not on their manner of creation, or on the intent or identity of their creator. Given the low value of the speech at issue in this case and the fact that it undermines the *Charter* rights of children, Parliament was justified in concluding that visual works of the imagination would harm children.

The inclusion of written material in the offence of possession of child pornography does not amount to thought control. The legislation seeks to prohibit material that Parliament believed was harmful. The inclusion of written material which advocates and counsels the commission of offences against children is consistent with this aim, since, by its very nature, it is harmful, regardless of its authorship. Evidence suggests that the cognitive distortions of paedophiles are reinforced by such material and that written pornography fuels the sexual fantasies of paedophiles and could incite them to offend. Although the prohibition in s. 163.1(4) extends

contre les préjudices associés à la pornographie juvénile. Les pédophiles utilisent la pornographie juvénile pour séduire des enfants et les initier aux rapports sexuels. Enfin, les enfants sont exploités dans la production de pornographie juvénile. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile vise à réduire le marché de ce genre de matériel. Si la consommation de pornographie juvénile est réduite, il en sera probablement de même de la production et de l'exploitation des enfants.

Deuxièmement, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression. Bien que le par. 163.1(4) ne vise que la possession personnelle, les enfants sont particulièrement vulnérables dans un contexte de vie privée, une grande partie de la pornographie juvénile étant produite en privé et utilisée à des fins personnelles par les gens qui l'ont en leur possession. L'effet pernicieux sur l'attitude des gens qui ont de la pornographie juvénile en leur possession se manifeste lui aussi en privé. L'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile contribuera donc à réduire davantage le préjudice qui en résulte. L'interdiction vise également les œuvres de fiction visuelles et écrites dont la production n'implique pas la participation de vrais enfants ou jeunes. Par l'adoption du par. 163.1(4), le législateur a voulu prévenir non seulement le préjudice résultant de l'utilisation d'enfants pour produire de la pornographie, mais également celui qui découle de l'existence même d'images et de mots qui avilissent et déshumanisent les enfants, ainsi que transmettre le message que les enfants ne sont pas des partenaires sexuels appropriés. L'accent doit être mis sur le préjudice causé par le message que transmettent les représentations, et non sur le mode de création de celles-ci, ni sur l'intention ou l'identité de leur auteur. Compte tenu de la faible valeur du discours en cause en l'espèce et du fait qu'il mine les droits garantis aux enfants par la *Charte*, le législateur était fondé à conclure que les œuvres de fiction visuelles causeraient un préjudice aux enfants.

L'inclusion du matériel écrit dans l'infraction de possession de pornographie juvénile n'équivaut pas à la censure des pensées. La mesure législative vise à interdire le matériel que le législateur estime préjudiciable. L'inclusion de l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions contre des enfants est compatible avec cet objectif car, de par sa nature même, un tel écrit est préjudiciable, peu importe qui en est l'auteur. Selon certains éléments de preuve, ce matériel renforce les distorsions cognitives des pédophiles et la pornographie écrite alimente les fantasmes sexuels des pédophiles et pourrait les inciter à commettre des crimes. Bien que

to teenagers between the ages of 14 and 17 who keep pornographic videotapes or pictures of themselves, this effect of the provision is a reasonable limit on teenagers' freedom of expression. A review of adolescent child pornography cases reveals that there is a great risk that they will be exploited in its creation. Hence, while adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, Parliament had a strong basis for concluding that the age limit in the definition of child pornography should be set at 18. It is not necessary that the provision contain a defence to protect teenagers who are in possession of erotic videos or pictures of themselves. Such a defence would undermine Parliament's objective of protecting all children, since some adolescents under the age of 18 groom other children into engaging in sexual conduct. There is also no guarantee, even when a teenager is in possession of a pornographic picture or videotape depicting himself or herself, that it was created in a consensual environment. The creation of permanent records of teenagers' sexual activities has consequences which children of that age may not have sufficient maturity to understand. The Court should defer to Parliament's decision to restrict teenagers' freedom in this area. The provision does not amount to a total ban on the possession of child pornography. The provision reflects an attempt by Parliament to weigh the competing rights and values at stake and achieve a proper balance. The definitional limits act as safeguards to ensure that only material that is antithetical to Parliament's objectives in proscribing child pornography will be targeted, and the legislation incorporates defences of artistic merit, educational, scientific or medical purpose, and a defence of the public good.

Third, when the effects of the provision are examined in their overall context, the benefits of the legislation far outweigh any deleterious effects on the right to freedom of expression and the interests of privacy. Section 163.1(4) helps to prevent the harm to children which results from the production of child pornography; deters the use of child pornography in the grooming of children; curbs the collection of child pornography by paedophiles; and helps to ensure that an effective law enforcement scheme can be implemented. In sum, the legislation benefits society as a whole as it sends a clear message that deters the development of antisocial atti-

l'interdiction prévue au par. 163.1(4) vise les adolescents de 14 à 17 ans qui conservent des films vidéo ou des photos pornographiques les représentant, cet effet est une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression des adolescents. L'examen de la jurisprudence en matière de pornographie juvénile impliquant des adolescents permet de constater l'existence d'un risque élevé qu'ils soient exploités pour produire cette forme de pornographie. Par conséquent, même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement avoir des rapports sexuels, le législateur était solidement fondé à conclure que la limite d'âge dans la définition de la pornographie juvénile devait être fixée à 18 ans. Il n'est pas nécessaire que la disposition prévoie un moyen de défense pour protéger les adolescents qui ont en leur possession des photos ou des films vidéo érotiques d'eux-mêmes. Un tel moyen de défense minerait l'objectif du législateur de protéger tous les enfants, étant donné que certains adolescents de moins de 18 ans initient d'autres enfants aux rapports sexuels. Même dans le cas où un adolescent a en sa possession une photo ou une bande vidéo pornographique de lui-même, rien ne garantit que ce matériel a été créé dans un environnement consensuel. La création d'un enregistrement permanent des activités sexuelles d'un adolescent a des conséquences que les enfants de cet âge ne sont peut-être pas en mesure de comprendre en raison de leur manque de maturité. La Cour devrait s'en remettre à la décision du législateur de restreindre la liberté des adolescents dans ce domaine. La disposition n'interdit pas complètement la possession de pornographie juvénile. Elle reflète une tentative de la part du législateur de soupeser les droits et valeurs opposés qui sont en jeu et d'établir un juste équilibre. Les limites apportées par la définition garantissent que seul sera visé le matériel qui va à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur en interdisant la pornographie juvénile, et la mesure législative prévoit des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical et sur le bien public.

Troisièmement, l'examen des effets de la mesure législative dans leur contexte global révèle que les avantages de cette mesure l'emportent largement sur toute atteinte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée. Le paragraphe 163.1(4) contribue à prévenir le préjudice causé aux enfants par la production de pornographie juvénile, décourage l'emploi de pornographie juvénile pour initier des enfants, freine l'accumulation de pornographie juvénile par les pédophiles et contribue à la mise en œuvre d'un régime efficace d'application de la loi. En somme, la mesure législative est bénéfique pour l'ensemble de la société en ce qu'elle transmet un

tudes. The law does not trench significantly on speech possessing social value since there is a very tenuous connection between the possession of child pornography and the right to free expression. At most, the law has a detrimental cost to those who find base fulfilment in the possession of child pornography. The privacy of those who possess child pornography is protected by the right against unreasonable search and seizure as guaranteed by s. 8 of the *Charter*. The law intrudes into the private sphere because doing so is necessary to achieve its salutary objectives. The privacy interest restricted by the law is closely related to the specific harmful effects of child pornography. Moreover, the provision's beneficial effects in protecting the privacy interests of children are proportional to the detrimental effects on the privacy of those who possess child pornography.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL); *R. v. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171; *Ontario (Attorney General) v. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289; *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *R. v. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R.

message clair qui décourage les comportements antisociaux. Elle n'entrave pas sensiblement le discours ayant une valeur sociale, car il existe un lien très ténu entre la possession de pornographie juvénile et le droit à la liberté d'expression. Tout au plus, elle est coûteuse pour ceux qui s'épanouissent basement dans la possession de pornographie juvénile. Le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* protège également la vie privée de ceux qui ont de la pornographie juvénile en leur possession. La mesure législative empiète sur la vie privée parce que la réalisation de ses objectifs bénéfiques l'exige. Le droit à la vie privée qui est restreint par la loi est étroitement lié aux effets préjudiciables particuliers de la pornographie juvénile. En outre, les effets bénéfiques de la mesure législative sur le droit à la vie privée des enfants est proportionnel aux effets préjudiciables sur le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Palko c. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL); *R. c. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171; *Ontario (Attorney General) c. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289; *R. c. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *R. c. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Whyte*, [1988] 2

3; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

By L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.

Referred to: *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Reference Re Public Service Employee Relations*

R.C.S. 3; R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Citée par les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache

Arrêts mentionnés : *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*,

Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *United States v. Hilton*, 167 F.3d 61 (1999); *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *R. v. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL); *R. v. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270; *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990); *R. v. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100; *United States v. Knox*, 32 F.3d 733 (1994); *R. v. Pointon*, Man. Prov. Ct., October 23, 1997; *R. v. Geisel*, Man. Prov. Ct., February 2, 2000; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 8, 15.
Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 40(2), (3), (5), (7) to (10), 41 to 44.
Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, ss. 21 to 26, 38(7), 53.
Child and Family Services Act, S.N.W.T. 1997, c. 13, ss. 10, 11(1), 33.
Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, c. C-7.2, ss. 2(1)(p), 7, 8, 13, 17, 18(1).
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 16 to 19, 25 to 33.
Child Trafficking and Pornography Act, 1998 (No. 22) (Ir.), ss. 2, 6.
Child Welfare Act, R.S.N. 1990, c. C-12, ss. 13, 14, 15.
Child Welfare Act, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 17, 18.
Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, c. 5, ss. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34.
Children's Act, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119.
Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 (Austl.) (No. 7 of 1995).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992, No. 3, arts. 1, 2, 9, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 37.
Criminal Code (Belgium), art. 383bis.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 22, 150.1, 151, 152, 153, 159, 160(3), 163 [am. 1993, c. 46, s. 1], 163.1 [ad. *idem*, s. 2], 170, 171, 172, 212(4), 215, 271, 272, 273.
Criminal Justice Act 1988 (U.K.), 1988, c. 33, s. 160.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (U.K.), 1994, c. 33, ss. 84 to 86.
Declaration of the Rights of the Child, G.A. Res. 1386 (XIV) (1959), preamble.
Draft Joint Action to combat child pornography on the Internet, [1999] O.J.C. 219/68, art. 1.
Family and Child Services Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, ss. 1(1)(c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)(b), 19(b).

[1995] 1 R.C.S. 315; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *United States c. Hilton*, 167 F.3d 61 (1999); *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *R. c. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL); *R. c. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270; *Osborne c. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990); *R. c. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100; *United States c. Knox*, 32 F.3d 733 (1994); *R. c. Pointon*, C. prov. Man., 23 octobre 1997; *R. c. Geisel*, C. prov. Man., 2 février 2000; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 8, 15.
Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 2(1)p), 7, 8, 13, 17, 18(1).
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 16 à 19, 25 à 33.
Child Trafficking and Pornography Act, 1998 (No. 22) (Ir.), art. 2, 6.
Child Welfare Act, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 13, 14, 15.
Child Welfare Act, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 17, 18.
Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34.
Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 (Austl.) (No. 7 of 1995).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 22, 150.1, 151, 152, 153, 159, 160(3), 163 [mod. 1993, ch. 46, art. 1], 163.1 [aj. *idem*, art. 2], 170, 171, 172, 212(4), 215, 271, 272, 273.
Code pénal (Belgique), art. 383bis.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 1, 2, 9, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 37.
Criminal Justice Act 1988 (R.-U.), 1988, ch. 33, art. 160.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 84 à 86.
Déclaration des droits de l'enfant, Rés. A.G. 1386 (XIV) (1959), préambule.
Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 25(2).
Family and Child Services Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, art. 1(1)c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)b), 19b).
Films, Videos, and Publications Classification Act 1993 (N.-Z.) No. 94, art. 2, 3, 131.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 2, 3, 46.

- Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3).
- Films, Videos, and Publications Classification Act 1993* (N.Z.) No. 94, ss. 2, 3, 131.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 24.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 10(3).
- International traffic in child pornography*, ICPO-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).
- Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution, and child pornography*, A/RES/54/263 (2000), Annex II.
- Protection of Children Act 1978* (U.K.), 1978, c. 37, ss. 1, 7.
- Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc A/810, at p. 71 (1948), art. 25(2).
- Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, s. 20.
- Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, ss. 2, 3, 46.
- 18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B), 2256 (1994 & Supp. IV 1998).
- Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 119.
- Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, art. 20.
- Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21 à 26, 38(7), 53.
- Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 40(2), (3), (5), (7) à (10), 41 à 44.
- Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 13, art. 10, 11(1), 33.
- Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 24.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, art. 10(3).
- Projet d'action commune relative à la lutte contre la pédopornographie sur Internet*, [1999] J.O.C. 219/68, art. 1.
- Protection of Children Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 37, art. 1, 7.
- Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, A/RES/54/263 (2000), Annexe II.
- Trafic international de matériel pornographique mettant en scène des enfants*, OIPC-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).
- 18 U.S.C. §§ 2252a)(4)(B), 2256 (1994 & Supp. IV 1998).

Authors Cited

- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.
- Bessner, Ronda. "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 *C.R.* (3d) 15.
- Blugerman, Brian, assisted by Laurie May. "The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128" (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.
- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children* (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Canada. Criminal Intelligence Service. *Annual Report on Organized Crime in Canada*. Ottawa: The Service, 2000.
- Canada. Health and Welfare Canada. Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada. *Reaching*

Doctrine citée

- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. « Canada: Recognizing the Interests of Children » (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.
- Bessner, Ronda. « Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence » (1990), 79 *C.R.* (3d) 15.
- Blugerman, Brian, assisted by Laurie May. « The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128 » (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. *Procès-verbaux et témoignages*. Fascicule n° 105, 10 juin 1993, p. 105:4-105:5, 105:21.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des affaires juridiques. *Rapport sur la pornographie*. Fascicule n° 18, le 22 mars 1978, p. 18:4.
- Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *Rapport du Comité spécial d'étude de*

- for Solutions*. By Rix G. Rogers. Ottawa: The Advisor, 1990.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Report on Pornography*. Issue No. 18, March 22, 1978, p. 18:4.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. *Minutes of Proceedings and Evidence*. Issue No. 105, June 10, 1993, pp. 105:4-105:5, 105:21.
- Canada. *House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, p. 20328.
- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*. Issue No. 50, June 21, 1993, p. 50:41.
- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*. Issue No. 51, June 22, 1993, p. 51:54.
- Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (Fraser Report). Ottawa: The Committee, 1985.
- Canadian Oxford Dictionary*. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "explicit".
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1999, release 1).
- Levesque, Roger J. R. *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*. Bloomington: Indiana University Press, 1999.
- New Oxford Dictionary of English*. Edited by Judy Pearsall. Oxford: Clarendon Press, 1998, "explicit".
- New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "art".
- Roberts, Julian V. "Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends" (1996), 21 *Queen's L.J.* 395.
- Ross, June. "R. v. Sharpe and Private Possession of Child Pornography" (2000), 11 *Constitutional Forum* 50.
- Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Criminal Law (indictable offences)*, 9th ed. By Sir Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.
- Sugunasiri, Shalin M. "Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability" (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126.
- la pornographie et de la prostitution* (rapport Fraser). Ottawa : Le Comité, 1985.
- Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (rapport Badgley). Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 34^e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada. *À la recherche de solutions*. Par Rix G. Rogers. Ottawa : Le Conseiller, 1990.
- Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*. Fascicule n° 50, 21 juin, 1993, p. 50:41.
- Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*. Fascicule n° 51, 22 juin 1993, p. 51:54.
- Canada. Service canadien de renseignements criminels. *Rapport annuel sur le crime organisé au Canada*. Ottawa : Le Service, 2000.
- Canadian Oxford Dictionary*. Edited by Katherine Barber. Toronto : Oxford University Press, 1998, « explicit ».
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto : Butterworths, 1994.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 1999, release 1).
- Levesque, Roger J. R. *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*. Bloomington : Indiana University Press, 1999.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Vente d'enfants, prostitution des enfants et pornographie impliquant des enfants : Note du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/49/478 (1994).
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, 55^e séance, 1992/74.
- New Oxford Dictionary of English*. Edited by Judy Pearsall. Oxford : Clarendon Press, 1998, « explicit ».
- New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1993, « art ».

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

United Nations. Commission on Human Rights. *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, 55th Mtg., 1992/74.

United Nations. General Assembly. *Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/49/478 (1994).

Watson, Jack. "Case Comment: *R. v. Sharpe*" (1999), 10 *N.J.C.L.* 251.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 136 C.C.C. (3d) 97, 127 B.C.A.C. 76, 207 W.A.C. 76, 175 D.L.R. (4th) 1, 25 C.R. (5th) 215, 69 B.C.L.R. (3d) 234, [2000] 1 W.W.R. 241, [1999] B.C.J. No. 1555 (QL), 1999 BCCA 416, dismissing a Crown appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1999), 22 C.R. (5th) 129, 169 D.L.R. (4th) 536, [1999] B.C.J. No. 54 (QL), declaring void s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

John M. Gordon and Kate Ker, for the appellant.

Gil D. McKinnon, Q.C., Richard C. C. Peck, Q.C., and Nikos Harris for the respondent.

Cheryl J. Tobias and Kenneth J. Yule, for the intervener the Attorney General of Canada.

James H. Flaherty, Christine Bartlett-Hughes and Laurie Lacelle, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Joanne Marceau and Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Daniel A. MacRury, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Mary Elizabeth Beaton, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Shawn Greenberg and Holly Penner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Roberts, Julian V. « Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends » (1996), 21 *Queen's L.J.* 395.

Ross, June. « *R. v. Sharpe* and Private Possession of Child Pornography » (2000), 11 *Forum Constitutionnel* 50.

Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Criminal Law (indictable offences)*, 9th ed. By Sir Lewis Frederick Sturge. London : Sweet & Maxwell, 1950.

Sugunasiri, Shalin M. « Contextualism : The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability » (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

Watson, Jack. « Case Comment: *R. v. Sharpe* » (1999), 10 *N.J.C.L.* 251.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 136 C.C.C. (3d) 97, 127 B.C.A.C. 76, 207 W.A.C. 76, 175 D.L.R. (4th) 1, 25 C.R. (5th) 215, 69 B.C.L.R. (3d) 234, [2000] 1 W.W.R. 241, [1999] B.C.J. No. 1555 (QL), 1999 BCCA 416, qui a rejeté l'appel du ministère public contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 22 C.R. (5th) 129, 169 D.L.R. (4th) 536, [1999] B.C.J. No. 54 (QL), qui avait déclaré nul le par. 163.1(4) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

John M. Gordon et Kate Ker, pour l'appelante.

Gil D. McKinnon, c.r., Richard C. C. Peck, c.r., et Nikos Harris pour l'intimé.

Cheryl J. Tobias et Kenneth J. Yule, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

James H. Flaherty, Christine Bartlett-Hughes et Laurie Lacelle, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joanne Marceau et Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Daniel A. MacRury, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Mary Elizabeth Beaton, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Shawn Greenberg et Holly Penner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Joshua B. Hawkes, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Timothy S. B. Danson, for the interveners the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP) and Canadians Against Violence (CAVEAT).

Frank Addario and *Michael Lacy*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Robert W. Staley, *Meredith Hayward* and *Janet Epp Buckingham*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Focus on the Family (Canada) Association.

John D. McAlpine, Q.C., *Bruce Ryder* and *Andrew D. Gay*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Patricia D. S. Jackson and *Tycho M. J. Manson*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

David Matas, *Mark Eric Hecht* and *Jean-François Noël*, for the interveners Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

Is Canada's law banning the possession of child pornography constitutional or, conversely, does it unjustifiably intrude on the constitutional right of Canadians to free expression? That is the central question posed by this appeal.

I conclude that the law is constitutional, except for two peripheral applications relating to expres-

Joshua B. Hawkes, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Timothy S. B. Danson, pour les intervenants l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP) et les Canadiens contre la violence (CAVEAT).

Frank Addario et *Michael Lacy*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association.

Robert W. Staley, *Meredith Hayward* et *Janet Epp Buckingham*, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et la Focus on the Family (Canada) Association.

John D. McAlpine, c.r., *Bruce Ryder* et *Andrew D. Gay*, pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Patricia D. S. Jackson et *Tycho M. J. Manson*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

David Matas, *Mark Eric Hecht* et *Jean-François Noël*, pour les intervenants Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

La disposition législative canadienne interdisant la possession de pornographie juvénile est-elle constitutionnelle ou, au contraire, constitue-t-elle une restriction injustifiée du droit constitutionnel des Canadiens à la liberté d'expression? Voilà la principale question que soulève le présent pourvoi.

Je conclus que la disposition en cause est constitutionnelle, sauf en ce qui concerne deux applica-

1

2

sive material privately created and kept by the accused, for which two exceptions can be read into the legislation. The law otherwise strikes a constitutional balance between freedom of expression and prevention of harm to children. As a consequence, I would uphold the law and remit Mr. Sharpe for trial on all charges.

3 The respondent, Mr. Sharpe, was charged on a four-count indictment after two seizures of material. The first seizure was made by Canada Customs. It consisted of computer discs containing a text entitled “Sam Paloc’s Boyabuse — Flogging, Fun and Fortitude: A Collection of Kiddiekink Classics”. Two charges were laid with respect to this material — one for illegal possession under s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and one for possession for the purposes of distribution or sale under s. 163.1(3) of the *Code*. The second seizure was at Mr. Sharpe’s home pursuant to a search warrant the validity of which will be contested at trial. Police officers seized a collection of books, manuscripts, stories and photographs the Crown says constitute child pornography. Again, two charges were laid — one of simple possession and one of possession for the purposes of distribution or sale.

4 Mr. Sharpe brought a preliminary motion challenging the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. He does not challenge the constitutionality of the offence of possession for the purposes of distribution and sale, which will go to trial regardless of how this appeal is resolved. Mr. Sharpe contends that the prohibition of possession, without more, violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge ruled that the prohibition was unconstitutional, as did the majority of the British Columbia Court of Appeal. The Crown appeals that order to this Court.

tions limitrophes portant sur du matériel expressif créé et conservé en privé par l’accusé, à l’égard desquelles on peut considérer que la disposition comporte deux exceptions. Hormis cela, la disposition en cause établit un équilibre constitutionnel entre la liberté d’expression et la prévention du préjudice causé aux enfants. Par conséquent, je suis d’avis d’en confirmer la validité et de renvoyer M. Sharpe à son procès relativement à tous les chefs d’accusation.

L’intimé, M. Sharpe, a fait l’objet de quatre chefs d’accusation à la suite de deux saisies. La première, effectuée par Douanes Canada, visait des disquettes informatiques renfermant un texte intitulé « Sam Paloc’s Boyabuse — Flogging, Fun and Fortitude: A Collection of Kiddiekink Classics ». Deux accusations ont été déposées à l’égard de ce matériel, une pour possession illégale, suivant le par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et l’autre pour possession en vue de la distribution ou de la vente, suivant le par. 163.1(3) du *Code*. Au cours de la deuxième saisie, effectuée au domicile de M. Sharpe en vertu d’un mandat de perquisition dont la validité sera contestée au procès, les policiers se sont emparés d’une collection d’ouvrages, de manuscrits, de récits et de photos qui, d’affirmer le ministère public, constituent de la pornographie juvénile. Deux accusations ont une fois de plus été déposées, l’une de simple possession et l’autre de possession en vue de la distribution ou de la vente.

Dans une requête préliminaire, M. Sharpe a plaidé l’inconstitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code criminel*. Il ne conteste pas la validité de l’infraction de possession en vue de la distribution et de la vente, à l’égard de laquelle il sera jugé peu importe l’issue du présent pourvoi. Monsieur Sharpe soutient que l’interdiction de la possession, sans plus, porte atteinte à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès ainsi que les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont déclaré l’interdiction inconstitutionnelle. Le ministère public fait appel de cette ordonnance devant notre Cour.

The Crown concedes that s. 163.1(4)'s prohibition on the possession of child pornography infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. The issue is whether this limitation of freedom of expression is justifiable under s. 1 of the *Charter*, given the harm possession of child pornography can cause to children. Mr. Sharpe accepts that harm to children justifies criminalizing possession of some forms of child pornography. The fundamental question therefore is whether s. 163.1(4) of the *Criminal Code* goes too far and criminalizes possession of an unjustifiable range of material.

II. Provisions of the Legislation and the *Charter*

In 1993, Parliament enacted s. 163.1 of the *Criminal Code*, creating a number of offences relating to child pornography. The provision supplemented laws making it an offence to make, print, publish, distribute, or circulate obscene material (s. 163), and to corrupt children (s. 172). With the enactment of s. 163.1, the *Criminal Code* contains a comprehensive scheme to attack child pornography at every stage — production, publication, importation, distribution, sale and possession. Subsections (2) and (3) of s. 163.1 criminalize possession of child pornography for the purpose of publication and possession for the purpose of distribution or sale. Section 163.1(4) extends the prohibition to possession *simpliciter*:

163.1 . . .

(4) Every person who possesses any child pornography is guilty of

(a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

The scope of this offence depends on the definition of “child pornography” in subs. (1):

(1) In this section, “child pornography” means

Le ministère public reconnaît que le par. 163.1(4) interdisant la possession de pornographie juvénile porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. La question est de savoir si cette restriction est justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*, étant donné le préjudice que la possession de pornographie juvénile peut causer aux enfants. Monsieur Sharpe reconnaît que ce préjudice justifie la criminalisation de la possession de certains types de pornographie juvénile. Il s'agit donc essentiellement de savoir si le par. 163.1(4) du *Code criminel* va trop loin et criminalise sans justification la possession d'un éventail trop large de matériel.

II. La disposition législative et la *Charte*

En 1993, le Parlement a adopté l'art. 163.1 du *Code criminel*, créant ainsi un certain nombre d'infractions liées à la pornographie juvénile. Cet article s'ajoutait aux dispositions interdisant la production, l'impression, la publication, la distribution ou la mise en circulation de matériel obscène (art. 163) et la corruption d'un enfant (art. 172). Par suite de l'adoption de cette disposition, le *Code criminel* comporte un régime complet de répression de la pornographie juvénile à tous les stades : production, publication, importation, distribution, vente et possession. Les paragraphes 163.1(2) et (3) créent l'infraction de possession de pornographie juvénile en vue de la publication et celle de possession en vue de la distribution ou de la vente. Le paragraphe 163.1(4) étend l'interdiction à la simple possession :

163.1 . . .

(4) Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

La portée de cette infraction dépend de la définition de « pornographie juvénile » au par. (1) :

(1) Au présent article, « pornographie juvénile » s'entend, selon le cas :

5

6

7

(a) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years; or

(b) any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

8 The offence is subject to a number of defences, set out in subs. (6) and (7):

(6) Where the accused is charged with an offence under subsection (2), (3) or (4), the court shall find the accused not guilty if the representation or written material that is alleged to constitute child pornography has artistic merit or an educational, scientific or medical purpose.

(7) Subsections 163(3) to (5) apply, with such modifications as the circumstances require, with respect to an offence under subsection (2), (3) or (4).

9 Subsection (7) imports the “public good” defence from the obscenity provisions of the *Criminal Code*:

163. . . .

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and if the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

(4) For the purposes of this section, it is a question of law whether an act served the public good and whether there is evidence that the act alleged went beyond what served the public good, but it is a question of fact whether the acts did or did not extend beyond what served the public good.

(5) For the purposes of this section, the motives of an accused are irrelevant.

a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d’organes sexuels ou de la région anale d’une personne âgée de moins de dix-huit ans;

b) de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi.

Les paragraphes (6) et (7) prévoient plusieurs moyens de défense :

(6) Lorsqu’une personne est accusée d’une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4), le tribunal est tenu de déclarer cette personne non coupable si la représentation ou l’écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical.

(7) Les paragraphes 163(3) à (5) s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, à une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4).

Le paragraphe (7) rend applicable le moyen de défense fondé sur le « bien public » prévu par les dispositions du *Code criminel* relatives à l’obscénité :

163. . . .

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d’une infraction visée au présent article si les actes qui constitueraient l’infraction ont servi le bien public et n’ont pas outrepassé ce qui a servi celui-ci.

(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.

Section 2(b) of the *Charter* guarantees freedom of expression as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Section 7 of the *Charter* guarantees a right to liberty as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 1 of the *Charter* affirms the entitlement of everyone to the fundamental rights guaranteed by the *Charter*, subject to justifiable limits:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

III. Judicial Decisions

A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 22 C.R. (5th) 129

In the British Columbia Supreme Court, Shaw J. courageously ruled that s. 163.1(4) is unconstitutional. He held that the objective of the law is to combat material that puts children at risk of harm. He reviewed evidence that child pornography arguably creates this risk through its use for grooming or seduction; by the use of children in its manufacture; by confirming or augmenting cognitive distortions of paedophiles; and by inciting paedophiles to commit offences against children. However, although this Court in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, did not require conclusive proof that obscene materials cause harm, Shaw J. apparently required such proof and found little scientific evidence linking the possession of child pornography to these risks. As a result, he considered the salutary effects of the law to be limited.

Le libellé de l'al. 2b) de la *Charte*, qui garantit la liberté d'expression, est le suivant :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

L'article 7 de la *Charte* garantit ainsi le droit à la liberté :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L'article premier de la *Charte* reconnaît à chacun les droits fondamentaux garantis par la *Charte*, sous réserve de limites justifiables :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 22 C.R. (5th) 129

Le juge Shaw de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a eu le courage de conclure à l'inconstitutionnalité du par. 163.1(4). Il a jugé que l'objectif du législateur est de lutter contre le matériel qui expose les enfants à un préjudice. Il a examiné la preuve indiquant que la pornographie juvénile expose les enfants à ce risque en raison de l'utilisation qui en est faite pour les séduire ou les initier aux rapports sexuels, de l'utilisation d'enfants pour la produire, de la confirmation ou du renforcement des distorsions cognitives des pédophiles et du fait qu'elle incite ces derniers à commettre des infractions contre des enfants. Cependant, même si dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, notre Cour n'a pas exigé une preuve concluante de la nocivité du matériel obscène, le juge Shaw a semblé en faire une exigence et a

10

11

12

13

As for the law's deleterious effects, he found that "the invasion of freedom of expression and personal privacy is profound" (para. 49) and held that they were "not outweighed by the limited beneficial effects of the prohibition" (para. 50). Shaw J. concluded that the law was inconsistent with the *Charter* and could not be justified under s. 1, rendering it invalid under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 136 C.C.C. (3d) 97

14 The Court of Appeal, by a margin of 2 to 1, upheld the trial judge's conclusion. Southin J.A. found the law invalid for two reasons. First, she held that "legislation which makes simple possession of expressive materials a crime can never be a reasonable limit in a free and democratic society. Such legislation bears the hallmark of tyranny" (para. 95). On this approach, any prohibition of private possession of child pornography, as opposed to manufacture, distribution or possession for these purposes, would always, of necessity, unjustifiably restrict freedom of expression. In the alternative, Southin J.A. found that the law failed the proportionality test of s. 1. Like the trial judge, Southin J.A. held that the most compelling evidence of necessity is required to justify a prohibition on mere possession, and that the legislation catches too much lawful conduct unrelated to harm to children, notably in relation to teenage sexuality.

15 Rowles J.A. held the law invalid on the ground that it is unjustifiably overbroad. Sympathetic to Parliament's goal, she argued eloquently for the need to protect children from sexual abuse. She noted that child pornography does not lie close to

constaté que peu de preuves scientifiques établissent un lien entre la possession de pornographie juvénile et ces risques. En conséquence, il a estimé que les effets bénéfiques de la disposition sont limités. Quant aux effets préjudiciables de l'interdiction, il était d'avis que [TRADUCTION] « l'atteinte à la liberté d'expression et à la vie privée était profonde » (par. 49) et n'était « pas compensée par les effets bénéfiques restreints de la loi » (par. 50). Le juge Shaw a donc conclu que la disposition est incompatible avec la *Charte* et ne peut être justifiée au sens de l'article premier, et qu'elle est donc inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1999), 136 C.C.C. (3d) 97

À deux juges contre un, la Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge du procès. Madame le juge Southin a considéré que la disposition est inconstitutionnelle pour deux motifs. Premièrement, elle a dit qu'une [TRADUCTION] « mesure législative criminalisant la simple possession de matériel expressif ne saurait jamais être une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Une telle mesure est marquée au coin de la tyrannie » (par. 95). De ce point de vue, toute interdiction frappant la possession personnelle de pornographie juvénile, par opposition à la production, à la distribution ou à la possession à cette fin, constitue nécessairement, dans tous les cas, une restriction injustifiable de la liberté d'expression. À titre subsidiaire, elle a conclu que la disposition ne satisfait pas au critère de proportionnalité de l'article premier. À l'instar du juge du procès, elle a estimé que seule une preuve de nécessité des plus convaincantes peut justifier l'interdiction de la simple possession et que la disposition vise trop d'actes légaux n'ayant aucun rapport avec le préjudice causé aux enfants, particulièrement en ce qui concerne la sexualité des adolescents.

Madame le juge Rowles a conclu à l'invalidité de la disposition pour le motif qu'elle a une portée trop large. Souscrivant à l'objectif du législateur, elle a évoqué avec éloquence la nécessité de protéger les enfants contre l'exploitation sexuelle. Elle a

the core of protected expression, and found that Parliament had a reasonable basis for concluding that criminalizing possession of child pornography would reduce the risk of harm to children. Rowles J.A. held, however, that the law failed because it caught much more material than necessary to achieve the objective, mainly relating to teenage sexuality, an intrusion on free expression aggravated by its impact on privacy. “By providing a sentence of incarceration for the possession of recorded thoughts and expression, including one’s own thoughts and expression, the legislation trenches deeply upon the core values enshrined in the *Charter* and essential to a free and democratic society” (para. 213). In the result the law raises “the spectre that legitimate and non-harmful expression will be chilled as individuals are forced, in the words of the trial judge, to become their own censors” (para. 213). On the other side of the balance, the only “value added” by criminalizing possession of child pornography, in addition to the other offences, was a modest contribution to law enforcement (para. 214).

McEachern C.J.B.C. would have upheld the law. Since Mr. Sharpe conceded that possession of some pornographic material should be prohibited, the only issue was where to draw the line between permissible and impermissible material. McEachern C.J.B.C. considered Shaw J. to have erred in not considering the suppression of the market for child pornography, and hence the prevention of the abuse of children in the course of producing child pornography, to be a salutary effect of the prohibition. He found the definition of child pornography in the section carefully drafted and rationally connected to the objectives of the legislation. In his view, limitations in the law offered considerable protection against problematic prosecution. Acknowledging that the law catches some teenage sexual material unrelated to the harm, he doubted Parliament could have drafted it in a way that avoided such difficulties.

souligné que la pornographie juvénile est loin d’être au cœur du droit à la liberté d’expression et a décidé que le législateur avait des motifs raisonnables de croire que criminaliser la possession de pornographie juvénile réduirait le risque de préjudice aux enfants. Le juge Rowles a toutefois statué que la disposition est invalide parce qu’elle vise beaucoup plus de matériel que nécessaire pour atteindre cet objectif, principalement en ce qui a trait à la sexualité des adolescents, et que cette atteinte à la liberté d’expression, est aggravée par ses répercussions sur la vie privée. [TRADUCTION] « En rendant punissable d’emprisonnement la possession de pensées ou de formes d’expression enregistrées, y compris ses propres pensées et formes d’expression, la mesure législative porte profondément atteinte aux valeurs fondamentales qui sous-tendent la *Charte* et qui sont essentielles à une société libre et démocratique » (par. 213). Ainsi, la disposition agite « le spectre de l’entrave à l’expression légitime et inoffensive si, pour reprendre les termes du juge du procès, chacun est obligé de devenir son propre censeur » (par. 213). Sur l’autre plateau de la balance, la seule « valeur ajoutée » aux autres infractions par la criminalisation de la possession de pornographie juvénile est une modeste contribution à l’application de la loi (par. 214).

Le juge en chef McEachern aurait confirmé la validité de la disposition législative. Comme M. Sharpe a reconnu que la possession de certains types de matériel pornographique devrait être interdite, il suffit de déterminer ce qui est acceptable et ce qui ne l’est pas. Le juge en chef McEachern a considéré que le juge Shaw a commis une erreur en ne prenant pas en considération, parmi les effets bénéfiques de l’interdiction, l’abolition du marché de la pornographie juvénile et, partant, la prévention de l’exploitation d’enfants pour produire ce matériel. Il a estimé que la définition de la pornographie juvénile est bien rédigée et qu’elle a un lien rationnel avec les objectifs du législateur. À son avis, les limites prévues dans la disposition offrent une protection considérable contre les poursuites inappropriées. Même s’il a admis que la disposition vise du matériel sexuel d’adolescents qui n’a rien à voir avec le préjudice

The hypothetical examples of unrelated material were remote and likely to arise infrequently. McEachern C.J.B.C. concluded that “any balancing of the risk of harm to children against the risk of harm to ‘innocent’ possessors of child pornography as defined must be resolved in favour of children” (para. 292).

appréhendé, il doutait que le législateur aurait pu rédiger la disposition de manière à éviter un tel écueil. Les exemples hypothétiques de matériel sans rapport avec le préjudice appréhendé ne sont pas convaincants et ces situations ne sont susceptibles de se présenter que rarement. Le juge en chef McEachern a conclu que [TRADUCTION] « dans toute évaluation du risque de préjudice à des enfants et du risque de préjudice au possesseur “innocent” de pornographie juvénile telle qu’elle est définie, c’est le premier type de risque qui doit l’emporter » (par. 292).

17

The decisions in the British Columbia courts reveal four distinctive arguments. At the far end of the spectrum is Southin J.A.’s argument that prohibition of private possession of child pornography can never constitute a justifiable infringement on free expression. Next is the position of the trial judge, adopted by Southin J.A. in the alternative, that the benefits of the law are limited and do not outweigh its negative effects on freedom of expression and privacy. The third argument, put forward by Rowles J.A., is that the law is unjustifiably overbroad. The fourth argument, adopted by McEachern C.J.B.C., is that the only issue is overbreadth and that on balance the law’s infringement on freedom of expression is justified.

Quatre points de vue distincts ressortent des décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique. À un extrême se situe la position du juge Southin, de la Cour d’appel, selon laquelle l’interdiction de possession personnelle de pornographie juvénile ne peut jamais constituer une atteinte justifiable à la liberté d’expression. Suit le point de vue du juge du procès, que le juge Southin partage à titre subsidiaire, selon lequel les avantages de la disposition sont limités et ne l’emportent pas sur les effets négatifs qu’elle a sur la liberté d’expression et le droit à la vie privée. Le troisième point de vue, énoncé par le juge Rowles de la Cour d’appel, veut que la disposition ait une portée trop large. Selon le quatrième point de vue adopté par le juge en chef McEachern, seule la question de la portée trop large se pose et, tout bien considéré, l’atteinte de la disposition à la liberté d’expression est justifiée.

IV. Issues

IV. Les questions en litige

18

Two issues arise: whether the prohibition of possession of child pornography in s. 163.1(4) limits a *Charter* right and, if so, whether the infringement is justified. On the first issue the Crown concedes that the law intrudes upon the guarantee of free expression in s. 2(b) of the *Charter*. The respondent also alleges a violation of his right to liberty under s. 7 of the *Charter*, arguing that exposure to potential imprisonment as a result of an excessively sweeping law is contrary to the principles of fundamental justice. Since this argument wholly replicates the overbreadth concerns that are the

Le présent pourvoi soulève deux questions : L’interdiction de posséder de la pornographie juvénile prévue au par. 163.1(4) limite-t-elle un droit garanti par la *Charte* et, dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiée? Sur le premier point, le ministère public admet que la disposition en cause porte atteinte à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte*. L’intimé plaide aussi l’atteinte au droit à la liberté que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*, faisant valoir que le fait d’être passible d’emprisonnement en raison de la portée excessive d’une disposition législative est contraire aux prin-

central obstacle to the justification of the s. 2(b) breach, it is not necessary to consider it separately. The weight of authority commends the s. 1 analysis generally, and the minimal impairment consideration in particular, as the appropriate forum for addressing allegations of overly broad restrictions on free expression: *Butler, supra; Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731.

The basic issue thus reduces to whether the limit imposed by the law on free expression can be justified under s. 1 of the *Charter*. If aspects of the law cannot be justified, the further question arises of whether a remedy short of striking down the entire law as unconstitutional is appropriate.

Reflecting these issues, the constitutional questions have been stated as follows:

1. Does s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 163.1(4) of the *Criminal Code* infringes s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 163.1(4) a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*?
3. Does s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 163.1(4) a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*?

cipes de justice fondamentale. Étant donné que cet argument reprend toutes les craintes de portée excessive qui constituent le principal obstacle à la justification de la violation de l'al. 2b), il n'est pas nécessaire de l'examiner séparément. La jurisprudence a amplement établi que c'est généralement à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier et, en particulier, dans le cadre de l'étude de la question de l'atteinte minimale qu'il convient de traiter des arguments de restrictions excessives à la liberté d'expression : *Butler*, précité; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

La question fondamentale est donc simplement de savoir si la limite à la liberté d'expression imposée par la disposition peut être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Si des aspects de la disposition ne peuvent être justifiés, se pose alors la question de savoir si une réparation moindre que l'invalidation complète de la disposition est convenable.

Compte tenu de ces points en litige, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées :

1. Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, contrevient-il à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. S'il contrevient à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 163.1(4) du *Code criminel* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*?
3. Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, contrevient-il à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. S'il contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 163.1(4) du *Code criminel* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*?

19

20

V. AnalysisA. *The Values at Stake*

21 Among the most fundamental rights possessed by Canadians is freedom of expression. It makes possible our liberty, our creativity and our democracy. It does this by protecting not only “good” and popular expression, but also unpopular or even offensive expression. The right to freedom of expression rests on the conviction that the best route to truth, individual flourishing and peaceful coexistence in a heterogeneous society in which people hold divergent and conflicting beliefs lies in the free flow of ideas and images. If we do not like an idea or an image, we are free to argue against it or simply turn away. But, absent some constitutionally adequate justification, we cannot forbid a person from expressing it.

22 Nevertheless, freedom of expression is not absolute. Our Constitution recognizes that Parliament or a provincial legislature can sometimes limit some forms of expression. Overarching considerations, like the prevention of hate that divides society as in *Keegstra, supra*, or the prevention of harm that threatens vulnerable members of our society as in *Butler, supra*, may justify prohibitions on some kinds of expression in some circumstances. Because of the importance of the guarantee of free expression, however, any attempt to restrict the right must be subjected to the most careful scrutiny.

23 The values underlying the right to free expression include individual self-fulfilment, finding the truth through the open exchange of ideas, and the political discourse fundamental to democracy: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 765. While some types of expression, like political expression, lie closer to the core of the guarantee than others, all are vital to a free and democratic

V. AnalyseA. *Les valeurs en jeu*

Au nombre des droits les plus fondamentaux que possèdent les Canadiens figure la liberté d’expression. Celle-ci rend possible notre liberté, notre créativité ainsi que notre démocratie, et ce, en protégeant non seulement l’expression qui est « bonne » et populaire, mais aussi celle qui est impopulaire, voire offensante. Le droit à la liberté d’expression repose sur la conviction que la libre circulation des idées et des images est la meilleure voie vers la vérité, l’épanouissement personnel et la coexistence pacifique dans une société hétérogène composée de personnes dont les croyances divergent et s’opposent. Si nous n’aimons pas une idée ou une image, nous sommes libres de nous y opposer ou simplement de nous en détourner. En l’absence de justification constitutionnelle suffisante toutefois, nous ne pouvons empêcher une personne de l’exprimer ou de la présenter, selon le cas.

La liberté d’expression n’est cependant pas absolue. Notre Constitution reconnaît que le Parlement ou une législature provinciale peut parfois limiter certaines formes d’expression. Des considérations générales, telle la prévention de la haine qui divise la société, comme dans l’arrêt *Keegstra*, précité, ou la prévention du préjudice qui menace des membres vulnérables de notre société, comme dans *Butler*, précité, peuvent justifier l’interdiction de certaines formes d’expression dans certaines circonstances. En raison de l’importance de la garantie de liberté d’expression, toute tentative visant à restreindre ce droit doit cependant faire l’objet d’un examen très attentif.

Les valeurs qui sous-entendent le droit à la liberté d’expression sont notamment l’épanouissement personnel, la recherche de la vérité par l’échange ouvert d’idées et le discours politique qui est fondamental pour la démocratie : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 765. Si certaines formes d’expression, comme l’expression politique, sont plus au cœur de la garantie que

society. As stated in *Irwin Toy, supra*, at p. 968, the guarantee “ensure[s] that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection”, the Court continued, “is . . . ‘fundamental’ because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual”. As stated by Cardozo J. in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), free expression is “the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom” (p. 327).

The law challenged in this appeal engages mainly the justification of self-fulfilment. Child pornography does not generally contribute to the search for truth or to Canadian social and political discourse. Some question whether it engages even the value of self-fulfilment, beyond the base aspect of sexual exploitation. The concern in this appeal, however, is that the law may incidentally catch forms of expression that more seriously implicate self-fulfilment and that do not pose a risk of harm to children.

As to the contention that prohibiting possession of expressive material does not raise free expression concerns, I cannot agree. The right conferred by s. 2(b) of the *Charter* embraces a continuum of intellectual and expressive freedom — “freedom of thought, belief, opinion and expression”. The right to possess expressive material is integrally related to the development of thought, belief, opinion and expression. The possession of such material allows us to understand the thought of others or consolidate our own thought. Without the right to possess expressive material, freedom of thought, belief, opinion and expression would be compromised. Thus the possession of expressive materials falls

d’autres, toutes les formes d’expression sont essentielles au maintien d’une société libre et démocratique. Comme la Cour l’explique dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 968, la garantie « assur[e] que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l’esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection », de poursuivre la Cour, « est [. . .] “fondamentale” parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l’individu ». Selon le juge Cardozo, dans *Palko c. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), la liberté d’expression est [TRADUCTION] « la matrice, l’élément essentiel de presque toute forme de liberté » (p. 327).

La disposition attaquée dans le présent pourvoi fait principalement intervenir la justification fondée sur l’épanouissement personnel. La pornographie juvénile ne contribue généralement ni à la recherche de la vérité ni au discours social et politique canadien. D’aucuns doutent qu’elle fasse même intervenir la valeur de l’épanouissement personnel si ce n’est l’aspect objet de l’exploitation sexuelle. On craint toutefois, en l’espèce, que la disposition ne vise accidentellement des formes d’expression qui touchent plus sérieusement à l’épanouissement personnel et qui ne présentent aucun risque de préjudice aux enfants.

24

Quant à l’affirmation selon laquelle l’interdiction de la possession de matériel expressif ne suscite aucune crainte relative à la liberté d’expression, je ne puis y souscrire. Le droit garanti par l’al. 2b) de la *Charte* englobe un continuum de liberté intellectuelle et expressive — « liberté de pensées, de croyance, d’opinion et d’expression ». Le droit de posséder du matériel expressif est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l’opinion et de l’expression. La possession de ce matériel nous permet de comprendre la pensée d’autrui ou de confirmer notre propre pensée. Sans le droit de posséder du matériel expressif, la liberté de pensée, de croyance, d’opi-

25

within the continuum of rights protected by s. 2(b) of the *Charter*.

nion et d'expression serait compromise. La possession de matériel expressif est donc comprise dans l'ensemble des droits garantis par l'al. 2b) de la *Charte*.

26

The private nature of the proscribed material may heighten the seriousness of a limit on free expression. Privacy, while not expressly protected by the *Charter*, is an important value underlying the s. 8 guarantees against unreasonable search and seizure and the s. 7 liberty guarantee: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. Indeed, as freedom from state intrusion and conformist social pressures is integral to individual flourishing and diversity, this Court has observed that "privacy is at the heart of liberty in a modern state": *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427; see also *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 50. Privacy may also enhance freedom of expression claims under s. 2(b) of the *Charter*, for example in the case of hate literature: *Keegstra*, *supra*, at pp. 772-73; *Taylor*, *supra*, at pp. 936-37. The enhancement in the case of hate literature occurs in part because private material may do less harm than public, and in part because the freedoms of conscience, thought and belief are particularly engaged in the private setting: *Taylor*, *supra*. However, the private nature of much child pornography cuts two ways. It engages the fundamental right to freedom of thought. But at the same time, the clandestine nature of incitement, attitudinal change, grooming and seduction associated with child pornography contributes to the harm it may cause children, rather than reduces it.

Le caractère privé du matériel interdit peut accentuer la gravité de la limite apportée à la liberté d'expression. Même s'il n'est pas expressément garanti par la *Charte*, le droit à la vie privée constitue une valeur importante qui sous-tend le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 et le droit à la liberté garanti par l'art. 7 : voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. En fait, comme le droit d'être protégé contre l'intrusion de l'État et les pressions sociales conformistes est inhérent à l'épanouissement personnel et à la diversité, notre Cour a fait remarquer que « la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne » : *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427; voir également *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 50. Le droit à la vie privée peut aussi renforcer les revendications de liberté d'expression fondées sur l'al. 2b) de la *Charte*, dans le cas notamment d'écrits haineux : *Keegstra*, précité, p. 772-773, et *Taylor*, précité, p. 936-937. Dans un tel cas, ce renforcement résulte en partie de la possibilité que le matériel privé soit moins préjudiciable que le matériel rendu public et en partie de l'intervention particulière des libertés de conscience, de pensée et de croyance dans un contexte privé : *Taylor*, précité. Toutefois, le caractère privé d'une grande partie de la pornographie juvénile a une double incidence. Il fait intervenir le droit fondamental à la liberté d'expression. Mais en même temps, la nature clandestine de l'incitation, du changement de comportement, de l'initiation et de la séduction liés à la pornographie juvénile contribue au préjudice qui peut résulter pour les enfants, au lieu de le réduire.

27

In summary, prohibiting the possession of child pornography restricts the rights protected by s. 2(b) and the s. 7 liberty guarantee. While the private nature of most of the materials defined as "child pornography" may attenuate its constitutional worth, it does not negate it, since the guaran-

En résumé, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile restreint les droits garantis par l'al. 2b) et la liberté garantie par l'art. 7. Même si la nature lascive de la plus grande partie du matériel défini comme étant de la « pornographie juvénile » peut en atténuer la valeur sur le plan

tee of free expression extends even to offensive speech.

This brings us to the countervailing interest at stake in this appeal: society's interest in protecting children from the evils associated with the possession of child pornography. Just as no one denies the importance of free expression, so no one denies that child pornography involves the exploitation of children. The links between possession of child pornography and harm to children are arguably more attenuated than are the links between the manufacture and distribution of child pornography and harm to children. However, possession of child pornography contributes to the market for child pornography, a market which in turn drives production involving the exploitation of children. Possession of child pornography may facilitate the seduction and grooming of victims and may break down inhibitions or incite potential offences. Some of these links are disputed and must be considered in greater detail in the course of the s. 1 justification analysis. The point at this stage is simply to describe the concerns that, according to the government, justify limiting free expression by banning the possession of child pornography.

These then are the values at stake in this appeal. On the one hand stands the right of free expression — a right fundamental to the liberty of each Canadian and our democratic society. On the other stands the conviction that the possession of child pornography must be forbidden to prevent harm to children.

Mr. Sharpe does not suggest that the prevention of harm to children can never justify limiting free expression. Where the two values stand in stark opposition, prevention of harm to children must prevail. He suggests rather that the limitation s. 163.1(4) imposes on free expression must fail because the law catches material that poses no risk of harm to children and because the links between

constitutionnel, elle ne l'annule pas, puisque la garantie de liberté d'expression s'applique même au discours offensant.

Cela nous amène à l'intérêt opposé qui est en jeu dans le présent pourvoi : l'intérêt de la société à ce que les enfants soient protégés des maux liés à la possession de pornographie juvénile. Tout comme personne ne nie l'importance de la liberté d'expression, personne ne conteste non plus que la pornographie juvénile implique l'exploitation d'enfants. On peut dire que les liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants sont plus ténus que ceux qui existent entre la production et la distribution de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants. Toutefois, la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l'exploitation d'enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l'initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d'infractions. Certains de ces liens sont contestés et doivent faire l'objet d'un examen plus approfondi lors de l'analyse de la justification au sens de l'article premier. À la présente étape, il s'agit tout simplement de décrire les craintes qui, selon le gouvernement, justifient la limitation de la liberté d'expression par l'interdiction de la possession de pornographie juvénile.

Voilà donc les valeurs qui sont en jeu dans le présent pourvoi. D'une part, il y a le droit à la liberté d'expression — un droit fondamental pour la liberté de chaque Canadien et pour notre société démocratique. D'autre part, il y a la conviction que la possession de pornographie juvénile doit être interdite afin de prévenir tout préjudice causé aux enfants.

Monsieur Sharpe ne prétend pas que la prévention du préjudice causé aux enfants ne peut jamais justifier la limitation de la liberté d'expression. Lorsque les deux valeurs entrent nettement en conflit, la prévention du préjudice causé aux enfants doit l'emporter. Il affirme plutôt que la limitation que le par. 163.1(4) impose à la liberté d'expression doit tomber parce que cette disposition s'ap-

28

29

30

possession of child pornography and harm to children are weak.

31 In order to deal with these concerns, we must determine what material the law, properly construed, catches, and on that basis answer the question of whether those restrictions on free speech are in fact justified by the goal of preventing harm to children.

B. *The Nature and Scope of the Infringement of the Charter*

32 While the Crown concedes that s. 163.1(4) limits freedom of expression, this does not eliminate the need to consider the nature and scope of the infringement in determining whether or not it is justified. Until we know what the law catches, we cannot say whether it catches too much. This Court has consistently approached claims of overbreadth on this basis. It is not enough to accept the allegations of the parties as to what the law prohibits. The law must be construed, and interpretations that may minimize the alleged overbreadth must be explored: see *Keegstra, supra*, *Butler, supra*, and *Mills, supra*. So we must begin by asking what s. 163.1(4) truly catches as distinguished from some of the broader interpretations alleged by the respondent and some of the interveners in support. The interpretation of the section is a necessary precondition to the determination of constitutionality, although it is understood, of course, that courts in future cases may refine the analysis in light of the facts and considerations that emerge with experience.

33 Much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994); P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000)). However, E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best captures the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be

plique à du matériel qui ne présente aucun risque de préjudice pour les enfants et parce que les liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants sont ténus.

Pour être en mesure de dissiper ces craintes, nous devons déterminer quel matériel est visé par la disposition, interprétée correctement, puis répondre à la question de savoir si ces limites apportées à la liberté d'expression sont effectivement justifiées par l'objectif de prévention du préjudice causé aux enfants.

B. *La nature et la portée de l'atteinte à la Charte*

Quoique le ministère public admette que le par. 163.1(4) limite la liberté d'expression, cela n'écarte pas la nécessité d'examiner la nature et la portée de l'atteinte afin de décider si elle est justifiée. Pour déterminer si une disposition a une portée trop large, il faut savoir ce à quoi elle s'applique. Notre Cour a constamment abordé de cette façon les arguments de portée excessive. Il ne suffit pas d'accepter les arguments des parties quant à ce qu'interdit la loi. La loi doit être interprétée, et les interprétations susceptibles de réduire au minimum la portée que l'on dit excessive doivent être examinées : voir *Keegstra, Butler* et *Mills*, précités. Il faut donc commencer par déterminer ce à quoi le par. 163.1(4) s'applique vraiment par opposition à certaines des interprétations plus larges préconisées par l'intimé et certains intervenants qui l'appuient. L'interprétation de la disposition est une étape préalable nécessaire à la détermination de la constitutionnalité, étant entendu naturellement que les tribunaux pourront, dans des instances ultérieures, préciser l'analyse à la lumière des faits et des considérations en présence.

On a beaucoup écrit sur l'interprétation des lois (voir, par exemple, R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994); P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999)). Toutefois, dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), E. A. Driedger illustre le mieux la démarche que je préfère adopter. Il reconnaît que l'interprétation d'une loi ne peut pas être fondée uniquement sur le

founded on the wording of the legislation alone. At p. 87, Driedger states: “Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.” Recent cases which have cited the above passage with approval include: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 144; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 30; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550, at para. 22; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 10. Supplementing this approach is the presumption that Parliament intended to enact legislation in conformity with the *Charter*: see Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at pp. 322-27. If a legislative provision can be read both in a way that is constitutional and in a way that is not, the former reading should be adopted: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1010; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 66.

Parliament’s main purpose in passing the child pornography law was to prevent harm to children by banning the production, distribution and possession of child pornography, and by sending a message to Canadians “that children need to be protected from the harmful effects of child sexual abuse and exploitation and are not appropriate sexual partners”: *House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, at p. 20328. However, Parliament did not cast its net over all material that might conceivably pose any risk to children or produce any negative attitudinal changes. Mindful of the importance of freedom of expression in our society and the dangers of vague, overbroad legislation in the criminal sphere, Parliament set its targets principally on clear forms of “child pornography”: depictions of explicit sex with children, depictions of sexual organs and anal areas of children and material advocating sexual crimes with children. Through qualifications and

libellé de la loi en question. Il dit ce qui suit, à la p. 87 : [TRADUCTION] « Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. » Ce passage a été cité et approuvé récemment, entre autres, dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 144; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, par. 30; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 2 R.C.S. 550, par. 22; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 10. Cette démarche est complétée par la présomption que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte* : voir Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, p. 322-327. Lorsqu’une disposition législative peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, cette dernière doit être retenue : voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1010; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66.

L’objectif principal que le législateur poursuivait en adoptant les dispositions sur la pornographie juvénile était de prévenir le préjudice causé aux enfants en interdisant la production, la distribution et la possession de pornographie juvénile et en transmettant aux Canadiens le message « que les enfants ont besoin d’être protégés des effets terribles de l’exploitation et des agressions sexuelles et qu’on ne peut en faire des partenaires sexuels » : *Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 34^e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328. Le législateur n’a toutefois pas voulu que la loi vise tout matériel théoriquement susceptible d’exposer les enfants à un risque ou de produire des changements de comportement négatifs. Conscient de l’importance de la liberté d’expression dans notre société et des dangers que comporte en matière pénale une disposition imprécise dont la portée est excessive, le législateur a visé principalement des formes évidentes de « pornographie juvénile » : la

defences Parliament indicated that it did not seek to catch all material that might harm children, but only material that poses a reasoned risk of harm to children and, even then, only where the countervailing right of free expression or the public good does not outweigh that risk of harm. With this aim in mind, I turn to s. 163.1.

représentation d'une activité sexuelle explicite avec un enfant, la représentation d'organes sexuels ou de la région anale d'un enfant et le matériel préconisant la perpétration de crimes d'ordre sexuel avec des enfants. En prévoyant des réserves et des moyens de défense, le législateur a indiqué qu'il cherchait à viser non pas tout matériel susceptible de causer un préjudice aux enfants, mais seulement le matériel qui expose les enfants à un risque raisonné de préjudice et, encore là, uniquement dans les cas où le droit à la liberté d'expression ou le bien public ne l'emporte pas sur ce risque de préjudice. C'est en gardant à l'esprit cet objectif que j'examine l'art. 163.1.

35 Section 163.1(1) defines child pornography in terms of two categories: (1) visual representations (s. 163.1(1)(a)); and (2) written and visual advocacy and counselling material (s. 163.1(1)(b)). Visual representations include "a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means". This is broad enough to include drawings, paintings, prints, computer graphics, and sculpture: in short, any non-textual representation that can be perceived visually.

Le paragraphe 163.1(1) définit la pornographie juvénile selon deux catégories : (1) la représentation (al. 163.1(1)a)) et (2) l'écrit ou la représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle (al. 163.1(1)b)). La représentation comprend « toute représentation pornographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques », ce qui est suffisamment général pour viser les dessins, peintures, gravures, graphiques informatiques ou sculptures, bref, toute représentation non écrite pouvant être perçue visuellement.

36 A visual representation can constitute child pornography in three ways:

Peut constituer de la pornographie juvénile, selon le cas :

1. By showing a person who is, or is depicted as, being under the age of 18 years and is engaged in, or is depicted as engaged in, explicit sexual activity (s. 163.1(1)(a)(i));

1. la représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite (sous-al. 163.1(1)a(i));

2. By having, as its dominant characteristic, the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 years (s. 163.1(1)(a)(ii)); or

2. la représentation dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de 18 ans (sous-al. 163.1(1)a(ii));

3. By advocating or counselling sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Criminal Code* (s. 163.1(1)(b)).

3. la représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans, qui constituerait une infraction au *Code criminel* (al. 163.1(1)b)).

Written material can constitute child pornography in only the last of these ways (s. 163.1(1)(b)). The

Un écrit ne peut constituer de la pornographie juvénile que dans le dernier cas (al. 163.1(1)b)).

ambit of these provisions depends on the meaning of the terms used.

1. “Person”

In order to constitute child pornography, a visual representation must show, depict, advocate or counsel sexual activity with a “person”. Two issues arise here: (1) does “person” apply only to actual, as opposed to imaginary persons; and (2) does it include the person who possesses the material?

The first issue is important because it governs whether the prohibition on possession is confined to representations of actual persons, or whether it extends to drawings from the imagination, cartoons, or computer generated composites. The available evidence suggests that explicit sexual materials can be harmful whether or not they depict actual children. Moreover, with the quality of contemporary technology, it can be very difficult to distinguish a “real” person from a computer creation or composite. Interpreting “person” in accordance with Parliament’s purpose of criminalizing possession of material that poses a reasoned risk of harm to children, it seems that it should include visual works of the imagination as well as depictions of actual people. Notwithstanding the fact that “person” in the charging section and in s. 163.1(1)(b) refers to a flesh-and-blood person, I conclude that “person” in s. 163.1(1)(a) includes both actual and imaginary human beings.

This definition of child pornography catches depictions of imaginary human beings privately created and kept by the creator. Thus, the prohibition extends to visual expressions of thought and imagination, even in the exceedingly private realm of solitary creation and enjoyment. As will be seen, the private and creative nature of this expression, combined with the unlikelihood of its causing

La portée de ces dispositions dépend du sens des termes employés.

1. « Personne »

Pour être de la pornographie juvénile, la représentation doit montrer, dépeindre, préconiser ou conseiller une activité sexuelle avec une « personne ». Deux questions se posent : premièrement, le mot « personne » s’entend-il uniquement d’une vraie personne, par opposition à une personne fictive? Deuxièmement, s’entend-il également de la personne qui est en possession du matériel?

La première question est importante, car elle permet de déterminer si l’interdiction de la possession se limite à la représentation de vraies personnes, ou si elle vise les dessins issus de l’imagination, les bandes dessinées ou les compositions créées par ordinateur. Selon la preuve présentée, le matériel sexuellement explicite peut être préjudiciable, que les enfants représentés soient de vrais enfants ou non. De plus, en raison de la qualité de la technologie contemporaine, il peut être très difficile de distinguer une « vraie » personne d’un personnage créé par ordinateur. Il semble que, si on l’interprète d’une manière conforme à l’objectif du législateur de criminaliser la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu’un préjudice ne soit causé aux enfants, le mot « personne » devrait viser les œuvres de fiction visuelles tout autant que la représentation de vraies personnes. Bien que le mot « personne », dans la disposition créant l’infraction et à l’al. 163.1(1)(b), s’entende d’un être en chair et en os, je conclus que « personne » à l’al. 163.1(1)(a) désigne les êtres humains réels et les êtres humains imaginaires.

Cette définition de la pornographie juvénile vise les représentations d’êtres humains imaginaires créées et conservées privément par leur auteur. L’interdiction s’étend donc aux expressions visuelles de la pensée et de l’imagination, même dans le domaine extrêmement privé de la création et de l’utilisation solitaires. Comme nous le verrons, la nature privée et créative de cette forme d’expression, conjuguée à l’improbabilité qu’elle cause un préjudice aux enfants, est source de pro-

37

38

39

harm to children, creates problems for the law's constitutionality.

40 The second issue is whether "person", as the term is used in s. 163.1(1)(a), includes the person who possesses the material. That is, does the definition of "child pornography" catch "auto-depictions" — for example, sexually explicit photographs a person has taken of him- or herself alone? Given that Parliament has not qualified or limited the definition of "person" in s. 163.1(1)(a), I conclude that Parliament intended to catch such auto-depictions, even where the person making the depiction, although under 18, does not appear to be a child, and intends to keep the depiction entirely in his or her own possession. This too creates constitutional problems, as we will see.

41 The legislation defines children to include all those under the age of 18. This doubtless reflects Parliament's concern that older teenagers may look or be made to look like children. However, this age limit extends the reach of the law to material beyond the ordinary conception of child pornography. For example, it raises the possibility that teenagers, perhaps even married teenagers, could be charged and imprisoned for taking and keeping photos or videos of themselves engaged in lawful sexual acts, even if those materials were intended exclusively for their own personal use. This prohibition engages the value of self-fulfilment and may be difficult to link to a reasoned risk of harm to children, again raising particularly troubling constitutional concerns.

2. "Depicted"

42 Section 163.1(1)(a)(i) brings within the definition of child pornography a visual representation of a person "who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity"

blèmes quant à la constitutionnalité de la disposition.

La seconde question est de savoir si le mot « personne » utilisé à l'al. 163.1(1)a) s'entend également de la personne qui a le matériel en sa possession. La définition de la « pornographie juvénile » s'applique-t-elle à la « représentation de soi » — par exemple, à des photos à caractère sexuel explicite qu'une personne a prises d'elle-même seule? Comme le législateur n'a pas restreint ni limité la définition du mot « personne » à l'al. 163.1(1)a), je conclus qu'il a voulu viser de telles représentations de soi, même dans le cas où la personne qui en est l'auteur, bien qu'elle ait moins de 18 ans, ne semble pas être un enfant et a l'intention de conserver ces représentations en sa stricte possession. Cela aussi est source de problèmes constitutionnels, comme nous le verrons.

Selon la définition donnée par la disposition législative, toutes les personnes de moins de 18 ans sont des enfants. Cela reflète sans aucun doute la crainte du législateur que des adolescents plus âgés puissent avoir l'air d'enfants ou qu'ils soient présentés comme tels. Cette limite d'âge étend toutefois la portée de la disposition à du matériel qui sort de la conception ordinaire que l'on se fait de la pornographie juvénile. Par exemple, elle soulève la possibilité que des adolescents, peut-être même des adolescents mariés, soient accusés et incarcérés pour avoir pris des photos ou effectué des enregistrements vidéo d'eux-mêmes se livrant à des activités sexuelles légales et pour avoir conservé ce matériel, même s'ils étaient destinés à leur usage personnel exclusif. Cette interdiction fait intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et peut être difficile à relier à la crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, ce qui soulève encore une fois des préoccupations constitutionnelles particulièrement troublantes.

2. « Présentée »

Suivant le sous-al. 163.1(1)a)(i), la pornographie juvénile s'entend de la représentation d'une personne « âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite »

(emphasis added). Does “depicted” mean: (a) intended by the maker to depict; (b) perceived by the possessor as depicting; or (c) seen as being depicted by a reasonable observer?

The first and second interpretations are inconsistent with Parliament’s objective of preventing harm to children through sexual abuse. The danger associated with the representation does not depend on what was in the mind of the maker or the possessor, but in the capacity of the representation to be used for purposes like seduction. It is the meaning which is conveyed by the material which is critical, not necessarily the meaning that the author intended to convey. Moreover, it would be virtually impossible to prove what was in the mind of the producer or possessor. On the second alternative, the same material could be child pornography in the possession of one person and innocent material in the hands of another. Yet the statute makes it an offence for anyone to possess such material, not just those who see it as depicting children. The only workable approach is to read “depicted” in the sense of what would be conveyed to a reasonable observer. The test must be objective, based on the depiction rather than what was in the mind of the author or possessor. The question is this: would a reasonable observer perceive the person in the representation as being under 18 and engaged in explicit sexual activity?

3. “Explicit Sexual Activity”

Section 163.1(1)(a)(i) catches visual representations of “explicit sexual activity”. Sexual activity spans a large spectrum, ranging from the flirtatious glance at one end, through touching of body parts incidentally related to sex, like hair, lips and breasts, to sexual intercourse and touching of the genitals and the anal region. The question is where on this spectrum Parliament intended to place the boundary between material that may be lawfully possessed and material that may not be lawfully possessed. A number of indications suggest that Parliament intended to draw the line at the extreme end of the spectrum concerned with depictions of

(je souligne). Le terme « présentée » renvoie-t-il a) à l’intention de l’auteur, b) à la perception du possesseur ou c) à la perception d’un observateur raisonnable?

La première et la deuxième interprétations sont incompatibles avec l’objectif du législateur de prévenir le préjudice causé aux enfants par l’exploitation sexuelle. Le risque lié à la représentation dépend non pas de ce que l’auteur ou le possesseur avait en tête, mais de la possibilité que la représentation serve à des fins comme la séduction. C’est le message transmis par le matériel qui importe, et pas nécessairement ce que l’auteur a voulu exprimer. De plus, il serait pratiquement impossible d’établir ce que le producteur ou le possesseur avait en tête. Quant à la deuxième option, le même matériel pourrait constituer de la pornographie juvénile entre les mains d’une personne et être inoffensif entre les mains d’une autre. Pourtant, la loi précise que commet une infraction quiconque a en sa possession du matériel de ce genre, et non seulement la personne qui y voit la représentation d’un enfant. La seule solution réaliste est d’entendre « présentée » au sens de ce qu’y verrait un observateur raisonnable. Le critère doit être objectif et fondé sur ce qui est présenté, et non sur ce que l’auteur ou le possesseur avait en tête. La question qui se pose est la suivante : Un observateur raisonnable considérerait-il que la personne représentée a moins de 18 ans et se livre à une activité sexuelle explicite?

3. « Activité sexuelle explicite »

Le sous-alinéa 163.1(1)(a)(i) vise la représentation d’une « activité sexuelle explicite ». L’activité sexuelle s’entend d’un large éventail d’activités allant du simple regard enjôleur jusqu’à la relation sexuelle et à l’attouchement des organes génitaux et de la région anale, en passant par la caresse de parties du corps revêtant un caractère sexuel secondaire, comme les cheveux, les lèvres et les seins. Il s’agit de savoir où le législateur a voulu tracer la ligne entre le matériel dont la possession peut être légale et celui dont la possession peut être illégale. Un certain nombre d’éléments indiquent que le législateur a voulu tracer la ligne à l’extré-

43

44

intimate sexual activity represented in a graphic and unambiguous manner.

mité de l'éventail correspondant à la représentation détaillée et non équivoque de l'activité sexuelle intime.

45 The first indication is Parliament's use of the word "explicit" to describe the activity depicted. Parliament could have simply referred to "sexual activity". Instead, it chose "explicit sexual activity". "Explicit" must be given meaning. According to the *Canadian Oxford Dictionary* (1998), "explicit" in the context of sexual acts means "describing or representing nudity or intimate sexual activity". Similarly, "explicit" according to the *New Oxford Dictionary of English* (1998) means "describing or representing sexual activity in a graphic fashion". This suggests that the law catches only depictions of sexual intercourse and other non-trivial sexual acts.

Le premier indice est l'emploi du mot « explicite » pour décrire l'activité représentée. Le législateur aurait pu parler simplement d'« activité sexuelle », mais il a opté pour « activité sexuelle explicite ». Il faut définir le terme « explicite ». Selon le *Canadian Oxford Dictionary* (1998), le terme anglais « *explicit* » (« explicite »), dans le contexte de l'activité sexuelle, s'entend d'une [TRADUCTION] « description ou représentation de la nudité ou de l'activité sexuelle intime ». Le *New Oxford Dictionary of English* (1998) le définit également comme étant [TRADUCTION] « la description ou la représentation de l'activité sexuelle d'une manière détaillée ». Cela porte à croire que la disposition ne s'applique qu'à la représentation de rapports sexuels et autres actes sexuels non anodins.

46 This restricted meaning is supported by the fact that in creating other offences, like sexual assault, Parliament uses the word "sexual" without any modifiers. To constitute sexual assault, the sexual aspect of the contact must be clear. The addition of the modifier "explicit" in s. 163.1 suggests that this at least is required.

Ce sens restreint est étayé par le fait qu'en créant d'autres infractions, comme l'agression sexuelle, le législateur emploie le terme « sexuel » ou « sexuelle » sans autre précision. Pour qu'il y ait agression sexuelle, le caractère sexuel du contact doit être évident. L'ajout de l'adjectif « explicite » à l'art. 163.1 indique que cet élément au moins doit être présent.

47 A restrained interpretation of "explicit sexual activity" is also supported by reading s. 163.1(1)(a)(i) and s. 163.1(1)(a)(ii) together. They are designed to cover two types of depiction: (i) the depiction of explicit sexual activity; and (ii) the static depiction of the sexual organs or anal regions of children. Subparagraph (ii) clearly indicates that Parliament's concern was with visual representations near the extreme end of the spectrum. While it is possible in the abstract to argue that Parliament intended a much broader sweep for subpara. (i) than for (ii), it seems more likely that Parliament was seeking to catch in subpara. (i) the activity-related counterpart to subpara. (ii).

L'interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle explicite » est aussi étayée par l'interprétation corrélatrice du sous-al. 163.1(1)a(i) et du sous-al. 163.1(1)a(ii). Ces sous-alinéas visent deux sortes de représentation : (i) la représentation d'une activité sexuelle explicite et (ii) la représentation fixe des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le sous-alinéa (ii) indique clairement que le législateur a voulu s'attaquer à la représentation d'actes situés presque à l'extrémité de l'éventail. Même si on peut théoriquement soutenir que le législateur a voulu que le sous-al. (i) ait une portée beaucoup plus large que le sous-al. (ii), il semble plus vraisemblable qu'il voulait que le sous-al. (i) s'applique à la contrepartie du sous-al. (ii) relative aux activités.

Finally, Parliament's goal of preventing harm to children related to child pornography supports a restrained interpretation of "explicit sexual activity". The evidence suggests that harm to children produced by child pornography arises from depictions of explicit sexual acts with children at the extreme end of the spectrum. The literature on harm focuses mainly on depictions of sexual activity involving nudity and portrayal of the sexual organs and anal region. It is reasonable to conclude that this sort of material was uppermost in Parliament's mind when it adopted this law.

I conclude that "explicit sexual activity" refers to acts which viewed objectively fall at the extreme end of the spectrum of sexual activity — acts involving nudity or intimate sexual activity, represented in a graphic and unambiguous fashion, with persons under or depicted as under 18 years of age. The law does not catch possession of visual material depicting only casual sexual contact, like touching, kissing, or hugging, since these are not depictions of nudity or intimate sexual activity. Certainly, a photo of teenagers kissing at summer camp will not be caught. At its furthest reach, the section might catch a video of a caress of an adolescent girl's naked breast, but only if the activity is graphically depicted and unmistakably sexual. (For a discussion of such concerns see B. Blugerman and L. May, "The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128" (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.)

4. "Dominant Characteristic" and "Sexual Purpose"

The objective approach should also be applied to the term "dominant characteristic" in s. 163.1(1)(a)(ii), which targets possession of visual material whose "dominant characteristic" is "the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of

48
Enfin, l'objectif du législateur de prévenir le préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile appuie l'interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle explicite ». Selon la preuve, le préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile est imputable aux représentations d'actes sexuels explicites avec des enfants, situées à l'extrémité de l'éventail. La littérature relative au préjudice met principalement l'accent sur la représentation de l'activité sexuelle comportant la nudité et la représentation des organes sexuels et de la région anale. Il est raisonnable de conclure que c'est à ce genre de matériel que le législateur a surtout voulu s'attaquer en adoptant cette disposition.

49
Je conclus que l'expression « activité sexuelle explicite » s'entend des actes qui, considérés objectivement, se situent à l'extrémité de l'éventail des activités sexuelles, à savoir les actes comportant la nudité ou des activités sexuelles intimes, représentés de manière détaillée et non équivoque, avec une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle. La disposition n'interdit pas la possession de matériel visuel représentant seulement des contacts sexuels anodins, comme l'attouchement, le baiser ou l'étreinte, étant donné qu'on n'y dépeint aucune nudité ni aucune activité sexuelle intime. La photo d'adolescents échangeant un baiser à la colonie de vacances n'est sûrement pas visée. À l'extrême limite, la disposition pourrait s'appliquer à une bande vidéo dans laquelle les seins nus d'une adolescente sont caressés, mais seulement si l'activité est représentée de manière détaillée et revêt indéniablement un caractère sexuel. (À cet égard, voir l'analyse de B. Blugerman et L. May, « The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128 » (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.)

4. « Caractéristique dominante » et « but sexuel »

50
Il faut également analyser de façon objective l'expression « caractéristique dominante » au sous-al. 163.1(1)(a)(ii), qui vise la possession de matériel visuel dont « la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée

eighteen years”. The question is whether a reasonable viewer, looking at the depiction objectively and in context, would see its “dominant characteristic” as the depiction of the child’s sexual organ or anal region. The same applies to the phrase “for a sexual purpose”, which I would interpret in the sense of reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation to some viewers.

51 Family photos of naked children, viewed objectively, generally do not have as their “dominant characteristic” the depiction of a sexual organ or anal region “for a sexual purpose”. Placing a photo in an album of sexual photos and adding a sexual caption could change its meaning such that its dominant characteristic or purpose becomes unmistakably sexual in the view of a reasonable objective observer: see *R. v. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL) (S.C.), at paras. 16-17. Absent evidence indicating a dominant prurient purpose, a photo of a child in the bath will not be caught. To secure a conviction the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the “dominant characteristic” of the picture is a depiction of the sexual organ or anal region “for a sexual purpose”. If there is a reasonable doubt, the accused must be acquitted.

5. “Sexual Organ”

52 Section 163.1(1)(a)(ii) catches static depictions for a sexual purpose of the “sexual organ” or “anal region” of a person under 18 years, provided this is the dominant characteristic of the representation. This raises the question of the meaning of “sexual organ”.

53 Prudence suggests leaving the precise content of “sexual organ” to future case-law. However, no one suggests that s. 163.1(1)(a)(ii) was designed to catch depictions of eyes or lips. Parliament’s purpose of targeting possession of material associated with a reasoned risk of harm to children suggests a restrained interpretation of “sexual organ” in sub-

de moins de dix-huit ans ». Il s’agit de déterminer si une personne raisonnable qui considérerait la représentation de manière objective et en contexte conclurait que sa « caractéristique dominante » est la représentation des organes sexuels ou de la région anale de l’enfant. Il en va de même de l’expression « dans un but sexuel », qui s’entend selon moi de ce qui est raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes.

D’un point de vue objectif, la « caractéristique dominante » des photos de famille représentant des enfants nus n’est généralement pas la représentation, « dans un but sexuel », d’organes sexuels ou de la région anale d’un enfant. Placer la photo dans un album de photos à caractère sexuel et ajouter une légende à connotation sexuelle est susceptible d’en modifier le sens et de faire en sorte qu’un observateur objectif et raisonnable considérera que sa caractéristique ou fin dominante est indéniablement sexuelle : voir *R. c. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL) (C.S.), par. 16-17. À défaut d’une preuve indiquant l’existence d’une fin lubrique dominante, la photo d’un enfant dans une baignoire n’est pas visée. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public doit prouver, hors de tout doute raisonnable, que la « caractéristique dominante » de la photo est la représentation, « dans un but sexuel », d’organes sexuels ou de la région anale. S’il existe un doute raisonnable, l’accusé doit être acquitté.

5. « Organes sexuels »

Le sous-alinéa 163.1(1)(a)(ii) vise la représentation fixe, dans un but sexuel, d’« organes sexuels » ou de la « région anale » d’une personne âgée de moins de 18 ans, pourvu qu’il s’agisse de la caractéristique dominante de la représentation. Cela soulève la question du sens à donner à l’expression « organes sexuels ».

Il serait prudent de laisser à la jurisprudence future le soin de définir précisément cette expression. Cependant, nul ne prétend que le sous-al. 163.1(1)(a)(ii) vise la représentation des yeux ou des lèvres. La volonté du législateur d’interdire la possession de matériel suscitant une crainte raisonnable qu’un préjudice ne soit causé aux enfants

para. (ii), similar to that discussed above with respect to subpara. (i).

6. Written Material: “Advocates or counsels”

The second category of child pornography caught by s. 163.1(1) is “any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act”.

This section is more limited than the definition of visual pornography in s. 163.1(1)(a), which captures sexual “representation[s]” of children. Section 163.1(1)(b) is confined to material relating to activity that would be a crime under the *Criminal Code*. Moreover, it is confined to material that “counsels” or “advocates” such crimes. On its face, it appears to be aimed at combating written and visual material that actively promotes the commission of sexual offences with children.

At stake is not whether the maker or possessor of the material intended to advocate or counsel the crime, but whether the material, viewed objectively, advocates or counsels the crime. “Advocate” is not defined in the *Criminal Code*. “Counsel” is dealt with only in connection with the counseling of an offence: s. 22 of the *Criminal Code*, where it is stated to include “procure, solicit or incite”. “Counsel” can mean simply to advise; however in criminal law it has been given the stronger meaning of actively inducing: see *R. v. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171 (N.B.C.A.), at p. 180, *per* Ayles J.A. While s. 22 refers to a person’s actions and s. 163.1(1)(b) refers to material, it seems reasonable to conclude that in order to meet the requirement of “advocates” or “counsels”, the material, viewed objectively, must be seen as “actively inducing” or encouraging the described offences with children. Again, Parliament’s purpose of capturing material causing a reasoned risk of harm to children may offer gui-

indique qu’il faut donner à l’expression « organes sexuels » utilisée au sous-al. (ii) une interprétation restrictive similaire à celle analysée plus haut relativement au sous-al. (i).

6. Écrit qui « préconise ou conseille »

La deuxième catégorie de pornographie juvénile visée par le par. 163.1(1) comprend « tout écrit ou [...] toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi ».

Cette disposition a une portée plus restreinte que la définition de la pornographie visuelle à l’al. 163.1(1)(a), laquelle englobe toute « représentation » à connotation sexuelle d’un enfant. L’alinéa 163.1(1)(b) ne vise que le matériel se rapportant à une activité qui constituerait un crime au sens du *Code criminel*. En outre, il ne vise que le matériel qui « préconise » ou « conseille » la perpétration de tels crimes. De prime abord, l’objectif de cet alinéa semble être de lutter contre l’écrit et la représentation qui encouragent activement la perpétration d’infractions d’ordre sexuel avec des enfants.

Il s’agit de savoir non pas si l’auteur ou le possesseur du matériel a voulu préconiser ou conseiller la perpétration du crime, mais si, pris objectivement, le matériel préconise ou conseille la perpétration de ce crime. « Préconiser » n’est pas défini dans le *Code criminel*. « Conseiller » n’est traité qu’à l’art. 22 du *Code criminel* (conseiller de commettre une infraction) qui précise que « conseiller » s’entend « d’amener et d’inciter », et « conseil » de « l’encouragement visant à amener ou à inciter ». « Conseiller » peut simplement vouloir dire recommander, mais en droit criminel, on lui donne le sens plus fort d’encourager activement : voir *R. c. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171 (C.A.N.-B.), p. 180, *le* juge Ayles. Bien que l’art. 22 renvoie aux actes d’une personne, et l’al. 163.1(1)(b) à du matériel, il semble raisonnable de supposer que, pour qu’il « préconise » ou « conseille », le matériel, pris objectivement, doit « encourager activement » la perpétration des infractions commises avec des enfants qui sont

54

55

56

dance. The mere description of the criminal act is not caught. Rather, the prohibition is against material that, viewed objectively, sends the message that sex with children can and should be pursued.

représentées. Là encore, l'intention du législateur de viser le matériel qui suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants peut indiquer la voie à suivre. La simple description de l'acte criminel n'est pas visée. L'interdiction porte plutôt sur du matériel qui, considéré objectivement, transmet le message qu'on peut et qu'on devrait avoir des rapports sexuels avec des enfants.

57

Without suggesting that the distinction is easy to apply in practice, a purposive approach appears to exclude many of the alleged examples of the law's overbreadth. For instance, works aimed at description and exploration of various aspects of life that incidentally touch on illegal acts with children are unlikely to be caught. While Nabokov's *Lolita*, Boccaccio's *Decameron*, and Plato's *Symposium* portray or discuss sexual activities with children, on an objective view they cannot be said to advocate or counsel such conduct in the sense of actively inducing or encouraging it. Nor would the section catch political advocacy for lowering the age of consent because such advocacy would not promote the commission of an offence but the amendment of the law. Likewise, an anthropological work discussing the sexual practices of adolescents in other cultures and describing such adolescents as well-adjusted and healthy would not be caught because it would be merely descriptive as opposed to advocating or counselling illegal acts. I note that in any event these examples would likely fall within the artistic merit, medical, educational, scientific, or public good defences, discussed below.

Sans laisser entendre que la distinction est facile à faire en pratique, l'analyse fondée sur l'objet visé paraît exclure bon nombre d'exemples de situations qui illustreraient la portée excessive de la disposition. Par exemple, les œuvres vouées à la description et à l'exploration de différents aspects de la vie qui, de manière incidente, font état d'actes illégaux accomplis avec des enfants ne sont vraisemblablement pas visées. Même si *Lolita* de Nabokov, *Decameron* de Boccace et le *Banquet* de Platon représentent ou analysent des activités sexuelles avec des enfants, on ne saurait dire, objectivement, que ces œuvres préconisent ou conseillent un tel comportement au sens de l'encourager activement. La disposition ne s'appliquerait pas non plus à la défense, sur le plan politique, de l'abaissement de l'âge du consentement valide, du fait que cette défense préconiserait non pas la perpétration d'une infraction, mais plutôt la modification de la loi. De même, un ouvrage d'anthropologie analysant les pratiques sexuelles d'adolescents d'autres cultures et les présentant comme étant bien adaptés et en santé ne serait pas visé, car il ne ferait que décrire une situation au lieu de préconiser ou conseiller l'accomplissement d'actes illégaux. Je constate que, de toute façon, ces exemples relèveraient probablement des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical ou encore sur le bien public, qui sont analysés plus loin.

58

It must also be remembered that it is only the advocating or counselling of sexual activity with a person under the age of 18 that would be an offence under the *Criminal Code* that is captured by this part of the definition of child pornography. Many of the sexual offences in the *Code* apply only to sexual activity involving an individual

Il faut aussi se rappeler que seul le fait de préconiser ou de conseiller une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans constituerait une infraction au *Code criminel* visée par cette partie de la définition de la pornographie juvénile. De nombreuses infractions d'ordre sexuel prévues par le *Code* ne s'appliquent qu'à l'activité sexuelle

under the age of 14. For instance, the offences of sexual interference (s. 151) and invitation to sexual touching (s. 152) apply only when individuals 13 or under are involved, unless the person doing the touching or inviting is in a position of trust or authority (s. 153). Advocating the consensual sexual touching of a 16-year-old is not an offence under s. 151 and therefore would not be caught by this part of the child pornography definition. However, advocating such touching by, for example, a teacher or hockey coach, is an offence and would be caught. Similarly, inviting a 14-year-old to consensually sexually touch another person is not an offence under s. 152 and would also not be caught (subject to the same position of trust or authority exception). Finally, advocating consensual vaginal intercourse with a 15-year-old is not an offence, as the age of consent is 14. Written materials or visual representations that advocate or counsel such acts of intercourse are therefore also not caught by s. 163.1(1)(b).

However, it must be observed that the provision is broad enough to capture written works created by the author alone, solely for his or her own eyes. For example, the law could arguably extend to a teenager's favourable diary account of a sexual encounter. The interpretations of "advocates or counsels" and the fact that the description must be of an unlawful act reduce the likelihood of this happening. Nevertheless, the possibility remains that a teenager's private account of a sexual encounter could be caught. This example, like that of a drawing made and kept exclusively by the accused, engages the value of private self-fulfilment and appears to pose little real risk of harm to children, rendering it constitutionally problematic.

7. The Defences

In addition to limiting the ambit of the definition of child pornography, Parliament created a number

implicating une personne de moins de 14 ans. Par exemple, les contacts sexuels (art. 151) et l'incitation à des contacts sexuels (art. 152) ne s'appliquent que si des personnes de 13 ans ou moins sont en cause, à moins que l'auteur de l'attouchement ou de l'incitation ne soit une personne en situation d'autorité ou de confiance (art. 153). Préconiser le contact sexuel consensuel avec une personne de 16 ans n'est pas une infraction à l'art. 151 et ne serait donc pas visé par cette partie de la définition de la pornographie juvénile. Toutefois, préconiser ce genre de contact par un enseignant ou un entraîneur de hockey, notamment, est une infraction et serait visé. De même, inviter un jeune de 14 ans à avoir un contact sexuel consensuel avec une autre personne n'est pas une infraction à l'art. 152 et ne serait pas visé non plus (sous réserve de la même exception relative à la personne en situation d'autorité ou de confiance). Enfin, préconiser des relations vaginales consensuelles avec une personne de 15 ans n'est pas une infraction puisque l'âge du consentement valide est de 14 ans. Les écrits ou les représentations qui préconisent ou conseillent de tels rapports sexuels ne sont donc pas visés par l'al. 163.1(1)(b).

Il faut toutefois noter que la disposition a une portée suffisamment large pour viser les écrits créés uniquement par l'auteur et destinés exclusivement à son usage personnel. Par exemple, on pourrait soutenir que la disposition s'applique même à la partie d'un journal intime dans laquelle un adolescent relaterait positivement une aventure sexuelle. L'interprétation des mots « préconise ou conseille » et le fait qu'il doit s'agir de la description d'un acte illégal diminuent les chances que cela se produise. Il reste cependant que le récit privé d'une aventure sexuelle par un adolescent pourrait être visé. Cet exemple, comme celui d'un dessin effectué et conservé uniquement par l'accusé, fait intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et ne semble exposer les enfants qu'à un faible risque réel de préjudice, ce qui le rend constitutionnellement problématique.

7. Les moyens de défense

En plus de restreindre la portée de la définition de la pornographie juvénile, le législateur a prévu

of defences. In so doing, Parliament recognized that the law could unduly impinge on some of the values protected by the guarantee of free expression, like artistic creativity, education, medical research, or other public purposes, and sought to provide protection for activities furthering these values. The defences should be liberally construed with this purpose in mind.

(a) *The Defence of Artistic Merit*

61 Section 163.1(6) provides a defence for a representation or written material that constitutes child pornography if it has “artistic merit”. Three issues arise regarding the ambit of this defence: (1) the meaning of “artistic merit”; (2) whether artistic works must conform to “community standards” in order to gain the protection of the defence; and (3) the procedure for considering the defence. When construing the defence of artistic merit, we must keep in mind the admonition of Sopinka J. in *Butler*, *supra*, at p. 486: “Artistic expression rests at the heart of freedom of expression values and any doubt in this regard must be resolved in favour of freedom of expression.” Simply put, the defence must be construed broadly.

62 The first question is what the defence covers. It seems clear the defence must be established objectively, since Parliament cannot have intended a bare assertion of artistic merit to provide a defence. This leaves two possibilities. First, “artistic merit” may refer to the quality of the work in the opinion of objective observers. It is not uncommon in everyday discourse to say of a work of art that, although it is genuinely art, it possesses little or no “artistic merit”. If “artistic merit” is used in this sense, then the task of the court would be to determine how good the work of art was. Art students learning their craft, inept artists and artists breaking conventions to establish new idioms might well find their work classified as lacking “artistic merit” and hence lose the benefit of the

un certain nombre de moyens de défense. Ce faisant, il a reconnu que la disposition pourrait porter indûment atteinte à certaines valeurs protégées par la garantie de la liberté d’expression, telles la créativité artistique, l’éducation, la recherche médicale et d’autres fins publiques, et il a tenté de protéger les activités qui servent ces valeurs. Les moyens de défense doivent être interprétés libéralement en gardant ce but à l’esprit.

a) *Le moyen de défense fondé sur la valeur artistique*

Le paragraphe 163.1(6) prévoit un moyen de défense à l’égard de l’écrit ou de la représentation qui constitue de la pornographie juvénile, mais qui a une « valeur artistique ». Trois questions se posent au sujet de sa portée : (1) Que signifie l’expression « valeur artistique »? (2) L’œuvre artistique doit-elle être conforme aux « normes sociales » pour que le moyen de défense puisse être invoqué à son égard? (3) Quelle procédure faut-il suivre pour examiner ce moyen de défense? Nous devons interpréter le moyen de défense fondé sur la valeur artistique en nous rappelant la mise en garde du juge Sopinka dans l’arrêt *Butler*, précité, p. 486 : « 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 ». Cela veut simplement dire que ce moyen de défense doit être interprété largement.

La première question est de savoir ce que vise le moyen de défense. Il semble clair qu’il doit être établi de manière objective, étant donné que le législateur n’a pu vouloir que le simple fait d’invoquer la valeur artistique constitue un moyen de défense. Deux possibilités s’offrent donc. Premièrement, la « valeur artistique » peut s’entendre de la qualité de l’œuvre selon l’observateur objectif. Il n’est pas rare, dans la vie de tous les jours, qu’on dise d’une œuvre d’art que, même si elle constitue véritablement de l’art, elle n’a aucune « valeur artistique » ou en a très peu. Si l’expression « valeur artistique » est utilisée dans ce sens, il incombe alors au tribunal d’évaluer la qualité de l’œuvre d’art. L’étudiant qui fait l’apprentissage d’un art, l’artiste inepte ou l’artiste qui rompt avec

defence. On the assumption that this was the meaning of “artistic merit”, it was argued that the defence is too limited and arbitrary to protect artistic expression adequately.

The second meaning that can be ascribed to “artistic merit” is “possessing the quality of art”, or “artistic character”. On this meaning, a person who produces art of any kind is protected, however crude or immature the result of the effort in the eyes of the objective beholder. This interpretation seems more consistent with what Parliament intended. It is hard to conceive of Parliament wishing to make criminality depend on the worth of the accused’s art. It would be discriminatory and irrational to permit a good artist to escape criminality, while criminalizing less fashionable, less able or less conventional artists. Such an interpretation would run counter to the need to give the defence a broad and generous meaning. I conclude that “artistic merit” should be interpreted as including any expression that may reasonably be viewed as art. Any objectively established artistic value, however small, suffices to support the defence. Simply put, artists, so long as they are producing art, should not fear prosecution under s. 163.1(4).

What may reasonably be viewed as art is admittedly a difficult question — one that philosophers have pondered through the ages. Although it is generally accepted that “art” includes the production, according to aesthetic principles, of works of the imagination, imitation or design (*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 120), the question of whether a particular drawing, film or text is art must be left to the trial judge to determine on the basis of a variety of factors. The subjective intention of the creator will be relevant, although it is unlikely to be conclusive. The form and content of the work

les conventions pour établir un nouveau mode d’expression pourrait se faire dire que son œuvre manque de « valeur artistique » et donc être incapable de se prévaloir du moyen de défense. En tenant pour acquis que tel était le sens de l’expression « valeur artistique », on a fait valoir que le moyen de défense est trop restreint et arbitraire pour protéger adéquatement l’expression artistique.

Le deuxième sens qui peut être donné à l’expression « valeur artistique » est « qui possède la qualité reconnue à l’art » ou « qui participe de l’art ». Selon ce sens, tout créateur d’art quel qu’il soit est protégé même si ses efforts produisent une œuvre grossière ou immature selon l’observateur objectif. Cette interprétation paraît davantage compatible avec l’intention du législateur, car on imagine difficilement qu’il a voulu assujettir la responsabilité criminelle à la valeur de l’art de l’accusé. Il serait discriminatoire et irrationnel de permettre à un bon artiste d’échapper à la responsabilité criminelle mais d’incriminer un artiste plus marginal, moins talentueux ou moins conformiste. Une telle interprétation irait à l’encontre de la nécessité d’interpréter le moyen de défense d’une manière large et libérale. Je conclus que les mots « valeur artistique » doivent s’entendre de toute forme d’expression pouvant raisonnablement être considérée comme de l’art. Toute valeur artistique objectivement établie, si minime soit-elle, suffit à fonder le moyen de défense. Tant qu’il produit de l’art, l’artiste ne devrait tout simplement pas craindre d’être poursuivi en vertu du par. 163.1(4).

La question de savoir ce qui peut raisonnablement être considéré comme de l’art est certes difficile et fait depuis toujours réfléchir les philosophes. Bien qu’il soit généralement admis que l’« art » s’entend notamment de la production, selon des principes esthétiques, d’œuvres émanant de l’imagination, imitées ou originales (*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 120), la question de savoir si un dessin, un film ou un texte en particulier est de l’art doit être tranchée par le juge du procès, compte tenu de toute une gamme de facteurs. L’intention subjective du créateur sera pertinente, mais

63

64

may provide evidence as to whether it is art. Its connections with artistic conventions, traditions or styles may also be a factor. The opinion of experts on the subject may be helpful. Other factors, like the mode of production, display and distribution, may shed light on whether the depiction or writing possesses artistic value. It may be, as the case law develops, that the factors to be considered will be refined.

probablement non concluante. La forme et la teneur de l'œuvre peuvent permettre de déterminer s'il s'agit d'art. Ses liens avec des conventions, traditions ou styles artistiques peuvent également être un facteur à considérer. L'avis d'un expert sur le sujet peut être utile. D'autres facteurs comme le mode de production, de présentation et de distribution peuvent aider à déterminer si l'écrit ou la représentation a une valeur artistique. Il se peut qu'avec l'évolution de la jurisprudence l'identité des facteurs à considérer se précise.

65 This brings me to the issue of whether the defence incorporates a community tolerance standard. In *Ontario (Attorney General) v. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), McCombs J. interpreted s. 163.1(6) as importing a requirement that material, to have artistic merit, must comport with community standards in the sense of not posing a risk of harm to children. I am not persuaded that we should read a community standards qualification into the defence. To do so would involve reading in a qualification that Parliament has not stated. Further, reading in the qualification of conformity with community standards would run counter to the logic of the defence, namely that artistic merit outweighs any harm that might result from the sexual representations of children in the work. Most material caught by the definition of child pornography could pose a potential risk of harm to children. To restrict the artistic merit defence to material posing no risk of harm to children would defeat the purpose of the defence. Parliament clearly intended that some pornographic and possibly harmful works would escape prosecution on the basis of this defence; otherwise there is no need for it.

Ceci nous amène à la question de savoir si le moyen de défense comporte une norme sociale de tolérance. Dans *Ontario (Attorney General) c. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge McCombs a conclu que le par. 163.1(6) signifie que, pour avoir une valeur artistique, le matériel doit être conforme aux normes sociales en ce sens qu'il ne doit pas exposer les enfants à un préjudice. Je ne suis pas convaincue qu'il y ait lieu de considérer que ce moyen de défense comporte une restriction fondée sur les normes sociales, car cela reviendrait à inclure une condition que le législateur n'a pas formulée. En outre, il serait contraire à la logique du moyen de défense de considérer qu'il comporte la condition de la conformité aux normes sociales, laquelle logique veut que la valeur artistique l'emporte sur le préjudice susceptible de résulter de la représentation à caractère sexuel d'un enfant dans l'œuvre. La majeure partie du matériel visé par la définition de la pornographie juvénile est susceptible de causer un préjudice aux enfants. Restreindre le moyen de défense fondé sur la valeur artistique à ce qui n'expose les enfants à aucun risque de préjudice contrecarrerait l'objet de ce moyen de défense. Le législateur a manifestement voulu que certaines œuvres pornographiques susceptibles d'être préjudiciables échappent à toutes poursuites grâce à ce moyen de défense, qui autrement n'aurait aucune utilité.

66 The third issue is how the artistic merit defence functions procedurally. The test, as mentioned, is objective. The wording of the section suggests that it functions in the same manner as other defences such as self defence, provocation or necessity. The

La troisième question est la procédure à suivre à l'égard du moyen de défense fondé sur la valeur artistique. Comme nous l'avons vu, le critère est objectif. Le libellé de la disposition indique qu'elle s'applique de la même façon que d'autres moyens

accused raises the defence by pointing to facts capable of supporting it (generally something more than a bare assertion that the creator subjectively intended to create art), at which point the Crown must disprove the defence beyond a reasonable doubt: see *Langer, supra*.

I add this footnote. The statutory defence of artistic merit to a charge of possession of child pornography is conceptually different from the defence of artistic merit to a charge of obscenity under s. 163 of the *Criminal Code*. With respect to s. 163, the meaning of obscenity and the defence of artistic merit are largely judicial creations. It turns on whether the sexual portrayal is the dominant purpose of the work, on the one hand, or essential to a wider artistic purpose, on the other (the internal necessities test). It also asks whether the sexual aspect of the work, viewed in context, would meet community standards of tolerance. The definition of child pornography, by contrast, stands independent of the defence of artistic merit, making the language of “internal necessity” and the logic of “either obscenity or art” inapposite. For this reason, and with the greatest respect for the contrary view expressed by McCombs J. in *Langer, supra*, I do not find it incongruous to interpret the defence of artistic merit to the child pornography offences differently from that developed under the obscenity provisions.

(b) *The Defence of “Educational, Scientific or Medical Purpose”*

Section 163.1(6) creates a defence for material that serves a medical, educational or scientific purpose. This refers to the purpose the material, viewed objectively, may serve, not the purpose for which the possessor actually holds it. How the material was produced or is possessed is obviously

de défense, telles la légitime défense, la provocation ou la nécessité. L’accusé invoque le moyen de défense en signalant des faits susceptibles de l’étayer (qui représentent généralement plus qu’une simple assertion que l’auteur a voulu subjectivement créer de l’art), après quoi le ministère public doit réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense : voir *Langer, précité*.

J’ajoute une précision. Le moyen de défense fondé sur la valeur artistique que prévoit la loi dans le cas d’une accusation de possession de pornographie juvénile diffère, sur le plan conceptuel, du moyen de défense fondé sur la valeur artistique qui peut être invoqué dans le cas d’une accusation d’obscénité portée en vertu de l’art. 163 du *Code criminel*. En ce qui concerne ce dernier article, la sens de l’obscénité et la défense fondée sur la valeur artistique résultent dans une large mesure de la jurisprudence. Il dépend de la question de savoir, d’une part, si la représentation sexuelle est l’objectif dominant de l’œuvre ou, d’autre part, si elle est essentielle à un objectif artistique plus large (le critère des besoins internes). Il faut aussi se demander si, compte tenu du contexte, l’aspect sexuel de l’œuvre satisferait aux normes sociales de tolérance. Par contre, la définition de la pornographie juvénile est indépendante du moyen de défense fondé sur la valeur artistique, ce qui rend inutiles la notion des « besoins internes » et le raisonnement « de l’obscénité ou de l’art ». Pour ce motif, et avec le plus grand respect pour l’avis contraire exprimé par le juge McCombs dans *Langer, précité*, il ne me paraît pas incongru, lorsqu’il est question d’infractions en matière de pornographie juvénile, de donner au moyen de défense fondé sur la valeur artistique une interprétation différente de celle qui lui est donnée sous le régime des dispositions relatives à l’obscénité.

b) *Le moyen de défense fondé sur l’existence d’un « but éducatif, scientifique ou médical »*

Le paragraphe 163.1(6) établit un moyen de défense à l’égard du matériel qui a un but médical, éducatif ou scientifique. Il s’agit du but auquel le matériel peut objectivement servir et non du but dans lequel la personne l’a effectivement en sa possession. La manière dont le matériel a été pro-

67

68

relevant to this determination. While arguably few medical, educational and scientific works would fall within s. 163.1(1), Parliament has made it clear that if they do, possession of them is legal. The procedural aspects of the defence of artistic merit would apply to this defence.

duit ou est conservé est évidemment pertinente à cet égard. Bien qu'on puisse soutenir que peu d'ouvrages médicaux, éducatifs ou scientifiques seraient visés par le par. 163.1(1), le législateur dit clairement que, même s'ils le sont, leur possession est légale. La procédure applicable à ce moyen de défense est la même que pour le moyen de défense fondé sur la valeur artistique.

69 The defence of possession for medical, education and scientific purposes, like the other defences, should be interpreted liberally in accordance with Parliament's intent. On such an approach, possession of materials for therapeutic purposes might meet the requirements of the defence. This defence will apply in appropriate circumstances to sketches and stories penned in the process of self-analysis or a couple's record of their sexual conduct held for the purpose of furthering that relationship: J. Ross, "*R. v. Sharpe and Private Possession of Child Pornography*" (2000), 11 *Constitutional Forum* 50, at p. 57.

À l'instar des autres moyens de défense, le moyen de défense fondé sur la possession dans un but médical, éducatif ou scientifique doit être interprété libéralement et en conformité avec l'intention du législateur. Dans cette optique, la possession de matériel à des fins thérapeutiques pourrait satisfaire aux exigences de ce moyen de défense. Dans des circonstances appropriées, ce moyen de défense s'appliquera à des scénarios ou récits composés dans le cadre d'une introspection ou aux activités sexuelles consignées par un couple à des fins d'épanouissement de sa relation : J. Ross, « *R. v. Sharpe and Private Possession of Child Pornography* » (2000), 11 *Forum Constitutionnel* 50, p. 57.

(c) *The Defence of "Public Good"*

c) *Le moyen de défense fondé sur le « bien public »*

70 "Public good" has been interpreted as "necessary or advantageous to religion or morality, to the administration of justice, the pursuit of science, literature, or art, or other objects of general interest": J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), at p. 173, adopted in *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (Ont. C.A.), at pp. 161-62, and *R. v. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350 (Que. C.A.), at pp. 358-59. The public good defence has received little interpretation in the obscenity context, and a precise definition of its ambit is beyond the scope of this appeal. Once again, a purposive interpretation would appear to be appropriate. Examples of possession of child pornography which could serve the public good include possession of child pornography by people in the justice system for purposes associated with prosecution, by researchers studying the effects of exposure to child pornography, and by those in possession of works addressing the political or philosophical aspects of child pornography. Again,

Le « bien public » a été interprété comme étant [TRADUCTION] « ce qui est nécessaire ou favorable à la religion ou à la moralité, à l'administration de la justice, à l'activité scientifique, littéraire ou artistique ou à d'autres sujets d'intérêt général » : J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9^e éd. 1950), p. 173; cette interprétation a été adoptée dans *R. c. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (C.A. Ont.), p. 161-162, et *R. c. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350 (C.A. Qué.), p. 358-359. Le moyen de défense fondé sur le bien public a été peu interprété dans le contexte de l'obscénité et la définition précise de sa portée déborde le cadre du présent pourvoi. Là encore, une interprétation téléologique semblerait appropriée. La possession de pornographie juvénile susceptible de servir le bien public inclut notamment la possession de tel matériel par des intervenants du système judiciaire dans le cadre d'une poursuite en justice, par des chercheurs qui étudient les effets de l'exposition à la pornographie juvénile ou encore

the same procedure would apply as for the defence of artistic merit.

It might be argued that the public good is served by possession of materials that promote expressive or psychological well-being or enhance one's sexual identity in ways that do not involve harm to others. In some cases this might eliminate some of the more problematic applications of s. 163.1(4). For example, it might in certain cases foreclose the law's application to visual works created and privately held by one person alone, or to private recordings by adolescents of their lawful sexual activity. Nevertheless, the public good defence might not answer all concerns as to the law's breadth. Absent evidence of public good in the particular case, a person might still be convicted for possession of material that directly engages the value of self-fulfilment and presents little or no risk of harm to children. Thus, while the public good defence might prevent troubling applications of the law in certain cases, it would not do so in all.

8. Summary of Material Caught by Section 163.1(4)

Section 163.1(4) of the *Criminal Code* evinces a clear and unequivocal intention to protect children from the abuse and exploitation associated with child pornography. It criminalizes the possession of a substantial range of materials posing a risk of harm to children. Written material and visual representations advocating the commission of criminal offences against children is caught. Visual material depicting children engaged in explicit sexual activity is caught, as is material featuring, as a dominant characteristic, the sexual organ or anal region of a child for a sexual purpose. The reach of the proscription is further broadened by extending it to the depiction of both real and imag-

par des personnes qui ont en leur possession des œuvres traitant des aspects politiques ou philosophiques de la pornographie juvénile. Là encore, la procédure applicable est la même que pour le moyen de défense fondé sur la valeur artistique.

On pourrait soutenir que la possession de matériel qui favorise l'épanouissement expressif ou psychologique ou qui renforce l'identité sexuelle d'une personne d'une façon non préjudiciable pour autrui sert le bien public. Dans certains cas, cela pourrait éliminer certaines des applications les plus problématiques du par. 163.1(4). Par exemple, cela pourrait parfois empêcher que la disposition s'applique à des œuvres visuelles créées et conservées en privé par une seule personne, ou à des enregistrements privés que font des adolescents de leurs activités sexuelles légales. Il se pourrait néanmoins que le moyen de défense fondé sur le bien public ne dissipe pas toutes les préoccupations concernant la portée de la disposition. En l'absence d'une preuve que le bien public est servi dans un cas donné, quelqu'un pourrait effectivement être déclaré coupable de possession de matériel qui fait directement intervenir la valeur d'épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants. Par conséquent, bien qu'il soit possible que le moyen de défense fondé sur le bien public empêche dans certains cas des applications inquiétantes de la loi, il ne le fera pas dans tous les cas.

8. Résumé concernant le matériel visé par le par. 163.1(4)

Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel* traduit l'intention claire et nette de protéger les enfants contre les sévices et l'exploitation liés à la pornographie juvénile. Il criminalise la possession d'un matériel très varié qui est susceptible de causer un préjudice aux enfants. Sont visés les écrits et les représentations préconisant la perpétration d'infractions criminelles contre les enfants, de même que le matériel représentant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite et le matériel dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le champ d'application de l'interdiction est élargi davantage en

71

72

inary persons. As a result, the law appears to catch a substantial amount of material that endangers the welfare of children.

ce qu'il est étendu autant à la représentation de vraies personnes et qu'à celle de personnes imaginaires. Par conséquent, la disposition semble viser une masse importante de matériel qui compromet le bien-être des enfants.

73

At the same time, the legislation recognizes the importance of free expression and the danger of a sweeping criminal prohibition. It catches visual representations only where the sexual activity depicted is explicit, thus excluding kissing, hugging and other forms of casual intimacy. It targets visual materials only where they feature a sexual organ or anal region as a “dominant characteristic” for a “sexual purpose”, precluding the application of the law to innocent baby-in-the-bath photos and other scenarios of non-sexual nudity. Writings are caught only where they actively advocate or counsel illegal sexual activity with persons under the age of 18. Complementing these limits inherent in the s. 163.1(1) definition are an array of defences aimed at enhancing the protection of free expression by excluding materials with redeeming social benefits. Works of art, even of dubious artistic value, are not caught at all. Materials created for an “educational, scientific or medical purpose”, liberally construed, are also exempted. Finally, a public good defence, the precise scope of which remains to be determined, further protects the possession of materials serving a necessary or advantageous social function.

La disposition reconnaît en même temps l'importance de la liberté d'expression et le danger d'une interdiction pénale générale. Elle ne vise la représentation d'une activité sexuelle que dans la mesure où cette activité est explicite, ce qui a pour effet d'exclure le baiser, l'étreinte et d'autres formes de contacts intimes anodins. Elle ne s'applique au matériel visuel que s'il a comme « caractéristique dominante » la représentation, dans un « but sexuel » des organes sexuels ou de la région anale, ce qui a pour effet d'exclure les photos innocentes d'un bébé dans une baignoire et d'autres scénarios de nudité non sexuelle. Les écrits ne sont visés que lorsqu'ils préconisent ou conseillent activement une activité sexuelle illégale avec des personnes de moins de 18 ans. Ces limites inhérentes à la définition du par. 163.1(1) sont complétées par une panoplie de moyens de défense destinés à augmenter la protection de la liberté d'expression en excluant du champ d'application de la disposition le matériel dont les effets sociaux bénéfiques rachètent ses lacunes. Les œuvres d'art, même celles dont la valeur artistique est douteuse, ne sont absolument pas visées. Le matériel créé dans un « but éducatif, scientifique ou médical », au sens large, fait aussi l'objet d'une exception. Enfin, le moyen de défense fondé sur le bien public, dont la portée précise reste à déterminer, protège en outre la possession de matériel remplissant une fonction sociale nécessaire ou profitable.

74

These exclusions support the earlier suggestion that Parliament's goal was to prohibit possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. The primary definition of “child pornography” does not embrace every kind of material that might conceivably pose a risk of harm to children, but appears rather to target blatantly pornographic material. Additionally, the defences exempt classes of material raising special free expression concerns. In this way, Parliament

Ces exclusions étayent l'affirmation faite plus tôt que l'intention du législateur était d'interdire la possession de la pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. La définition fondamentale de la pornographie juvénile n'englobe pas tous les types de matériel qui pourraient théoriquement présenter un risque de préjudice pour les enfants, mais semble plutôt viser le matériel nettement pornographique. De plus, les moyens de défense excluent

has attempted to meet the dual concerns of protecting children and protecting free expression.

Yet problems remain. The interpretation of the legislation suggested above reveals that the law may catch some material that particularly engages the value of self-fulfilment and poses little or no risk of harm to children. This material may be grouped in two classes. The first class consists of self-created, privately held expressive materials. Private journals, diaries, writings, drawings and other works of the imagination, created by oneself exclusively for oneself, may all trigger the s. 163.1(4) offence. The law, in its prohibition on the possession of such materials, reaches into a realm of exceedingly private expression, where s. 2(b) values may be particularly implicated and state intervention may be markedly more intrusive. Further, the risk of harm arising from the private creation and possession of such materials, while not eliminated altogether, is low.

The second class of material concerns privately created visual recordings of lawful sexual activity made by or depicting the person in possession and intended only for private use. Sexually explicit photographs taken by a teenager of him- or herself, and kept entirely in private, would fall within this class of materials. Another example would be a teenaged couple's private photographs of themselves engaged in lawful sexual activity. Possession of such materials may implicate the values of self-fulfilment and self-actualization, and therefore, like the material in the first category, reside near the heart of the s. 2(b) guarantee. And like the material in the first category, this material poses little risk of harm to children. It is privately created and intended only for personal use. It depicts only lawful sexual activity. Indeed, because the law reaches depictions of persons who are or appear to

des catégories de matériel qui suscitent des inquiétudes particulières du point de vue de la liberté d'expression. De cette façon, le législateur a tenté de répondre à la double préoccupation de protéger les enfants et de protéger la liberté d'expression.

Il reste que certains problèmes subsistent. Selon l'interprétation proposée plus haut, la disposition peut viser du matériel qui fait particulièrement intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants. Ce matériel peut être réparti en deux catégories. La première catégorie est celle du matériel expressif créé personnellement et conservé en privé. Les journaux intimes, notes personnelles, écrits, dessins et autres œuvres de fiction privés et créés par des personnes pour leur propre usage exclusif peuvent tous entraîner l'infraction prévue au par. 163.1(4). En interdisant la possession de matériel de cette nature, la disposition entre dans le domaine de l'expression extrêmement privée, où les valeurs protégées par l'al. 2b) sont particulièrement susceptibles d'entrer en jeu et où l'intervention de l'État risque d'être nettement plus envahissante. En outre, bien qu'il ne soit pas complètement éliminé, le risque de préjudice découlant de la création et de la possession à des fins personnelles de matériel de cette nature est peu élevé.

La seconde catégorie de matériel a trait aux enregistrements visuels d'activités sexuelles légales qui sont faits en privé par la personne les ayant en sa possession ou y figurant et qui sont destinés à un usage personnel seulement. Les photos sexuellement explicites qu'un adolescent prend de lui-même et qu'il garde strictement pour son usage personnel feraient partie de cette catégorie de matériel. Il en serait de même des photos personnelles qu'un couple d'adolescents auraient prises de leurs activités sexuelles légales. La possession de matériel de cette nature peut faire intervenir les valeurs de l'épanouissement personnel et de la réalisation de soi et donc, à l'instar du matériel de la première catégorie, être presque au cœur de la garantie prévue à l'al. 2b). Tout comme le matériel de la première catégorie, ce matériel est peu susceptible de causer un préjudice aux enfants.

75

76

be under 18, the person or persons depicted may not even appear to be children.

Il est créé en privé et destiné uniquement à un usage personnel. Il ne représente que des activités sexuelles légales. En fait, étant donné que la disposition vise les représentations de personnes âgées de moins de 18 ans ou qui semblent l'être, la ou les personnes représentées peuvent même ne pas sembler être des enfants.

77 These examples suggest that s. 163.1(4), at the margins of its application, prohibits deeply private forms of expression, in pursuit of materials that may pose no more than a nominal risk of harm to children. It is these potential applications that present the most significant concerns at the stage of justification.

Ces exemples indiquent que, aux confins de son champ d'application, le par. 163.1(4) interdit des formes d'expression profondément privées et du matériel susceptible de ne présenter qu'un risque infime de préjudice pour les enfants. Ce sont ces applications potentielles qui suscitent les préoccupations les plus importantes à l'étape de la justification.

C. *Is the Limitation on Free Expression Imposed by Section 163.1(4) Justified Under Section 1 of the Charter?*

C. *La limite imposée à la liberté d'expression par le par. 163.1(4) est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

78 Crown counsel has conceded that criminalizing possession of child pornography limits the right of free expression. The question we must answer is whether that limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. To justify the intrusion on free expression, the government must demonstrate, through evidence supplemented by common sense and inferential reasoning, that the law meets the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and refined in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. The goal must be pressing and substantial, and the law enacted to achieve that goal must be proportionate in the sense of furthering the goal, being carefully tailored to avoid excessive impairment of the right, and productive of benefits that outweigh the detriment to freedom of expression.

L'avocat du ministère public a reconnu que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile limite le droit à la liberté d'expression. Nous devons déterminer s'il s'agit d'une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression, le gouvernement doit établir, au moyen d'une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction, que la disposition satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et précisé dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. L'objectif doit être urgent et réel, et la disposition adoptée pour le réaliser doit être proportionnée en ce sens qu'elle doit favoriser la réalisation de cet objectif, être soigneusement conçue pour éviter toute atteinte excessive au droit et produire des avantages qui l'emportent sur l'atteinte à la liberté d'expression.

79 Before we turn to these issues, we must consider the argument that prohibitions on private possession of child pornography can never be justified. Such laws, Southin J.A. asserted, constitute "the hallmark of tyranny" (para. 95). They represent such a fundamental intrusion on basic liberties that

Avant d'aborder ces questions, nous devons examiner l'argument selon lequel l'interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile ne saurait être justifiée. En Cour d'appel, le juge Southin affirme que les dispositions qui imposent une telle interdiction sont [TRADUCTION] « mar-

they can never be justified in a free and democratic society.

Section 1 of the *Charter* belies the suggestion that any *Charter* right is so absolute that limits on it can never be justified. The argument posits that some rights are so basic that they can never be limited as a matter of principle, precluding any evaluation under s. 1. This is both undesirable and unnecessary. It is undesirable because it raises the risk that laws that can be justified may be struck down on the basis of how they are characterized. It is unnecessary because s. 1 provides a basis for fair evaluation that upholds only those laws that do not unjustifiably erode basic liberties.

I conclude that the argument that limitations on possession of child pornography can never be justified as a matter of principle must be dismissed. We must conduct a detailed analysis of whether the law's intrusion on freedom of speech can be justified under s. 1 of the *Charter*.

1. Is the Legislative Objective Pressing and Substantial?

I earlier concluded that Parliament's objective in passing s. 163.1(4) was to criminalize possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. This objective is pressing and substantial. Over and above the specific objectives of the law in reducing the direct exploitation of children, the law in a larger attitudinal sense asserts the value of children as a defence against the erosion of societal attitudes toward them. While the government in this case did not present attitudinal harm to society at large as a justification for the law's intrusion on the right of free expression, this may be seen as a good incidental to the

quée[s] au coin de la tyrannie » (par. 95) et qu'elles représentent une atteinte tellement profonde à des libertés fondamentales qu'elles ne sauront jamais être justifiées dans une société libre et démocratique.

L'article premier de la *Charte* contredit l'argument que tout droit garanti par la *Charte* est si absolu que sa restriction ne peut jamais être justifiée. Selon cet argument, certains droits sont si fondamentaux que, par principe, ils ne peuvent jamais être restreints, ce qui empêche toute évaluation fondée sur l'article premier. Cela n'est ni souhaitable ni nécessaire. Ce n'est pas souhaitable en raison du risque qui en résulte que des textes législatifs susceptibles d'être justifiés soient invalidés à cause de la façon dont ils ont été qualifiés. Ce n'est pas nécessaire parce que l'article premier constitue un moyen de procéder à une évaluation équitable qui confirme la validité des seuls textes qui ne sapent pas de manière injustifiable des libertés fondamentales.

Je conclus qu'il faut rejeter l'argument selon lequel les limites imposées à la possession de pornographie juvénile ne sauraient, par principe, jamais être justifiées. Nous devons analyser en détail la question de savoir si l'atteinte portée à la liberté de parole par la disposition en cause peut être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

1. L'objectif législatif est-il urgent et réel?

J'ai déjà jugé que l'objectif visé par le législateur lorsqu'il a adopté le par. 163.1(4) était de criminaliser la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants. Cet objectif est urgent et réel. En plus de viser expressément la réduction de l'exploitation directe d'enfants, la disposition, sur le plan plus général des mentalités, proclame la valeur des enfants pour contrer la détérioration des comportements sociaux à leur égard. Même si, en l'espèce, le gouvernement n'a pas invoqué le préjudice comportemental causé à la société en général pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression

80

81

82

law's main purpose — the prevention of harm to children.

2. Is There Proportionality Between the Limitation on the Right and the Benefits of the Law?

83 Parliament can prohibit possession of child pornography. The issue in this case is whether it has done so in a reasonable and proportionate manner having regard to the right of free expression.

(a) *Rational Connection*

84 As the first step in showing proportionality, the Crown must demonstrate that the law is likely to confer a benefit or is “rationally connected” to Parliament’s goal. This means that it must show that possession of child pornography, as opposed to its manufacture, distribution or use, causes harm to children.

85 This raises a question pivotal to this appeal: what standard of proof must the Crown achieve in demonstrating harm — scientific proof based on concrete evidence or a reasoned apprehension of harm? The trial judge insisted on scientific proof based on concrete evidence. With respect, this sets the bar too high. In *Butler, supra*, considering the obscenity prohibition of the *Criminal Code*, this Court rejected the need for concrete evidence and held that a “reasoned apprehension of harm” sufficed (p. 504). A similar standard must be employed in this case.

86 The Crown argues that prohibiting possession of child pornography is linked to reducing the sexual abuse of children in five ways: (1) child pornography promotes cognitive distortions; (2) it fuels fantasies that incite offenders; (3) prohibiting its possession assists law enforcement efforts to reduce

par la disposition, cela peut être considéré comme un bon élément accessoire de l’objectif principal de la disposition, à savoir la prévention du préjudice causé aux enfants.

2. La restriction du droit est-elle proportionnelle aux avantages de la disposition?

Le législateur peut interdire la possession de pornographie juvénile. Il s’agit en l’espèce de décider s’il l’a fait d’une manière raisonnable et proportionnelle eu égard au droit à la liberté d’expression.

a) *Le lien rationnel*

Pour établir la proportionnalité, le ministère public doit d’abord démontrer que la mesure législative est susceptible de procurer un avantage ou qu’elle a un « lien rationnel » avec l’objectif du législateur. Cela signifie qu’il doit établir que la possession de pornographie juvénile — par opposition à sa production, à sa distribution ou à son utilisation — cause un préjudice aux enfants.

Il se pose dès lors une question cruciale en l’espèce : À quelle norme de preuve le ministère public doit-il satisfaire pour démontrer l’existence d’un préjudice — une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets ou une appréhension raisonnée de préjudice? Le juge du procès a insisté sur la présentation d’une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets. En toute déférence, il s’agit là d’une norme trop exigeante. Dans l’arrêt *Butler*, précité, où elle examinait les dispositions du *Code criminel* relatives à l’obscénité, notre Cour a rejeté la nécessité d’éléments de preuve concrets et a conclu qu’une « appréhension raisonnée du préjudice » suffisait (p. 504). Une norme semblable doit être appliquée en l’espèce.

Le ministère public soutient que l’interdiction de la possession de pornographie juvénile est liée à cinq égards à la réduction de l’exploitation sexuelle des enfants : (1) la pornographie juvénile favorise les distorsions cognitives; (2) elle alimente des fantasmes qui incitent à commettre des

the production, distribution and use that result in direct harm to children; (4) it is used for grooming and seducing victims; and (5) some child pornography is produced using real children.

The first alleged harm concerns cognitive distortions. The Crown argues that child pornography may change possessors' attitudes in ways that makes them more likely to sexually abuse children. People may come to see sexual relations with children as normal and even beneficial. Moral inhibitions may be weakened. People who would not otherwise abuse children may consequently do so. Banning the possession of child pornography, asserts the Crown, will reduce these cognitive distortions.

The trial judge discounted this harm due to the limited scientific evidence linking cognitive distortions to increased rates of offending. Applying the reasoned apprehension of harm test yields a different conclusion. While the scientific evidence is not strong, I am satisfied that the evidence in this case supports the existence of a connection here: exposure to child pornography may reduce paedophiles' defences and inhibitions against sexual abuse of children. Banalizing the awful and numbing the conscience, exposure to child pornography may make the abnormal seem normal and the immoral seem acceptable.

The second alleged harm is that possession of child pornography fuels fantasies, making paedophiles more likely to offend. The trial judge found that studies showed a link between highly erotic child pornography and offences. However, other studies suggested that both erotic and milder pornography might provide substitute satisfaction and reduce offences. Putting the studies together, the trial judge concluded that he could not say that the net effect was to increase harm to children

infractions; (3) l'interdiction de la possession de cette forme de pornographie facilite les tentatives d'appliquer la loi pour réduire les activités de production, la distribution et l'utilisation qui causent un préjudice direct aux enfants; (4) la pornographie juvénile sert à initier et à séduire des victimes; (5) dans certains cas, de vrais enfants sont utilisés pour la produire.

Le premier préjudice allégué concerne les distorsions cognitives. Le ministère public prétend que la pornographie juvénile peut modifier le comportement du possesseur en le rendant plus susceptible d'exploiter sexuellement des enfants. Des gens peuvent en arriver à considérer que les rapports sexuels avec des enfants sont normaux et même bénéfiques. Les inhibitions morales peuvent être affaiblies. Des personnes qui, sans cela, n'exploiteraient pas des enfants peuvent être amenées à le faire. Selon le ministère public, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile a pour effet de réduire ces distorsions cognitives.

Le juge du procès n'a pas tenu compte de ce préjudice en raison du caractère limité de la preuve scientifique reliant les distorsions cognitives à une hausse de la délinquance. L'application du critère de l'appréhension raisonnée d'un préjudice mène à une conclusion différente. Bien que la preuve scientifique ne soit pas solide, je suis d'avis que les éléments de preuve présentés en l'espèce étaient l'existence d'un lien : l'exposition à la pornographie juvénile risque d'affaiblir la résistance et les réticences des pédophiles à l'égard de l'exploitation sexuelle d'enfants. En banalisant l'abominable et en apaisant la conscience, l'exposition à la pornographie juvénile peut faire paraître normal ce qui est anormal, et acceptable ce qui est immoral.

Le deuxième préjudice allégué est que la possession de pornographie juvénile alimente les fantasmes, ce qui rend les pédophiles plus susceptibles de commettre des infractions. Selon le juge du procès, des études montrent l'existence d'un lien entre la pornographie juvénile très érotique et la commission d'infractions. Cependant, d'autres études indiquent que tant la pornographie érotique que la pornographie plus douce pourraient procurer une satisfaction de substitution et à réduire la délin-

87

88

89

(para. 23). Absent evidence as to whether the benefit from sublimation equals the harm of incitement or otherwise, this conclusion seems tenuous. More fundamentally, the trial judge proceeded on the basis that scientific proof was required. The lack of unanimity in scientific opinion is not fatal. Complex human behaviour may not lend itself to precise scientific demonstration, and the courts cannot hold Parliament to a higher standard of proof than the subject matter admits of. Some studies suggest that child pornography, like other forms of pornography, will fuel fantasies and may incite offences in the case of certain individuals. This reasoned apprehension of harm demonstrates a rational connection between the law and the reduction of harm to children through child pornography.

À partir de l'ensemble des études, le juge du procès a conclu qu'il n'était pas en mesure d'affirmer que le résultat net était l'accroissement du préjudice causé aux enfants (par. 23). En l'absence de preuve indiquant si les avantages de la sublimation correspondent au préjudice découlant de l'incitation, cette conclusion paraît précaire. Plus fondamentalement, le juge du procès a tenu pour acquis qu'une preuve scientifique était nécessaire. L'absence d'opinion scientifique unanime n'est pas fatale. Il se peut qu'un comportement humain complexe ne se prête pas à une démonstration scientifique précise, et les tribunaux ne peuvent pas astreindre le législateur à une norme de preuve plus rigoureuse que ne le permet le sujet en question. Certaines études indiquent que, à l'instar des autres formes de pornographie, la pornographie juvénile alimente les fantasmes et peut inciter certains individus à commettre des infractions. Cette crainte raisonnée de préjudice montre l'existence d'un lien rationnel entre la disposition contestée et la réduction du préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile.

90

The third alleged harm — that criminalizing the possession of child pornography aids in prosecuting the distribution and use of child pornography — was not expressly considered by the trial judge. Detective Waters testified that as a result of possession charges, the police have been able to uncover persons involved in producing and distributing child pornography. The Criminal Lawyers' Association argues that it is dangerous to justify violations of rights on the sole basis that they will assist in the detection and prosecution of other criminal offences. Such reasoning, it argues, could be used to justify many other violations of fundamental rights. Given the evidence linking possession with harm to children on other grounds, it is not necessary to resolve the question of whether an offence abridging a *Charter* right can ever be justified solely on the basis that it assists in prosecuting other offences. It is sufficient to note that the fact the offence of possession aids prosecution of those

Le juge du procès n'a pas expressément examiné le troisième préjudice allégué, à savoir que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile contribue à la répression de la distribution et de l'utilisation de la pornographie juvénile. Le détective Waters a témoigné que des accusations de possession avaient permis à la police de découvrir des personnes impliquées dans la production et la distribution de pornographie juvénile. La Criminal Lawyers' Association fait valoir qu'il est risqué de justifier la violation d'un droit par le simple fait qu'elle aidera à déceler et à réprimer d'autres infractions criminelles. Elle ajoute qu'un tel raisonnement pourrait servir à justifier de nombreuses autres atteintes à des droits fondamentaux. Vu la preuve établissant, sur la foi d'autres fondements, un lien entre la possession et le préjudice causé aux enfants, il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si une disposition créant une infraction et limitant un droit garanti par la *Charte* peut être justifiée du seul fait qu'elle contribue à la répression d'autres infractions. Il suffit de souligner qu'un effet secondaire positif de la disposition en cause est que l'infraction de possession aide à

who produce and distribute child pornography is a positive side-effect of the law.

The trial judge was satisfied that the evidence relating to the fourth alleged harm, the use of child pornography to “groom” or seduce victims, showed a rational connection. The evidence is clear and uncontradicted. “Sexually explicit pornography involving children poses a danger to children because of its use by pedophiles in the seduction process” (para. 23). The ability to possess child pornography makes it available for the grooming and seduction of children by the possessor and others. Mr. Sharpe does not deny that some child pornography can play an important role in the seduction of children. Criminalizing the possession of child pornography is likely to help reduce the grooming and seduction of children.

The fifth and final harm — the abuse of children in the production of pornography — is equally conclusive. Children are used and abused in the making of much of the child pornography caught by the law. Production of child pornography is fueled by the market for it, and the market in turn is fueled by those who seek to possess it. Criminalizing possession may reduce the market for child pornography and the abuse of children it often involves. The link between the production of child pornography and harm to children is very strong. The abuse is broad in extent and devastating in impact. The child is traumatized by being used as a sexual object in the course of making the pornography. The child may be sexually abused and degraded. The trauma and violation of dignity may stay with the child as long as he or she lives. Not infrequently, it initiates a downward spiral into the sex trade. Even when it does not, the child must live in the years that follow with the knowledge that the degrading photo or film may still exist,

poursuivre les gens qui produisent et distribuent de la pornographie juvénile.

Le juge du procès était convaincu que la preuve relative au quatrième préjudice allégué, celui de l'utilisation de la pornographie juvénile pour « initier » ou séduire des victimes, démontrait l'existence d'un lien rationnel. La preuve est claire et non contredite. [TRADUCTION] « La pornographie impliquant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite expose les enfants à un danger, en raison du fait que les pédophiles s'en servent pour séduire leurs victimes » (par. 23). La possibilité d'avoir de la pornographie juvénile en sa possession permet au possesseur de ce matériel et à d'autres personnes de s'en servir pour initier et séduire des enfants. Monsieur Sharpe ne nie pas que certaines formes de pornographie juvénile puissent jouer un rôle important dans la séduction des enfants. La criminalisation de la possession de pornographie juvénile est susceptible de contribuer à réduire la séduction d'enfants et leur initiation aux rapports sexuels.

Le cinquième et dernier préjudice, à savoir l'exploitation d'enfants pour la production de pornographie, est également concluant. Des enfants sont utilisés et exploités pour produire une grande partie de la pornographie juvénile visée par la disposition. La production de pornographie juvénile est stimulée par l'existence d'un marché qui, à son tour, est stimulé par les gens qui désirent posséder ce matériel. La criminalisation de la possession peut réduire le marché de la pornographie juvénile et l'exploitation des enfants qui y est souvent associée. Le lien entre la production de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants est très fort. L'exploitation a une portée très étendue et des effets dévastateurs. L'enfant est traumatisé par le fait qu'il sert d'objet sexuel lors de la production du matériel pornographique. Il peut être sexuellement exploité et avili. Le traumatisme et l'atteinte à la dignité peuvent marquer l'enfant pour la vie. Il n'est pas rare que l'enfant tombe dans la déchéance et se retrouve dans le commerce du sexe. Même s'il échappe à ce triste sort, l'enfant vit par la suite en sachant qu'une photo ou un film avilissant existe peut-être encore et qu'à tout

91

92

and may at any moment be being watched and enjoyed by someone.

moment quelqu'un peut être en train de regarder ce matériel et d'en tirer du plaisir.

93

It is argued that even if possession of child pornography is linked to harm to children, that harm is fully addressed by laws against the production and distribution of child pornography. Criminalizing mere possession, according to this argument, adds greatly to the limitation on free expression but adds little benefit in terms of harm prevention. The key consideration is what the impugned section seeks to achieve beyond what is already accomplished by other legislation: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. If other laws already achieve the goals, new laws limiting constitutional rights are unjustifiable. However, an effective measure should not be discounted simply because Parliament already has other measures in place. It may provide additional protection or reinforce existing protections. Parliament may combat an evil by enacting a number of different and complementary measures directed to different aspects of the targeted problem: see, e.g., *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. Here the evidence amply establishes that criminalizing the possession of child pornography not only provides additional protection against child exploitation — exploitation associated with the production of child pornography for the market generated by possession and the availability of material for arousal, attitudinal change and grooming — but also reinforces the laws criminalizing the production and distribution of child pornography.

On fait valoir que, même si la possession de pornographie juvénile est liée au préjudice causé à des enfants, les dispositions interdisant la production et la distribution de cette forme de pornographie permettent de remédier pleinement à ce préjudice. Selon cet argument, la criminalisation de la simple possession contribue énormément à limiter la liberté d'expression, mais est peu bénéfique sur le plan de la prévention du préjudice. Ce qui importe c'est ce que la disposition contestée tend à accomplir davantage que ce que d'autres dispositions font déjà : *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. Si d'autres dispositions permettent déjà d'atteindre les objectifs visés, les nouvelles dispositions qui restreignent des droits constitutionnels sont injustifiables. Cependant, une mesure efficace ne devrait pas être écartée du seul fait qu'il existe déjà d'autres mesures adoptées par le législateur. Il se peut qu'elle fournisse une protection supplémentaire ou renforce des protections existantes. Le législateur peut s'attaquer à un problème en adoptant un certain nombre de mesures distinctes et complémentaires visant différents aspects du problème : voir, par exemple, *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. En l'espèce, la preuve établit amplement que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile fournit non seulement une protection supplémentaire contre l'exploitation des enfants — phénomène associé à la production de pornographie juvénile pour le marché créé par la possession et la disponibilité de matériel destiné à stimuler, entraîner des changements comportementaux et à initier —, mais elle renforce en outre les dispositions qui criminalisent la production et la distribution de cette forme de pornographie.

94

I conclude that the social science evidence adduced in this case, buttressed by experience and common sense, amply meets the *Oakes* requirement of a rational connection between the purpose of the law and the means adopted to effect this purpose. Possession of child pornography increases the risk of child abuse. It introduces risk, moreover, that cannot be entirely targeted by laws prohibiting the manufacture, publication and distri-

Je conclus que, renforcée par l'expérience et le bon sens, la preuve en matière de sciences humaines qui a été présentée en l'espèce satisfait amplement à l'exigence établie dans l'arrêt *Oakes* relativement à l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif de la loi et les moyens pris pour l'atteindre. La possession de pornographie juvénile accroît le risque que des enfants soient exploités. En outre, elle crée un risque que ne peuvent pas

bution of child pornography. Laws against publication and distribution of child pornography cannot catch the private viewing of child pornography, yet private viewing may induce attitudes and arousals that increase the risk of offence. Nor do such laws catch the use of pornography to groom and seduce children. Only by extending the law to private possession can these harms be squarely attacked.

(b) *Minimal Impairment*

This brings us to a critical question in this case: does the law impair the right of free expression only minimally? If the law is drafted in a way that unnecessarily catches material that has little or nothing to do with the prevention of harm to children, then the justification for overriding freedom of expression is absent. Section 163.1(4), as a criminal offence, carries the heavy consequences of prosecution, conviction and loss of liberty, and must therefore be carefully tailored as a “measured and appropriate response” to the harms it addresses: *Keegstra, supra*, at p. 771. At the same time, legislative drafting is a difficult art and Parliament cannot be held to a standard of perfection: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy, supra*; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. It may be difficult to draft a law capable of catching the bulk of pornographic material that puts children at risk, without also catching some types of material that are unrelated to harm to children. This is what McEachern C.J.B.C. had in mind when he suggested that it is difficult to see how Parliament could have drafted the law in a way that eliminated the possibility of “unintended consequences” (para. 292).

This Court has held that to establish justification it is not necessary to show that Parliament has

supprimer entièrement les dispositions qui interdisent la production, la publication et la distribution de pornographie juvénile. Les dispositions interdisant la publication et la distribution ne s’appliquent pas au visionnement privé de pornographie juvénile, alors qu’un tel visionnement peut provoquer des comportements et une stimulation qui accroissent le risque d’infraction. Ces dispositions ne s’appliquent pas non plus à l’utilisation de la pornographie pour initier et séduire les enfants. Seule l’application de la disposition à la possession personnelle peut permettre de s’attaquer directement à ces préjudices.

b) *L’atteinte minimale*

Nous devons maintenant trancher la question cruciale en l’espèce : La disposition en cause porte-t-elle le moins possible atteinte à la liberté d’expression? Si la disposition est rédigée de manière à englober inutilement du matériel qui n’a que peu ou rien à voir avec la prévention du préjudice causé aux enfants, alors la suppression de la liberté d’expression n’est pas justifiée. Le paragraphe 163.1(4) crée une infraction criminelle qui comporte de lourdes conséquences en matière de poursuites, de déclaration de culpabilité et de perte de liberté. Elle doit donc être soigneusement conçue de manière à constituer « une réaction mesurée et appropriée » aux préjudices qu’elle vise : *Keegstra*, précité, p. 771. Par ailleurs, la rédaction législative est un art exigeant, et le législateur ne saurait être astreint à une norme de perfection : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy*, précité; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Il peut être difficile de rédiger une disposition applicable à l’ensemble du matériel pornographique qui expose les enfants à un risque, sans viser également certains types de matériel qui n’ont rien à voir avec le préjudice causé aux enfants. C’est ce que le juge en chef McEachern voulait dire lorsqu’il a indiqué qu’il était difficile d’imaginer comment le législateur aurait pu rédiger la disposition de façon à éliminer le risque de [TRADUCTION] « conséquences non voulues » (par. 292).

Notre Cour a jugé que, pour établir la justification, il n’est pas nécessaire de démontrer que le

95

96

adopted the least restrictive means of achieving its end. It suffices if the means adopted fall within a range of reasonable solutions to the problem confronted. The law must be reasonably tailored to its objectives; it must impair the right no more than reasonably necessary, having regard to the practical difficulties and conflicting tensions that must be taken into account: see *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*; *Chaulk*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Butler*, *supra*; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

97

This approach to minimal impairment is confirmed by the existence of the third branch of the proportionality test, requiring that the impairment of the right be proportionate to the benefit in terms of achieving Parliament's goal. If the only question were whether the impugned law limits the right as little as possible, there would be little need for the third stage of weighing the costs resulting from the infringement of the right against the benefits gained in terms of achieving Parliament's goal. It was argued after *Oakes*, *supra*, that anything short of absolutely minimal impairment was fatal. This Court has rejected that notion. The language of the third branch of the *Oakes* test is consistent with a more nuanced approach to the minimal impairment inquiry — one that takes into account the difficulty of drafting laws that accomplish Parliament's goals, achieve certainty and only minimally intrude on rights. At its heart, s. 1 is a matter of balancing: see *Dagenais*, *supra*; *RJR-MacDonald*, *supra*; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Thomson Newspapers*, *supra*.

98

Against this background, I turn to the legislation here at issue. Mr. Sharpe argues that s. 163.1(4) fails the minimal impairment test because the legal definition of child pornography includes material posing no reasoned risk of harm to children. However, as discussed earlier, properly interpreted, the

législateur a choisi le moyen le moins restrictif de réaliser son objectif. Il suffit que le moyen en question ait été choisi parmi une gamme de solutions raisonnables au problème visé. La disposition doit être raisonnablement adaptée à ses objectifs; elle ne doit pas ne doit pas porter atteinte au droit plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire, eu égard aux difficultés pratiques et aux pressions contradictoires qui doivent être prises en considération : voir *Edwards Books and Art Ltd.*, précité; *Chaulk*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Butler*, précité; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Cette interprétation de l'atteinte minimale est confirmée par l'existence du troisième volet du critère de la proportionnalité, qui exige que l'atteinte au droit soit proportionnée aux avantages de la réalisation de l'objectif du législateur. S'il s'agissait seulement de déterminer si la disposition contestée limite aussi peu que possible le droit en cause, il ne serait pas beaucoup nécessaire d'appliquer le troisième volet, qui consiste à soupeser les coûts de l'atteinte au droit et les avantages résultant de la réalisation de l'objectif du législateur. Après l'arrêt *Oakes*, précité, on a soutenu que toute atteinte qui n'était pas absolument minimale était fatale. Notre Cour a rejeté cette idée. Le libellé du troisième volet du critère de l'arrêt *Oakes* est compatible avec une interprétation plus nuancée de l'atteinte minimale, qui tient compte de la difficulté de rédiger des dispositions qui permettent de réaliser les objectifs du législateur, assurent la certitude et portent le moins possible atteinte à des droits. Au fond, l'article premier vise à établir un équilibre : voir *Dagenais*, précité; *RJR-MacDonald*, précité; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Thomson Newspapers*, précité.

C'est dans ce contexte que je vais examiner la disposition contestée en l'espèce. Monsieur Sharpe soutient que le par. 163.1(4) ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale parce que la définition légale de la pornographie juvénile englobe du matériel qui ne suscite aucune crainte raisonnée

law catches much less material unrelated to harm to children than Mr. Sharpe suggests. Depictions of kissing, hugging and other activity short of “explicit” sexual activity, works of art even of limited technical value, and family photos of naked children absent proof of a dominant sexual purpose, all fall outside the scope of the law. Many of the other hypothetical examples relied on in the courts below as suggesting overbreadth either disappear entirely on a proper construction of the statutory definition of child pornography, or are narrowed to the extent that material is caught only where it is related to harm to children. If these were the only grounds for concern arising from s. 163.1(4), I would have little difficulty concluding the provision is carefully tailored to its objective. It should also be remembered that to effect a conviction under s. 163.1(4), as under any other criminal provision, the Crown must establish that the accused possessed the requisite *mens rea*; this requirement, too, limits the reach of the statute.

The fact remains, however, that the law may also capture the possession of material that one would not normally think of as “child pornography” and that raises little or no risk of harm to children: (1) written materials or visual representations created and held by the accused alone, exclusively for personal use; and (2) visual recordings, created by or depicting the accused, that do not depict unlawful sexual activity and are held by the accused exclusively for private use.

Possession of material in these categories is less closely tied to harm to children than the vast majority of material caught by the law. Children are not exploited in its production. The self-created

qu’un préjudice ne soit causé à des enfants. Cependant, comme nous l’avons vu plus tôt, selon l’interprétation qu’il convient de lui donner, la disposition vise beaucoup moins de matériel n’ayant rien à voir avec le préjudice causé aux enfants que ne l’affirme M. Sharpe. La représentation d’un baiser, d’une étreinte ou d’une autre activité qui ne constitue pas une activité sexuelle « explicite », de même que l’œuvre d’art qui n’a qu’une valeur technique limitée et la photo de famille d’un enfant nu échappent toutes à l’application de la disposition en l’absence de preuve d’un objectif sexuel dominant. Bon nombre des autres exemples hypothétiques qui ont été donnés devant les tribunaux d’instance inférieure pour étoffer l’argument de la portée excessive tombent complètement devant l’interprétation qu’il convient de donner de la définition légale de la pornographie juvénile, ou voient leur portée réduite dans la mesure où n’est visé que le matériel lié à l’infliction d’un préjudice aux enfants. Si c’étaient là les seules préoccupations découlant du par. 163.1(4), j’aurais peu de difficulté à conclure que la disposition est soigneusement adaptée à son objectif. Il ne faut pas non plus oublier que, pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu du par. 163.1(4), comme en vertu de toute autre disposition en matière criminelle, le ministère public doit prouver que l’accusé avait la *mens rea* requise; cette exigence limite elle aussi le champ d’application de la disposition.

Il reste toutefois que la disposition peut également viser la possession de matériel qui ne serait pas normalement considéré comme de la « pornographie juvénile » et qui ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants : (1) les écrits ou représentations que l’accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel; (2) les enregistrements visuels créés par l’accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l’accusé conserve exclusivement pour son usage personnel.

La possession de matériel compris dans ces catégories a un lien moins étroit avec le préjudice causé aux enfants que la majeure partie du matériel visé par la disposition. Aucun enfant n’est exploité

nature of the material comprising the first category undermines the possibility that it could produce negative attitudinal changes. In the second category, those depicted may well not even look like children. This said, some material in these categories could conceivably cause harm to children. Self-created private expressive materials could conceivably abet negative attitudinal changes in the creator, although since the creation came from him or her in the first place one would not expect the effect to be significant. A self-created private depiction or writing in the possession of the maker could fall into the hands of someone who might use it in a way that harms children. Again, a person's video or photo of him- or herself engaged in a lawful sexual act could present an image that looks like a child, which could possibly come into the hands of someone who would use it to harm children. So it cannot be denied that permitting the author of such materials to keep them in his or her custody poses some risk. However, the risk is small, incidental and more tenuous than that associated with the vast majority of material targeted by s. 163.1(4). Indeed, the above-cited examples lie at the edge of the problematic classes of material. The bulk of the material in these two problematic classes, while engaging important values underlying the s. 2(b) guarantee, poses no reasoned risk of harm to children.

pour produire ce matériel. Le fait que le matériel de la première catégorie soit une création personnelle diminue le risque qu'il entraîne des modifications de comportement négatives. Dans la seconde catégorie, il se peut bien que les personnes représentées ne ressemblent même pas à des enfants. Cela dit, certains types de matériel compris dans ces catégories risquent théoriquement de causer un préjudice à des enfants. Il se peut bien que le matériel expressif qu'une personne crée elle-même favorise des modifications de comportement négatives chez elle, mais étant donné que c'est elle qui a créé le matériel au départ, on ne s'attendrait pas à ce que cet effet soit important. La représentation ou l'écrit qui est en la possession de son auteur pourrait tomber entre les mains d'une personne susceptible de s'en servir d'une manière préjudiciable pour les enfants. Là encore, l'enregistrement vidéo ou la photo qu'une personne effectue ou prend, selon le cas, de ses propres activités sexuelles légales peut sembler présenter un enfant et tomber entre les mains de quelqu'un s'en servira pour causer un préjudice à des enfants. Il est donc indéniable que permettre à l'auteur de matériel de cette nature de le garder en sa possession présente un certain risque. Toutefois, le risque est minime, secondaire et plus faible que celui que présente la majeure partie du matériel visé par le par. 163.1(4). En fait, les exemples susmentionnés se situent aux confins des catégories de matériel problématiques. Bien qu'il fasse intervenir d'importantes valeurs sous-jacentes à la garantie prévue à l'al. 2b), la majeure partie du matériel compris dans ces deux catégories problématiques ne suscite aucune crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants.

101 The government's argument on this point is, in effect, that it is necessary to prohibit possession of a large amount of harmless expressive material in order to combat the small risk that some material in this class may cause harm to children. This suggests that the law may be overbroad. However, final determination of this issue requires us to proceed to the third prong of the proportionality test

En réalité, le gouvernement fait valoir à cet égard qu'il est nécessaire d'interdire la possession d'une grande quantité de matériel expressif inoffensif pour éliminer le risque minime que du matériel de cette catégorie cause un préjudice à des enfants. Cela indique que la disposition peut avoir une portée trop large. Toutefois, pour pouvoir trancher cette question, il faut passer au troisième volet du critère de la proportionnalité, qui consiste à soupeser les inconvénients que la disposition pré-

— the weighing of the costs of the law to freedom of expression against the benefits it confers.

(c) *Proportionality: the Final Balance*

This brings us to the third and final branch of the proportionality inquiry: whether the benefits the law may achieve in preventing harm to children outweigh the detrimental effects of the law on the right of free expression. The final proportionality assessment takes all the elements identified and measured under the heads of Parliament's objective, rational connection and minimal impairment, and balances them to determine whether the state has proven on a balance of probabilities that its restriction on a fundamental *Charter* right is demonstrably justifiable in a free and democratic society.

In the vast majority of the law's applications, the costs it imposes on freedom of expression are outweighed by the risk of harm to children. The Crown has met the burden of demonstrating that the possession of child pornography poses a reasoned apprehension of harm to children and that the goal of preventing such harm is pressing and substantial. Explicit sexual photographs and videotapes of children may promote cognitive distortions, fuel fantasies that incite offenders, enable grooming of victims, and may be produced using real children. Written material that advocates or counsels sexual offences with children can pose many of the same risks. Although we recently held in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, that it may be difficult to make the case of obscenity against written texts, materials that advocate or counsel sexual offences with children may qualify. The Crown has also met the burden of showing that the law will benefit society by reducing the possibility of cognitive distortions, the use of pornography in grooming victims, and the abuse of children in the manufacture and continuing existence of this material. Explicit sexual photographs of children, videotapes of pre-pubescent children, and written works advocating sexual offences with children — all these and more pose a

sente pour la liberté d'expression et les avantages qu'elle procure.

c) *La proportionnalité : l'évaluation finale*

Cela nous amène au troisième et dernier volet de l'analyse de la proportionnalité, qui consiste à déterminer si les avantages que la disposition peut comporter sur le plan de la prévention du préjudice causé aux enfants l'emportent sur les effets néfastes qu'elle a sur le droit à la liberté d'expression. L'évaluation finale de la proportionnalité consiste à soupeser tous les éléments identifiés et mesurés sous les rubriques de l'objectif du législateur, du lien rationnel et de l'atteinte minimale, afin de déterminer si l'État a démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la restriction qu'il apporte à un droit fondamental garanti par la *Charte* est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

La plupart du temps, le risque qu'un préjudice soit causé à des enfants l'emporte sur les inconvénients que l'application de la disposition présente pour la liberté d'expression. Le ministère public s'est acquitté de son obligation de démontrer, d'une part, que la possession de pornographie juvénile suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants et, d'autre part, que la prévention d'un tel préjudice est un objectif urgent et réel. Les photos et les enregistrements vidéo sexuellement explicites d'enfants peuvent favoriser les distorsions cognitives, alimenter des fantasmes qui incitent à commettre des infractions, permettre l'initiation des victimes et être produits au moyen de vrais enfants. Les écrits qui préconisent ou conseillent la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants peuvent présenter bon nombre des mêmes risques. Même si nous avons récemment jugé dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, qu'il peut être difficile de prouver que des écrits sont obscènes, le matériel qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants peut se prêter à une telle preuve. Le ministère public s'est également acquitté de l'obligation de démontrer que la disposition est bénéfique pour la société en ce sens qu'elle permet de réduire le

102

103

reasoned risk of harm to children. Thus we may conclude that in its main impact, s. 163.1(4) is proportionate and constitutional.

risque de distorsions cognitives, l'utilisation de la pornographie pour initier des victimes, ainsi que l'exploitation d'enfants qui résulte de la production et de l'existence même de ce matériel. Les photos sexuellement explicites d'enfants, les enregistrements vidéo de préadolescents et les écrits incitant à commettre des infractions d'ordre sexuel avec des enfants suscitent tous une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, et la liste ne s'arrête pas là. Nous pouvons donc conclure que, dans son effet principal, le par. 163.1(4) est proportionné et constitutionnel.

104 I say this having given full consideration to the law's chilling effect. It is argued that fear of prosecution under s. 163.1(4), and the attendant social stigma, will deter people from keeping legal material and thus chill legitimate expression. However, the interpretation of the law offered in this decision may go some distance to reducing the uncertainty that feeds the chilling effect. Families need not fear prosecution for taking pictures of bare-bottomed toddlers at the beach or children playing in the backyard, given the requirement that the dominant purpose be sexual. As case law develops, greater certainty may be expected, further reducing the law's chilling effect. On the record before us, the chilling effect, while not insignificant, does not appear to represent a major cost as it relates to the vast majority of material captured under s. 163.1(4).

J'affirme cela en tenant bien compte de l'effet inhibiteur de la disposition. On fait valoir que la crainte d'une poursuite fondée sur le par. 163.1(4) et du stigmatisme social qui s'y rattache dissuadera les gens de conserver du matériel légal et inhibera ainsi l'expression légitime. Cependant, l'interprétation de la disposition qui est proposée dans les présents motifs est de nature à réduire l'incertitude à l'origine de l'effet inhibiteur. Les parents n'ont pas à craindre d'être poursuivis pour avoir photographié leurs bambins nu-fesses à la plage ou leurs enfants en train de jouer dans l'arrière-cour, vu l'exigence d'un objectif sexuel dominant. On peut s'attendre à ce qu'une plus grande certitude résulte de l'évolution de la jurisprudence, ce qui réduira davantage l'effet inhibiteur de la disposition. Il ressort du dossier qui nous a été soumis que l'effet inhibiteur, même s'il n'est pas négligeable, ne semble pas constituer un inconvénient majeur en ce qui concerne la majeure partie du matériel visé par le par. 163.1(4).

105 However, the prohibition also captures in its sweep materials that arguably pose little or no risk to children, and that deeply implicate the freedoms guaranteed under s. 2(b). The ban, for example, extends to a teenager's sexually explicit recordings of him- or herself alone, or engaged in lawful sexual activity, held solely for personal use. It also reaches private materials, created by an individual exclusively for him- or herself, such as personal journals, writings, and drawings. It is in relation to these categories of materials that the costs of the prohibition are most pronounced. At the same time, it is here that the link between the proscribed

Toutefois, l'interdiction vise également du matériel dont on pourrait prétendre qu'il ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants et qui touche profondément aux libertés garanties par l'al. 2b). Par exemple, l'interdiction vise les enregistrements sexuels explicites qu'un adolescent fait de lui-même seul ou d'une activité sexuelle légale à laquelle il se livre, et qu'il conserve exclusivement pour son usage personnel. Elle vise également le matériel privé, comme un journal intime, un écrit ou un dessin, qu'une personne crée exclusivement pour son usage personnel. C'est à l'égard de ces catégories de matériel

materials and any risk of harm to children is most tenuous, for the reasons discussed earlier: children are not exploited or abused in their production; they are unlikely to induce attitudinal effects in their possessor; adolescents recording themselves alone or engaged in lawful sexual activity will generally not look like children; and the fact that this material is held privately renders the potential for its harmful use by others minimal. Consequently, the law's application to these materials, while peripheral to its objective, poses the most significant problems at this final stage of the proportionality analysis.

As noted in discussing the values at stake in this appeal, privacy interests going to the liberty of the subject are also engaged by the legislation in question. However, these interests largely overlap with the s. 2(b) values and are properly considered in the final balancing stage under s. 1.

I turn first to consider the law's application to self-created works of the imagination, written or visual, intended solely for private use by the creator. The intensely private, expressive nature of these materials deeply implicates s. 2(b) freedoms, engaging the values of self-fulfilment and self-actualization and engaging the inherent dignity of the individual: *Ford, supra*, at p. 765; see also my comments in *Keegstra, supra*, at p. 804. Personal journals and writings, drawings and other forms of visual expression may well be of importance to self-fulfilment. Indeed, for young people grappling with issues of sexual identity and self-awareness, private expression of a sexual nature may be crucial to personal growth and sexual maturation. The fact that many might not favour such forms of expression does not lessen the need to insist on

que les inconvénients de l'interdiction sont le plus marqués. En même temps, c'est à cet égard que le lien entre le matériel prohibé et tout risque qu'un préjudice soit causé à des enfants est le plus ténu, pour les raisons déjà mentionnées : des enfants ne sont pas exploités ou maltraités pour produire ce matériel; le matériel en cause est peu susceptible d'avoir un effet sur le comportement de la personne qui l'a en sa possession; les adolescents qui effectuent un enregistrement d'eux-mêmes seuls ou d'une activité sexuelle légale à laquelle ils se livrent ne ressemblent généralement pas à des enfants; enfin, le fait que ce matériel soit conservé en privé réduit au minimum le risque que d'autres personnes en fassent une utilisation préjudiciable. Par conséquent, l'application de la disposition au matériel de cette nature, même si elle est secondaire par rapport à son objectif, pose les problèmes les plus importants à cette étape finale de l'analyse de la proportionnalité.

Comme je l'ai fait remarquer en analysant les valeurs qui sont en jeu dans le présent pourvoi, la mesure législative en cause fait aussi intervenir les intérêts en matière de vie privée de l'intimé qui touchent à sa liberté. Toutefois, ces intérêts coïncident en grande partie avec les valeurs sous-jacentes à l'al. 2b), et c'est à juste titre qu'elles sont examinées à l'étape de l'évaluation finale fondée sur l'article premier.

J'aborde en premier lieu l'application de la disposition aux œuvres de fiction, écrites ou visuelles, qu'une personne crée uniquement pour son usage personnel. La nature expressive extrêmement privée de ce matériel touche profondément aux libertés garanties par l'al. 2b), en faisant intervenir les valeurs de l'épanouissement personnel et de la réalisation de soi, ainsi que la dignité inhérente de l'être humain : *Ford*, précité, p. 765; voir aussi mes commentaires dans l'arrêt *Keegstra*, précité, p. 804. Le journal intime et les notes personnelles de même que les dessins et autres formes d'expression visuelle peuvent être importants pour l'épanouissement de la personne. En fait, l'expression privée de nature sexuelle peut être cruciale pour la croissance personnelle et le développement sexuel de jeunes personnes aux prises avec des questions

106

107

strict justification for their prohibition. As stated in *Irwin Toy, supra*, at p. 976, “the diversity in forms of individual self-fulfilment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment”.

d’identité sexuelle et de conscience de soi. Le fait qu’il soit possible que bien des personnes ne voient pas d’un œil favorable de telles formes d’expression ne réduit pas pour autant la nécessité d’insister sur une justification stricte de l’interdiction qui les frappe. Comme il est précisé dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, « la diversité des formes d’enrichissement et d’épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante ».

108 The restriction imposed by s. 163.1(4) regulates expression where it borders on thought. Indeed, it is a fine line that separates a state attempt to control the private possession of self-created expressive materials from a state attempt to control thought or opinion. The distinction between thought and expression can be unclear. We talk of “thinking aloud” because that is often what we do: in many cases, our thoughts become choate only through their expression. To ban the possession of our own private musings thus falls perilously close to criminalizing the mere articulation of thought.

La restriction imposée par le par. 163.1(4) réglemente l’expression là où elle côtoie la pensée. En fait, il n’y a qu’une ligne de démarcation ténue entre la tentative de l’État de contrôler la possession de matériel expressif par la personne qui l’a créé et la tentative de l’État de contrôler la pensée ou l’opinion. La distinction entre la pensée et l’expression peut être difficile à établir. Nous disons « penser à voix haute » parce que c’est souvent ce que nous faisons : dans bien des cas, nos pensées ne prennent forme que par leur expression. L’interdiction de l’expression de nos rêveries personnelles frôle dangereusement la criminalisation de la simple expression de la pensée.

109 The same concerns arise in relation to auto-depictions; that is, visual recordings made by a person of him- or herself alone, held privately and intended only for personal use. Again, such materials may be of significance to adolescent self-fulfilment, self-actualization and sexual exploration and identity. Similar considerations apply where the creator of the recordings is not the sole subject; that is, where lawful sexual acts are documented in a visual recording, such as photographs or a videotape, and held privately by the participants exclusively for their own private use. Such materials could conceivably reinforce healthy sexual relationships and self-actualization. For example, two adolescents might arguably deepen a loving and respectful relationship through erotic pictures of themselves engaged in sexual activity. The cost of including such materials to the right of

Les mêmes préoccupations naissent à l’égard des représentations de soi, c’est-à-dire les enregistrements visuels qu’une personne fait d’elle-même seule, qu’elle conserve privément et qui sont destinés exclusivement à son usage personnel. Là encore, du matériel de cette nature peut être important pour l’épanouissement personnel, la réalisation de soi ainsi que l’exploration et l’identité sexuelles de l’adolescent. Des considérations similaires s’appliquent lorsque l’auteur de l’enregistrement n’est pas le seul sujet représenté, c’est-à-dire lorsque des actes sexuels légaux sont présentés dans un enregistrement visuel, comme une photo ou un vidéo, et conservés privément par les participants exclusivement pour leur usage personnel. En théorie, ce matériel peut renforcer de saines relations sexuelles et la réalisation de soi. Par exemple, deux adolescents pourraient faire grandir une relation d’amour et de respect en se servant de photos érotiques d’eux-mêmes se livrant à une activité sexuelle. Les inconvénients que l’inclusion de ce matériel présente pour le droit à la liberté d’expres-

free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children.

I conclude that in broad impact and general application, the limits s. 163.1(4) imposes on free expression are justified by the protection the law affords children from exploitation and abuse. I cannot, however, arrive at the same conclusion in regard to the two problematic categories of materials described above. The legislation prohibits a person from articulating thoughts in writing or visual images, even if the result is intended only for his or her own eyes. It further prohibits a teenager from possessing, again exclusively for personal use, sexually explicit photographs or videotapes of him- or herself alone or engaged with a partner in lawful sexual activity. The inclusion of these peripheral materials in the law's prohibition trenches heavily on freedom of expression while adding little to the protection the law provides children. To this extent, the law cannot be considered proportionate in its effects, and the infringement of s. 2(b) contemplated by the legislation is not demonstrably justifiable under s. 1.

D. *Remedy*

Confronted with a law that is substantially constitutional and peripherally problematic, the Court may consider a number of alternatives. One is to strike out the entire law. This was the choice of the trial judge and the majority of the British Columbia Court of Appeal. The difficulty with this remedy is that it nullifies a law that is valid in most of its applications. Until Parliament can pass another law, the evil targeted goes unremedied. Why, one might well ask, should a law that is substantially constitutional be struck down simply because the accused can point to a hypothetical application that

sion l'emportent sur les avantages ténus qu'elle pourrait avoir en matière de prévention du préjudice causé aux enfants.

Je conclus que, du point de vue de l'application générale du par. 163.1(4) et de son effet global, les limites qu'il impose à la liberté d'expression sont justifiées par le fait qu'il protège les enfants contre l'exploitation et les mauvais traitements. Je suis toutefois incapable d'arriver à la même conclusion en ce qui concerne les deux catégories problématiques de matériel décrites plus haut. La mesure législative interdit à une personne d'exprimer ses pensées dans des écrits ou des images, même si ceux-ci ne sont destinés qu'à son usage personnel. Elle interdit en outre à un adolescent d'avoir en sa possession, là encore exclusivement pour son usage personnel, des photos ou des enregistrements vidéo sexuellement explicites de lui-même, seul ou en compagnie d'une autre personne avec laquelle il se livre à une activité sexuelle légale. L'inclusion de ce matériel limitrophe dans le champ d'application de l'interdiction empiète lourdement sur la liberté d'expression et ajoute peu à la protection que la disposition assure aux enfants. Dans cette mesure, la disposition ne peut pas être considérée comme proportionnée sur le plan de ses effets, et l'atteinte à l'al. 2b) qu'elle prévoit n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

D. *La réparation*

En présence d'une disposition législative substantiellement constitutionnelle et marginalement problématique, la Cour peut envisager un certain nombre de solutions. L'une consiste à invalider la disposition en entier. C'est le choix qu'ont fait le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le problème que pose cette réparation est qu'elle annule une disposition qui est valide dans la majorité de ses applications. Tant que le législateur n'aura pas pu adopter une autre disposition, le mal visé ne pourra pas être corrigé. Pourquoi, pourrait-on se demander, devrait-on invalider une disposition substantiellement constitutionnelle tout simplement parce que l'accusé est capable de signaler une application hypothétique qui n'a absolument rien à voir

110

111

is far removed from his own case which might not be constitutional?

112 Another alternative might be to hold that the law as it applies to the case at bar is valid, declining to find it unconstitutional on the basis of a hypothetical scenario that has not yet arisen. In the United States, courts have frequently declined to strike out laws on the basis of hypothetical situations not before the court, although less so in First Amendment (free expression) cases. While the Canadian jurisprudence on the question is young, thus far it suggests that laws may be struck out on the basis of hypothetical situations, provided they are “reasonable”.

113 Yet another alternative might be to uphold the law on the basis that it is constitutionally valid in the vast majority of its applications and stipulate that if and when unconstitutional applications arise, the accused may seek a constitutional exemption. Ross, who concludes that s. 163.1(4) is constitutional in most but not all of its applications, recommends this remedy: Ross, *supra*, at p. 58.

114 I find it unnecessary to canvas any of these suggestions further because in my view the appropriate remedy in this case is to read into the law an exclusion of the problematic applications of s. 163.1, following *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. *Schachter* suggests that the problem of peripheral unconstitutional provisions or applications of a law may be addressed by striking down the legislation, severing of the offending sections (with or without a temporary suspension of invalidity), reading down, or reading in. The Court decides on the appropriate remedy on the basis of “twin guiding principles”: respect for the role of Parliament, and respect for the purposes of the *Charter* (p. 715). Applying these principles, I

avec son propre cas et qui pourrait être inconstitutionnelle?

Il serait aussi possible de déclarer la disposition valide dans la mesure où elle s’applique à la présente affaire, et de refuser de la juger inconstitutionnelle sur la base d’un scénario hypothétique qui ne s’est pas encore présenté. Aux États-Unis, les tribunaux ont fréquemment refusé d’invalider des lois sur la base de situations hypothétiques n’ayant pas donné lieu à contestation judiciaire, quoiqu’ils refusent moins souvent de le faire dans les cas où le Premier amendement (liberté d’expression) est invoqué. Même si la jurisprudence canadienne sur la question est récente, elle semble avoir indiqué, jusqu’à maintenant, que des lois peuvent être invalidées sur la base de situations hypothétiques, pourvu que celles-ci soient « raisonnables ».

Il y aurait aussi la possibilité de confirmer la validité de la disposition pour le motif qu’elle est constitutionnelle dans la grande majorité de ses applications et de préciser que, en cas d’applications inconstitutionnelles, l’accusé peut demander une exception constitutionnelle. Ross, qui conclut que le par. 163.1(4) est constitutionnel dans la plupart mais non dans la totalité de ses applications, recommande cette réparation : Ross, *loc. cit.*, p. 58.

Je ne juge pas nécessaire d’examiner plus en détail l’une ou l’autre de ces suggestions puisque, à mon avis, la réparation qui convient en l’espèce consiste à exclure de la portée de l’art. 163.1, au moyen d’une interprétation large, les applications problématiques de cette disposition, conformément à l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Selon cet arrêt, il est possible de résoudre le problème des dispositions ou applications limitrophes inconstitutionnelles en invalidant la mesure législative, en en supprimant les dispositions attentatoires (avec ou sans suspension temporaire de l’invalidité) ou en lui donnant une interprétation atténuante ou une interprétation large. Le tribunal détermine la réparation convenable conformément aux « deux principes directeurs » : le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte* (p. 715). En appliquant ces principes, je conclus que, dans les circonstances de la présente

conclude that in the circumstances of the case reading in an exclusion is the appropriate remedy.

To assess the appropriateness of reading in as a remedy, we must identify a distinct provision that can be read into the existing legislation to preserve its constitutional balance. In this case, s. 163.1 might be read as incorporating an exception for the possession of:

1. Self-created expressive material: i.e., any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and
2. Private recordings of lawful sexual activity: i.e., any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use.

The first category would protect written or visual expressions of thought, created through the efforts of a single individual, and held by that person for his or her eyes alone. The teenager's confidential diary would fall within this category, as would any other written work or visual representation confined to a single person in its creation, possession and intended audience.

The second category would protect auto-depictions, such as photographs taken by a child or adolescent of him- or herself alone, kept in strict privacy and intended for personal use only. It would also extend to protect the recording of lawful sexual activity, provided certain conditions were met. The person possessing the recording must have personally recorded or participated in the sexual activity in question. That activity must not be unlawful, thus ensuring the consent of all parties, and precluding the exploitation or abuse of children. All parties must also have consented to the creation of the record. The recording must be kept in strict privacy by the person in possession, and intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted therein. Thus, for exam-

affaire, l'inclusion d'une exception par interprétation large est la réparation convenable.

Pour décider s'il convient d'accorder une réparation au moyen d'une interprétation large, il nous faut identifier une disposition précise qui pourrait être incluse dans la loi existante afin d'en maintenir l'équilibre constitutionnel. En l'espèce, l'art. 163.1 pourrait être considéré comme incorporant une exception applicable à la possession :

1. de matériel expressif créé par l'intéressé : c'est-à-dire les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel;
2. d'enregistrements privés d'une activité sexuelle légale : c'est-à-dire tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel.

La première catégorie protégerait les expressions écrites ou visuelles de la pensée créées par une seule personne et conservées par celle-ci pour son seul usage personnel. Le journal intime de l'adolescent entrerait dans cette catégorie, de même que toute autre œuvre écrite ou représentation créée par une seule personne, qui est en la possession exclusive de cette personne et qui est destinée à être vue uniquement par elle.

La seconde catégorie protégerait la représentation d'une personne par elle-même, comme la photo qu'un enfant ou un adolescent a prise de lui-même seul, qu'il conserve strictement en privé et qui est destinée à son seul usage personnel. Elle irait jusqu'à protéger l'enregistrement d'une activité sexuelle légale, pourvu que certaines conditions soient remplies. La personne qui a en sa possession l'enregistrement doit avoir enregistré personnellement l'activité sexuelle en question ou y avoir participé. Cette activité ne doit pas être illégale, ce qui a pour effet de garantir que toutes les parties ont consenti et d'empêcher que des enfants soient exploités ou maltraités. Il faut aussi que toutes les parties aient consenti à la création de l'enregistrement. L'enregistrement doit être con-

115

116

ple, a teenage couple would not fall within the law's purview for creating and keeping sexually explicit pictures featuring each other alone, or together engaged in lawful sexual activity, provided these pictures were created together and shared only with one another. The burden of proof in relation to these excepted categories would function in the same manner as that of the defences of "artistic merit", "educational, scientific or medical purpose", and "public good". The accused would raise the exception by pointing to facts capable of bringing him or her within its protection, at which point the Crown would bear the burden of disproving its applicability beyond a reasonable doubt.

servé strictement en privé par la personne qui l'a en sa possession et être destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées. Ainsi, par exemple, la disposition ne s'appliquerait pas à un couple d'adolescents qui créerait et conserverait des photos sexuellement explicites d'eux-mêmes séparément ou ensemble en train de se livrer à une activité sexuelle légale, pourvu qu'ils aient pris les photos ensemble et qu'ils ne les aient échangées qu'entre eux. Le fardeau de la preuve à l'égard de ces catégories d'exceptions serait semblable à celui qui s'applique aux moyens de défense fondés sur la « valeur artistique », le « but éducatif, scientifique ou médical » et le « bien public ». L'accusé soulèverait l'exception en indiquant des faits susceptibles de lui permettre de s'en prévaloir, après quoi il incomberait au ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable que cette exception ne s'applique pas.

117 These two exceptions would necessarily apply as well to the offence of "making child pornography" under s. 163.1(2) (but not to printing, publishing or possessing for the purpose of publishing); otherwise an individual, although immune from prosecution for the possession of such materials, would remain vulnerable to prosecution for their creation.

Ces deux exceptions s'appliqueraient nécessairement aussi à l'infraction de « production de pornographie juvénile » prévue au par. 163.1(2) (mais non à l'impression et à la publication de ce matériel, ou au fait de l'avoir en sa possession à des fins de publication); sinon, une personne qui ne pourrait pas être poursuivie pour possession de matériel de cette nature resterait susceptible de l'être pour l'avoir créé.

118 I reiterate that the protection afforded by this exception would extend no further than to materials intended solely for private use. If materials were shown to be held with any intention other than for personal use, their possession would then fall outside the exception's aegis and be subject to the full force of s. 163.1(4). Indeed, such possession might also run afoul of the manufacturing and distributing offences set out in ss. 163.1(2) and 163.1(3).

Je répète que la protection accordée par cette exception ne s'appliquerait qu'au matériel destiné uniquement à un usage personnel. S'il était démontré que du matériel est conservé à une autre fin que l'usage personnel, la possession de ce matériel ne relèverait plus de l'exception et tomberait entièrement sous le coup du par. 163.1(4). En fait, une telle possession pourrait aussi tomber sous le coup des dispositions relatives aux infractions de production et de distribution des par. 163.1(2) et (3).

119 It is apparent that the availability of the second exception turns on whether Parliament had criminalized the depicted sexual activity. Parliament may affect the scope of the exception by narrowing or broadening the range of sexual activity that is criminalized. (More broadly, of course, Par-

Il appert que la possibilité de se prévaloir de la seconde exception dépend de la question de savoir si le législateur a criminalisé l'activité sexuelle représentée. Le législateur peut modifier le champ d'application de l'exception en restreignant ou en élargissant l'étendue des activités sexuelles crimi-

liament, in its wisdom, may choose to redraft the statute to reflect the concerns that compel the Court to hold that the statute cannot constitutionally apply to the two stipulated exceptions.)

Thus described, the proposed exception relates only to materials that pose a negligible risk of harm to children, while deeply implicating s. 2(b) values and the s. 7 liberty interest by virtue of their intensely private nature and potential connection to self-fulfilment and self-actualization. With the contours of this exception in mind, I proceed to the question of whether reading in this exception is the appropriate remedy for the overbreadth of s. 163.1(4).

Schachter, supra, holds that reading in will be appropriate only where (1) the legislative objective is obvious and reading in would further that objective or constitute a lesser interference with that objective than would striking down the legislation; (2) the choice of means used by the legislature to further the legislation's objective is not so unequivocal that reading in would constitute an unacceptable intrusion into the legislative domain; and (3) reading in would not require an intrusion into legislative budgetary decisions so substantial as to change the nature of the particular legislative enterprise. The third requirement is not of concern here. The first two inquiries — conformity with legislative objective and avoidance of unacceptable law-making — require more discussion.

The first question is whether the legislative objective of s. 163.1(4) is evident. In my view it is. The purpose of the legislation is to protect children from exploitation and abuse by prohibiting possession of material that presents a reasoned risk of harm to children. This question leads to a second: whether reading in will further that objective. In

nalisées. (Dans un sens plus large, il va sans dire que le législateur peut, dans sa sagesse, choisir de reformuler la disposition en cause de manière à dissiper les préoccupations qui obligent notre Cour à statuer que cette disposition ne peut pas s'appliquer constitutionnellement aux deux exceptions prévues.)

Ainsi décrite, l'exception proposée ne s'applique qu'au matériel qui ne présente qu'un risque négligeable de préjudice pour les enfants, mais qui touche profondément aux valeurs consacrées par l'al. 2b) et au droit à la liberté garanti par l'art. 7, en raison de sa nature extrêmement privée et de son lien potentiel avec l'épanouissement personnel et la réalisation de soi. Ayant en tête les paramètres de cette exception, je passe maintenant à la question de savoir si le fait d'inclure cette exception par interprétation large est la façon convenable de remédier à la portée excessive du par. 163.1(4).

Selon l'arrêt *Schachter*, précité, l'interprétation large n'est appropriée que si les critères suivants sont respectés : (1) l'objectif du législateur est évident et l'interprétation large favoriserait l'atteinte de cet objectif ou constituerait un empiètement moindre sur cet objectif que l'invalidation de la mesure législative en cause; (2) le choix des moyens utilisés par le législateur pour atteindre son objectif n'est pas assez incontestable pour que l'interprétation large constitue un empiètement inacceptable sur le domaine législatif; (3) l'interprétation large ne nécessiterait pas un empiètement si important sur les décisions financières du législateur qu'elle modifierait la nature du régime législatif en question. Le troisième critère n'est pas pertinent en l'espèce. Les deux premiers critères — la compatibilité avec l'objectif du législateur et la nécessité d'éviter un empiètement inacceptable sur le domaine législatif — exigent un examen plus approfondi.

Il s'agit en premier lieu de savoir si l'objectif du par. 163.1(4) est évident. Selon moi, il l'est. La disposition vise à protéger les enfants contre l'exploitation et les mauvais traitements en interdisant la possession de matériel qui suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne leur soit causé. Cette question en entraîne une deuxième : celle de savoir

120

121

122

other words, will precluding the offending applications of the law better conform to Parliament's objective than striking down the whole law? Again the answer is clearly yes. The applications of the law that pose constitutional problems are exactly those whose relation to the objective of the legislation is most remote. Carving out those applications by incorporating the proposed exception will not undermine the force of the law; rather, it will preserve the force of the statute while also recognizing the purposes of the *Charter*. The defects of the section are not so great that their exclusion amounts to impermissible redrafting, as was the case in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, and *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761. The new exceptions resemble those that Parliament has already created and are consistent with its overall approach of catching mainstream child pornography reasonably linked to harm while excluding peripheral material that engages free speech values. Moreover, since the problematic applications lie on the periphery of the material targeted by Parliament, carving them out will not create an exception-riddled provision bearing little resemblance to the provision envisioned by Parliament. This suggests that excluding the offending applications of the law will not subvert Parliament's object. On the other hand, striking down the statute altogether would assuredly undermine Parliament's object, making it impossible to combat the lawfully targeted harms until it can pass new legislation.

si une interprétation large favorisera la réalisation de cet objectif. En d'autres termes, est-il plus compatible avec l'objectif du législateur d'empêcher les applications attentatoires de la disposition en cause que d'invalider complètement cette disposition? Là encore, la réponse est nettement affirmative. Les applications de la disposition qui posent des problèmes constitutionnels sont exactement celles qui ont le lien le plus ténu avec l'objectif du législateur. L'élimination de ces applications par l'inclusion de l'exception proposée n'affaiblira pas l'effet de la disposition; au contraire, elle préservera son effet tout en tenant compte des objectifs de la *Charte*. Les lacunes de la disposition ne sont pas importantes au point de nécessiter une reformulation inacceptable pour les éliminer, comme c'était le cas dans les arrêts *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, et *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761. Les nouvelles exceptions ressemblent à celles que le législateur a déjà créées et elles s'harmonisent avec sa façon globale de s'attaquer au phénomène général de la pornographie juvénile raisonnablement liée à un préjudice, tout en excluant le matériel limitrophe qui fait intervenir les valeurs protégées par la liberté d'expression. De plus, comme les applications problématiques se situent aux confins du matériel visé par le législateur, leur élimination ne donnera pas une disposition cousue d'exceptions, ressemblant peu à celle qu'envisageait le législateur. Cela montre que l'élimination des applications attentatoires de la disposition ne minera pas l'objectif du législateur. Par contre, l'invalidation complète de la disposition minerait sûrement l'objectif du législateur en empêchant la lutte contre les préjudices légitimement visés tant qu'il n'aurait pas adopté une nouvelle disposition.

123

I recognize that questions may arise in the application of the excepted categories. However, the same may be said for s. 163.1 as drafted. It will be for the courts to consider precise questions of interpretation if and when they arise, bearing in mind Parliament's fundamental object: to ban possession of child pornography which raises a reasoned apprehension of harm to children.

Je reconnais que l'application des catégories d'exceptions peut soulever certaines questions. On peut toutefois en dire autant du texte actuel de l'art. 163.1. Il appartiendra aux tribunaux de se pencher sur des questions d'interprétation précises lorsqu'elles seront soulevées, en tenant compte de l'objectif fondamental du législateur, qui est d'interdire la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants.

The second prong of *Schachter, supra*, is directed to the possibility that reading in, though recognizing the objective of the legislation, may nonetheless undermine legislative intent by substituting one means of effecting that intent with another. As we noted in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, the relevant question is “what the legislature would . . . have done if it had known that its chosen measures would be found unconstitutional” (para. 167). If it is not clear that the legislature would have enacted the legislation without the problematic provisions or aspects, then reading in a term may not provide the appropriate remedy. This concern has more relevance where the legislature has made a “deliberate choice of means” by which to reach its objective. Even in such a case, however, “a deliberate choice of means will not act as a bar to reading in save for those circumstances in which the means chosen can be shown to be of such centrality to the aims of the legislature and so integral to the scheme of the legislation, that the legislature would not have enacted the statute without them”: *Vriend, supra*, at para. 167.

In the present case it cannot be said that the legislature has made a deliberate choice of means in the sense that phrase was used in *Vriend, supra*. Clearly, s. 163.1(4) is a deliberate choice of means in the general sense that the provision was adopted to address the problem of child abuse and exploitation. I see no evidence, however, that Parliament saw the statute’s application to the two problematic categories of materials (i.e., self-created expressive materials and private recordings that do not depict unlawful sexual activity) as an integral part of the legislative scheme. On the contrary, given that the risk to children posed by materials falling within these two categories is relatively remote, it seems reasonable to conclude that such materials are caught incidentally, not deliberately, and that Parliament would have excluded these two categories from the purview of the law had it

Le deuxième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Schachter*, précité, porte sur la possibilité que l’interprétation large, même si elle reconnaît l’objectif de la loi, puisse néanmoins altérer l’intention du législateur en remplaçant un moyen de mettre à exécution cette intention par un autre moyen. Comme nous l’avons noté dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la question pertinente consiste à se demander « ce que le législateur aurait [. . .] fait s’il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles » (par. 167). S’il n’est pas évident que le législateur aurait adopté la mesure législative sans les dispositions ou les aspects problématiques, il se peut alors que l’inclusion d’une condition par interprétation large ne constitue pas la réparation convenable. Cette préoccupation est plus pertinente lorsque le législateur a fait un « choix délibéré des moyens » qui permettraient d’atteindre son objectif. Cependant, même dans ce cas, « le choix délibéré des moyens n’empêche pas le recours à l’interprétation large, sauf dans les cas où l’on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l’économie de la loi que le législateur ne l’aurait pas adoptée sans eux » : *Vriend*, précité, par. 167.

En l’espèce, on ne peut pas dire que le législateur a fait un choix délibéré des moyens au sens où on l’entend dans l’arrêt *Vriend*, précité. Le paragraphe 163.1(4) est nettement un choix délibéré de moyens en ce sens général que la disposition a été adoptée pour régler le problème de l’exploitation et des mauvais traitements dont sont victimes les enfants. Je ne vois cependant aucune preuve que le législateur considérerait que l’application de la disposition aux deux catégories problématiques de matériel (c’est-à-dire le matériel expressif créé par l’intéressé et les enregistrements privés qui ne représentent pas des activités sexuelles illégales) faisait partie intégrante de son régime législatif. Au contraire, comme le risque auquel le matériel compris dans ces deux catégories expose les enfants est relativement peu élevé, il semble raisonnable de conclure que le matériel de cette nature est visé de manière incidente et non intentionnelle et que le législateur aurait soustrait ces deux catégories à

124

125

been seized of the difficulty raised by their inclusion.

126 The legislative history of Bill C-128, which introduced s. 163.1(4), reinforces my view that reading in an exclusion of the problematic material would not unduly intrude on the legislative domain. As was noted during the Senate Committee's proceedings, there had over the years been a great deal of debate, both within Parliament and in the country more generally, about the problem of child pornography and the appropriate way to address it (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 50, June 21, 1993, at p. 50:41 (statement of Richard Mosley, Chief Policy Counsel, Criminal and Social Policy, Department of Justice)).

127 After expressing concern over the potential for constitutional problems arising from Bill C-128, the Honorable Gerald-A. Beaudoin, Chairman of the Senate Committee, concluded:

There is, obviously, also the problem the courts will face. The Supreme Court of Canada has to interpret the Constitution and the Criminal Code. If the legislation is very vague, greater power is given to the judges. This is a difficulty which, in cases involving obscenity and pornography, perhaps, cannot be avoided. In other words, to a certain extent it has to be left to the courts.

(*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 51, June 22, 1993, at p. 51:54)

As Senator Beaudoin predicted, it has fallen to the Courts to interpret s. 163.1(4) and judge its ultimate validity in accordance with that interpretation. The British Columbia Courts found the law constitutionally wanting and struck it down in its entirety. I too, find it to be constitutionally imperfect. However, the defects lie at the periphery of the law's application. In my view, the appropriate remedy is to uphold the law in its broad application, while holding that it must not be applied to two categories of material, as described above: self-created, privately held expressive materials

l'application de la disposition s'il avait été au fait du problème que pose leur inclusion.

L'historique du projet de loi C-128, qui ajouté le par. 163.1(4), renforce mon point de vue que le fait d'inclure, par interprétation large, une exception visant le matériel problématique ne constituerait pas un empiétement excessif sur le domaine législatif. Comme on l'a souligné pendant les délibérations du comité sénatorial, le problème de la pornographie juvénile et la façon appropriée de le résoudre ont fait l'objet de nombreux débats au fil des ans, tant au Parlement qu'à l'échelle du pays (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 50, 21 juin 1993, p. 50:41 (déclaration de Richard Mosley, premier conseiller en politiques, Politiques pénales et sociales, ministère de la Justice)).

Après avoir exprimé des craintes au sujet de la possibilité que le projet de loi C-128 engendre des problèmes constitutionnels, l'honorable Gerald-A. Beaudoin, président du comité sénatorial, a conclu en ces termes :

Évidemment, les tribunaux vont se trouver également face à un problème. La Cour suprême du Canada doit interpréter la Constitution et le Code criminel. Si la loi est trop vague, cela confère davantage de pouvoirs aux juges. C'est un problème qu'il n'est peut-être pas possible d'éviter dans les cas d'obscénité et de pornographie. Autrement dit, il faut laisser une plus grande latitude aux tribunaux.

(*Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 51, 22 juin 1993, p. 51:54)

Comme l'avait prédit le sénateur Beaudoin, les tribunaux ont été appelés à interpréter le par. 163.1(4) et à décider de sa validité au regard de cette interprétation. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont conclu que la disposition était constitutionnellement déficiente et ils l'ont invalidée en entier. J'estime moi aussi qu'elle est déficiente sur le plan constitutionnel. Toutefois, les déficiences se situent aux confins de son champ d'application. À mon avis, la réparation convenable consiste à confirmer la validité de la disposition en ce qui concerne son application générale

and private recordings that do not depict unlawful sexual activity.

E. Summary

I would summarize my conclusions with respect to s. 163.1(4) in general terms as follows:

1. The offence prohibits the possession of photographs, film, videos and other visual representations that show or depict a person under the age of 18 engaged in explicit sexual activity. Visual representations of any activity that falls short of this threshold are not caught. Thus, representations of casual intimacy, such as depictions of kissing or hugging, are not covered by the offence.
2. The offence prohibits the possession of visual representations that feature, as a dominant characteristic, the depiction of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 for a sexual purpose. Innocent photographs of a baby in the bath and other representations of non-sexual nudity are not covered by the offence.
3. The offence prohibits the possession of written or visual material that actively induces or encourages unlawful sexual activity with persons under the age of 18. Written description that falls short of this threshold is not covered by the offence.
4. Courts should take an objective approach to determining whether material falls within the definition of child pornography. The question is whether a reasonable person would conclude, for example, that the impugned material portrays “explicit” sexual activity, or that the material “advocates or counsels” sexual offences with persons under 18. Courts should also take

tout en statuant qu’elle ne doit pas être appliquée aux deux catégories de matériel décrites plus haut : le matériel expressif créé par une personne et conservé privément, et les enregistrements privés qui ne représentent pas des activités sexuelles illégales.

E. Résumé

Voici un résumé général de mes conclusions concernant le par. 163.1(4) :

1. La disposition interdit la possession de photos, de films, de vidéos ou de toute autre représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle, qui se livre à une activité sexuelle explicite. Les représentations d’activités qui ne satisfont pas à ce critère ne sont pas visées. Par conséquent, la représentation d’actes intimes anodins, comme un baiser ou une étreinte, n’est pas visée par la disposition créant l’infraction.
2. La disposition interdit la possession de représentations dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d’une personne âgée de moins de 18 ans. Les photos innocentes d’un bébé dans une baignoire et les autres représentations de nudité non sexuelle ne sont pas visées par la disposition créant l’infraction.
3. La disposition interdit la possession d’écrits ou de matériel visuel qui encouragent une activité sexuelle illégale avec une personne âgée de moins de 18 ans. Les écrits qui ne satisfont pas à ce critère ne sont pas visés par la disposition créant l’infraction.
4. Les tribunaux devraient adopter une méthode objective pour déterminer si un type de matériel est visé par la définition de la pornographie juvénile. Il s’agit de déterminer si une personne raisonnable conclurait, par exemple, que le matériel contesté représente une activité sexuelle « explicite » ou s’il « préconise ou conseille » la perpétration d’infractions d’ordre sexuel avec des personnes âgées de moins de 18 ans. Les tribunaux devraient également adopter une méthode objective pour déterminer si un

an objective approach in determining the availability of any statutory defence.

5. The various statutory defences (i.e., artistic merit; educational, scientific or medical purpose; and public good) must be interpreted liberally to protect freedom of expression, as well as possession for socially redeeming purposes.

6. The guarantees provided in ss. 2(b) and 7 of the *Charter* require the recognition of two exceptions to s. 163.1(4), where the prohibition's intrusion into free expression and privacy is most pronounced and its benefits most attenuated:

(a) The first exception protects the possession of expressive material created through the efforts of a single person and held by that person alone, exclusively for his or her own personal use. This exception protects deeply private expression, such as personal journals and drawings, intended solely for the eyes of their creator.

(b) The second exception protects a person's possession of visual recordings created by or depicting that person, but only where these recordings do not depict unlawful sexual activity, are held only for private use, and were created with the consent of those persons depicted.

7. These two exceptions apply equally to the offence of "making" child pornography under s. 163.1(2).

8. Neither exception affords protection to a person harbouring any other intention than private possession; any intention to distribute, publish, print, share or in any other way disseminate these materials will subject a person to the full force of s. 163.1.

VI. Conclusion

129 I would uphold s. 163.1(4) on the basis that the definition of "child pornography" in s. 163.1

moyen de défense prévu par la loi peut être invoqué.

5. Les divers moyens de défense prévus par la loi (c'est-à-dire la valeur artistique, le but éducatif, scientifique ou médical et le bien public) doivent être interprétés de façon libérale de manière à protéger la liberté d'expression et la possession à des fins sociales dont les avantages rachètent ses lacunes.

6. Les garanties prévues à l'al. 2b) et à l'art. 7 de la *Charte* exigent la reconnaissance de deux exceptions au par. 163.1(4), à savoir le cas où l'atteinte que l'interdiction porte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée est la plus marquée, et ses avantages les plus ténus :

a) La première exception protège la possession de matériel expressif créé par une seule personne qui le conserve exclusivement pour son propre usage personnel. Elle protège également les formes d'expression profondément personnelle comme les journaux intimes et les dessins destinés à l'usage exclusif de leur auteur.

b) La seconde exception protège la possession par une personne d'enregistrements qu'elle a créés ou dans lesquels elle figure, mais seulement si ces enregistrements ne représentent pas une activité sexuelle illégale, si elle les conserve exclusivement pour son usage personnel et s'ils ont été créés avec le consentement des personnes qui y figurent.

7. Ces deux exceptions s'appliquent également à l'infraction de « production » de pornographie juvénile prévue au par. 163.1(2).

8. Aucune de ces exceptions ne protège la personne qui nourrit des intentions autres que la possession personnelle : toute personne ayant eu l'intention de distribuer, publier, imprimer, partager ou, de quelque autre façon, diffuser ce matériel sera assujettie à l'application intégrale de l'art. 163.1.

VI. Conclusion

Je suis d'avis de confirmer la validité du par. 163.1(4) pour le motif que la définition de la

should be read as though it contained an exception for: (1) any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and (2) any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use. The constitutional questions should be answered accordingly.

I would therefore allow the appeal and remit the respondent for trial on all charges.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER AND BASTARACHE JJ. — In this appeal, we are asked to assess the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Court must determine whether Parliament may legitimately criminalize the possession of the material it has defined as child pornography. Specifically, we must decide whether s. 163.1(4) is an unjustified infringement of the right to free expression found in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court is also asked to determine whether s. 163.1(4) infringes s. 7 of the *Charter*. In our view, the s. 7 liberty interest is encompassed in the right of free expression and proportionality falls to be considered under s. 1. Accordingly, no separate s. 7 analysis is required.

A discussion of these constitutional questions must take place within the broad political, social and historical context in which they arise; see *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 438; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1352; see also S. M. Sugunasiri, "Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability" (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126, at pp. 133-34. The impugned provision of the *Criminal Code* must also be interpreted in light of *Char-*

« pornographie juvénile », à l'art. 163.1, doit être considérée comme incluant une exception visant (1) les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel, et (2) tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel. Il y a lieu de répondre aux questions constitutionnelles en conséquence.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'intimé à son procès relativement à toutes les accusations.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER ET BASTARACHE — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour est appelée à évaluer la constitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Nous devons déterminer si le législateur peut légitimement criminaliser la possession de matériel qu'il a défini comme de la pornographie juvénile. Plus précisément, nous devons décider si le par. 163.1(4) constitue ou non une atteinte injustifiée au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Notre Cour est également appelée à décider si le par. 163.1(4) viole l'art. 7 de la *Charte*. À notre avis, le droit à la liberté garanti par l'art. 7 est compris dans le droit à la liberté d'expression et la proportionnalité doit être examinée en vertu de l'article premier. Aucune analyse distincte fondée sur l'art. 7 n'est donc requise.

L'examen de ces questions constitutionnelles doit se faire dans le large contexte politique, social et historique où elles se posent : voir *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, p. 438; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 647; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1352. Voir également S. M. Sugunasiri, « Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability » (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126, p. 133-134. La disposition contestée du *Code criminel* doit également être interprétée à la lumière

130

131

132

ter values reflected in s. 1 as elaborated in cases such as *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136, and *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 64. See *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

133

In the context of this case, the twin considerations of social justice and equality warrant society's active protection of its vulnerable members. Democratic and constitutional principles dictate that every member of society be treated with dignity and respect and accorded full participation in society. In this sense, government legislation that protects the vulnerable plays a vital role. Given our democratic values, it is clear that the *Charter* must not be used to reverse advances made by vulnerable groups or to defeat measures intended to protect the disadvantaged and comparatively powerless members of society. The constitutional protection of a form of expression that undermines our fundamental values must be carefully scrutinized. On this point, it is helpful to refer to *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, where Dickson C.J. stated, at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

This principle has been emphasized, *inter alia*, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 86. These reasons explain why we cannot agree with McLachlin C.J. that the scope of the prohibition against the possession of child pornography is overbroad, and why the legislation is justified under s. 1 in its entirety.

des valeurs que reflète l'article premier de la *Charte* et qui sont précisées notamment dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 64. Voir *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Dans le contexte de la présente affaire, les deux considérations que sont la justice et l'égalité sociales justifient la protection active des membres vulnérables de la société. Les principes démocratiques et constitutionnels exigent que chaque membre de la société soit traité avec dignité et respect et admis à participer pleinement à la société. En ce sens, une mesure gouvernementale qui protège les citoyens vulnérables joue un rôle vital. Compte tenu de nos valeurs démocratiques, il est évident que la *Charte* ne doit pas servir à annuler les progrès réalisés par les groupes vulnérables ni à faire obstacle à des mesures visant à protéger les membres désavantagés et comparativement démunis de la société. La protection constitutionnelle d'une forme d'expression qui sape nos valeurs fondamentales doit être soumise à un examen approfondi. Sur ce point, il est utile de se reporter à l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, dans lequel le juge en chef Dickson dit, à la p. 779 :

Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Ce principe a été souligné dans d'autres arrêts, dont *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1051; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 86. Nos motifs expliquent pourquoi nous ne pouvons être d'accord avec le juge en chef McLachlin pour dire que la portée de l'interdiction de la possession de pornographie juvénile est excessive et pourquoi le texte législatif contesté est justifié en totalité au sens de l'article premier.

The respondent's argument that s. 163.1(4) is unconstitutional rests on his claim that the prohibition of the possession of child pornography unjustifiably infringes the right to free expression. Section 163.1(4) states:

Every person who possesses any child pornography is guilty of

- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

Section 163.1(1) defines "child pornography" as:

(a) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years; or

(b) any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

These provisions must be read in conjunction with s. 163(3), which provides a "public good" defence:

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and if the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

They must also be read in light of the broad defences found in s. 163.1(6):

(6) Where the accused is charged with an offence under subsection (2), (3) or (4), the court shall find the accused not guilty if the representation or written material that is alleged to constitute child pornography has artistic merit or an educational, scientific or medical purpose.

Selon l'intimé, le par. 163.1(4) est inconstitutionnel parce que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile est une atteinte injustifiée au droit à la liberté d'expression. Voici le texte du par. 163.1(4) :

Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable :

- a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Suivant le par. 163.1(1), la « pornographie juvénile » s'entend :

a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de dix-huit ans;

b) de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi.

Ces dispositions doivent être interprétées conjointement avec le par. 163(3), qui prévoit un moyen de défense fondé sur le « bien public » :

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction visée au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction ont servi le bien public et n'ont pas outre-passé ce qui a servi celui-ci.

Il faut aussi les interpréter en fonction des moyens de défense généraux prévus au par. 163.1(6) :

(6) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4), le tribunal est tenu de déclarer cette personne non coupable si la représentation ou l'écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical.

- 135 In this way, “child pornography” was defined by Parliament to encompass a broad range of material that it determined was harmful to children. It includes both representations that involve real children in their production as well as products of the imagination, such as drawings and written material. Importantly, the provisions do not distinguish between representations created by electronic or mechanical means. Both are captured. The definition is designed to cover representations involving persons either under the age of 18 or depicted as being under the age of 18. Nevertheless, Parliament has limited the protection from the harm of child pornography to a certain degree, striking the balance it deemed appropriate between the rights and values at stake.
- Ainsi, le législateur a défini la « pornographie juvénile » de façon à englober un matériel très varié qu’il a jugé préjudiciable aux enfants. Elle comprend à la fois des représentations dans lesquelles figurent des enfants, ainsi que des produits de l’imagination comme les dessins et les écrits. Il importe de noter que les dispositions ne font pas de distinction entre les représentations réalisées par des moyens mécaniques et celles réalisées par des moyens électroniques. Les deux sont visées. La définition est conçue de manière à couvrir les représentations impliquant des personnes âgées de moins de 18 ans ou présentées comme telles. Le législateur a néanmoins limité jusqu’à un certain point la protection contre les torts causés par la pornographie juvénile en établissant un équilibre qu’il jugeait approprié entre les droits et les valeurs qui sont en jeu.
- 136 The facts that give rise to this appeal are as follows: Mr. Sharpe was charged with two counts of possession of child pornography for the purpose of distribution or sale, as well as two counts of possession *simpliciter* of child pornography contrary to s. 163.1(4). Prior to the start of his trial in the Supreme Court of British Columbia, the accused challenged the constitutionality of a number of provisions of the *Criminal Code*, including s. 163.1(4).
- Les faits à l’origine du présent pourvoi sont les suivants : M. Sharpe a fait l’objet de deux chefs d’accusation de possession de pornographie juvénile en vue de la distribution ou de la vente, ainsi que de deux chefs de simple possession de pornographie juvénile en violation du par. 163.1(4). Avant l’ouverture de son procès devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l’accusé a contesté la constitutionnalité d’un certain nombre de dispositions du *Code criminel*, dont le par. 163.1(4).
- 137 The nature of the materials in the respondent’s possession is typical of the material that may be caught by the impugned provision. Detective Noreen Waters of the Coordinated Law Enforcement Unit (Pornography Portfolio), City of Vancouver Police Department and the chief police investigator in this matter, testified at the *voir dire* that a large quantity of photographs, books and manuscripts as well as 10 computer disks containing a series of stories were seized from the respondent. The photographs were of boys. The great majority of them appear to be under the age of 18, and some appear to be pre-pubescent. With very few exceptions, the boys are naked or mostly naked, and are posed in a manner that prominently displays their genitals. Some photos are of a boy with an erection, and some depict a boy apparently
- La nature du matériel trouvé en la possession de l’intimé est un bon exemple du matériel qui peut être visé par la disposition contestée. Le détective Noreen Waters, de la Coordinated Law Enforcement Unit (Pornography Portfolio) du service de police de Vancouver et enquêteur en chef dans cette affaire, a déclaré au cours du voir-dire qu’une grande quantité de photos, d’ouvrages et de manuscrits ainsi que 10 disquettes renfermant une série de récits ont été saisis chez l’intimé. Il s’agissait de photos de garçons. Ces derniers semblent en grande majorité avoir moins de 18 ans, et certains semblent être préadolescents. À quelques très rares exceptions près, les garçons sont nus ou pratiquement nus, et photographiés d’une façon qui met en évidence leurs organes génitaux. Certaines photos représentent un garçon en érection, et

masturbating. A few photos show two boys embracing or kissing. One photo shows two boys performing fellatio on each other.

Also entered into evidence was a collection of 17 stories written by the respondent. At trial, Detective Waters commented as follows on these stories:

They're extremely violent stories, the majority of them, with sexual acts involving very young children, in most cases, under the age of 10 engaged in sadomasochistic and violent sex acts with either adults and children, other children, both male and female.

They're extremely disturbing with just the descriptions of the sexual acts with the children particularly in relation to circumcision. And the theme is often that the child enjoys the beatings and the sexual violence and that they are wanting it and actually seeking it out.

After reviewing the testimony of Detective Waters and that of Dr. Peter Collins, an expert in forensic psychiatry, sexual deviance and paedophilia, the trial judge ruled that the prohibition of the simple possession of child pornography in s. 163.1(4) violated the right to free expression guaranteed by s. 2(b). He concluded that the violation was not saved by s. 1. Accordingly, the two charges of possession *simpliciter* of child pornography were dismissed: (1999), 22 C.R. (5th) 129. The trial with respect to the charges of possession for the purpose of distribution or sale was adjourned pending the appeal of the trial judge's ruling. The majority of the British Columbia Court of Appeal (Southin and Rowles JJ.A., McEachern C.J.B.C. dissenting) upheld the trial judge's ruling: (1999), 136 C.C.C. (3d) 97. The Attorney General of British Columbia is now appealing.

The right to free expression is at the heart of this appeal. So is child pornography. Under our society's democratic principles, individual freedoms such as expression are not absolute, but may

d'autres, un garçon apparemment en train de se masturber. Quelques photos montrent deux garçons qui s'étreignent ou qui s'embrassent. Une photo montre deux garçons pratiquant mutuellement la fellation.

A aussi été déposée en preuve une collection de 17 récits écrits par l'intimé. Au procès, le détective Waters a fait les commentaires suivants au sujet de ces récits :

[TRADUCTION] Il s'agit de récits extrêmement violents, pour la plupart, avec des actes sexuels impliquant de très jeunes enfants, dans la plupart des cas, âgés de moins de 10 ans, qui se livrent à des actes sexuels sadomasochistes et violents soit avec des adultes et des enfants, soit avec d'autres enfants, des deux sexes.

Ils sont extrêmement troublants en raison même des descriptions des actes sexuels avec les enfants, tout particulièrement en ce qui a trait à la circoncision. Et ils ont souvent pour thème que l'enfant prend plaisir aux coups et à la violence sexuelle et qu'il en demande et en redemande.

Après avoir examiné le témoignage du détective Waters et celui du Dr Peter Collins, expert en psychiatrie médico-légale, en déviance sexuelle et en pédophilie, le juge du procès a décidé que l'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile, au par. 163.1(4), portait atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte*. Il a conclu que l'atteinte n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. En conséquence, les deux chefs d'accusation de simple possession de pornographie juvénile ont été rejetés : (1999), 22 C.R. (5th) 129. Le procès relatif aux deux chefs d'accusation de possession de pornographie juvénile en vue de la distribution ou de la vente a été ajourné pendant l'appel de la décision du juge du procès. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité (les juges Southin et Rowles, avec la dissidence du juge en chef McEachern), a confirmé la décision du juge du procès : (1999), 136 C.C.C. (3d) 97. Le procureur général de la Colombie-Britannique forme le présent pourvoi.

Le droit à la liberté d'expression, tout comme la pornographie juvénile, est au cœur du pourvoi. En vertu des principes démocratiques de notre société, les libertés individuelles comme la liberté d'ex-

138

139

140

be limited in consideration of a broader spectrum of rights, including equality and security of the person; see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 61; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877. The context here is one of competing rights; we must keep this in mind when determining whether s. 163.1(4) is an unjustified violation of the respondent's right to free expression.

I. Freedom of Expression

A. *The Nature and Scope of the Guarantee to Free Expression in Section 2(b) of the Charter*

141 Even before the advent of the *Charter*, Canadian courts recognized that the right to free expression was a fundamental part of democratic values, and a necessary element in ensuring the participation of individuals and groups in society; see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 583-86. After the right to free expression was entrenched in the *Charter*, courts acknowledged that its value extended beyond the simple need for participation in a democratic society; see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 764; *Edmonton Journal*, *supra*; *Irwin Toy*, *supra*; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. In *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976, the majority identified three values which form the foundation of the right to free expression: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making should be fostered and encouraged; and (3) diversity in the forms of individual self-fulfilment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom the meaning is conveyed.

142 The core values emphasized in *Irwin Toy*, *supra*, and in later cases such as *Keegstra*, *supra*, identify the purpose of the right to free expression in a free and democratic society. The importance of the right rests, in part, in expression's role in affirming individual ideas and communicating views. How-

pression ne sont pas absolues, mais peuvent être limitées eu égard à une gamme plus vaste de droits, dont celui à l'égalité et à la sécurité de la personne : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 877. Les droits en présence s'opposent, ce dont il faut tenir compte pour déterminer si le par. 163.1(4) est une atteinte injustifiée au droit de l'intimé à la liberté d'expression.

I. La liberté d'expression

A. *La nature et la portée de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte*

Même avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont reconnu que le droit à la liberté d'expression était une partie fondamentale des valeurs démocratiques et un élément essentiel pour assurer la participation des personnes et des groupes au sein de la société : voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 583-586. Après l'inclusion du droit à la liberté d'expression dans la *Charte*, les tribunaux ont reconnu que sa valeur englobait davantage que le seul besoin de participation au sein d'une société démocratique : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 764; *Edmonton Journal*, précité; *Irwin Toy*, précité; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, les juges majoritaires ont identifié trois valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression : (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi, (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée, et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.

L'objet du droit à la liberté d'expression dans une société libre et démocratique se dégage des valeurs fondamentales soulignées dans *Irwin Toy*, précité, et dans des arrêts subséquents comme *Keegstra*, précité. L'importance de ce droit repose en partie sur le rôle que joue l'expression dans

ever, it must be remembered that the individual right to free expression is exercised within a broad societal context. As stated in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976, the self-realization of those whose activities or representations convey meaning is linked to the self-realization of those to whom the meaning is conveyed. In this sense, the values identified as central to free expression take into account the fact that individual and societal goals are not mutually exclusive.

The Supreme Court of Canada has dealt with the right to free expression in a number of cases, including *Dolphin Delivery*, *supra*; *Ford*, *supra*; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Edmonton Journal*, *supra*; *Irwin Toy*, *supra*; *Taylor*, *supra*; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Keegstra*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Butler*, *supra*; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. From the outset, the Court defined “expression” broadly to mean any activity or representation that conveys meaning or attempts to convey meaning in a non-violent form; see, for example, *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of Criminal Code*, *supra*, at p. 1180; *Rocket*, *supra*, at p. 244; and *Keegstra*, *supra*, at pp. 729 and 826.

The right to free expression extends, for example, to commercial expression. In *Ford*, *supra*, at p. 767, the Court underscored the basis for the protection of commercial expression as follows:

Over and above its intrinsic value as expression, commercial expression which, as has been pointed out, protects listeners as well as speakers plays a significant role

l'affirmation des idées personnelles et la communication des points de vue. Toutefois il ne faut pas oublier que le droit individuel à la liberté d'expression s'exerce dans un large contexte social. Comme le précise l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, l'épanouissement personnel de ceux dont les activités ou les représentations transmettent un message est lié à l'épanouissement personnel de ceux à qui ce message est destiné. Dans ce sens, les valeurs décrites comme essentielles à la liberté d'expression tiennent compte du fait que les objectifs individuels et les objectifs sociétaux ne s'excluent pas mutuellement.

La Cour suprême du Canada a traité du droit à la liberté d'expression dans de nombreux arrêts, notamment *Dolphin Delivery*, précité; *Ford*, précité; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Edmonton Journal*, précité; *Irwin Toy*, précité; *Taylor*, précité; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Butler*, précité; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. Dès le début, notre Cour a donné au mot « expression » une définition large englobant toute activité ou représentation qui transmet ou tente de transmettre un message sous une forme non violente : voir, par exemple, *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, p. 1180, *Rocket*, précité, p. 244, et *Keegstra*, précité, p. 729 et 826.

Le droit à la liberté d'expression vise, par exemple, l'expression commerciale. Dans l'arrêt *Ford*, précité, p. 767, notre Cour a souligné en ces termes le fondement de la protection de l'expression commerciale :

Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale qui, répétons-le, protège autant celui qui s'exprime que celui qui

in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual self-fulfillment and personal autonomy.

See also *Irwin Toy, supra*, and *RJR-MacDonald, supra*. Similarly, the Court has recognized that picketing has a communicative element and is therefore protected by s. 2(b); see *Dolphin Delivery, supra*, at p. 588; *B.C.G.E.U., supra*; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083.

l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle.

Voir également les arrêts *Irwin Toy* et *RJR-MacDonald*, précités. De même, notre Cour a reconnu que le piquetage comporte un élément de communication et bénéficie donc de la protection de l'al. 2b) : voir *Dolphin Delivery*, précité, p. 588; *B.C.G.E.U.*, précité, et *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083.

145 The Court has also had occasion to deal with the issue of hate propaganda. In *Irwin Toy, supra*, the majority affirmed the doctrine of content neutrality, stating that s. 2(b) protects all messages, "however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream" (p. 968); see also *Keegstra, supra*, at p. 729. In *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, the Court, applying this principle, unanimously concluded that the content-neutral approach to s. 2(b) meant that even deliberate falsehoods are a protected form of expression.

Notre Cour a aussi eu l'occasion d'examiner la question de la propagande haineuse. Dans *Irwin Toy*, précité, les juges majoritaires ont réitéré le principe de la neutralité du contenu, en déclarant que l'al. 2b) protège tous les messages, « aussi impopulaires, déplaisant[s] ou contestataires » soient-ils (p. 968) : voir également *Keegstra*, précité, p. 729. Dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, notre Cour, appliquant ce principe, a conclu à l'unanimité que la façon d'aborder l'al. 2b) selon la méthode de la neutralité du contenu du message signifiait que même les faussetés délibérées constituent une forme protégée d'expression.

146 The Court was asked to address the subject of pornography in *Butler, supra*, finding that pornography, including obscenity, was protected expression. Since there are no content-based restrictions on s. 2(b), it followed that pornographic material, no matter how offensive, was covered by the s. 2(b) guarantee.

Appelée à aborder la question de la pornographie dans l'arrêt *Butler*, précité, notre Cour a statué que la pornographie, y compris l'obscénité, est une forme d'expression protégée. Comme l'al. 2b) ne comporte aucune restriction fondée sur le contenu, il s'ensuit que le matériel pornographique, aussi choquant soit-il, est visé par la garantie de cet alinéa.

147 From these cases, it is clear that in characterizing the right to free expression under s. 2(b), the Court has developed a two-pronged test. Initially, courts must determine whether the activity in question is expression for the purposes of s. 2(b). It is incumbent upon the person alleging a violation to prove that the activity conveys or attempts to convey meaning. The Court has stressed that the content of the expression is irrelevant; provided that there is an attempt to convey meaning, s. 2(b)

Il ressort clairement de ces arrêts que, pour qualifier le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b), la Cour a établi un critère à deux volets. Tout d'abord, les tribunaux doivent déterminer si l'activité en cause est une expression aux fins de l'al. 2b). Il incombe à la personne qui allègue l'existence d'une atteinte de prouver que l'activité transmet ou tente de transmettre un message. Notre Cour a souligné que le contenu de l'expression n'est pas pertinent; pourvu qu'il y ait tentative de

is engaged; see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, *supra*; *Butler*, *supra*; *Zundel*, *supra*, at p. 753. The exception to this general principle is that s. 2(b) does not protect activity which conveys a meaning but does so in a violent form. The Court has indeed recognized that expression consists of both content and form, two distinct expressive elements that are inextricably connected; see *Keegstra*, *supra*, at p. 729; *Irwin Toy*, *supra*, at p. 968.

Once it is established that the activity in question conveys or attempts to convey meaning in a non-violent form, courts must turn to the second stage of the analysis. This involves a determination of whether the law or government action actually restricts expression. Determining whether expression is restricted is distinct from the first step of deciding whether any particular activity constitutes expression; see *Ford*, *supra*. While individual self-fulfilment, the attainment of truth, and participation in a democratic society are important considerations in the s. 1 analysis, the ambit of the interests protected is not dependent on them; see *Zundel*, *supra*, at pp. 752-53, where McLachlin J. (as she then was) confirmed that any content which conveys meaning is protected if it does not take a violent form.

B. *Is the Simple Possession of Child Pornography Protected by Section 2(b) of the Charter?*

With the above principles as a backdrop, the first step in answering the constitutional questions posed in this case is to determine whether the possession of child pornography is protected by s. 2(b), which guarantees the right to “freedom of thought, belief, opinion and expression”.

It is clear that s. 163.1(4) restricts expression if the possession of child pornography can be considered expression. While the Crown has conceded this latter question, it is important to recognize that the right to free expression in s. 2(b) has always

transmettre un message, l'al. 2b) s'applique : voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité; *Butler*, précité; *Zundel*, précité, p. 753. L'exception à ce principe général est que l'al. 2b) ne protège pas l'activité qui transmet un message sous une forme violente. La Cour a en effet reconnu que l'expression comporte à la fois un contenu et une forme, deux éléments expressifs distincts qui sont inextricablement liés : voir *Keegstra*, précité, p. 729; *Irwin Toy*, précité, p. 968.

Dès qu'il est établi que l'activité en question transmet ou tente de transmettre un message sous une forme non violente, les tribunaux doivent passer à la deuxième étape de l'analyse. Il s'agit alors de déterminer si la mesure législative ou gouvernementale restreint effectivement l'expression. Cette détermination diffère de l'étape initiale qui consiste à décider si l'activité en cause est une forme d'expression : voir *Ford*, précité. Même si l'épanouissement personnel, la découverte de la vérité et la participation au sein d'une société démocratique sont des éléments importants de l'analyse fondée sur l'article premier, ils ne déterminent pas la portée des intérêts protégés; voir *Zundel*, précité, p. 752-753, où le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) confirme que toute communication qui transmet un message est protégée si elle ne revêt pas une forme violente.

B. *La simple possession de pornographie juvénile est-elle protégée par l'al. 2b) de la Charte?*

Avec les principes susmentionnés comme toile de fond, la première étape à franchir pour répondre aux questions constitutionnelles en l'espèce consiste à déterminer si la possession de pornographie juvénile est protégée par l'al. 2b), qui garantit le droit à la « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression ».

Il est évident que le par. 163.1(4) limite l'expression si la possession de pornographie juvénile peut être considérée comme une forme d'expression. Bien que le ministère public ait admis cela par la suite, il est important de reconnaître qu'on a

148

149

150

been considered to protect only those activities which are communicative; see e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 40-8; J. Watson, "Case Comment: *R. v. Sharpe*" (1999), 10 *N.J.C.L.* 251, at p. 256. In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, supra*, at p. 1206, Wilson J. commented:

With respect to s. 193 of the *Code*, I do not see how the provision can be said to infringe the guarantee of freedom of expression either on its own or in combination with s. 195.1(1)(c). In my view, only s. 195.1(1)(c) limits freedom of expression. Section 193 deals with keeping or being associated with a common bawdy-house and places no constraints on communicative activity in relation to a common bawdy-house. I do not believe that "expression" as used in s. 2(b) of the *Charter* is so broad as to capture activities such as keeping a common bawdy-house. [Emphasis added.]

151

From our jurisprudence, it is unclear whether the requirement that an activity convey or attempt to convey meaning excludes all activities which are not *prima facie* communicative from the scope of the right to free expression in s. 2(b). For example, this Court speculated that the parking of a car is not protected expression since it is not a *prima facie* communicative activity; see *Irwin Toy, supra*, at p. 969. While it may be true that s. 2(b) guarantees the right to possess "material [that] allows us to understand the thought of others", the scope of the right (in the spectrum developed by McLachlin C.J., at para. 25) to create and possess self-authored works, especially those not intended for others, in order to "consolidate our own thought" is far from clear. Thus, in our view, it is unfortunate that the Crown conceded that the right to free expression was violated in this appeal in all respects, thereby depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(b) as it applies in this case. At the same time, we recognize that, at this stage, our jurisprudence leads to the conclusion that, although harmful, the content of child pornography cannot be the basis

toujours considéré que le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) ne protège que les activités communicatives : voir, par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 40-8; J. Watson, « Case Comment: *R. v. Sharpe* » (1999), 10 *N.J.C.L.* 251, p. 256. Dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel*, précité, le juge Wilson fait l'observation suivante, à la p. 1206 :

En ce qui concerne l'art. 193 du *Code*, je ne vois pas comment on peut affirmer que cette disposition, seule ou combinée avec l'al. 195.1(1)(c), porte atteinte à la garantie de la liberté d'expression. À mon avis, seul l'al. 195.1(1)(c) limite la liberté d'expression. L'article 193 porte sur la tenue d'une maison de débauche ou le fait d'y être associé et n'impose aucune restriction aux activités de communication reliées à une maison de débauche. Je ne crois pas que le terme « expression », tel qu'il est utilisé à l'al. 2b) de la *Charte*, soit assez large pour englober des activités comme la tenue d'une maison de débauche. [Nous soulignons.]

Notre jurisprudence n'indique pas clairement si la condition que l'activité transmette ou tente de transmettre un message a pour effet de soustraire au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) toutes les activités qui ne sont pas communicatives à première vue. Par exemple, notre Cour a conjecturé que stationner une voiture n'est pas une expression protégée puisqu'il ne s'agit pas d'une activité communicative à première vue : voir *Irwin Toy*, précité, p. 969. S'il se peut que l'al. 2b) garantisse le droit de posséder du « matériel [qui] nous permet de comprendre la pensée d'autrui », la portée du droit (dans la gamme décrite par le juge en chef McLachlin au par. 25) de créer et de posséder des ouvrages dont on est soi-même l'auteur, particulièrement ceux qui ne sont pas destinés à autrui, afin de « confirmer notre propre pensée » est loin d'être claire. Par conséquent, il est malheureux, à notre avis, que le ministère public ait reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression dans la présente affaire et qu'il ait ainsi privé notre Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2b) qui s'applique en l'espèce. En même temps, nous reconnaissons que l'état actuel de notre jurisprudence amène à conclure que, bien qu'il soit nocif,

for excluding it from the scope of the s. 2(b) guarantee.

II. Section 1

A. Contextual Approach to Section 1

1. Methodology

To decide whether the limits on the accused's right to free expression imposed by s. 163.1(4) of the *Criminal Code* are justified under s. 1, we must determine whether the limits on the right constitute "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Since the advent of the landmark decision in *Oakes*, *supra*, we have made this determination in two stages. At the first stage, the Court examines whether the objective or purpose behind the limit is of sufficient importance to justify overriding a *Charter* right. The second stage considers whether the legislative means chosen are rationally connected to the legislative objective, whether those means minimally impair the *Charter* guarantee that has been infringed, and finally whether the salutary effects of the impugned provision are proportional to its deleterious effects.

While the guidelines set out in *Oakes* provide a useful analytical framework for the practical application of s. 1, it is important not to lose sight of the underlying purpose of that section, namely to balance individual rights and our communal values. Where courts are asked to consider whether a violation is justified under s. 1, they must be sensitive to the competing rights and values that exist in our democracy. As Dickson C.J. advised in *Oakes*, *supra*, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide

le contenu de la pornographie juvénile n'est pas une raison de la soustraire à la garantie de l'al. 2b).

II. L'article premier

A. La façon contextuelle d'aborder l'article premier

1. La méthode

Pour décider si la restriction du droit à la liberté d'expression de l'accusé, imposée par le par. 163.1(4) du *Code criminel*, est justifiée au sens de l'article premier, nous devons déterminer si ce droit est restreint « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Depuis que l'arrêt de principe *Oakes*, précité, a été rendu, cette détermination par notre Cour se fait en deux étapes. À la première étape, la Cour examine si l'objectif ou le but qui sous-tend la restriction est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. La deuxième étape consiste à déterminer s'il existe un lien rationnel entre les moyens choisis par le législateur et l'objectif législatif, si ces moyens portent le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte* qui est en cause et, enfin, si les effets bénéfiques de la disposition contestée sont proportionnels à ses effets préjudiciables.

Même si les lignes directrices énoncées dans l'arrêt *Oakes* offrent un cadre analytique utile pour l'application pratique de l'article premier, il importe de ne pas perdre de vue l'objectif sous-jacent de cet article, qui est d'établir un équilibre entre les droits individuels et nos valeurs collectives. Lorsqu'ils sont appelés à déterminer si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, les tribunaux doivent tenir compte des droits et des valeurs opposés qui existent dans notre démocratie. Comme le recommande le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, p. 136 :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diver-

152

153

variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

In *Slaight Communications*, *supra*, at p. 1056, a majority of this Court recognized that the underlying values of a free and democratic society guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights.

154 In keeping with the underlying purpose of s. 1 and the democratic values which it seeks to encourage, this Court has eschewed a formalistic and rigid application of the framework set out in *Oakes* in favour of a principled and contextual approach. As Wilson J. recognized in *Edmonton Journal*, *supra*, at pp.1355-56, a particular right or freedom may have a different value depending on the legislative context. An examination of the factual and social context in which an infringement of that right occurs allows the court to evaluate what truly is at stake in a particular case. In addition, the contextual approach ensures that courts are sensitive to the other values which may compete with a particular right and allows them to achieve a proper balance among these values. Section 1 determinations, therefore, are not to be made in a vacuum, nor are they to focus exclusively on the right or freedom infringed.

155 More recently, this Court has emphasized that close attention must be paid to the factual and social context in which an impugned provision exists at each stage of the s. 1 analysis. In *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J., for the majority of this Court, stated as follows, at para. 87:

sité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constituée, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, p. 1056, notre Cour, à la majorité, a reconnu que les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et qu'elles justifient la restriction de ces droits lorsque cela est indiqué.

Conformément à l'objectif sous-jacent de l'article premier et aux valeurs démocratiques qu'il cherche à promouvoir, notre Cour a renoncé à une application formaliste et rigide du cadre établi dans l'arrêt *Oakes* pour adopter une méthode contextuelle et fondée sur des principes. Comme le reconnaît le juge Wilson dans *Edmonton Journal*, précité, p. 1355-1356, une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte législatif. Un examen du contexte factuel et social dans lequel a lieu l'atteinte à ce droit permet au tribunal d'évaluer ce qui est véritablement en jeu dans une affaire donnée. En outre, la méthode contextuelle garantit que les tribunaux tiendront compte des autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec un droit particulier et leur permet d'établir un juste équilibre entre ces valeurs. Par conséquent, les déterminations fondées sur l'article premier ne doivent pas se faire en vase clos et ne doivent pas non plus porter exclusivement sur le droit ou la liberté auxquels il est porté atteinte.

Plus récemment, notre Cour a souligné la nécessité d'accorder une grande attention au contexte factuel et social de la disposition contestée, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 87, le juge Bastarache affirme, au nom de notre Cour à la majorité :

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

This approach is consistent with the approach taken by the majority of this Court in *Keegstra*, *supra*, at p. 760; *Butler*, *supra*, at p. 499; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 63; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 36; *Lucas*, *supra*; and was followed in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989.

A principled approach to the question of whether a limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society must therefore take into account all of the interests and values which are at play in the given factual context and these considerations must underlie each stage of the s. 1 analysis. A failure to consider the beneficial aspects of the law, the values and rights which it seeks to protect and foster, and the actual nature of the right infringed in the particular case until the final stage of the proportionality analysis risks doing violence to the balance between individual rights and community goals which s. 1 seeks to achieve. Before turning to the direct application of the *Oakes* test, it is necessary to consider the contextual factors introduced in *Thomson Newspapers*, *supra*.

2. Context

An examination of the social, legislative and factual context of an impugned provision and the

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

Cette méthode est compatible avec celle adoptée par notre Cour à la majorité dans *Keegstra*, précité, p. 760; *Butler*, précité, p. 499; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 63; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 36; *Lucas*, précité; et elle a été suivie dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989.

La méthode fondée sur des principes qui permet de décider si une limite est raisonnable et si la justification de cette limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique doit donc tenir compte de tous les intérêts et de toutes les valeurs en jeu dans un contexte factuel donné, et ce, à chacune des étapes de l'analyse fondée sur l'article premier. Faute de tenir compte des aspects bénéfiques de la loi, des valeurs et des droits qu'elle cherche à protéger et à promouvoir, et de la nature réelle du droit auquel il est porté atteinte dans un cas précis avant l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité, on risque de rompre l'équilibre entre les droits individuels et les objectifs collectifs que l'article premier de la *Charte* cherche à réaliser. Avant d'appliquer directement le critère de l'arrêt *Oakes*, il faut examiner les facteurs contextuels énoncés dans *Thomson Newspapers*, précité.

2. Le contexte

Pour déterminer le degré de retenue auquel a droit le législateur au cours des diverses étapes de

156

157

nature of the right that it has infringed is important in determining the degree of deference owed to the legislature in applying the various steps in the s. 1 analysis. What type of proof should the Court require of the government to justify its choice of means? How much evidence must the government provide of the harm which it has sought to address? In *Thomson Newspapers, supra*, Bastarache J. identified some of the contextual factors that are relevant to the determination of these questions (at para. 90). Amongst these factors are: the nature of the harm at issue and consequent inability to measure it scientifically or the effectiveness of a remedy (as in *Butler, supra*, at p. 502); the vulnerability of the group which the legislature seeks to protect (as in *Irwin Toy, supra*, at p. 995; *Ross v. New Brunswick School District No. 15, supra*, at para. 88); that group's own subjective fears and apprehension of harm (as in *Keegstra, supra*, at p. 857); and the nature of the expressive activity affected. The additional factor we consider is the enhancement of other *Charter* values, which recognizes the right of Parliament to give effect to moral values. While these five factors do not serve as criteria which the government must satisfy, they are relevant to the determination of whether an impugned provision is demonstrably justified.

(a) *Nature of the Harm and Inability to Measure It*

158

The very existence of child pornography, as it is defined by s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, is inherently harmful to children and to society. This harm exists independently of dissemination or any risk of dissemination and flows directly from the existence of the pornographic representations, which on their own violate the dignity and equality rights of children. The harm of child pornography is inherent because degrading, dehumanizing, and objectifying depictions of children, by their very existence, undermine the *Charter* rights of children and other members of society. Child pornography eroticises the inferior social, economic, and sexual

l'analyse fondée sur l'article premier, il importe de procéder à un examen du contexte factuel, législatif et social de la disposition contestée et de la nature du droit auquel il est porté atteinte. Quel type de preuve le tribunal devrait-il obliger le gouvernement à produire pour justifier son choix des moyens? Jusqu'à quel point le gouvernement doit-il faire la preuve du préjudice qu'il cherche à prévenir? Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge Bastarache a précisé certains des facteurs contextuels qui sont utiles pour résoudre ces questions (par. 90). On compte parmi ceux-ci la nature du préjudice en cause et l'incapacité qui s'ensuit de mesurer scientifiquement ce préjudice ou l'efficacité d'une réparation (comme dans *Butler*, précité, p. 502), la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger (comme dans *Irwin Toy*, précité, p. 995, et *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, par. 88), les craintes subjectives et la crainte de préjudice entretenue par ce groupe (comme dans *Keegstra*, précité, p. 857), et la nature de l'activité expressive touchée. L'autre facteur que nous prenons en considération est la promotion d'autres valeurs sous-jacentes à la *Charte*, qui reconnaît le droit du législateur de mettre en application des valeurs morales. Bien que ces cinq facteurs ne soient pas des critères auxquels le gouvernement doit satisfaire, ils sont pertinents pour déterminer si la justification d'une disposition contestée peut se démontrer.

a) *La nature du préjudice et l'incapacité de le mesurer*

L'existence même de la pornographie juvénile, au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, est fondamentalement préjudiciable aux enfants et à la société. Le préjudice qu'elle cause existe indépendamment de toute diffusion réelle ou potentielle et découle directement de l'existence des représentations pornographiques qui portent elles-mêmes atteinte aux droits à la dignité et à l'égalité des enfants. Le préjudice causé par la pornographie juvénile est inhérent parce que la représentation avilissante et déshumanisante d'enfants, qui en fait des objets, compromet par sa seule existence les droits constitutionnels des enfants et des autres

status of children. It preys on preexisting inequalities.

The *Report on Pornography* by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs (1978) (MacGuigan Report), spoke of the effects of pornography as follows (at p. 18:4):

The clear and unquestionable danger of this type of material is that it reinforces some unhealthy tendencies in Canadian society. The effect of this type of material is to reinforce male-female stereotypes to the detriment of both sexes. It attempts to make degradation, humiliation, victimization, and violence in human relationships appear normal and acceptable. A society which holds that egalitarianism, non-violence, consensualism, and mutuality are basic to any human interaction, whether sexual or other, is clearly justified in controlling and prohibiting any medium of depiction, description or advocacy which violates these principles.

In a similar manner, child pornography creates a type of attitudinal harm which is manifested in the reinforcement of deleterious tendencies within society. The attitudinal harm inherent in child pornography is not empirically measurable, nor susceptible to proof in the traditional manner but can be inferred from degrading or dehumanizing representations or treatment; see *Thomson Newspapers, supra*, at para. 92, and *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630. In the past this Court has not held Parliament to a strict standard of proof in showing a link between the expressive activity in question and the harm which it seeks to prevent, but has afforded Parliament a margin of appreciation to pursue legislative objectives based on less than conclusive social science evidence; see *Irwin Toy, supra*, at p. 990; *Keegstra, supra*, at p. 776; *Butler, supra*, at p. 504.

In *Butler, supra*, this Court recognized that some forms of pornography create attitudinal harm. *Butler* concerned an accused who was charged with various counts related to selling, possessing for the purposes of distribution and expos-

membres de la société. La pornographie juvénile érotise l'infériorité des enfants sur les plans social, économique et sexuel et se nourrit d'inégalités préexistantes.

Le Rapport sur la pornographie du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques (1978) (rapport MacGuigan) traite en ces termes des effets de la pornographie, 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.

De même, la pornographie juvénile crée un type de préjudice comportemental qui se manifeste par le renforcement de tendances malsaines au sein de notre société. Ce préjudice comportemental inhérent à la pornographie juvénile n'est ni mesurable empiriquement, ni susceptible d'être prouvé de la façon traditionnelle, mais son existence peut être déduite des représentations ou traitements avilissants ou déshumanisants : voir *Thomson Newspapers, précité*, par. 92, et *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630. Dans le passé, notre Cour n'a pas obligé le législateur à appliquer une norme stricte de preuve pour démontrer l'existence d'un lien entre l'activité expressive et le préjudice qu'il cherche à prévenir, mais lui a accordé une certaine latitude pour poursuivre des objectifs législatifs fondés sur des éléments de preuve non concluants en matière de sciences humaines : voir *Irwin Toy, précité*, p. 990; *Keegstra, précité*, p. 776; *Butler, précité*, p. 504.

Dans *Butler, précité*, notre Cour a reconnu que certaines formes de pornographie causent un préjudice comportemental. Dans cette affaire, l'accusé avait fait l'objet de divers chefs d'accusation de vente, de possession à des fins de distribution et

159

160

161

ing obscene materials that did not involve children. While considering the meaning of obscenity within the context of s. 163(8) of the *Criminal Code*, Sopinka J., writing for the majority, stated, at p. 479, that degrading and dehumanizing material

would, apparently, fail the community standards test not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly to women. While the accuracy of this perception is not susceptible of exact proof, there is a substantial body of opinion that holds that the portrayal of persons being subjected to degrading or dehumanizing sexual treatment results in harm, particularly to women and therefore to society as a whole.

162 Since “child pornography” is fully defined in s. 163.1(1), the community standards test developed for determining whether adult pornography is obscene has no role in determining whether pornography involving children falls within the child pornography prohibition. However, *Butler* is important since it recognizes that harmful material involving explicit sex and children may be constitutionally proscribed; see *Butler, supra*, at p. 485, *per* Sopinka J.; at p. 516, *per* Gonthier J. Section 163.1(1) targets material similar to the type found to be harmful in *Butler*. The impugned provision recognizes that the possession of child pornography has a particularly deleterious effect on society since the persons depicted and most directly harmed are children.

163 Implicit in the Court’s reasons in *Butler* is the recognition that expression that degrades or dehumanizes is harmful in and of itself. The Court broadened the traditional individualistic notion of harm, and recognized that all members of society suffer when harmful attitudes are reinforced. This broader notion of harm was also emphasized in *Keegstra, supra*, at pp. 747-48, where Dickson C.J. explained the attitudinal harm of hate propaganda as follows:

d’exposition à la vue du public de matériel obscène qui ne mettait pas en cause des enfants. En examinant le sens du mot « obscénité » dans le contexte du par. 163(8) du *Code criminel*, le juge Sopinka a affirmé, au nom de la majorité, à la p. 479, que le matériel dégradant ou déshumanisant

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.

Comme la « pornographie juvénile » fait l’objet d’une définition complète au par. 163.1(1), le critère des normes sociales établi pour déterminer si la pornographie adulte est obscène n’est d’aucune utilité pour déterminer si du matériel pornographique impliquant des enfants est visé par l’interdiction de la pornographie juvénile. Toutefois, l’arrêt *Butler* est important étant donné qu’il reconnaît que le matériel préjudiciable représentant des choses sexuelles explicites et des enfants peut être prohibé par la Constitution : voir *Butler*, précité, p. 485, le juge Sopinka; p. 516, le juge Gonthier. Le paragraphe 163.1(1) vise du matériel semblable à celui jugé préjudiciable dans *Butler*. La disposition contestée reconnaît que la possession de pornographie juvénile a un effet particulièrement néfaste sur la société étant donné que les personnes représentées et les plus directement affectées sont des enfants.

Il ressort implicitement des motifs de l’arrêt *Butler* que notre Cour reconnaît que l’expression avilissante ou déshumanisante est préjudiciable en soi. Elle a élargi la notion traditionnelle et individualiste de préjudice et a reconnu que tous les membres de la société souffrent lorsqu’il y a renforcement des comportements préjudiciables. Cette notion générale du préjudice a aussi été mise en relief dans l’arrêt *Keegstra*, précité, p. 747-748, où le juge en chef Dickson a expliqué de la façon suivante le préjudice comportemental causé par la propagande haineuse :

... the alteration of views held by the recipients of hate propaganda may occur subtly, and is not always attendant upon conscious acceptance of the communicated ideas. Even if the message of hate propaganda is outwardly rejected, there is evidence that its premise of racial or religious inferiority may persist in a recipient's mind as an idea that holds some truth, an incipient effect not to be entirely discounted

In addition to the types of harm discussed above, child pornography creates a risk of harm that flows from the possibility of its dissemination. If disseminated, child pornography involving real people immediately violates the privacy rights of those depicted, causing them additional humiliation. While attitudinal harm is not dependent on dissemination, the risk that pornographic representations may be disseminated creates a heightened risk of attitudinal harm.

Child pornography is especially valuable to paedophiles. Dr. Collins defined paedophilia in these terms: "Paedophilia is a form of paraphilia. Paraphilia very simply is the clinical term denoting sexual deviance. . . . [Paedophilia] is the erotic attraction or the sexual attraction to pre-pubescent children". Paedophiles tend to use child pornography in two primary ways. First, representations of children as sexual objects or engaged in sexual activity are used to reinforce the opinion that children are appropriate sexual partners; these cognitive distortions are then used to justify paedophilic acts. Second, many paedophiles show child pornography to children in order to lower their inhibitions towards engaging in sexual activity and to persuade them that paedophilic activity is normal; see Committee on Sexual Offences Against Children and Youths, *Sexual Offences Against Children* (1984) ("Badgley Report"), vol. 2, at p. 1209.

It should be emphasized that some of the material in the respondent's possession was on com-

... 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

Outre les types de préjudice analysés plus haut, la pornographie juvénile crée un risque de préjudice qui découle de la possibilité qu'elle soit diffusée. Si elle est diffusée, la pornographie juvénile qui représente de vraies personnes porte dès lors atteinte à leurs droits à la vie privée et leur cause ainsi une humiliation supplémentaire. Même si le préjudice comportemental ne dépend pas de la diffusion, le risque que des représentations pornographiques soient diffusées accroît le risque de préjudice comportemental.

La pornographie juvénile est particulièrement recherchée par les pédophiles. Le Dr Collins a défini la pédophilie en ces termes : [TRADUCTION] « La pédophilie est une forme de paraphilie. La paraphilie est tout simplement l'appellation clinique de la déviance sexuelle. [. . .] [La pédophilie] est l'attirance érotique ou sexuelle pour les enfants préadolescents ». Les pédophiles ont tendance à se servir de la pornographie juvénile de deux façons principales. En premier lieu, les représentations d'enfants comme étant des objets sexuels ou qui se livrent à des activités sexuelles servent à renforcer l'opinion selon laquelle les enfants sont des partenaires sexuels appropriés; ces distorsions cognitives servent alors à justifier des actes de pédophilie. En deuxième lieu, de nombreux pédophiles montrent de la pornographie juvénile à des enfants afin de vaincre leurs réticences à participer à des activités sexuelles et de les persuader que l'activité pédophilique est normale : voir Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984) (« rapport Badgley »), vol. 2, p. 1314-1315.

Il y a lieu de souligner qu'une partie du matériel trouvé en la possession de l'intimé était stockée sur

164

165

166

puter disk and capable of instantaneous distribution, creating a risk that this material might in fact be disseminated. The widespread availability of computers and the Internet has resulted in new ways of creating images, and has facilitated the storage, reproduction, and distribution of child pornography. Detective Waters likened this increased distribution to a tidal wave. As stated in Criminal Intelligence Service Canada's *Annual Report on Organized Crime in Canada* (2000), at p. 13: "The distribution of child pornography is growing proportionately with the continuing expansion of Internet use. Chat rooms available throughout the Internet global community further facilitate and compound this problem. The use of the Internet has helped pornographers to present and promote their point of view." Criminalizing the possession of child pornography may reduce the market for child pornography and decrease the exploitative use of children in its production.

des disquettes informatiques et susceptible d'être distribuée instantanément, d'où le risque que ce matériel soit effectivement diffusé. La disponibilité généralisée des ordinateurs et de l'Internet a donné lieu à de nouvelles façons de créer des images et a facilité le stockage, la reproduction et la distribution de pornographie juvénile. Le détective Waters a comparé cette distribution accrue à un raz-de-marée. Comme l'affirme le Service canadien de renseignements criminels dans son *Rapport annuel sur le crime organisé au Canada* (2000), p. 14 : « La distribution de la pornographie juvénile connaît une hausse proportionnelle à l'expansion continue de l'utilisation d'Internet. Les forums que tient la collectivité mondiale dans Internet facilitent la distribution et aggravent le problème. L'utilisation d'Internet aide les distributeurs de pornographie à présenter et à faire valoir leur point de vue. » Criminaliser la possession de pornographie juvénile peut contribuer à diminuer le marché de cette pornographie et à réduire l'exploitation d'enfants liée à sa production.

167

In short, the lack of scientific precision in the social science evidence relating to attitudinal harm available to Parliament is not a valid reason for calling into question Parliament's decision to act. It has been estimated that over 60,000 Canadians have been depicted at a young age in sexually explicit material; see Badgley Report, *supra*, vol. 2, at p. 1198. It goes without saying that child pornography which sexually exploits children in its production is harmful. Moreover, we have seen that the harms of child pornography extend far beyond direct, physical exploitation. It is harmful whether it involves real children in its production or whether it is a product of the imagination. In either case, child pornography fosters and communicates the same harmful, dehumanizing and degrading message.

Bref, le manque de précision scientifique de la preuve en matière de sciences humaines dont disposait le législateur au sujet du préjudice comportemental ne justifie pas de mettre en doute le bien-fondé de sa décision d'agir. On a évalué à plus de 60 000 le nombre d'enfants canadiens qui ont été représentés dans des poses suggestives : voir le rapport Badgley, *op. cit.*, vol. 2, p. 1303. Il va sans dire que la pornographie juvénile qui comporte l'exploitation sexuelle d'enfants est préjudiciable. De plus, nous avons constaté que les préjudices résultant de la pornographie juvénile vont beaucoup plus loin que l'exploitation directe et physique. Cette forme de pornographie est préjudiciable peu importe qu'elle fasse appel à de vrais enfants ou qu'elle soit le fruit de l'imagination. Dans l'un et l'autre cas, la pornographie juvénile entretient et communique le même message préjudiciable, déshumanisant et avilissant.

168

The basis for s. 163.1 was the clear evidence of direct harm that child pornography causes, as well as Parliament's reasoned apprehension (based on the available social science evidence) that child pornography also causes attitudinal harm. The

L'article 163.1 s'explique par la preuve manifeste du préjudice direct qui résulte de la pornographie juvénile ainsi que par la crainte raisonnée du législateur (fondée sur la preuve disponible en matière de sciences humaines) que la pornographie

decision to act was consistent with the Fraser Committee's call for measures prohibiting child pornography (*Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (1985) ("Fraser Report")). As we will see in the next section, s. 163.1 is consistent with action taken by other countries, and the international community, which have recognized and addressed the need to protect children.

(b) *The Vulnerability of Children and Their Subjective Fears*

Section 163.1 was enacted to protect children. Because of their physical, mental, and emotional immaturity, children are one of the most vulnerable groups in society, particularly with regard to sexual violence. Child pornography plays a role in the abuse of children, exploiting the extreme vulnerability of children. Pornography that depicts real children is particularly noxious because it creates a permanent record of abuse and exploitation. An analysis of the vulnerability of the group and their subjective fears supports Parliament's decision to prohibit child pornography.

(i) Actions Taken to Protect Children in Canada

Canadian society has always recognized that children are deserving of a heightened form of protection. This protection rests on the best interests of the child. The vulnerability of children is a product of the innate power imbalance that exists between adults and children. As a result of this vulnerability, children are often targets of violence and exploitation. It has been estimated that in almost 80 percent of sex crimes committed, the victims are girls, boys and young men and women under the age of 20; see N. Bala and M. Bailey, "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, at p. 292. Fully two-thirds of sexual assault victims in 1993 were children, and one-third of all victims were under the age of 10; see J. V. Roberts, "Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends"

juvénile ne cause également un préjudice comportemental. La décision d'agir était conforme à la recommandation du comité Fraser d'interdire la pornographie juvénile (*Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (1985) (« rapport Fraser »)). Comme nous le verrons dans la partie suivante, l'art. 163.1 concorde avec les mesures prises par d'autres pays et la collectivité internationale qui ont reconnu la nécessité de protéger les enfants et y ont donné suite.

(b) *La vulnérabilité des enfants et leurs craintes subjectives*

L'article 163.1 a été adopté dans le but de protéger les enfants. En raison de leur immaturité physique, mentale et émotive, les enfants forment un des groupes les plus vulnérables de la société, surtout en matière de violence sexuelle. La pornographie juvénile joue un rôle dans l'exploitation des enfants en misant sur leur extrême vulnérabilité. La pornographie qui représente de vrais enfants est particulièrement nocive parce qu'elle crée une image permanente de violence et d'exploitation. L'analyse de la vulnérabilité des membres de ce groupe et de leurs craintes subjectives étaye la décision du législateur d'interdire la pornographie juvénile.

(i) Les mesures de protection des enfants au Canada

La société canadienne reconnaît depuis toujours que les enfants méritent une forme accrue de protection. Cette protection est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant. La vulnérabilité des enfants résulte de l'inégalité normale du rapport de force qui existe entre les adultes et les enfants. En raison de cette vulnérabilité, les enfants sont souvent victimes de violence et d'exploitation. On estime que, dans près de 80 pour 100 des cas, les victimes de crime sexuel sont des filles, des garçons ainsi que des jeunes hommes et jeunes femmes de moins de 20 ans : voir N. Bala et M. Bailey, « Canada : Recognizing the Interests of Children » (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, p. 292. Au moins les deux tiers des victimes d'agression sexuelle en 1993 étaient des enfants, et un tiers de toutes les victimes avaient moins de 10 ans : voir J. V.

169

170

(1996), 21 *Queen's L.J.* 395, at p. 420. Indeed, it is thought that one in four girls and one in 10 boys will be victims of sexual assault before they reach the age of 18; see R. Bessner, "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15, at p. 16.

Roberts, « Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends » (1996), 21 *Queen's L.J.* 395, p. 420. On croit même qu'une fille sur quatre et un garçon sur 10 seront victimes d'une agression sexuelle avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans : voir R. Bessner, « Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence » (1990), 79 C.R. (3d) 15, p. 16.

171 The need to protect children from harm has been an ongoing concern for Canada. In 1991, Canada ratified the United Nations' *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, an international instrument that affirms the need to protect children from various forms of harm, including discrimination (art. 2), violence (art. 19), separation from parents except where necessary for the child's best interest (art. 9), interference with privacy, family and home (art. 16), work that threatens health, education or development (art. 32), harmful drugs and involvement in their production or distribution (art. 33), abduction, trafficking or sale (art. 35), torture (art. 37), and sexual exploitation (art. 34). Canada's support for the Convention demonstrates this country's strong commitment to protecting children's rights.

La nécessité de protéger les enfants contre tout préjudice est une préoccupation constante du Canada. En 1991, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, un document international qui proclame la nécessité de protéger l'enfant contre diverses formes de préjudice, dont la discrimination (art. 2), la violence (art. 19), le fait d'être séparé de ses parents sauf si cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 9), les immixtions dans sa vie privée, sa famille ou son domicile (art. 16), le travail susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement (art. 32), l'usage de stupéfiants et la participation de l'enfant à leur production ou à leur distribution (art. 33), l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants (art. 35), la torture (art. 37) et l'exploitation sexuelle (art. 34). L'appui du Canada à la Convention témoigne de son ferme engagement à protéger les droits des enfants.

172 In addition to ratifying the Convention, Canadian legislators have adopted other measures aimed at protecting children. Hence s. 163.1(4) is part of a broader scheme of *Criminal Code* offences which recognize the vulnerability of children and attempt to protect them from exploitation. For example, some *Criminal Code* provisions prevent an accused from relying on the consent of complainants under a certain age. For many offences the age of consent is 14, and for others it is 18; see *Criminal Code*, ss. 150.1, 151, 152, 153(1), 159, 160(3), 170, 171, 172, 271, 272, 273. In particular, s. 150.1 recognizes that children under the age of 14 are extremely vulnerable to sexual exploitation, and thus prevents those charged of doing so from raising the defence of consent. Similarly, s. 212(4) prevents any person

En plus de ratifier la Convention, les législateurs canadiens ont adopté d'autres mesures de protection des enfants. Le paragraphe 163.1(4) fait donc partie de l'ensemble général des dispositions relatives aux infractions du *Code criminel* qui reconnaissent la vulnérabilité des enfants et tentent de les protéger contre toute exploitation. Par exemple, certaines dispositions du *Code criminel* empêchent l'accusé d'invoquer le consentement de plaignants qui n'ont pas atteint un certain âge. Pour de nombreuses infractions, l'âge du consentement est de 14 ans, tandis que pour d'autres infractions, il est de 18 ans : voir les art. 150.1, 151, 152, 159, 170, 171, 172, 271, 272 et 273 ainsi que les par. 153(1) et 160(3) du *Code criminel*. En particulier, l'art. 150.1 reconnaît que les enfants de moins de 14 ans sont extrêmement vulnérables à l'exploita-

from receiving the sexual services of a person under the age of 18 for consideration. Other sections are designed to address children's special vulnerability. Section 215 imposes a legal duty on parents or guardians to provide the necessities of life to children under 16 years of age. Finally, there exists a special framework for dealing with children as young offenders. Under the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, children are offered procedural safeguards, and are subject to attenuated penalties.

In the civil law context, child protection legislation provides for apprehension of a child when, for example, there is a risk that the child may be harmed; see *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 17, 18; *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 16 to 19 and 25 to 33; *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, ss. 21 to 26, 38(7), 53; *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3); *Child Welfare Act*, R.S.N. 1990, c. C-12, ss. 13, 14, 15; *Child and Family Services Act*, S.N.W.T. 1997, c. 13, ss. 10, 11(1), 33; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, ss. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34; *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 40(2), (3), (5), (7) to (10), 41 to 44; *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, ss. 1(1)(c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)(b), 19(b); *Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, ss. 2, 3 and 46; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, ss. 2(1)(p), 7, 8, 13, 17, 18(1); *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119.

Canadian courts have shown an increased awareness of the rights and interests of children. Our Court has repeatedly articulated the importance of protecting children and youth from various forms of harm; see, for example, *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at p. 948, *per* McLachlin J.;

tion sexuelle et interdit à la personne accusée d'exploitation sexuelle d'un tel enfant d'invoquer le consentement comme moyen de défense. De même, le par. 212(4) interdit à quiconque d'obtenir, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans. D'autres dispositions visent à remédier à la vulnérabilité particulière des enfants. L'article 215 impose aux parents ou aux gardiens l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence des enfants de moins de 16 ans. Enfin, il existe un régime particulier pour le traitement des enfants qui sont de jeunes contrevenants. En vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, les enfants disposent de garanties procédurales et sont passibles de peines réduites.

Dans le contexte du droit civil, des mesures législatives visant la protection des enfants prévoient l'apprehension d'un enfant lorsque, par exemple, il y a risque qu'il subisse un préjudice : voir *Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 17, 18; *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 16 à 19 et 25 à 33; *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21 à 26, 38(7), 53; *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3); *Child Welfare Act*, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 13, 14, 15; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 13, art. 10, 11(1), 33; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 40(2), (3), (5), (7) à (10), 41 à 44; *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, art. 1(1)(c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)(b), 19(b); *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 2, 3, 46; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 2(1)(p), 7, 8, 13, 17, 18(1); *Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 119.

Les tribunaux canadiens ont manifesté une attention accrue à l'égard des droits et des intérêts des enfants. Notre Cour a souligné à maintes reprises l'importance d'assurer la protection des enfants et des jeunes contre diverses formes de préjudice : voir, par exemple, *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906,

M. (K.) v. M. (H.), [1992] 3 S.C.R. 6; *Irwin Toy*, *supra*; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *L. (D.O.)*, *supra*, at p. 439, *per* L'Heureux-Dubé J. The common law, based on the *parens patriae* jurisdiction, has recognized the power of state institutions to intervene to protect children who are at risk; see, for example, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 88. Further, in cases such as *Young v. Young*, *supra*, at pp. 84-85, this Court has reaffirmed that any decision affecting a child must be made in his or her best interests, which include, but are not limited to, ensuring that the child is protected from harm, whether caused by others or self-inflicted, and, importantly, seeking to foster the healthy development of the child to adulthood.

(ii) Actions Taken Internationally to Protect Children

175

The protection of children from harm is a universally accepted goal. While this Court has recognized that, generally, international norms are not binding without legislative implementation, they are relevant sources for interpreting rights domestically; see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at pp. 349-50; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. As stated in R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 330:

... the legislature is presumed to respect the values and principles enshrined in international law, both customary and conventional. These constitute a part of the legal context in which legislation is enacted and read. In so far as possible, therefore, interpretations that reflect these values and principles are preferred.

176

In *Slaight Communications*, *supra*, at pp. 1056-57, this Court explained that a balancing of competing interests must be informed by Canada's international obligations. The fact that a value has the status of an international human right is indica-

p. 948, le juge McLachlin; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Irwin Toy*, précité; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *L. (D.O.)*, précité, p. 439, le juge L'Heureux-Dubé. La common law, sur le fondement de la compétence *parens patriae*, a reconnu le pouvoir des institutions de l'État d'intervenir pour protéger les enfants en situation de risque : voir, par exemple, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 88. De plus, dans des arrêts comme *Young c. Young*, précité, p. 84-85, notre Cour a confirmé que toute décision touchant un enfant doit être prise en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment, et non exclusivement, en assurant sa protection contre le préjudice causé par autrui ou qu'il s'inflige à lui-même et, ce qui est important, en cherchant à promouvoir le sain développement de l'enfant jusqu'à l'âge adulte.

(ii) Les mesures de protection des enfants à l'échelle internationale

La protection des enfants contre le préjudice est un objectif accepté universellement. Même si notre Cour reconnaît qu'en général elles ne lient pas les tribunaux en l'absence d'une mise en œuvre législative, les normes internationales sont une source utile d'interprétation des droits sur le plan national : voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349-350; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Comme le dit R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 330 :

[TRADUCTION] ... le législateur est présumé respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes.

Dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, p. 1056-1057, notre Cour explique que l'évaluation d'intérêts opposés doit tenir compte des obligations internationales du Canada. Le fait qu'une valeur soit reconnue par le droit international de la

tive of the high degree of importance with which it must be considered; see also *Keegstra, supra*, at p. 750.

Both legislators abroad and the international community have acknowledged the vulnerability of children and the resulting need to protect them. It is therefore not surprising that the *Convention on the Rights of the Child* has been ratified or acceded to by 191 states as of January 19, 2001, making it the most universally accepted human rights instrument in history.

Indeed, international law is rife with instruments that emphasize the protection of children. Article 25(2) of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc A/810, at p. 71 (1948), recognizes that “childhood [is] entitled to special care and assistance”. The United Nations *Declaration of the Rights of the Child*, G.A. Res. 1386 (XIV) (1959), in its preamble, states that the child “needs special safeguards and care”. In 1992, the United Nations Commission on Human Rights adopted the *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, 55th Mtg., 1992/74. Additional instruments such as the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 10(3), and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 24, also emphasize the protection of children. The recent *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography*, A/RES/54/263 (2000), which prohibits, *inter alia*, child pornography, has already been signed by 69 states; see <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty18_asp.htm> (accessed January 23, 2001).

Section 163.1 of Canada’s *Criminal Code* reflects a growing trend towards the criminalization of the possession of child pornography. A number of international bodies have recognized

personne indique toute l’importance qu’il faut lui accorder. Voir également *Keegstra*, précité, p. 750.

Les législateurs étrangers tout autant que la collectivité internationale reconnaissent la vulnérabilité des enfants et la nécessité qui s’ensuit de les protéger. Il n’est donc pas étonnant que la *Convention relative aux droits de l’enfant* ait fait l’objet d’une ratification ou d’une adhésion par 191 États, dès le 19 janvier 2001, ce qui en fait l’instrument de défense des droits de la personne le plus universellement accepté de l’histoire.

En réalité, une multitude d’instruments du droit international mettent l’accent sur la protection des enfants. Le paragraphe 25(2) de la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), reconnaît que « l’enfance [a] droit à une aide et à une assistance spéciales ». La *Déclaration des droits de l’enfant* des Nations Unies, Rés. A.G. 1386 (XIV) (1959), dans son préambule, déclare que l’enfant « a besoin d’une protection spéciale et de soins spéciaux ». En 1992, la Commission des droits de l’homme des Nations Unies a adopté le *Programme d’action pour la prévention de la vente d’enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, 55^e séance, 1992/74. D’autres instruments comme le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, par. 10(3), et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 24, mettent aussi l’accent sur la protection des enfants. Le récent *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l’enfant concernant la vente d’enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, A/RES/54/263 (2000), qui interdit notamment la pornographie juvénile, a déjà été signé par 69 États : voir <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/treaty18_asp_fr.htm> (consulté le 23 janvier 2001).

L’article 163.1 du *Code criminel* du Canada reflète une tendance grandissante à criminaliser la possession de pornographie juvénile. De nombreux organismes internationaux ont reconnu qu’il fallait

177

178

179

that possession must be targeted to effectively address the harms of child pornography; see *Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/49/478 (1994), at paras. 196-97; *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, *supra*, at para. 53; *Draft Joint Action to combat child pornography on the Internet*, [1999] O.J.C. 219/68, art. 1; *International traffic in child pornography*, ICPO-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).

s'attaquer à la possession pour prévenir efficacement les préjudices causés par la pornographie juvénile : voir *Vente d'enfants, prostitution des enfants et pornographie impliquant des enfants : Note du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/49/478 (1994), par. 196-197; *Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, par. 53; *Projet d'action commune relative à la lutte contre la pédopornographie sur Internet*, [1999] J.O.C. 219/68, art. 1; *Trafic international de matériel pornographique mettant en scène des enfants*, OIPC-Interpol, AGN/65/RES/9 (1996).

180

Domestic legislation in a number of countries criminalizes the possession of child pornography, regardless of whether the possessor has an intent to disseminate; see, for example, Australia: *Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995* (Cth.), and state and territorial legislation in the Australian Capital Territory, New South Wales, Northern Territory, Queensland, South Australia, Tasmania, Victoria and Western Australia, which classify and prohibit various forms of child pornography; Belgium: art. 383*bis* of the *Criminal Code*, which proscribes private possession of figures, things, films, photos, slides or other visual representations of sexual acts or positions involving persons under 16 that are characterized as pornographic; England: *Protection of Children Act 1978* (U.K.), 1978, c. 37, ss. 1 and 7; *Criminal Justice Act 1988* (U.K.), 1988, c. 33, s. 160, and *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33, ss. 84 to 86, which target private possession of photographs and pseudo-photographs of persons under 16 or who appear to be under 16; Ireland: *Child Trafficking and Pornography Act, 1998*, ss. 2 and 6, which defines child as a person under the age of 17, bans the private possession of (1) any visual representation that shows a person who is or is depicted as a child engaged in or witnessing explicit sexual activity and any visual representation whose dominant characteristic is the depiction of the genital or anal region of a child for sexual purposes; (2) any audio representation of a person who is or is represented as being a child and who is engaged in or is represented as being engaged in explicit sexual activity;

La législation interne de nombreux pays criminalise la possession de pornographie juvénile, peu importe que le possesseur ait ou non l'intention de diffuser le matériel : par exemple, l'Australie (*Classification (Publications, Films and Computer Games) Act of 1995* (Cth.)), et des lois du Territoire de la capitale fédérale, de la Nouvelle-Galles du Sud, du Territoire du Nord, du Queensland, de l'Australie-Méridionale, de la Tasmanie, de Victoria et de l'Australie-Occidentale) classifie et interdit diverses formes de pornographie juvénile; la Belgique (art. 383*bis* du *Code pénal*) interdit la possession personnelle d'emblèmes, d'objets, de films, de photos, de diapositives ou d'autres supports visuels qui représentent des positions ou des actes sexuels à caractère pornographique, impliquant des mineurs âgés de moins de 16 ans; l'Angleterre (*Protection of Children Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 37, art. 1 et 7; *Criminal Justice Act 1988* (R.-U.), 1988, ch. 33, art. 160, et *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 84 à 86) prend pour cible la possession personnelle de photos et de pseudo-photos de personnes ayant, ou paraissant avoir, moins de 16 ans; l'Irlande (*Child Trafficking and Pornography Act, 1998*, art. 2 et 6) définit l'enfant comme une personne âgée, ou décrite comme âgée, de moins de 17 ans, et interdit la possession personnelle, premièrement, de toute représentation visuelle montrant un enfant qui participe ou assiste à des activités sexuelles explicites et de toute représentation visuelle dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes génitaux ou de la région anale d'un enfant, deuxième-

(3) any visual or audio representation that advocates, encourages or counsels any sexual activity with children which is an offence; and (4) any visual representation or description of or information relating to a child that indicates or implies that the child is available to be used for the purposes of sexual exploitation; New Zealand: *Films, Videos, and Publications Classification Act 1993*, ss. 2, 3 and 131, which proscribes private possession of publications that describe, depict, express or otherwise deal with matters such as sex, horror, crime, cruelty, or violence such that the availability of the publication is likely to be injurious to the public good in that it promotes, supports or tends to promote or support the exploiting of children or young persons, for sexual purposes; and the United States: 18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B) and 2256 (1994 & Supp. IV 1998), which targets photographs, film, video or pictures, computer or computer-generated images or pictures of sexually explicit conduct involving a person who is under 18 or who appears to be under 18. This statute has been interpreted as including only those visual images which are easily mistaken for that of a real child; see, for example, *United States v. Hilton*, 167 F.3d 61 (1st Cir. 1999), at p. 72. Therefore, drawings, sculptures and paintings are not proscribed.

(c) *The Nature of the Expressive Activity Affected*

The nature of the expressive activity at issue is another important contextual factor that has emerged from the Court's s. 2(b) jurisprudence. The Court has emphasized that under s. 1, the level of protection to which expression is entitled will vary with the nature of the expression. The more distant the expression from the core values underlying the right, the more likely action restricting it can be justified; see *Keegstra*, *supra*, at p. 765; *Lucas*, *supra*, at para. 34. Defamatory libel, hate

mement, de toute représentation audio d'une personne qui est un enfant ou qui est présentée comme telle et qui se livre ou est présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite, troisièmement, de toute représentation visuelle ou audio préconisant, encourageant ou conseillant une activité sexuelle avec des enfants qui constitue une infraction, et quatrièmement, de toute représentation visuelle ou description d'un enfant ou de toute information au sujet d'un enfant indiquant ou laissant entendre qu'on peut disposer de l'enfant à des fins d'exploitation sexuelle; la Nouvelle-Zélande (*Films, Videos, and Publications Classification Act 1993*, art. 2, 3, 131) interdit la possession personnelle de publications décrivant, représentant, exposant ou abordant d'autres façons des sujets relatifs au sexe, à l'horreur, au crime, à la cruauté ou à la violence, de sorte que la disponibilité de la publication risque de nuire au bien public du fait qu'elle préconise ou encourage, ou tend à préconiser ou à encourager, l'exploitation d'enfants ou de jeunes personnes à des fins sexuelles; les États-Unis (18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B) et 2256 (1994 & Supp. IV 1998)) prennent pour cible les photos, les films, les films vidéo, les images ou les images informatiques ou conçues par ordinateur d'actes sexuellement explicites impliquant une personne de moins de 18 ans ou semblant avoir moins de 18 ans. Cette loi a été interprétée comme ne visant que les images visuelles qui peuvent facilement être perçues à tort comme représentant un vrai enfant : voir, par exemple, *United States c. Hilton*, 167 F.3d 61 (1st. Cir. 1999), p. 72. Par conséquent, les dessins, sculptures et peintures ne sont pas interdits.

c) *La nature de l'activité expressive touchée*

La nature de l'activité expressive en cause est un autre facteur contextuel important qui ressort de la jurisprudence de notre Cour relative à l'al. 2b). La Cour a souligné que, en vertu de l'article premier de la *Charte*, le degré de protection auquel l'expression a droit varie selon la nature de l'expression. Plus l'expression s'éloigne des valeurs fondamentales qui sous-tendent ce droit, plus la mesure qui la restreint peut être justifiée : *Keegstra*, précité, p. 765; *Lucas*, précité, par. 34. Le libelle dif-

speech and pornography are far removed from the core values of freedom of expression and have been characterized as low value expression, which merits an attenuated level of constitutional protection; see *Lucas, supra*, at para. 93; *Butler, supra*, at p. 500; *Keegstra, supra*, at p. 765. These forms of expression receive an attenuated level of constitutional protection not because a lower standard of justification is applied to the government, but because the low value of the expression is more easily outweighed by the objective of the infringing legislation: see *Thomson Newspapers, supra*, at para. 91.

182 We will now address the nature of the expression in light of the three core values of freedom of expression: (1) the search for truth; (2) participation in political decision-making; and (3) diversity in forms of self-fulfilment and human flourishing.

183 It is clear that the possession of child pornography contributes nothing to the search for truth. The impugned provision prohibits the possession of material which visually depicts children engaged in sexual activity or which has as its dominant characteristic the depiction, for a sexual purpose, of the sexual organ or the anal region of a child. The written material prohibited is that which advocates or counsels the commission of sexual offences against children. The message conveyed by child pornography perpetuates lies about children's humanity. It promotes the false view that children are appropriate sexual partners and that they are sexual objects to be used for the sexual gratification of adults. It encourages and condones their sexual abuse. These messages contribute nothing to the search for truth and are in fact detrimental to that search.

184 It is equally clear that there is no link between the possession of "child pornography" (as defined in s. 163.1(1)) and participation in the political process. While children may not be accorded equal participation in our political process, they are deserving of equal treatment as members of our community. In *Keegstra, supra*, at p. 764, Dickson

famatoire, la propagande haineuse et la pornographie s'écartent grandement des valeurs fondamentales de la liberté d'expression et ont été qualifiés d'expression de faible valeur qui mérite une protection constitutionnelle atténuée : *Lucas, précité*, par. 93; *Butler, précité*, p. 500; *Keegstra, précité*, p. 765. Ces formes d'expression bénéficient d'une protection constitutionnelle atténuée non pas parce que le gouvernement doit satisfaire à une norme de justification moins exigeante, mais parce que, compte tenu de la faible valeur de l'expression, l'objectif de la mesure législative attentatoire l'emporte plus facilement sur celle-ci : voir *Thomson Newspapers, précité*, par. 91.

Examinons maintenant la nature de l'expression en fonction des trois grandes valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression : (1) la recherche de la vérité, (2) la participation à la prise d'une décision politique, et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels.

Il est clair que la possession de pornographie juvénile n'apporte rien à la recherche de la vérité. La disposition contestée interdit la possession de matériel représentant visuellement des enfants se livrant à une activité sexuelle ou dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le matériel écrit touché par l'interdiction est celui qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le message véhiculé par la pornographie juvénile perpétue des mensonges au sujet de l'humanité des enfants. Il promeut l'idée fautive que les enfants sont des partenaires sexuels appropriés et qu'ils sont des objets sexuels susceptibles de servir à la gratification sexuelle des adultes. Il encourage et excuse leur exploitation sexuelle. Ces messages n'apportent rien, et sont en fait nuisibles, à la recherche de la vérité.

Il est tout aussi évident qu'il n'existe aucun lien entre la possession de « pornographie juvénile » (au sens du par. 163.1(1)) et la participation au processus politique. Même si les enfants peuvent ne pas jouir d'une participation égale à notre processus politique, ils méritent d'être traités sur un pied d'égalité à titre de membres de notre collecti-

C.J. recognized that messages of degradation, which undermine the dignity and equality of members of identifiable groups, subvert the democratic aspirations of the expression guarantee by undermining the participation of those groups in the political process. In *Thomson Newspapers, supra*, at para. 92, Bastarache J. found that the same could be said of pornographic expression. He recognized that in *Irwin Toy, supra*, the interests of advertisers meant that there was a likelihood that their speech would manipulate children and would play on their vulnerability. In each of these cases, the type of speech involved systematically undermined the position of some members of society. Child pornography similarly undermines the position of children in society. In this sense, it is antithetical to the democratic values underlying the guarantee of freedom of expression.

The expression at issue in this case is linked to the value of self-fulfilment, but only in a limited sense since s. 163.1(4) of the *Criminal Code* in no way impedes positive self-fulfilment. In *Butler, supra*, the Attorney General for Ontario argued that the only value underlying pornography as a form of expression was self-fulfilment in its most basic aspect, that of pure physical arousal (pp. 499-500). We find this argument particularly apposite in relation to child pornography. Child pornography is used to fuel the fantasies of paedophiles and is also used to facilitate their exploitation of children. It hinders children's own self-fulfilment and autonomous development by eroticising their inferior social, economic and sexual status. It reinforces the message that their victimization is acceptable. In our view, that message denies children their autonomy and dignity. In relation to adult pornography, Sopinka J. found in *Butler* that such expression does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the "core" of the freedom of expression values (p. 500). We agree with this statement and

with *Keegstra, précité*, p. 764, le juge en chef Dickson a reconnu que les messages avilissants qui minent la dignité et l'égalité des membres de groupes identifiables détruisent les aspirations démocratiques de la garantie d'expression en compromettant la participation de ces groupes au processus politique. Dans *Thomson Newspapers, précité*, par. 92, le juge Bastarache a conclu qu'on peut dire la même chose de l'expression pornographique. Il a constaté que, dans *Irwin Toy, précité*, les intérêts des annonceurs faisaient que leur discours manipulerait probablement les enfants et miserait sur leur vulnérabilité. Dans chacune de ces affaires, le type de discours en cause affaiblissait systématiquement la position de certains membres de la société. La pornographie juvénile affaiblit de façon semblable la position des enfants dans la société. En ce sens, elle va à l'encontre des valeurs démocratiques qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression.

L'expression en cause dans la présente affaire a un lien avec la valeur de l'épanouissement personnel, mais uniquement dans un sens restreint puisque le par. 163.1(4) du *Code criminel* n'entrave aucunement l'épanouissement personnel positif. Dans l'affaire *Butler, précitée*, le procureur général de l'Ontario avait fait valoir que la seule valeur qui sous-tendait la pornographie comme forme d'expression était l'épanouissement personnel, dans son aspect le moins digne, celui de la simple stimulation physique (p. 499-500). Nous jugeons cet argument particulièrement pertinent en ce qui a trait à la pornographie juvénile. Cette forme de pornographie sert à alimenter les fantasmes des pédophiles et à leur faciliter l'exploitation d'enfants. Elle nuit à l'épanouissement personnel et au développement autonome des enfants en érotisant leur situation d'infériorité sur les plans social, économique et sexuel. Elle renforce le message selon lequel il est acceptable d'en faire des victimes. À notre avis, ce message prive les enfants de leur autonomie et de leur dignité. Dans l'arrêt *Butler*, le juge Sopinka conclut, au sujet de la pornographie adulte, que cette forme d'expression n'a pas la même importance que les autres formes d'expression qui touchent directement à l'« essence » des valeurs relatives à la liberté d'expression (p. 500).

find it equally applicable in the context of child pornography.

Nous sommes d'accord avec cet énoncé et nous jugeons qu'il s'applique également dans le contexte de la pornographie juvénile.

186 The possession of child pornography has no social value; it has only a tenuous connection to the value of self-fulfilment underlying the right to free expression. As such, it warrants only attenuated protection. Hence, increased deference should be accorded to Parliament's decision to prohibit it.

La possession de pornographie juvénile n'a aucune valeur sociale; elle n'a qu'un lien ténu avec la valeur d'épanouissement personnel qui sous-tend le droit à la liberté d'expression. À ce titre, elle ne justifie qu'une protection atténuée. Il y a donc lieu de faire preuve de plus de retenue à l'égard de la décision du législateur de l'interdire.

(d) *Enhancement of Other Charter Values*

d) *La promotion d'autres valeurs sous-jacentes à la Charte*

187 This Court has previously considered the *Charter* rights of other members of society as a contextual factor relevant to determining the proper level of deference. For example, in *Keegstra, supra*, the impugned legislation prohibited the willful promotion of hatred against any identifiable group. Dickson C.J. found that s. 15 and s. 27 of the *Charter* were relevant to determining the importance of the government's objective of eradicating hate propaganda. At p. 756, he quoted with approval the following statement of one of the interveners in the case:

Notre Cour a déjà considéré que les droits garantis par la *Charte* à d'autres membres de la société sont un facteur contextuel pertinent pour décider de la mesure de retenue qui s'impose. Par exemple, dans *Keegstra*, précité, le texte législatif attaqué interdisait la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. Le juge en chef Dickson a conclu que les art. 15 et 27 de la *Charte* étaient pertinents pour déterminer l'importance de l'objectif gouvernemental d'élimination de la propagande haineuse. À la page 756, il cite, en l'approuvant, la déclaration suivante de l'un des intervenants dans l'affaire :

Government sponsored hatred on group grounds would violate section 15 of the *Charter*. Parliament promotes equality and moves against inequality when it prohibits the wilful public promotion of group hatred on these grounds. It follows that government action against group hate, because it promotes social equality as guaranteed by the *Charter*, deserves special constitutional consideration under section 15.

[TRADUCTION] La haine dirigée contre un groupe, avec l'encouragement du gouvernement, serait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Le Parlement favorise l'égalité et prend des mesures contre l'inégalité en interdisant la fomentation de la haine collective. Cela signifie que l'action gouvernementale visant la haine dirigée contre un groupe, parce qu'elle favorise l'égalité sociale garantie par la *Charte*, mérite un examen constitutionnel spécial en vertu de l'art. 15.

In *Taylor, supra*, Dickson C.J. further emphasized the role of other *Charter* rights in the application of s. 1, stating that in applying *Oakes*, the Court must "give full recognition to other provisions of the *Charter*, in particular ss. 15 and 27" (pp. 916-17). In our view, the positive influence of a government measure on other *Charter* rights, and in turn the negative effect of an expressive activity on the rights of other members of the community, are important factors to be considered in the application of the s. 1 analysis. This approach ensures that

Dans *Taylor*, précité, le juge en chef Dickson a souligné davantage le rôle d'autres droits garantis par la *Charte* dans l'application de l'article premier, en précisant qu'en appliquant l'arrêt *Oakes*, la Cour doit « tenir pleinement compte d'autres dispositions de la *Charte*, notamment des art. 15 et 27 » (p. 916-917). À notre avis, l'influence positive d'une mesure gouvernementale sur d'autres droits garantis par la *Charte* et, par ailleurs, l'effet négatif d'une activité expressive sur les droits d'autres membres de la collectivité sont des fac-

the analysis of whether an impugned provision is reasonably justified in a free and democratic society is undertaken in a manner which promotes our democratic values.

In the Fraser Report, *supra*, the Committee described its concerns with child pornography as follows (vol. 2, at p. 571):

... we are concerned with depictions that can be seen to undermine the values which we believe are fundamental to our society. It is our view that material which uses and depicts children in a sexual way for the entertainment of adults, undermines the rights of children by diminishing the respect to which they are entitled.

This description of the effects of child pornography on children's rights strikes a sombre chord. The written material and images captured by s. 163.1(1) (which depict children engaged in explicit sexual activity or which depict their sexual organs for a sexual purpose), degrade and dehumanize them. They portray children as mere sexual objects available for the gratification of adults. They play on children's inequality. Hence, this material is in direct conflict with the guarantee of equality in s. 15. In *Butler, supra*, Sopinka J. stated as follows, at p. 497:

... if true equality between male and female persons is to be achieved, we cannot ignore the threat to equality resulting from exposure to audiences of certain types of violent and degrading material. Materials portraying women as a class as objects for sexual exploitation and abuse have a negative impact on 'the individual's sense of self-worth and acceptance'.

Similarly, Parliament's attempt to prohibit the possession of child pornography can be seen as promoting children's right to equality.

Child pornography also undermines children's right to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7. Their psychological and physi-

teurs importants à considérer dans l'analyse fondée sur l'article premier. Cette approche garantit que l'analyse visant à déterminer si une disposition attaquée est raisonnablement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique sera effectuée d'une manière conforme à nos valeurs démocratiques.

Dans le rapport Fraser, *op. cit.*, vol. 2, p. 613, le Comité décrit ainsi ses inquiétudes au sujet de la pornographie juvénile :

... nous nous inquiétons des représentations qui peuvent sembler porter atteinte aux valeurs que nous croyons fondamentales dans notre société. À notre avis, les productions qui utilisent et représentent des enfants à des fins sexuelles pour le divertissement des adultes portent atteinte aux droits des enfants en sapant le respect auquel ils ont droit.

Cette description des effets de la pornographie juvénile sur les droits des enfants a de quoi consterner. Les écrits et images visés par le par. 163.1(1) (qui représentent des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite ou qui représentent leurs organes sexuels dans un but sexuel) ont pour effet de les avilir et de les déshumaniser. Ils dépeignent les enfants comme de simples objets sexuels disponibles pour la gratification des adultes. Ils misent sur l'inégalité des enfants. Ce matériel entre donc directement en conflit avec la garantie d'égalité prévue à l'art. 15. Dans l'arrêt *Butler*, précité, p. 497, le juge Sopinka affirme ceci :

... 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».

De même, la tentative du législateur d'interdire la possession de pornographie juvénile peut être perçue comme favorisant le droit des enfants à l'égalité.

La pornographie juvénile sape également le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit à l'enfant. La sécurité

188

189

cal security is placed at risk by their use in pornographic representations. Those children who are used in the production of child pornography are physically abused in its production. Moreover, child pornography threatens the physical and psychological security of all children, since it can be encountered by any child. Regardless of its authorship, be it of the child or others, it plays on children's weaknesses and may lead to attitudinal harm; see Fraser Report, *supra*, vol. 2, at pp. 570-71. We recognize that privacy is an important value underlying the right to be free from unreasonable search and seizure and the right to liberty. However, the privacy of those who possess child pornography is not the only interest at stake in this appeal. The privacy interests of those children who pose for child pornography are engaged by the fact that a permanent record of their sexual exploitation is produced. This privacy interest is also triggered when material which is created by teenagers in a "consensual environment" is disseminated.

psychologique et physique des enfants est compromise par l'utilisation qu'on fait d'eux dans des représentations pornographiques. Les enfants qui sont utilisés pour produire de la pornographie juvénile sont alors agressés physiquement. De plus, la pornographie juvénile compromet la sécurité physique et psychologique de tous les enfants puisqu'ils peuvent tous y être exposés. Peu importe qui en est l'auteur, que ce soient des enfants ou d'autres personnes, cette forme de pornographie mise sur les faiblesses des enfants et peut causer un préjudice comportemental : voir rapport Fraser, *op. cit.*, vol. 2, p. 613. Nous reconnaissons que le droit à la vie privée est une valeur importante qui sous-tend le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives ainsi que le droit à la liberté. Toutefois, le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile ne constitue pas le seul droit en jeu dans le présent pourvoi. Le droit à la vie privée des enfants qui figurent dans la pornographie juvénile entre en jeu du fait qu'il y a production d'un enregistrement permanent de leur exploitation sexuelle. Ce droit à la vie privée intervient également lorsque du matériel créé par des adolescents dans un « environnement consensuel » est diffusé.

190 In enacting s. 163.1(4) and prohibiting the possession of child pornography, Parliament promulgated a law which seeks to foster and protect the equality rights of children, along with their security of the person and their privacy interests. The importance of these *Charter* rights cannot be ignored in the analysis of whether the law is demonstrably justified in a free and democratic society and warrants a more deferential application of the criteria set out in *Oakes*.

En adoptant le par. 163.1(4) et en interdisant la possession de pornographie juvénile, le Parlement a promulgué un texte législatif visant à promouvoir et à protéger les droits des enfants à l'égalité, de même que la sécurité de leur personne et leur droit à la vie privée. L'importance de ces droits garantis par la *Charte* ne saurait être passée sous silence dans l'analyse servant à déterminer si la mesure législative est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique et si les critères de l'arrêt *Oakes* devraient être appliqués avec plus de retenue.

191 In enacting s. 163.1(4), Parliament set social policy having regard to moral values, as it is entitled to do. It is accepted that, while the criminal law is not confined to prohibiting immoral acts, Parliament does have the right to make moral judgments in criminalizing certain forms of conduct. In

Dans ce paragraphe, le législateur a établi une politique sociale en fonction de certaines valeurs morales, comme il est en droit de le faire. Il est admis que, même si le droit criminel ne se limite pas à l'interdiction d'actes immoraux, le législateur a le droit de porter des jugements de valeur en

Butler, supra, Sopinka J. found as follows, at p. 493:

... I cannot agree with the suggestion of the appellant that Parliament does not have the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society.

The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values. Like all legislative decisions, however, such moral decisions and judgments must be assessed in light of *Charter* values.

The appraisal of each of the contextual factors demonstrates that in this case increased deference to Parliament is warranted. With that in mind, we now apply the *Oakes* test to s. 163.1(4).

B. *Application of the Oakes Test*

1. Is the Objective Pressing and Substantial?

Parliament's overarching objective in proscribing the possession of child pornography was to protect children. This is set out in the following statement, made by the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice as he introduced what is now s. 163.1 for second reading in the House of Commons:

... children matter. They are the most vulnerable members of our society. They are vulnerable to emotional, sexual, and physical abuse. Our children must have the opportunity to grow up in safe, nurturing communities protected from such abuse.

The purpose of a law specifically addressing child pornography is to deal with the sexual exploitation of children and to make a statement regarding the inappropriate use and portrayal of children in media and art which have sexual aspects.

Our message is that children need to be protected from the harmful effects of child sexual abuse and

criminalisant certaines formes de comportement. Dans *Butler*, précité, p. 493, le juge Sopinka tire la conclusion suivante :

... 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.

Notre Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales. À l'instar de toutes les décisions législatives, ces décisions et jugements de valeur doivent cependant être appréciés à la lumière des valeurs de la *Charte*.

L'évaluation de chacun des facteurs contextuels démontre qu'il est justifié, en l'espèce, de faire montre d'une plus grande retenue envers le législateur. Ayant cela à l'esprit, nous passons maintenant à l'application du critère de l'arrêt *Oakes* au par. 163.1(4).

B. *L'application du critère de l'arrêt Oakes*

1. L'objectif visé est-il urgent et réel?

L'objectif premier du législateur en interdisant la possession de pornographie juvénile est de protéger les enfants. C'est ce que précise, dans la déclaration suivante, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice en présentant en deuxième lecture à la Chambre des communes la disposition qui allait devenir l'art. 163.1 :

... les enfants comptent chez nous. Ils sont les membres les plus vulnérables de notre société. Ils sont exposés à des actes de violence psychologique, sexuelle et physique. Il faut leur donner la possibilité de grandir dans un environnement sûr, à l'abri de ces diverses formes d'exploitation.

En présentant ce projet de loi sur la pornographie juvénile, nous avons voulu traiter de l'exploitation sexuelle des enfants et prendre position sur l'utilisation et la représentation sexuelle inappropriée d'enfants, dans les médias et dans les arts.

Le message que nous voulons transmettre au moyen de ce projet de loi, c'est que les enfants ont besoin d'être

192

193

exploitation and are not appropriate sexual partners. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, at p. 20328)

194 Parliament has recognized that children are the most vulnerable members of our society and that they are especially vulnerable to sexual abuse. Any provision which protects both children and society by attempting to eradicate the sexual exploitation of children clearly has a pressing and substantial purpose.

195 The pressing need for this legislation is supported by the presence of legislation which prohibits the possession of child pornography in most free and democratic societies. As noted, laws in Australia, Belgium, England, Ireland, New Zealand and the United States criminalize the possession of child pornography, regardless of whether the possessor has an intent to disseminate; see also *Butler, supra*, at p. 497, for adult pornography.

196 As discussed above, this legislation is consistent with Canada's international commitment to protect children. In particular, it addresses our responsibilities under art. 34 of the *Convention on the Rights of the Child*:

State Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, State Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

(a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;

(b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;

(c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

Article 34 reflects the international community's strongly held belief that the protection of children

protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne peut en faire des partenaires sexuels. [Nous soulignons.]

(*Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 34^e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328)

Le législateur a reconnu que les enfants sont les membres les plus vulnérables de notre société et qu'ils sont particulièrement exposés à la violence sexuelle. Toute disposition qui protège les enfants et la société en tentant d'éliminer l'exploitation sexuelle des enfants a manifestement un objet urgent et réel.

L'existence, dans la plupart des sociétés libres et démocratiques, de lois interdisant la possession de pornographie juvénile démontre que cette mesure législative répond à un besoin urgent. Comme nous le signalions précédemment, des lois en Australie, en Belgique, en Angleterre, en Irlande, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis criminalisent la possession de pornographie juvénile, peu importe que la personne qui l'a en sa possession ait ou non l'intention de la diffuser : voir aussi l'arrêt *Butler*, précité, p. 497, en ce qui concerne la pornographie adulte.

Comme nous l'avons vu, la mesure législative en cause est conforme à l'engagement international du Canada de protéger les enfants. Plus particulièrement, elle donne suite à l'obligation contractée à l'art. 34 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* :

Les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :

a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale;

b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales;

c) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique.

L'article 34 reflète la ferme conviction de la collectivité internationale que protéger les enfants

from the harms of child pornography is essential to their rights.

Having established the pressing and substantial nature of the objective of Parliament's prohibition of the possession of child pornography, we now consider whether the means chosen are proportional.

2. Proportionality

(a) *Rational Connection*

It is particularly important to bear in mind at this stage the contextual factors previously examined which collectively warrant increased deference to Parliament's chosen means. As mentioned earlier, in the determination of whether the means are rationally connected to the objective, Parliament is not held to a strict standard of proof. The standard is whether Parliament had a reasoned apprehension of harm. We must simply ask whether Parliament had a reasonable basis, on the evidence tendered, for believing that the prohibition of child pornography, as defined in s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, would reduce the harm to children and society; see *Irwin Toy, supra*, at p. 994; *Butler, supra*, at p. 502. Parliament need not have had conclusive evidence before enacting the provision.

The Crown has provided five links between prohibiting the possession of child pornography and preventing harm to children and society which convincingly establish that s. 163.1(4) is rationally connected to its objective. Moreover, the expert evidence led at trial supports the reasonableness of Parliament's decision to act.

Dr. Collins testified at trial to the first type of harm identified by the Crown, namely that the possession of child pornography contributes to the cognitive distortions of paedophiles. He testified that it is generally accepted amongst the vast majority of forensic psychiatrists that possession

contre les préjudices de la pornographie juvénile est essentiel à leurs droits.

Après avoir établi le caractère urgent et réel de l'objectif de l'interdiction, par le législateur, de la possession de pornographie juvénile, nous allons maintenant examiner si le moyen retenu est proportionnel à cet objectif.

2. La proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

Il est particulièrement important, à ce stade, de tenir compte des facteurs contextuels examinés précédemment qui, ensemble, justifient de faire montre d'une plus grande retenue envers le législateur. Comme nous l'avons déjà indiqué, pour déterminer s'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et l'objectif visé, le législateur n'est pas assujéti à une norme de preuve stricte. La norme est celle de l'appréhension raisonnée de préjudice. Nous devons simplement nous demander si le législateur était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à croire que l'interdiction de la pornographie juvénile, au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, réduirait le préjudice causé aux enfants et à la société : voir *Irwin Toy*, précité, p. 994; *Butler*, précité, p. 502. Il n'était pas nécessaire que le législateur dispose d'une preuve concluante pour adopter cette disposition.

Les cinq liens entre l'interdiction de possession de pornographie juvénile et la prévention du préjudice causé aux enfants et à la société, que le ministère public a présentés, démontrent de façon convaincante l'existence d'un lien rationnel entre le par. 163.1(4) et l'objectif du législateur. De plus, le témoignage d'expert entendu au procès confirme le caractère raisonnable de la décision d'agir du législateur.

Le Dr Collins a témoigné au procès au sujet du premier type de préjudice décrit par le ministère public, savoir que la possession de pornographie juvénile contribue aux distorsions cognitives des pédophiles. Selon lui, la vaste majorité des experts en psychiatrie médico-légale reconnaissent

197

198

199

200

of child pornography reinforces some paedophiles' cognitive distortions. He described these "offence-facilitating beliefs" as the rationalizations and justifications that paedophiles have for their deviant behaviour. Cognitive distortions contribute to the paedophile's belief that sexual activity with children is acceptable, and that children enjoy sex with adults. Dr. Collins concluded that child pornography, cognitive distortions and the validation of the belief that sexual activity with children is acceptable are inextricably linked.

généralement que la possession de pornographie juvénile renforce les distorsions cognitives de certains pédophiles. Il a décrit ces [TRADUCTION] « croyances facilitant la perpétration d'infractions » comme étant des rationalisations et des justifications que les pédophiles ont au sujet de leur comportement déviant. Les distorsions cognitives amènent le pédophile à croire que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable et que les enfants aiment avoir des rapports sexuels avec des adultes. Le Dr Collins a conclu que la pornographie juvénile, les distorsions cognitives et la validation de la croyance que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable sont des éléments inextricablement liés.

201

The testimony of Dr. Collins illustrates that there is indeed a link between the possession of child pornography and harmful attitudes about the willingness of children to engage in sexual activity with adults. The statement of Ms. Monica Rainey from Citizens Against Child Exploitation before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General explains the potentially distortional effect of child pornography:

Le témoignage du Dr Collins montre qu'il y a effectivement un lien entre la possession de pornographie juvénile et les attitudes préjudiciables au sujet de la volonté des enfants de se livrer à des activités sexuelles avec des adultes. Dans sa déclaration devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, M^{me} Monica Rainey, du groupe des Citoyens contre l'exploitation des enfants, explique la distorsion susceptible de résulter de la pornographie juvénile :

It is ludicrous to believe that child pornography has no effect on those who watch it. If that were true, why do we have advertisers selling billions of dollars of advertising for 90-second commercials? If 90 seconds work in advertising, we are fools to believe that 90 minutes of viewing adult sex with children will have no negative influence on those who are already addicted to children.

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que la pornographie infantine a un effet sur ceux qui la consomment. Si non, pourquoi les annonceurs dépensent-ils des milliards de dollars pour des publicités de 90 secondes? S'il suffit de 90 secondes pour transmettre un message en publicité, il est absurde de penser que le fait de regarder un message en publicité, il est absurde de penser que le fait de regarder un vidéo de 90 minutes présentant des activités sexuelles entre adultes et enfants n'aura aucune influence néfaste sur ceux qui ont déjà un penchant très marqué pour les enfants.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, Issue No. 105, June 10, 1993, at p. 105:21)

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général*, fascicule n^o 105, 10 juin 1993, p. 105:21)

However, there is a dearth of empirical research which addresses whether these types of attitudes actually cause sexual abuse. The difficulty in obtaining empirical proof of a link between the possession of pornography and criminal behaviour was described in the Badgley Report, *supra*, vol. 2, which cited the U.K. Report of the Committee on

Il n'existe toutefois pas suffisamment de recherche empirique sur la question de savoir si ces types d'attitudes conduisent effectivement à des agressions sexuelles. La difficulté d'obtenir la preuve empirique d'un lien entre la possession de pornographie et le comportement criminel a été décrite ainsi dans le rapport Badgley, *op. cit.*, vol. 2,

Obscenity and Film Censorship (1979), as follows, at p. 1273:

Since criminal and anti-social behaviour cannot itself, for both practical and ethical reasons, be experimentally produced or controlled, the observations must be made on some surrogate or related behaviour . . . The fundamental issue in this field concerns *the relations that hold between reactions aroused in a subject by a represented, artificial, or fantasy scene, and his behaviour in reality* . . . We can only express surprise at the confidence that some investigators have shown in supposing that they can investigate *this* problem through experimental set-ups in which reality is necessarily replaced by fantasy. [Emphasis added in Badgley Report.]

This difficulty, however, should not serve as a bar to prohibiting the possession of child pornography. In this regard, the comments of Burger C.J. in *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), at pp. 60-61, on obscene material are apposite:

Although there is no conclusive proof of a connection between antisocial behavior and obscene material, the legislature . . . could quite reasonably determine that such a connection does or might exist.

In our view, based on the evidence, Parliament's apprehension that child pornography reinforces the cognitive distortion that children are appropriate sexual partners was reasonable.

With respect to the second link, Dr. Collins testified to the theory that child pornography fuels paedophiles' fantasies. He identified fantasies as the motivating force behind all sexually deviant behaviour, described paedophiles as "notorious for being collectors" of pornography, noted that the most explicit child pornography was the most coveted, and testified that in his own experience a correlation between greater access to child pornography and increased child sexual abuse does exist.

In assessing whether Parliament had a reasonable basis for concluding that the possession of

p. 1381, où l'on cite le *Report of the Committee on Obscenity and Film Censorship* du Royaume-Uni (1979) :

Les comportements criminels et antisociaux ne peuvent, pour des raisons pratiques et déontologiques, être produits ou contrôlés expérimentalement. Les observations doivent donc porter sur des comportements de substitution ou connexes [. . .] La question fondamentale dans ce domaine concerne *la relation existant entre les réactions produites chez une personne par une scène jouée, artificielle ou imaginée, et le comportement de cette personne dans la réalité* [. . .] Nous ne pouvons que nous étonner de ce que des chercheurs aient pensé pouvoir étudier *ce* problème dans un cadre expérimental, dans lequel la réalité est, par nécessité, remplacée par l'imaginaire. [Italiques ajoutés dans le rapport Badgley.]

Cette difficulté ne devrait toutefois pas empêcher d'interdire la possession de pornographie juvénile. À cet égard, les observations du juge en chef Burger dans *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), p. 60-61, relativement au matériel obscène, sont pertinentes :

[TRADUCTION] Même s'il n'existe aucune preuve concluante d'un lien entre le comportement antisocial et le matériel obscène, le législateur [. . .] pourrait très raisonnablement conclure qu'un tel lien existe ou est susceptible d'exister.

Compte tenu de la preuve soumise, nous jugeons raisonnable la crainte du législateur que la pornographie juvénile ne renforce la distorsion cognitive selon laquelle l'enfant est un partenaire sexuel approprié.

En ce qui concerne le deuxième lien, le Dr Collins a avancé que la pornographie juvénile alimente les fantasmes des pédophiles. Il a affirmé que les fantasmes sont à l'origine de tout comportement sexuel déviant, que les pédophiles sont des [TRADUCTION] « collectionneurs notoires » de pornographie, que la pornographie juvénile la plus explicite est la plus convoitée et que, selon sa propre expérience, il existe une corrélation entre l'accès plus grand à la pornographie juvénile et l'accroissement de l'exploitation sexuelle des enfants.

Pour décider si le législateur était raisonnablement fondé à conclure que la possession de porno-

202

203

child pornography would harm children by fueling the fantasies of paedophiles, it is important to bear in mind that these fantasies are based on children's degradation and dehumanization. The derivation of sexual pleasure from the possession of child pornography undermines children's rights and does violence to the values which are essential to a free and democratic society. In our view, Parliament had a reasonable basis for believing that the prohibition of the possession of child pornography would foster and protect children's *Charter* rights.

204 The third link arises from the important role of s. 163.1(4) as part of an integrated law enforcement scheme which protects children against the harms associated with child pornography. In addition to Detective Waters' testimony that the police have found distributors and producers of child pornography through laying simple possession charges, Detective Inspector Matthews of the Child Pornography Unit of the Criminal Investigation Bureau of the Ontario Provincial Police, noted in his affidavit submitted to the British Columbia Court of Appeal that virtually all of the child pornography being created and distributed today is communicated by computer through the Internet. It is largely traded privately between paedophiles for the sole purpose of increasing their private collections. Therefore, paedophiles can acquire large collections of child pornography without being detected. Because of the secrecy involved in the trade of child pornography, the distribution provisions of s. 163.1 of the *Criminal Code* are insufficient to control its proliferation. Detective Inspector Matthews noted that with possession as an offence, law enforcement agencies now have the justification to seize the images and text of child pornography stored on computers and diskettes. This ensures that the material cannot be used in a manner which is harmful to children, and that it is not distributed further.

205 One of the most compelling links between the possession of child pornography and associated

graphie juvénile causerait un préjudice aux enfants en alimentant les fantasmes des pédophiles, il importe de se rappeler que ces fantasmes reposent sur l'aviissement et la déshumanisation des enfants. La recherche du plaisir sexuel par la possession de pornographie juvénile mine les droits des enfants et va à l'encontre des valeurs essentielles d'une société libre et démocratique. À notre avis, le législateur était raisonnablement fondé à croire que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile favoriserait et protégerait les droits garantis aux enfants par la *Charte*.

Le troisième lien découle du rôle important que joue le par. 163.1(4) dans un régime intégré d'application de la loi qui protège les enfants contre les préjudices associés à la pornographie juvénile. Outre le témoignage du détective Waters selon lequel la police avait épinglé des distributeurs et des producteurs de pornographie juvénile en portant de simples accusations de possession, le sergent-détective Matthews de la section de la pornographie juvénile, Bureau des enquêtes criminelles de la Police provinciale de l'Ontario, a souligné, dans un affidavit présenté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, que la quasi-totalité de la pornographie juvénile produite et distribuée de nos jours est communiquée par ordinateur sur Internet. Elle est en grande partie échangée en privé entre pédophiles qui ne cherchent qu'à enrichir leurs collections privées. Les pédophiles peuvent donc acquérir de vastes collections de pornographie juvénile sans être détectés. En raison du secret entourant le trafic de pornographie juvénile, les dispositions de l'art. 163.1 du *Code criminel* relatives à la distribution sont insuffisantes pour en freiner la prolifération. Le sergent-détective Matthews a fait remarquer que, grâce à l'infraction de possession, les organismes chargés d'appliquer la loi peuvent maintenant saisir les images et les textes de pornographie juvénile stockés sur ordinateurs et disquettes informatiques. Cela permet d'empêcher que le matériel soit utilisé d'une manière préjudiciable aux enfants et qu'il soit distribué ultérieurement.

L'un des liens les plus probants entre la possession de pornographie juvénile et les préjudices

harms to children is the use of child pornography by paedophiles to groom children into committing sexual acts. Detective Inspector Matthews testified as follows before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General about the use of child pornography as a grooming tool:

It's often used as a tool by pedophiles to seduce children. They use it as a tool to lower their inhibitions. They do that by exposing the children to photographs. They'll usually start out with photographs of partial nudity and then they'll work their way up to total nudity and children being involved in actual sex acts.

Another dangerous part is that when they photograph these children, especially if they're in the neighbourhood, the children may very well recognize their peers, so there's that added pressure that if it's all right for an adult to photograph their peers in the nude and take advantage of them and exploit them, then perhaps it's all right for them to do that with them.

(Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General, supra, at pp. 105:4-105:5)

See also Badgley Report, *supra*. The potential of child pornography as a grooming tool is often evident from the manner in which the material is presented. For example, in the *voir dire*, Detective Waters described a comic book called *Cherubino* which depicts a child with an adult male as a team of crime fighters. Each crime fighting episode ends with a sexual encounter. The pornography is thus produced in a form which is appealing to children, encouraging them to believe that such behaviour is normal.

The Badgley Committee found that paedophiles sought out materials depicting children engaged in sexual conduct to use them to persuade other children to engage in similar conduct. In the Committee's view, this fact demonstrated the need for express legal sanctions against the possession of child pornography (vol. 1, at p. 101). The Committee's research indicated (vol. 2, at pp. 1282-83) that

causés aux enfants tient à l'utilisation de la pornographie juvénile par les pédophiles pour initier les enfants aux rapports sexuels. Le sergent-détective Matthews a affirmé ce qui suit, devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, au sujet de l'utilisation de la pornographie juvénile pour initier des jeunes :

[TRADUCTION] Les pédophiles y ont souvent recours pour séduire des enfants et affaiblir leurs inhibitions. Pour y arriver, ils présentent des photographies aux enfants en commençant généralement par des photographies représentant des sujets partiellement nus, pour passer à des sujets complètement nus et ensuite à des enfants participant à des activités sexuelles.

Les photographies présentent un autre danger, les sujets peuvent être du même quartier que les enfants auxquels ont les montrent et peuvent être reconnus. Cela crée une pression supplémentaire sur l'enfant qui pense que si un adulte peut prendre des photos de leurs camarades nus, et les exploiter et en abuser, il est peut-être acceptable que des adultes agissent de même à leur égard.

(Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général, op. cit., p. 105:4-105:5)

Voir également le rapport Badgley, *op. cit.* Le risque que la pornographie juvénile serve à initier des jeunes ressort souvent de la manière dont le matériel est présenté. Par exemple, lors du *voir-dire*, le détective Waters a décrit un livre de conte illustré intitulé *Cherubino* qui représente une équipe de justiciers composée d'un enfant et d'un adulte. Chaque épisode de lutte contre la criminalité se termine par une relation sexuelle. La pornographie est ainsi produite sous une forme attrayante pour les enfants et les encourage à croire qu'un tel comportement est normal.

Le comité Badgley a constaté que les pédophiles recherchaient du matériel représentant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle afin de l'utiliser pour convaincre d'autres enfants de se livrer à des actes semblables. Selon ce comité, cela démontrait la nécessité d'adopter des sanctions légales expresses contre la possession de pornographie juvénile (vol. 1, p. 108). D'après les recherches du Comité (vol. 2, p. 1391),

the occurrence of unwanted exposure to pornography may have been experienced by a sizeable number of Canadians, many of whom were children and youths when the incidents took place. In many of these incidents, the persons committing these acts were well known to children or were responsible for their welfare. One in 63 persons (1.6 percent of persons in the National Population Survey) reported having been exposed to pornography and also having been sexually assaulted at the time or following the exposure.

... In the Committee's judgment, the incidents reported likely constitute an under-estimate of the occurrence of situations involving exposure to pornography followed by a sexual assault.

Twenty of the 33 persons who reported that they had been shown pornography and sexually assaulted by the same person were children when the incidents occurred (vol. 2, at p. 1279).

207 The use of child pornography to groom children is also evident in those cases which have considered s. 163.1 of the *Criminal Code*. For example, in *R. v. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL) (Q.B.), a man showed two children a photo of a young girl with her dress pulled up over her head, exposing her genitals. In *R. v. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270 (Ont. C.A.), one of the accused, Gramlick, had produced 33 videotapes of sexual activity among children and adults. Before participating in the filming, the children were shown commercial videos of child pornography and the accused's own homemade videotapes "to stimulate them sexually and to reassure them that their conduct was normal" (p. 274).

208 Thus, the evidence demonstrates that child pornography is used in the seduction process and links the prohibition against possession with the prevention of harm to children.

209 As discussed by McLachlin C.J., the final link identified by the Crown, the abuse of children in the production of pornography, is conclusive (at para. 92). The prohibition of the possession of child pornography is intended to reduce the market for it. If consumption is reduced, presumably pro-

il est évident qu'un nombre important de Canadiens ont été exposés contre leur gré à du matériel pornographique dans leur enfance ou leur jeunesse. Dans beaucoup de ces cas, les personnes responsables de ces actes étaient bien connues des enfants ou en avaient la garde. Une personne sur 63 (1,6 % des répondants du sondage national auprès de la population) signale avoir été exposée à du matériel pornographique et avoir subi une agression sexuelle, au moment même ou après.

... De l'avis du Comité, les incidents rapportés constituent probablement une sous-évaluation de la fréquence des situations combinant l'exposition à du matériel pornographique et une agression sexuelle.

Vingt des 33 personnes qui ont raconté que leur agresseur leur avait montré du matériel pornographique avant de les agresser sexuellement étaient des enfants au moment des faits (vol. 2, p. 1387).

Le recours à la pornographie juvénile pour initier les enfants ressort aussi clairement de la jurisprudence relative à l'art. 163.1 du *Code criminel*. Par exemple, dans l'affaire *R. c. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL) (B.R.), un homme avait montré à deux enfants la photo d'une jeune fille dont la robe était retroussée par-dessus la tête de façon à exposer ses organes sexuels. Dans l'affaire *R. c. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270 (C.A. Ont.), un des accusés, Gramlick, avait produit 33 vidéocassettes représentant des activités sexuelles entre des enfants et des adultes. Avant l'enregistrement, on avait montré aux enfants qui y ont participé de la pornographie juvénile sur bande vidéo commerciale et les enregistrements amateurs réalisés par l'accusé [TRADUCTION] « pour les stimuler sexuellement et les rassurer sur le caractère normal de leur conduite » (p. 274).

La preuve démontre donc que la pornographie juvénile est utilisée à des fins de séduction et qu'il existe un lien entre son interdiction et la prévention du préjudice causé aux enfants.

Comme l'affirme le juge en chef McLachlin, le dernier lien décrit par le ministère public, soit l'exploitation des enfants pour produire de la pornographie, est concluant (par. 92). L'interdiction de la possession de pornographie juvénile vise à réduire le marché de cette forme de pornographie.

duction will also be reduced. This fact was recognized by the United States Supreme Court in *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), at pp. 109-10. Parliament had additional evidence before it that the prohibition of private possession of child pornography would protect children from the harm of being used in its production. The hearings before the Fraser Committee revealed that the private preparation of child pornography was the major mode of resorting to the material. It urged Parliament to recognize that much, if not most, of the exploitation of children in pornography would occur in private (vol. 2, at p. 584). Similarly, the Badgley Committee found that privately produced material was a major source of child pornography (vol. 2, at p. 1197).

Both the Badgley Committee and the Fraser Committee found that the then existing *Criminal Code* framework relating to obscene publications was inadequate to deal with the circumstances attending the making and distribution of child pornography. The Badgley Committee found as follows (vol. 1, at p. 101):

The general definition of obscenity does not reflect the state's particular and more compelling interest in prosecuting and punishing those who promote the sexual abuse of children in this manner. The definition of "obscene publication" in section 159(8) of the *Criminal Code* pertains to the overall content of the publication, rather than to the circumstances of its production. In reference to child pornography, it is the circumstances of its production, namely, the sexual exploitation of young persons, which is a fundamental basis for proscription. [Emphasis deleted.]

To fill the gap in the *Criminal Code* the committee recommended that the private possession of any visual representation of a person under 18 participating in explicit sexual conduct (including the lewd exhibition of the genitals) be prohibited (vol. 1, at pp. 102-103). The Fraser Committee expressed the concern that the existing law of obscenity would not capture child pornography prepared in private for private use, because of the application of a more forgiving community stan-

Si la consommation est réduite, il en sera probablement de même de la production. La Cour suprême des États-Unis a reconnu ce fait dans *Osborne c. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), p. 109-110. Le législateur disposait d'autres éléments de preuve que l'interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile protégerait les enfants contre le préjudice découlant de leur participation à sa production. Les audiences du comité Fraser ont révélé que la préparation privée de matériel pornographique mettant en cause des enfants était une méthode répandue. Le Comité a pressé le législateur de reconnaître que bien souvent, sinon presque toujours, l'exploitation des enfants par la pornographie se fait en privé (vol. 2, p. 627). De même, le comité Badgley a conclu que le matériel produit en privé était une source importante de pornographie juvénile (vol. 2, p. 1302).

Les comités Badgley et Fraser ont tous les deux constaté qu'à l'époque le régime du *Code criminel* relatif aux publications obscènes était insuffisant pour s'attaquer aux circonstances qui entourent la production et la distribution de pornographie juvénile. Le comité Badgley a tiré la conclusion suivante (vol. 1, p. 109) :

La définition générale d'obscénité ne reflète pas l'intérêt particulièrement pressant de l'État à poursuivre et à punir ceux qui contribuent de cette manière à la promotion des agressions sexuelles d'enfants. La définition de « publication obscène » de l'article 159(8) du *Code criminel* se rapporte au contenu global de la publication plutôt qu'aux circonstances de sa production. Or, en ce qui concerne la pornographie mettant en cause des enfants, ce sont les circonstances de sa production, autrement dit l'exploitation sexuelle des jeunes personnes, qui constituent le fondement de son interdiction. [Italiques omis.]

Afin de combler cette lacune du *Code criminel*, le Comité a recommandé que la possession personnelle de toute représentation d'une personne âgée de moins de 18 ans participant à une activité sexuelle explicite (y compris une exposition lubrique de ses organes génitaux) soit interdite (vol. 1, p. 110). Le comité Fraser a exprimé la crainte que les dispositions législatives existantes sur l'obscénité ne visent pas la pornographie juvénile préparée en privée pour un usage personnel,

standard for materials used privately (vol. 2, at p. 584). It also recommended that the private possession of child pornography be prohibited. These recommendations contribute to the conclusion that Parliament had a rational basis for deciding that prohibiting the private possession of child pornography was essential to the protection of children from the abuse inherent in its production.

(b) *Minimal Impairment*

211 In conducting an analysis of whether s. 163.1(4), in combination with the definition of “child pornography” set out in s. 163.1(1), minimally impairs the right to free expression, the Court must be particularly sensitive to the contextual factors which we have previously discussed.

212 As Cory J. recognized in *Lucas, supra*, at para. 57, the negligible value of the expression restricted is an important factor in the minimal impairment analysis, which requires the Court to assess whether Parliament has struck a reasonable balance between the individual right which has been infringed and the community goals and values which Parliament seeks to protect. Without a true understanding of the type of expression which is being impaired, there is a risk that its connection to the s. 2(b) guarantee and our democratic values will be misrepresented. There is a risk that the balance will be skewed in favour of abstract notions of the value of expression in a democracy when the activity at issue does not serve those values. As we have seen, child pornography is in many ways antithetical to the values underlying the s. 2(b) guarantee. It has only a tenuous connection to the value of self-fulfilment, and only at its most base and prurient level. With respect, we see no evidence to support the notion that sexually explicit videos of teenagers “reinforce healthy sexual relationships and self-actualization”, as suggested by McLachlin C.J., at para. 109, rather than being harmful self-indulgence supporting unhealthy attitudes towards oneself and others, as alluded to in the Fraser Report (see below, at para. 231). On the other hand, we have noted the harm to children that can be caused by such material by reinforcing

en raison de l’application d’une norme sociale plus indulgente dans le cas du matériel réservé à un usage personnel (vol. 2, p. 627). Il a aussi recommandé que la possession personnelle de pornographie juvénile soit interdite. Ces recommandations amènent à conclure que le législateur était raisonnablement fondé à décider que l’interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile était essentielle à la protection des enfants contre l’exploitation inhérente à sa production.

b) *L’atteinte minimale*

Dans l’analyse visant à déterminer si le par. 163.1(4), conjugué à la définition de « pornographie juvénile » du par. 163.1(1), porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d’expression, la Cour doit prêter une attention toute particulière aux facteurs contextuels analysés précédemment.

Comme le juge Cory l’a reconnu, au par. 57 de l’arrêt *Lucas*, précité, la valeur négligeable de l’expression qui fait l’objet d’une restriction est un facteur important pour décider s’il y a atteinte minimale. Ce facteur oblige la Cour à déterminer si le législateur a établi un équilibre raisonnable entre le droit individuel auquel il est porté atteinte et les objectifs et valeurs collectifs que le Parlement cherche à protéger. Sans une compréhension véritable du type d’expression à laquelle il est porté atteinte, il y a un risque que son lien avec la garantie prévue à l’al. 2b) et avec nos valeurs démocratiques soit présenté sous un faux jour. Il y a un risque que des notions abstraites de la valeur de l’expression dans une démocratie l’emportent alors que l’activité en cause ne sert pas ces valeurs. Comme nous l’avons vu, la pornographie juvénile va, à bien des égards, à l’encontre des valeurs qui sous-tendent la garantie de l’al. 2b). Elle n’a qu’un lien ténu avec la valeur d’épanouissement personnel, et ce, dans son aspect le moins digne et le plus lascif. En toute déférence, nous ne voyons aucun élément de preuve étayant l’idée que des vidéos sexuellement explicites d’adolescents « renforce[nt] de saines relations sexuelles et la réalisation de soi », comme le suggère le juge en chef McLachlin (par. 109), au lieu de refléter un hédonisme préjudiciable justifiant l’adoption d’attitudes malsaines envers soi et envers autrui, auxquelles

cognitive distortions (see paras. 165 and 223) and creating instruments susceptible of being used for grooming. Moreover, there is no valid reason to presume that teenage authors of sexually explicit videos cannot themselves be paedophiles.

Furthermore, the Court must not lose sight of the other rights and democratic values which Parliament has sought to protect in enacting s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. The prohibition of the possession of child pornography is consistent with the democratic values which are essential in our community, and also with the *Charter* rights of children. It is legislation which promotes respect for the inherent dignity of children by curbing the existence of materials which degrade them. This in turn helps to protect children's equality and security rights.

Parliament need not show that the provision is perfectly tailored to its objective; see *RJR-MacDonald*, *supra*, at p. 342; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*, at para. 108. Nor need Parliament show that there was no other reasonable measure which could achieve its objective and interfere less with the freedom of expression guarantee. Given the contextual factors which are at play in this particular case, and the deference to Parliament's choice of means that they warrant, we agree with the following statement of Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at pp. 784-85:

... s. I should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not,

fait allusion le rapport Fraser (voir plus loin, par. 231). Par contre, nous avons souligné le préjudice que ce matériel peut causer aux enfants en renforçant des distorsions cognitives (voir par. 165 et 223) et en créant des instruments susceptibles de servir à les initier aux rapports sexuels. De plus, il n'y a aucune raison valable de présumer que les adolescents auteurs de vidéos sexuellement explicites ne peuvent pas être eux-mêmes des pédophiles.

La Cour ne doit pas non plus perdre de vue les autres droits et valeurs démocratiques que le législateur a voulu protéger en adoptant le par. 163.1(4) du *Code criminel*. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile est conforme aux valeurs démocratiques essentielles à notre collectivité, ainsi qu'aux droits garantis aux enfants par la *Charte*. C'est une mesure législative qui favorise le respect de la dignité inhérente des enfants en enrayant le matériel qui les avilit, d'où son utilité pour protéger les droits des enfants à l'égalité et à la sécurité.

Le législateur n'est pas tenu de prouver que la disposition est parfaitement adaptée à son objectif : voir *RJR-MacDonald*, précité, p. 342; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, par. 108. Le législateur n'est pas non plus tenu d'établir qu'il n'y avait aucune autre mesure raisonnable qui aurait pu permettre de réaliser son objectif et de moins porter atteinte à la garantie de la liberté d'expression. Compte tenu des facteurs contextuels qui sont en jeu en l'espèce et de la retenue qu'ils justifient à l'égard des moyens choisis par le législateur, nous souscrivons à l'énoncé suivant du juge en chef Dickson dans *Keegstra*, précité, p. 784-785 :

... l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi,

213

214

and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim.

qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

215

In the court below, Rowles J.A. began her analysis of the impugned provision by highlighting the fact that it solely targeted the private possession of child pornography. She found that because s. 163.1(4) is directed only to the private possession of material, as opposed to the dissemination of material to others, it substantially reduced the likelihood that the imposition of criminal sanctions would prevent any potential harm to children. Similarly, McLachlin C.J. finds that photographs and videos of teenagers taken of themselves for their own personal use should not be proscribed (paras. 41 and 76-77) because of the privacy interest and diminished risk of harm to children. With respect, we cannot agree. In reaching this conclusion, McLachlin C.J. and Rowles J.A. fail to recognize that children are particularly vulnerable in the private sphere, a fact that was recently recognized by the Ontario Court of Appeal in *R. v. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100. *E. (B.)* involved a constitutional challenge to s. 172 of the *Criminal Code*, which prohibits, *inter alia*, participation in sexual immorality in the home of a child thereby endangering the morals of the child. The court found that the provision infringed the accused's right to freedom of expression, but that the infringement was justified under s. 1. In conducting his s. 1 analysis, Doherty J.A. made the following statement, at p. 125:

In concluding that the objective outweighs the harm done to the right protected by s. 2(b), I have considered that s. 172 reaches inside the home. That reach is a significant aggravating feature when considering the harm done by the section to the right of freedom of expression. That same feature, however, is essential if the section is to serve its purpose. Unfortunately, it is in the home where children are most susceptible to the kinds of conduct at which s. 172 is aimed.

Madame le juge Rowles de la Cour d'appel a commencé son analyse de la disposition attaquée en faisant remarquer qu'elle ne vise que la possession personnelle de pornographie juvénile. Selon elle, le fait que le par. 163.1(4) ne vise que la possession personnelle de matériel, par opposition à la diffusion de matériel à autrui, réduit considérablement la probabilité que l'imposition de sanctions pénales prévienne tout préjudice susceptible d'être causé aux enfants. De même, le juge en chef McLachlin conclut que les photos et enregistrements vidéo que des adolescents prennent ou effectuent, selon le cas, d'eux-mêmes pour leur propre usage personnel ne devraient pas être interdits (par. 41 et 76-77) en raison du droit à la vie privée et du risque moins élevé que des enfants subissent un préjudice. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. En tirant cette conclusion, le juge en chef McLachlin et le juge Rowles omettent de reconnaître que les enfants sont particulièrement vulnérables dans un contexte de vie privée, un fait récemment reconnu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100. Cette affaire concernait la constitutionnalité de l'art. 172 du *Code criminel*, qui interdit notamment à quiconque de participer, là où demeure un enfant, à une immoralité sexuelle ayant pour effet de mettre en danger les mœurs de cet enfant. La cour a conclu que la disposition portait atteinte au droit de l'accusé à la liberté d'expression, mais que cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier. Dans le cadre de son analyse fondée sur l'article premier, le juge Doherty dit ceci, à la p. 125 :

[TRADUCTION] Pour conclure que l'objectif l'emporte sur l'atteinte portée au droit garanti par l'al. 2b), j'ai tenu compte du fait que l'art. 172 s'étend au domicile. Cela constitue un important facteur aggravant eu égard à l'atteinte que cet article porte au droit à la liberté d'expression. Cette même caractéristique est toutefois essentielle à la réalisation de l'objectif de l'article. Malheureusement, c'est au foyer que les enfants sont le plus susceptibles d'être victimes des types de comportement visés par l'art. 172.

Doherty J.A.'s observation is particularly apposite in the context of this case. As we have discussed above, the evidence is clear that a large portion of child pornography is produced privately, and used privately by those who possess it. The harmful effect on the attitudes of those who possess it similarly occurs in private. With respect to grooming, our knowledge of the sexual abuse of children has evolved to recognize that sexual assaults occur in private as often, if not more often, as in public places. We cannot agree that prohibiting the simple possession of child pornography will not have an additional reductive effect on the harm that child pornography causes. While the possession prohibition infringes privacy more than those provisions which prohibit the distribution and production of child pornography, its intrusiveness is necessary to achieve Parliament's goal. We firmly disagree with McLachlin C.J., at para. 75, where she states that self-created privately held expressive materials should be exempted from the prohibition against possession of child pornography. Whether the material is produced by the actor himself or a third party is irrelevant. Otherwise, two identical videos will be treated differently on the basis of authorship and intent, both of which are extremely difficult to prove and have no bearing on the apprehension of harm that comes from the actual content of the material.

Rowles J.A. found that the impugned provision, in combination with the definition of child pornography, did not minimally impair the right to freedom of expression because it captured visual and written works of the imagination which do not involve the participation of any actual children or youth in their production. The prohibition of the possession of those materials, in her view, could only be justified on the basis of the indirect harms caused by their simple possession. She found that there was a lack of social science evidence regarding the effects of these works of the imagination and that the court should be reluctant to draw an

L'observation du juge Doherty est particulièrement pertinente dans le contexte de la présente affaire. Comme nous l'avons vu plus haut, la preuve montre clairement qu'une grande partie de la pornographie juvénile est produite en privé et utilisée à des fins personnelles par les gens qui l'ont en leur possession. Son effet pernicieux sur l'attitude des gens qui l'ont en leur possession se manifeste lui aussi en privé. En ce qui concerne l'initiation aux rapports sexuels, notre connaissance de l'exploitation sexuelle des enfants s'est améliorée au point que nous savons maintenant que les agressions sexuelles ont lieu aussi souvent, voire plus souvent, en privé que dans des lieux publics. Nous ne pouvons convenir que l'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile ne contribuera pas à réduire davantage le préjudice qui en résulte. Bien que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile porte davantage atteinte à la vie privée que les dispositions qui en interdisent la distribution et la production, cette atteinte est nécessaire pour atteindre l'objectif du législateur. Nous sommes fermement en désaccord avec le juge en chef McLachlin lorsqu'elle affirme au par. 75, que le matériel expressif créé personnellement et conservé en privé devrait être exempté de l'interdiction de posséder de la pornographie juvénile. Que le matériel soit produit par l'acteur lui-même ou par un tiers n'a aucune pertinence. S'il en était autrement, deux vidéos identiques seraient traités différemment selon l'auteur et l'intention, deux éléments extrêmement difficiles à prouver et n'ayant aucune incidence sur la crainte de préjudice résultant du contenu réel du matériel.

Le juge Rowles a conclu que la disposition attaquée, combinée avec la définition de pornographie juvénile, ne porte pas le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression du fait qu'elle vise les œuvres de fiction visuelles et écrites dont la production n'implique pas la participation d'enfants ou de jeunes. Selon elle, l'interdiction de la possession de tel matériel ne pouvait être justifiée qu'en fonction des préjudices indirects résultant de leur simple possession. Elle a conclu que la preuve en matière de sciences humaines relativement aux effets de ces œuvres de fiction était insuffisante et que la cour devrait hésiter à déduire l'existence

inference of harm given the profound violation of freedom of expression and privacy which results from making the private possession of works of a person's own imagination a criminal offence.

d'un préjudice compte tenu de l'atteinte profonde à la liberté d'expression et à la vie privée qui résulte de la criminalisation de la possession personnelle d'œuvres résultant de l'imagination d'une personne.

217 With respect, we cannot agree with her analysis. As explained earlier in these reasons, the harm which Parliament sought to prevent in enacting s. 163.1(4) of the *Criminal Code* extends beyond the harm which flows from the use of children in pornography. Parliament also sought to prevent the harm which flows from the very existence of images and words which degrade and dehumanize children and to send the message that children are not appropriate sexual partners. All of the contextual factors at play in this particular case indicate that Parliament's choice of means in protecting children should be respected. Therefore, we disagree with Rowles J.A. that a court should be reluctant to draw an inference of harm simply because of the intrusion of the legislation into the private sphere. Parliament was justified in having a reasonable apprehension that works of the imagination would be harmful to children and society.

En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à son analyse. Comme nous l'avons expliqué précédemment, le préjudice que le législateur a tenté de prévenir en adoptant le par. 163.1(4) du *Code criminel* dépasse le préjudice résultant de l'utilisation d'enfants pour produire de la pornographie. Le législateur cherchait également à prévenir le préjudice qui découle de l'existence même d'images et de mots qui avilissent et déshumanisent les enfants, et à transmettre le message que les enfants ne sont pas des partenaires sexuels appropriés. Tous les facteurs contextuels qui sont en jeu en l'espèce indiquent qu'il y a lieu de respecter le choix que le législateur a fait des moyens de protéger les enfants. Nous ne sommes donc pas d'accord avec le juge Rowles pour dire qu'un tribunal devrait hésiter à déduire l'existence d'un préjudice en raison simplement de l'atteinte que la mesure législative en cause porte à la vie privée. Le législateur avait raison de craindre que des œuvres de fiction ne causent un préjudice aux enfants et à la société.

218 With respect to visual representations which depict children engaged in explicit sexual activity, and visual representations where the dominant characteristic is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a child, the focus must be on the harm of their message and not on the intent or identity of their creator. McLachlin C.J. is of the view that Parliament's concern with "explicit sexual activity" is limited to "visual representations near the extreme end of the spectrum" (para. 47). She implies that "nudity or intimate sexual activity" (para. 49) is required for material to be caught by the law. In our view, this approach is not consistent with an interpretation which focusses on the purpose of the legislation, which is to prevent the harms that arise from the possession of child pornography. To ensure that Parliament's purpose is fulfilled, when deciding on the correct interpretation of the terms in s.

En ce qui concerne les représentations d'enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite et les représentations dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant, l'accent doit être mis sur le préjudice causé par leur message et non pas sur l'intention ou l'identité de leur auteur. Le juge en chef McLachlin est d'avis que le législateur entend par « activité sexuelle explicite » uniquement « la représentation d'actes situés presque à l'extrémité de l'éventail » (par. 47). Elle laisse entendre qu'il doit y avoir « nudité ou [...] activit[é] sexuell[e] intim[e] » (par. 49) pour que le matériel soit visé par la loi. Nous sommes d'avis que ce point de vue n'est pas compatible avec l'interprétation axée sur l'objectif de la loi, qui est de prévenir les préjudices résultant de la possession de pornographie juvénile. Pour garantir la réalisation de l'objectif du législateur, il

163.1(1), it is of overriding import to consider the content of the material which will fall just outside the scope of the prohibition. For example, this consideration motivated the decision in *United States v. Knox*, 32 F.3d 733 (3rd Cir. 1994), which refused to create “an absolute immunity for pornographers who pander to pedophiles by using as their subjects children whose genital areas are barely covered” (p. 752).

Visual images which do not use children in their creation can also convey a message of degradation and dehumanization. For example, in *R. v. Pointon*, Man. Prov. Ct., October 23, 1997), the accused had in his possession hundreds of types of hand-drawn pornography and written text. The majority of the drawings in his possession portrayed children under the age of 10 engaged in various types of explicit sexual activity with each other and with adults. Amongst the pictures was one entitled “The Family Secret” which depicted two young girls, one in the act of fellatio with an adult male. The caption below the picture read: “What started as a simple weekend at the cabin with daddy became incest”. This case suggests that drawings, sketches and other works of the imagination are valuable to paedophiles in their collections.

Parliament was justified in concluding that such works of the imagination would harm children. The majority held in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 999, that “[t]his Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups.” Similarly, in *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J. made the following observation with respect to materials which degrade and dehumanize vulnerable groups, at para. 116:

Canadians presume that expressions which degrade individuals based on their gender, ethnicity, or other personal factors may lead to harm being visited upon them

est absolument important, au moment de décider de l’interprétation correcte du par. 163.1(1), de prendre en considération le contenu du matériel qui échappe tout juste à l’interdiction. Cette prise en considération a notamment motivé l’arrêt *United States c. Knox*, 32 F.3d 733 (3rd Cir. 1994), dans lequel on a refusé de créer [TRADUCTION] « une immunité absolue pour les pornographes qui encouragent basement les pédophiles en utilisant comme sujets des enfants dont les organes génitaux sont à peine couverts » (p. 752).

Les images visuelles dont la création n’implique pas l’utilisation d’enfants peuvent aussi transmettre un message d’avilissement et de déshumanisation. Par exemple, dans l’affaire *R. c. Pointon* (C. prov. Man., 23 octobre 1997), l’accusé avait en sa possession des centaines de dessins et de textes pornographiques. La majorité des dessins en sa possession représentaient des enfants de moins de 10 ans en train de se livrer à divers types d’actes sexuels explicites entre eux et avec des adultes. L’une des images, intitulée [TRADUCTION] « Secret de famille », représentait deux jeunes filles, dont l’une faisait une fellation à un adulte. La légende sous l’image se lisait ainsi : [TRADUCTION] « Ce qui a commencé par une simple fin de semaine au chalet avec papa s’est terminé par un inceste ». Cette affaire indique que les dessins, croquis et autres œuvres de fiction ont de la valeur pour les pédophiles qui les collectionnent.

Le législateur était fondé de conclure que de telles œuvres de fiction causeraient un préjudice aux enfants. Dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 999, les juges majoritaires ont statué que la « 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 ». De même, dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 116, le juge Bastarache a fait l’observation suivante au sujet du matériel qui avilit et déshumanise des groupes vulnérables :

Les Canadiens présument que les formes d’expression qui avilissent des individus du fait de leur sexe, de leur origine ethnique ou d’autres caractéristiques person-

219

220

because this is within most people's everyday experience. In part, this is because of what we know and perhaps have experienced in our own lives about degrading representations of our personal identity. In part, it is because we know that groups which have historically been disadvantaged in economic or social terms are vulnerable to such expression. In part, it is because our values encourage us to be solicitous of vulnerable groups and to err on the side of caution where their welfare is at stake. In part, it is based on the short logical leap that degrading representations, and exhortation of certain views which degrade the humanity of others, can beget that behaviour.

Given the low value of the speech at issue in this case, and the fact that it undermines the *Charter* rights of children, Parliament was justified in its concern to include visual works of the imagination in its definition of child pornography.

221 Rowles J.A. found that the inclusion of written material was particularly troublesome in the context of the possession offence and found that the law was too broad in capturing written works of the imagination. In her view, the inclusion of material that is only a record of the author's private thoughts (and not shown to anyone), came very close to criminalizing objectionable thoughts. In our view, the inclusion of written materials in the offence of possession does not amount to thought control. The legislation seeks to prohibit material that Parliament believed was harmful. The inclusion of written material which advocates and counsels the commission of offences against children is consistent with this aim, since, by its very nature, it is harmful, regardless of its authorship.

222 In examining whether the prohibition of the possession of written child pornography minimally impairs the right to free expression, we must bear in mind that only material which advocates or counsels the commission of an offence against a

nelles peuvent finir par leur être préjudiciables, parce qu'il s'agit d'une situation qu'ils sont pour la plupart à même de constater dans leur quotidien. Cela s'explique, en partie, par le fait que chacun d'entre nous a eu connaissance, dans sa propre vie, de l'effet de représentations dégradantes sur son identité personnelle ou en a peut-être fait l'expérience, et, en partie, par le fait que nous savons que les groupes qui ont été défavorisés dans le passé sur le plan économique ou social sont vulnérables à cette forme d'expression. Cela s'explique aussi par le fait que nos valeurs nous encouragent à faire montre de sollicitude à l'endroit des groupes vulnérables et à pécher par excès de prudence quand leur bien-être est en jeu. Cela s'explique en outre en partie par la facilité avec laquelle il est possible de conclure que les représentations dégradantes et la défense de certaines idées qui avilissent autrui peuvent engendrer un tel comportement.

Compte tenu de la faible valeur du discours en cause en l'espèce et du fait qu'il mine les droits garantis aux enfants par la *Charte*, le législateur était fondé de vouloir inclure les œuvres visuelles de fiction dans sa définition de la pornographie juvénile.

Le juge Rowles a conclu que l'inclusion de matériel écrit était particulièrement préoccupante dans le contexte de l'infraction de possession et elle a décidé que la loi avait une portée excessive du fait qu'elle visait des œuvres de fiction écrites. À son avis, l'inclusion de matériel qui n'est que la consignation des pensées personnelles de l'auteur (et qui n'est pas montré à qui que ce soit) s'apparentait de très près à la criminalisation des pensées répréhensibles. Selon nous, l'inclusion de matériel écrit dans l'infraction de possession n'équivaut pas à la censure des pensées. La mesure législative tente d'interdire le matériel que le législateur estime préjudiciable. L'inclusion de l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions contre des enfants est compatible avec cet objectif car, de par sa nature même, un tel écrit est préjudiciable, peu importe qui en est l'auteur.

Pour déterminer si l'interdiction de la possession de pornographie juvénile écrite porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression, il faut se rappeler que la définition de l'al. 163.1(1)*b*) ne vise que le matériel qui préconise ou

child is included in the definition set out in s. 163.1(1)(b). We disagree with McLachlin C.J., at para. 59 of her reasons, where she finds that s. 163.1(1)(b) is overbroad with regard to some materials on the basis of their authorship and the intent of the possessor. The intent of the author or possessor of the material is not relevant to determining whether it advocates or counsels the commission of a crime. Section 163.1(1)(b) covers all written material which seeks to persuade the commission of offences against children. The focus of the inquiry must be on the content of the material itself and not on the circumstances in which it was created, nor on the form of the material, for example whether it be a novel, a poem or a diary. Any material which, upon examining the message which it conveys in the context of the piece as a whole, seeks to persuade the commission of sexual offences against children will be caught by the law. Thus, depending on the context, individual chronicles of sexual activity may well fall within the scope of the definition.

There is evidence to support Parliament's choice to include written material which advocates or counsels the commission of sexual offences against children. Dr. Collins testified that the cognitive distortions of paedophiles were reinforced by written materials which advocate sexual activity with children. Having such views expressed in written form would validate their beliefs about children. In his opinion, written pornography would also fuel the sexual fantasies of paedophiles, and in some cases could incite them to offend.

Similarly there was a great deal of testimony before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General of the need to prohibit the possession of written materials which advocate or counsel the commission of sexual offences against children. Detective Waters testified about the publications and bulletins put forth by such groups as the North American Man-Boy Love Association (NAMBLA). The organization and its publications advocate adult males having sex with young boys. It is self-described as the "most outspoken and affluent U.S. pedophile group that is affiliated to

conseille la perpétration d'une infraction contre un enfant. Nous ne sommes pas d'accord avec le juge en chef McLachlin lorsqu'elle conclut, au par. 59 de ses motifs, que l'al. 163.1(1)(b) a une portée excessive dans certains cas en raison de l'auteur du matériel et de l'intention de celui qui le possède. L'intention de l'auteur ou du possesseur n'est aucunement pertinente pour déterminer si le matériel en question préconise ou conseille la perpétration d'un crime. L'alinéa 163.1(1)(b) vise tout écrit qui a pour objet d'inciter à commettre des infractions contre des enfants. L'analyse doit porter sur le contenu du matériel même et non sur les circonstances de sa création ni sur la forme qu'il revêt, qu'il s'agisse par exemple d'un roman, d'un poème ou d'un journal intime. La loi s'applique à tout matériel qui, d'après le message qu'il transmet globalement, a pour objet d'inciter à commettre des infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Partant, selon le contexte, les chroniques personnelles relatant des actes sexuels peuvent bien être visées par la définition.

Il existe des éléments de preuve à l'appui du choix du législateur d'inclure l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le D^r Collins a témoigné que les distorsions cognitives des pédophiles étaient renforcées par les écrits qui préconisent l'activité sexuelle avec des enfants. L'expression écrite de tels points de vue validerait leurs convictions au sujet des enfants. À son avis, la pornographie écrite alimenterait aussi les fantasmes sexuels des pédophiles et pourrait dans certains cas les inciter à commettre des crimes.

De même, de nombreux témoins devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général ont aussi souligné la nécessité d'interdire la possession de matériel écrit préconisant ou conseillant la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le détective Waters a témoigné au sujet des publications et des bulletins diffusés par des groupes comme la North American Man-Boy Love Association (NAMBLA). Cet organisme et ses publications préconisent les rapports sexuels entre hommes et jeunes garçons. L'organisme se décrit lui-même comme [TRADUCTION] « le plus en

223

224

pedophile groups world-wide". Detective Waters testified that a number of members of the group had been arrested for sexual offences involving children. She noted that in the December 1992 *Bulletin*, on p. 4, NAMBLA commented that their New Zealand affiliate AMBLA was having problems due to the introduction of strict laws relating to the possession of child pornography and that later, AMBLA folded due to these laws (March 1993 *Bulletin*, at p. 3). The inclusion of the private possession of written materials which advocate or counsel the commission of offences against children, therefore, is not redundant and furthers the objective of preventing harm to children and society in a manner that the prohibition of their production and distribution alone could not.

vue et le mieux financé des groupes de pédophiles américains affiliés aux groupes de pédophiles internationaux ». Le détective Waters a affirmé que certains membres de ce groupe avaient été arrêtés pour des infractions d'ordre sexuel impliquant des enfants. Elle a souligné que, dans son bulletin, la NAMBLA avait indiqué que sa filiale de Nouvelle-Zélande, l'AMBLA, connaissait des difficultés en raison de l'adoption de dispositions strictes visant la possession de pornographie juvénile (bulletin de décembre 1992, p. 4) et qu'elle avait dû mettre fin à ses activités à cause de ces dispositions (bulletin de mars 1993, p. 3). L'inclusion de la possession personnelle de matériel écrit préconisant ou conseillant la perpétration d'infractions contre des enfants ne fait donc pas double emploi et favorise la réalisation de l'objectif de prévention du préjudice contre les enfants et la société d'une manière qui serait impossible si seules la production et la distribution de ce matériel étaient interdites.

225

We turn now to the second ground upon which Rowles J.A. found that s. 163.1(4) did not minimally impair the s. 2(b) guarantee, namely that the provision applies to teenagers between the ages of 14 and 17 who keep videotapes or pictures of themselves engaged in explicit sexual activity or who keep pictures of themselves, the dominant purpose of which is the depiction of their sexual organs or anal regions for a sexual purpose. In our view, when viewed in its context, this effect of the provision is a reasonable limit on teenagers' freedom of expression.

Le deuxième motif invoqué par le juge Rowles pour conclure que le par. 163.1(4) ne porte pas le moins possible atteinte à la garantie de l'al. 2b) est que la disposition s'applique aux adolescents de 14 à 17 ans qui conservent des films vidéo ou des photos de leurs activités sexuelles explicites ou qui conservent des photos d'eux-mêmes dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, de leurs organes sexuels ou de leur région anale. À notre avis, lorsqu'il est examiné dans ce contexte, cet effet de la disposition législative est une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression des adolescents.

226

The definition of "child" as "a person under the age of eighteen years" is justified in light of the objective of the prohibition of child pornography. While adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, Parliament has prohibited such conduct in certain contexts. Section 153 of the *Criminal Code* prohibits sexual contact between adolescents and those who are in a position of trust towards them. Section 212(4) makes it illegal to obtain for consideration, or to communicate for the purpose of obtaining for consideration, the sexual services of a person under

La définition de l'« enfant » comme étant « une personne âgée de moins de dix-huit ans » est justifiée eu égard à l'objectif d'interdiction de la pornographie juvénile. Même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement avoir des rapports sexuels, le législateur a interdit de tels comportements dans certains contextes. L'article 153 du *Code criminel* interdit tout contact sexuel entre un adolescent ou adolescente et une personne qui est en situation de confiance vis-à-vis d'eux. En vertu du par. 212(4), il est illégal d'obtenir, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne

the age of 18. The common purpose underlying both of these sections is the prevention of the sexual exploitation of adolescents. Parliament's definition of "children" is also consistent with the definition of a child in the *Convention on the Rights of the Child*. Article 1 defines a child as "every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier". This international convention requires that Canadian children under the age of 18 be protected as a class. A review of adolescent child pornography cases reveals that there is also a great risk that they are exploited in its creation.

In *R. v. Geisel*, Man. Prov. Ct., February 2, 2000, the accused was found in possession of 22 photographs of teenaged girls in various states of undress. In some of the photographs one of the teenaged girls was engaged in sexual activity with a teenaged boy. The accused had befriended the girls and had allowed one of them to stay at his house when she ran away from home. The girls would visit the accused and he would take photographs. Before taking the photographs the accused would provide the girls with alcohol which he described to them as "liquid cocaine" because it was so strong. In *Jewell*, *supra*, the accused Gramlick produced his own pornographic videotapes involving 12 children whose ages ranged from 11 to 17. Five of the boys were under the age of 14 and were filmed engaging in sexual acts with each other and with adult men, including a prostitute. The boys used in the pornography "were generally described as being from impoverished and broken homes" (p. 274). They were enticed into performing by rewards of money, cigarettes and gifts. The other accused, Jewell, videotaped his sexual activities with 12 boys, the youngest of whom was 10 years old. Some of them had no knowledge that they were being filmed. Again, money, cigarettes and alcohol were used as bribes. "In some

âgée de moins de 18 ans ou de communiquer avec une telle personne pour tenter d'obtenir, moyennant rétribution, des services de cette nature. Ces deux dispositions ont pour objectif commun de prévenir l'exploitation sexuelle des adolescents. La définition que le législateur donne du mot « enfant » est également compatible avec celle donnée par la *Convention relative aux droits de l'enfant* dont le premier article définit l'enfant comme étant « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Cette convention internationale exige que les enfants canadiens de moins de 18 ans soient protégés en tant que catégorie de personnes. L'examen de la jurisprudence en matière de pornographie juvénile impliquant des adolescents permet de constater l'existence d'un risque élevé qu'ils soient eux aussi exploités pour produire cette forme de pornographie.

Dans l'affaire *R. c. Geisel* (C. prov. Man., 2 février 2000), l'accusé a été trouvé en possession de 22 photos d'adolescentes plus ou moins dévêtues. Sur certaines photos, on pouvait voir l'une des adolescentes en train de se livrer à une activité sexuelle avec un adolescent. L'accusé s'était lié d'amitié avec les jeunes filles et avait permis à l'une d'elles de demeurer chez lui pendant qu'elle était en fugue. L'accusé prenait des photos quand les jeunes filles lui rendaient visite. Avant de prendre les photos, il leur servait de l'alcool qu'il leur présentait comme de la « cocaïne liquide », tellement il était fort. Dans l'affaire *Jewell*, précitée, l'accusé Gramlick avait produit ses propres vidéos-cassettes pornographiques représentant 12 enfants de 11 à 17 ans. Cinq des garçons avaient moins de 14 ans et avaient été filmés alors qu'ils se livraient à des actes sexuels entre eux et avec des hommes adultes, dont un prostitué. Les garçons en cause [TRADUCTION] « ont été décrits d'une manière générale comme provenant de familles pauvres et désunies » (p. 274). Ils étaient amenés à se livrer à ces actes en échange d'argent, de cigarettes et de cadeaux. L'autre accusé, Jewell, avait enregistré sur bande vidéo ses ébats sexuels avec 12 garçons, dont le plus jeune était âgé de 10 ans. Certains ignoraient qu'ils étaient filmés. Là encore, l'ar-

instances, [Jewell] posed as a friendly father figure, who disguised his house as a place of refuge when the young boys left their homes. He took some of the boys on trips unavailable to them in their own homes, to places like Disneyworld in Florida and Canada's Wonderland. There was evidence that he shared these boys with Gramlick and other associates" (p. 276).

228 A recent case before this Court further reveals the exploitation that can occur once pornographic representations of adolescents exist. In *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, the accused was charged with sexually assaulting several complainants. One of the complainants was 15-16 years old at the time. The accused had posed as a photographer who could launch the complainant's modelling career. He took nude photographs of the complainant and afterwards refused to show them to her. Eventually she asked for the negatives of the pictures. The accused told her that if she wanted the negatives she would have to perform sexual acts with him, and that if she refused, he would send the photographs to her mother.

229 These cases illustrate the very real harm which can be visited upon adolescents between the ages of 14 and 17. In each one, however, the exploitation involved in the production of the pornographic videotapes and pictures would not be evident from viewing them. It is impossible, from looking at a picture, to determine that the adolescent depicted therein has not been exploited. Hence, Parliament had a strong basis for concluding that the age limit in the definition of child pornography should be set at 18 in order to protect all children from the harm of being used in the production of child pornography. The provision recognizes, as do ss. 153 and 212(4) of the *Criminal Code*, that while adolescents may be capable of consenting to sexual activity, their consent is vitiated in circumstances where there is a possibility that they may be exploited.

230 Rowles J.A. suggested that s. 163.1(4) could be tailored more effectively to protect teenagers who

gent, les cigarettes et l'alcool servaient d'appât. [TRADUCTION] « Dans certains cas, [Jewell] jouait le rôle d'un père amical qui accueillait chez lui les jeunes garçons en fugue. Il avait emmené certains d'entre eux dans des voyages, qui n'étaient pas à leur portée chez eux, notamment à Disneyworld en Floride et à Wonderland au Canada. La preuve indiquait qu'il partageait ces garçons avec Gramlick et d'autres acolytes » (p. 276).

Une affaire récente portée devant notre Cour révèle en outre l'exploitation qui peut survenir une fois qu'il existe des représentations pornographiques d'adolescents. Dans *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, l'inculpé avait été accusé d'avoir agressé sexuellement plusieurs plaignantes. L'une d'elles était âgée de 15 ou 16 ans à l'époque. L'accusé s'était présenté comme un photographe en mesure de lancer la carrière de mannequin de la plaignante. Il a photographié la plaignante nue et a ensuite refusé de lui montrer les photos qu'il avait prises. Celle-ci lui a finalement demandé les négatifs. L'accusé lui a répondu que, si elle voulait les négatifs, elle devrait avoir des rapports sexuels avec lui et que, si elle refusait, il enverrait les photos à sa mère.

Ces cas illustrent le préjudice très réel qui peut être causé à des adolescents de 14 à 17 ans. Toutefois, dans chaque cas, il ne ressortait pas clairement des films vidéo et des photos pornographiques que leur production avait comporté une part d'exploitation. Il est impossible, en regardant une photo, de dire que l'adolescent qui y est représenté n'a pas été exploité. Le législateur était donc solidement fondé à conclure que la limite d'âge dans la définition de la pornographie juvénile devrait être fixée à 18 ans afin de protéger tous les enfants contre le préjudice résultant de leur utilisation pour produire de la pornographie juvénile. À l'instar de l'art. 153 et du par. 212(4) du *Code criminel*, cette disposition reconnaît que même si les adolescents peuvent être capables de consentir à des activités sexuelles, leur consentement est vicié dans des circonstances où il est possible qu'ils soient exploités.

Le juge Rowles a affirmé que le par. 163.1(4) pourrait être adapté plus efficacement pour proté-

are in possession of erotic pictures or videotapes of themselves. She noted that the Australian State of Victoria had provided a defence to the possession of child pornography when the minor, or one of the minors depicted in the film or photograph is the defendant. In our view, such a defence would undermine Parliament's objective of protecting all children. Some adolescents under the age of 18 sexually exploit other children. Rix Rogers, in *Reaching for Solutions* (1990) (the Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada), at pp. 18-19, referred to survey findings showing that 30 percent of sex offenders in Canada are under the age of 18. Similarly, the Fraser Committee found as follows (vol. 1, at p. 25):

[There is] the real possibility that young persons of 16 or 17 . . . may be involved in taking advantage of still younger children, by introducing them to prostitution, to performing in pornographic displays for filming, and so on. Such exploitation might be of the older child's own motion, or it might be engineered by adults who perceive the advantage in having as fronts those who are free from serious criminal responsibility.

(See also R. J. R. Levesque, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective* (1999), at p. 214, citing studies including a 1996 paper in the *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* estimating that "adolescents commit over 50 percent of sexual offenses perpetrated against children under twelve years of age".) Thus, there is no guarantee, even when a teenager is in possession of a pornographic picture or videotape depicting himself or herself, that it was created in a consensual environment or that the photograph or videotape will not be used by the teenager to groom other children into engaging in sexual conduct. The latter point demonstrates that this material has the potential to exploit children even in the hands of those who are depicted in it.

ger les adolescents qui ont en leur possession des photos ou des films vidéo érotiques d'eux-mêmes. Elle a fait remarquer que l'État australien de Victoria a prévu un moyen de défense opposable dans les cas de possession de pornographie juvénile, lorsque le mineur ou l'un des mineurs représentés dans le film ou la photo est le défendeur. À notre avis, un tel moyen de défense minerait l'objectif du législateur de protéger tous les enfants. Certains adolescents de moins de 18 ans exploitent sexuellement d'autres enfants. Dans *À la recherche de solutions* (1990) (le rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada), p. 20-21, Rix Rogers fait état des résultats d'un sondage qui montrent que 30 pour 100 des délinquants sexuels au Canada ont moins de 18 ans. De même, le comité Fraser a tiré la conclusion suivante (vol. 1, p. 26) :

Il est cependant tout à fait possible, dans ce contexte, que des mineurs de 16 ou 17 ans [. . .] participent à l'exploitation d'enfants encore plus jeunes, en les amenant par exemple à la prostitution ou à l'exécution de spectacles pornographiques destinés à être filmés. Une telle exploitation pourrait être le fruit de l'initiative du mineur plus âgé, ou de sa manipulation par des adultes soucieux de se dissimuler derrière des « enfants de paille » n'ayant pas le même degré de responsabilité pénale.

(Voir aussi R. J. R. Levesque, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective* (1999), p. 214, où sont citées des études, dont un exposé de 1996 paru dans le *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* selon lequel [TRADUCTION] « les adolescents commettent plus de 50 pour 100 des infractions d'ordre sexuel dont sont victimes les enfants de moins de douze ans ».) Même dans le cas où un adolescent a en sa possession une photo ou une bande vidéo pornographique de lui-même, rien ne garantit que ce matériel a été créé dans un environnement consensuel ou qu'il ne sera pas utilisé par l'adolescent pour initier d'autres enfants aux rapports sexuels. Il s'ensuit donc que ce matériel est susceptible de servir à l'exploitation d'enfants même lorsqu'il se trouve entre les mains de personnes qui y sont représentées.

231

Thus, we cannot agree with the approach to this issue taken by McLachlin C.J. The inclusion of teenage pornography in s. 163.1(4) is consistent with the legislative purpose of providing for the effective protection of children by reducing the potential for harm caused by pornographic material. McLachlin C.J. is not persuaded that auto-depictions of teenage sexual activity are harmful. With respect, Parliament was justified in restricting teenagers from creating a permanent record of their sexual activity. While adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, the creation of a permanent record of such activity has consequences which children of that age may not have sufficient maturity to understand, as illustrated in *Davis, supra*. Furthermore, the Fraser Committee recognized that children, because of their vulnerability, are not always accorded the same autonomy as adults. It states (vol. 2, at p. 561):

We do not, for example, consider that the principles of individual liberty and responsibility can be applied to children to the same extent as they can to adults. Children may well have valid claims to autonomy in wide ranges of conduct. However, the liberty to engage in behaviour which is regarded as harmful will be withheld from children with more frequency than it is withheld from adults. Various justifications may be offered for this. The child may be too young or inexperienced to appreciate the harmfulness of the behaviour, or its nature or extent. In addition, quite apart from the characteristics and maturity of the individual child, adult society may be protective of the state of childhood, which is seen as a time, firstly, for the enjoyment of innocence and, then, gradually, for development out of innocence. The exposure to certain kinds of influence or behaviour may be seen as a disruption of the valuable process of gradual maturation.

... In the case of pornography ... we think that there is strong justification for treating children as vulnerable, and effecting some decrease in their liberty.

Parliament made a legitimate policy decision in determining that the possession of adolescent self-

Par conséquent, nous ne pouvons souscrire au point de vue que le juge en chef McLachlin adopte à cet égard. L'inclusion de la pornographie impliquant des adolescents dans le par. 163.1(4) est compatible avec l'objectif législatif de protéger efficacement les enfants en réduisant le risque de préjudice résultant du matériel pornographique. Le juge en chef McLachlin n'est pas convaincue que la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles est préjudiciable. En toute déférence, le législateur était justifié d'interdire aux adolescents de créer un enregistrement permanent de leurs activités sexuelles. Même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement se livrer à des activités sexuelles, la création d'un enregistrement permanent de ces activités a des conséquences que les enfants de cet âge ne sont peut-être pas en mesure de comprendre en raison de leur maturité insuffisante, comme l'illustre l'affaire *Davis*, précitée. En outre, le comité Fraser a reconnu qu'en raison de leur vulnérabilité les enfants ne jouissent pas toujours de la même autonomie que les adultes. Voici ce qu'il affirme (vol. 2, p. 603) :

Par exemple, nous ne croyons pas que les principes de liberté individuelle et de responsabilité peuvent s'appliquer avec la même force aux mineurs et aux adultes. Certes, les mineurs peuvent à juste titre revendiquer une certaine autonomie dans leurs actions, mais on les privera plus facilement que les adultes de la liberté de se livrer à des actes préjudiciables. Mains facteurs peuvent légitimer une telle réaction. L'enfant peut être trop jeune ou trop inexpérimenté pour bien comprendre la nocivité, la nature ou la portée de ses actes. En outre, nonobstant les différences de caractère et de maturité de chacun, la société adulte a souvent une attitude protectrice à l'égard des enfants, étant donné que cet âge doit être celui des joies de l'innocence, avant le passage à la maturité. Or, il se peut que le contact de certaines influences ou de certains comportements risque de troubler le caractère graduel et bénéfique de ce développement.

... Dans le cas de la pornographie [...], nous croyons qu'il est tout à fait justifié de traiter les enfants comme des êtres vulnérables et d'imposer certaines limites à leur liberté.

Le législateur a pris une décision de politique légitime en interdisant la possession de matériel com-

depictions of sexual activity should be prohibited. Depictions of teenagers have the potential to be created in conditions which are exploitative and can be used to exploit other children. The Court should defer to Parliament's decision to restrict teenagers' freedom in this area. The worry that s. 163.1 interferes unduly with the freedom of expression of teenagers must also be addressed in light of the *Young Offenders Act*, another set of provisions designed to address children's special needs. Under this Act, any teenager convicted for possession of child pornography would have the benefit of a more lenient sentence and measures aimed at rehabilitation and social reintegration (see s. 20); he or she would also avoid the permanence of a criminal record.

In considering whether s. 163.1(4), in conjunction with the definition of child pornography, minimally impairs the guarantee of freedom of expression, it is important to bear in mind that the provision does not amount to a total ban on the possession of child pornography. The provision reflects an attempt by Parliament to weigh the competing rights and values at stake and achieve a proper balance. First, the definitional limits act as safeguards to ensure that only material that is antithetical to Parliament's objectives in proscribing child pornography will be targeted. Second, the legislation incorporates defences of artistic merit, educational, scientific or medical purpose, and a defence of the public good. With regard to the defence of artistic merit, McLachlin C.J. writes that "[a]ny objectively established artistic value, however small" (para. 63), provides a complete defence. In our view, the boundaries of the artistic merit defence do not need to be decided in this appeal, especially since the defence also applies to the prohibitions against the publication, distribution and sale of child pornography that are also found in s. 163.1. However, we would consider anomalous interpreting artistic merit to provide a complete defence in a case in which the same material would fail the artistic merit test under the obscenity provisions of the *Criminal Code*. We must give effect to Parliament's deliberate decision

portant la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles. La représentation d'adolescents est susceptible d'être produite dans des conditions d'exploitation et peut servir à exploiter d'autres enfants. La Cour devrait s'en remettre à la décision du législateur de restreindre la liberté des adolescents dans ce domaine. La crainte que l'art. 163.1 ne porte indûment atteinte à la liberté d'expression des adolescents doit également être examinée en fonction de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui est un autre ensemble de dispositions destinées à répondre aux besoins particuliers des enfants. Suivant cette loi, l'adolescent reconnu coupable de possession de pornographie juvénile recevrait une peine moins sévère et bénéficierait de mesures de réadaptation et de réinsertion sociale (voir l'art. 20), sans compter qu'il échapperait à un casier judiciaire permanent.

Pour déterminer si le par. 163.1(4), conjugué à la définition de la pornographie juvénile, porte le moins possible atteinte à la garantie de liberté d'expression, il importe de se rappeler que cette disposition n'interdit pas complètement la possession de pornographie juvénile. Elle reflète une tentative de la part du législateur de soupeser les droits et valeurs opposés qui sont en jeu et d'établir un juste équilibre. Premièrement, les limites apportées par la définition garantissent que seul sera visé le matériel qui va à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur en interdisant la pornographie juvénile. Deuxièmement, la mesure législative prévoit des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical et sur le bien public. En ce qui concerne le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, le juge en chef McLachlin écrit au par. 63 que, « [t]oute valeur artistique objectivement établie, si minime soit-elle », constitue un moyen de défense suffisant. Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de délimiter le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, étant donné particulièrement qu'il s'applique aussi à l'interdiction de la publication, de la distribution et de la vente de pornographie juvénile également prévue à l'art. 163.1. Cependant, il serait anormal, selon nous, de considérer que la valeur artistique constitue un moyen de

to avoid the term artistic “purpose”, which it adopted for the educational, scientific and medical defences. Artistic merit must be determined with regard to composition and emphasis according to the criteria described in para. 64 of McLachlin C.J.’s reasons and through careful attention to artistic conventions, expert opinions and modes of production, display and distribution. Simply calling oneself an artist is not an absolute shield to conviction.

défense suffisant dans un cas où le même matériel ne satisferait pas au critère de la valeur artistique dans le cadre des dispositions du *Code criminel* relatives à l’obscénité. Il nous faut respecter la décision délibérée du législateur d’éviter de parler de « but » artistique comme il l’a fait dans le cas des moyens de défense fondés sur le but éducatif, scientifique ou médical. La valeur artistique doit être évaluée en fonction de la composition et de l’idée maîtresse, conformément aux critères énoncés au par. 64 des motifs du juge en chef McLachlin, et en prêtant soigneusement attention aux conventions artistiques, aux opinions d’expert et aux modes de production, de présentation et de distribution. Il ne suffit pas de se dire artiste pour échapper à toute déclaration de culpabilité.

233 In light of the analysis above, we conclude that Parliament has enacted a law which is appropriately tailored to the harm it seeks to prevent. Therefore, we conclude that the impugned provision minimally impairs the rights guaranteed by s. 2(b).

Compte tenu de l’analyse qui précède, nous concluons que le législateur a adopté une loi à la mesure du préjudice qu’elle vise à prévenir. Par conséquent, nous jugeons que la disposition contestée porte le moins possible atteinte aux droits garantis par l’al. 2b) de la *Charte*.

(c) *Proportionality of Effects*

c) *La proportionnalité des effets*

234 At this stage of the analysis we must examine whether the deleterious effects of the infringement are proportional to the salutary objective and effects of s. 163.1(4); see, e.g., *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 133; *Dagenais, supra*, at p. 889. In *Thomson Newspapers, supra*, at para. 125, Bastarache J. described this portion of the analysis as providing an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are explored in the first two stages of the analysis, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects, as measured by the values underlying the *Charter*.

À cette étape de l’analyse, il faut examiner si les effets préjudiciables de l’atteinte sont proportionnels à l’objectif et aux effets bénéfiques du par. 163.1(4) : voir, par exemple, *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 133; et *Dagenais*, précité, p. 889. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 125, le juge Bastarache affirme que cette partie de l’analyse donne l’occasion d’apprécier, à la lumière des détails d’ordre pratique et contextuel qui sont étudiés au cours des première et deuxième étapes, si les avantages de la limitation sont proportionnels à ses effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*.

235 We begin with an analysis of the salutary effects of the prohibition of the possession of child pornography. The greatest benefit to prohibiting the possession of child pornography is that it helps to prevent the harm to children which results from its production. By aiming to eradicate the legal market for such materials, the legislation acts as a powerful force to reduce the production of child pornography. By reaching into the private sphere,

Commençons par l’analyse des effets bénéfiques de l’interdiction de la possession de pornographie juvénile. L’avantage le plus important de cette interdiction est qu’elle contribue à prévenir le préjudice causé aux enfants par la production de pornographie juvénile. Du fait qu’elle vise à supprimer le marché légal de ce genre de matériel, la mesure législative est un moyen puissant de réduire la production de pornographie juvénile. En

the legislation extends protection to those children who are used in privately created pornographic materials. Section 163.1(4) also deters the use of child pornography in the grooming of children. The prohibition makes it more difficult for paedophiles to use child pornography to lower children's inhibitions towards sexual activity, and thus reduces the effectiveness of this abhorrent method of seduction. Similarly, the prohibition curbs the collection of child pornography by paedophiles. This protects children against sexual abuse by eliminating those materials which fuel paedophilic fantasies and incite paedophiles to commit sexual assaults. The prohibition of the possession of child pornography also helps to ensure that an effective law enforcement scheme can be implemented.

The legislation is beneficial to society as a whole. Section 163.1(4) sends a clear message to all Canadians that the degradation and dehumanization of children, and their use as sexual objects for the gratification of adults is inappropriate. This benefits society by deterring the development of antisocial attitudes and complements the legislation's positive effect on children's rights. As the Fraser Committee noted, materials which use and depict children in a sexual way for the entertainment of adults undermine the rights of children by diminishing the respect to which they are entitled. The prohibition of the possession of such materials sends the message that the use of children as sexual objects is unacceptable, and thereby promotes children's position as equal members in society.

The impugned legislation is said to have a deleterious effect on both the right to free expression as guaranteed by s. 2(b) and on the value of privacy. We turn first to the effect of the provision on the freedom of expression. As we discussed above, the law does not trench significantly on speech possessing social value; there is a very tenuous connection between the possession of child pornogra-

atteignant le domaine de la vie privée, elle étend sa protection aux enfants qui sont utilisés pour la production de matériel en privé. Le paragraphe 163.1(4) décourage aussi l'emploi de pornographie juvénile pour initier des enfants aux rapports sexuels. L'interdiction fait en sorte qu'il est plus difficile, pour les pédophiles, d'utiliser la pornographie juvénile pour vaincre les réticences des enfants à l'égard des activités sexuelles, ce qui a pour effet de diminuer l'efficacité de ce mode de séduction répugnant. De même, l'interdiction contribue à freiner l'accumulation de pornographie juvénile par les pédophiles, ce qui protège les enfants contre l'exploitation sexuelle en éliminant le matériel qui alimente les fantasmes pédophiliques et qui incite les pédophiles à commettre des agressions sexuelles. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile contribue également à la mise en œuvre d'un régime efficace d'application de la loi.

La mesure législative est bénéfique pour l'ensemble de la société. Le paragraphe 163.1(4) indique clairement aux Canadiens qu'il est inacceptable d'avilir et de déshumaniser les enfants et de les utiliser en tant qu'objets sexuels pour la gratification des adultes. Ce message bénéficie à la société en décourageant les comportements antisociaux et complète l'effet positif de la législation sur les droits des enfants. Comme l'a souligné le comité Fraser, les productions qui utilisent et représentent des enfants à des fins sexuelles pour le divertissement des adultes portent atteinte aux droits des enfants en sapant le respect auquel ils ont droit. L'interdiction de la possession de ce type de matériel indique que l'utilisation d'enfants en tant qu'objets sexuels est inacceptable, et elle favorise ainsi l'égalité des enfants comme membres de la société.

On dit que la disposition législative contestée a un effet préjudiciable à la fois sur le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) et sur la valeur de la vie privée. Examinons d'abord l'effet de cette disposition sur la liberté d'expression. Nous avons vu plus haut que la mesure législative n'entrave pas sensiblement le discours ayant une valeur sociale; il existe un lien très ténu entre la

236

237

phy and the right to free expression. At most, the law has a detrimental cost to those who find base fulfilment in the possession of child pornography.

238 As we have stated, we do not find objections to the restriction of auto-depictions of adolescent sexuality compelling. In our view, the provision is consistent with the protection of children and does not serve as an unjustified impediment to the self-fulfilment of adolescents. As the Fraser Committee noted, restrictions on children's liberties are sometimes necessary because of their vulnerability. The cases involving depictions of teenagers engaged in explicit sexual activity demonstrate that pornography depicting teenagers is sometimes produced under conditions of exploitation, rather than mutuality and consent. Any deleterious effect on the self-fulfilment of teenagers who produce permanent records of their own sexual activity in an environment of mutual consent is, therefore, far outweighed by the salutary effects on all children resulting from the prohibition of the possession of child pornography.

239 In most cases, the prohibition's restriction on expression will affect adults who seek fulfilment through the possession of child pornography. These adults seek to fulfill themselves by deriving sexual pleasure from images and writings which objectify and degrade children. It is important to emphasize that the self-fulfilment denied by the law is closely connected to the harm to children. The benefits of the prohibition of the possession of child pornography far outweigh any deleterious effect on the right to free expression.

240 The legislation affects privacy interests because it extends its reach into the home. However, we must be careful not to exaggerate the severity of this deleterious effect. The privacy of those who possess child pornography is also protected by the right against unreasonable search and seizure as

possession de pornographie juvénile et le droit à la liberté d'expression. Tout au plus, la mesure législative est coûteuse pour ceux qui s'épanouissent basement dans la possession de pornographie juvénile.

Nous avons déjà précisé que nous ne jugeons pas convaincantes les objections à la restriction de la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles. À notre avis, la disposition en cause est compatible avec la protection des enfants et ne constitue pas une entrave injustifiée à l'épanouissement personnel des adolescents. Comme l'a souligné le comité Fraser, il est parfois nécessaire de restreindre la liberté des enfants en raison de leur vulnérabilité. La jurisprudence qui porte sur la représentation d'adolescents se livrant à des activités sexuelles explicites démontre que cette forme de pornographie est parfois produite dans des conditions d'exploitation plutôt que dans un contexte de consentement mutuel. Tout effet préjudiciable sur l'épanouissement personnel des adolescents qui produisent des enregistrements permanents de leurs propres activités sexuelles dans un contexte de consentement mutuel est donc largement transcendé par les effets bénéfiques, pour tous les enfants, de l'interdiction de la possession de pornographie juvénile.

Dans la plupart des cas, la restriction de l'expression par cette interdiction touche les adultes qui recherchent satisfaction dans la possession de pornographie juvénile. Ces adultes cherchent à s'épanouir en trouvant du plaisir sexuel dans des images et des écrits qui avilissent des enfants et en font des objets. Il importe de souligner que l'épanouissement personnel refusé par la loi est étroitement lié au préjudice causé à des enfants. Les avantages de l'interdiction de posséder de la pornographie juvénile l'emportent largement sur tout effet préjudiciable sur le droit à la liberté d'expression.

La mesure législative en cause a un effet sur le droit à la vie privée parce qu'elle s'applique jusque dans le domicile. Il faut toutefois prendre soin de ne pas exagérer la gravité de cet effet préjudiciable. La vie privée de ceux qui ont en leur possession de la pornographie juvénile est également

guaranteed by s. 8 of the *Charter*. Before any police investigation could take place within the home, a judicial officer would first have to make a determination that the law enforcement interests of the state were, in the particular situation, demonstrably superior to the affected individual's interest in being left alone. The law intrudes into the private sphere because doing so is necessary to achieve its salutary objectives. Child pornography is produced in private, and child pornography is used privately to entice children into sexual activity. Thus, the privacy interest restricted by the law is closely related to the specific harmful effects of child pornography.

In examining the law's effect on privacy interests, it is important not to lose sight of the beneficial effects of the provision in protecting the privacy interests of children. When children are depicted in pornographic representations, the camera captures their abuse and creates a permanent record of it. This constitutes an extreme violation of their privacy interests. By criminalizing the possession of such materials, Parliament has created an incentive to destroy those pornographic representations which already exist. In our view, this beneficial effect on the privacy interests of children is proportional to the detrimental effects on the privacy of those who possess child pornography.

When the effects of the provision are examined in their overall context, the benefits of the legislation far outweigh any harms to freedom of expression and the interests of privacy. The legislation hinders the self-fulfilment of a few, but this form of self-fulfilment is at a base and prurient level. Those who possess child pornography are self-fulfilled to the detriment of the rights of all children. The prohibition of the possession of such materials is thus consistent with our *Charter* values. It fosters and supports the dignity of children and sends the message that they are to be accorded equal respect with other members of the community. In

protégée par le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Pour qu'une enquête policière puisse être menée dans un domicile, un officier de justice doit avoir préalablement décidé que, dans les circonstances particulières en cause, l'intérêt de l'État à ce que la loi soit appliquée l'emporte manifestement sur l'intérêt de la personne touchée à ne pas être importunée. La mesure législative empiète sur la vie privée parce que la réalisation de ses objectifs bénéfiques l'exige. La pornographie juvénile est produite en privé et elle est utilisée en privé pour amener des enfants à se livrer à des activités sexuelles. Le droit à la vie privée qui est restreint par la loi est donc étroitement lié aux effets préjudiciables particuliers de la pornographie juvénile.

En examinant l'effet de la mesure législative sur le droit à la vie privée, il importe de ne pas perdre de vue les effets bénéfiques qu'elle a en protégeant le droit à la vie privée des enfants. Lorsque des enfants sont représentés dans du matériel pornographique, la caméra saisit leur exploitation et en crée un enregistrement permanent. Cela constitue une violation extrême de leur droit à la vie privée. La criminalisation, par le législateur, de la possession de matériel de cette nature a pour effet d'inciter à détruire les représentations pornographiques qui existent déjà. À notre avis, cet effet bénéfique sur le droit à la vie privée des enfants est proportionnel aux effets préjudiciables sur le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile.

À notre avis, l'examen des effets de la mesure législative dans leur contexte global révèle que les avantages de cette mesure l'emportent largement sur toute atteinte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée. Elle entrave l'épanouissement personnel d'une petite minorité, mais il s'agit d'un épanouissement personnel indigne et lascif. Les gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile s'épanouissent au détriment des droits de tous les enfants. L'interdiction de la possession de matériel de ce genre est donc compatible avec les valeurs consacrées par notre *Charte*. Elle favorise le respect de la dignité des enfants et indique qu'ils

241

242

our view, Parliament has enacted a law which is reasonable, and which is justified in a free and democratic society.

III. Disposition

243 We would allow the appeal and remit the charges for trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Gil D. McKinnon and Richard C. C. Peck, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP) and Canadians Against Violence (CAVEAT): Danson, Recht & Freedman, Toronto.

ont droit à la même considération que tous les autres membres de la société. À notre avis, le législateur a adopté une mesure législative raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique.

III. Dispositif

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer les accusations au tribunal de première instance.

Pourvoi accueilli.

Procureur pour l'appelante : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Gil D. McKinnon et Richard C. C. Peck, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Vancouver.

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 : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Calgary.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP) et les Canadiens contre la violence (CAVEAT) : Danson, Recht & Freedman, Toronto.

Solicitors for the interveners the Criminal Lawyers' Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Focus on the Family (Canada) Association: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association: McAlpine Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory, Toronto.

Solicitor for the interveners Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights: David Matas, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et la Focus on the Family (Canada) Association: Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association: McAlpine Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory, Toronto.

Procureur des intervenants Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants: David Matas, Winnipeg.