

# Godbout c. Procureure générale du Québec, [2020] J.Q. no 6376

Jugements du Québec

Cour supérieure du Québec

District de Richelieu

L'honorable Marc-André Blanchard J.C.S.

Entendu : les 8 et 9 juin 2020.

Rendu : le 24 septembre 2020.

No : 765-01-034084-190

[2020] J.Q. no 6376 | 2020 QCCS 2967 | 2020EXP-2632 | EYB 2020-363400

Entre YVAN GODBOUT, Requéant - Accusé, et PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC, Intimée, et SA MAJESTÉ LA REINE, Mise en cause - Poursuivante, et ÉDITIONS ADA INC., Mise en cause - Accusée

(199 paragr.)

## Résumé

---

**Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Restrictions aux droits garantis dans les limites raisonnables — Justification dans le cadre d'une société libre et démocratique — Test de l'arrêt Oakes— Importance suffisante — Lien rationnel — Atteinte minimale — Proportionnalité — Libertés fondamentales — Liberté de croyance, d'opinion et d'expression — Liberté d'expression — Garanties juridiques — Vie, liberté et sécurité — Réparation pour atteinte aux droits — Sanctions applicables aux lois — Déclaration d'invalidité — Accusé de production de pornographie juvénile en contravention de l'article 163.1(2) du Code criminel, Godbout cherche à obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité des articles 163.1(1)c), (2), (3), (4), (4.1) et (6) du Code criminel parce qu'ils violeraient le droit à la liberté d'expression garantie par l'article 2(b) de la Charte canadienne des droits et libertés ainsi que le droit à la sécurité protégé par l'article 7 et constituerait une violation de la présomption d'innocence prévue à l'article 11(d) tout en ne se justifiant pas dans une société libre et démocratique aux termes de l'article 1 — La validité constitutionnelle des dispositions législatives quant à la pornographie juvénile, et plus particulièrement l'existence des articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) C.cr., qui forment un tout cohérent pour les fins de l'analyse, se trouve grandement diminué par le fait, qu'à tout le moins, une certaine catégorie de matériel expressif qui se trouve au coeur des valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression, tel l'épanouissement personnel et la recherche de la vérité en participant à un discours social nécessaire puisqu'il vise à dénoncer des comportements des prédateurs sexuels, tel que l'admet la PGQ, se voit maintenant susceptible de**

**poursuite criminelle — Le Tribunal invalidera les articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) C.cr. parce qu'ils violent de façon injustifiable les articles 2(b) et 7 de la Charte — Demande accueillie en partie.**

**Droit criminel — Questions constitutionnelles — Charte canadienne des droits et libertés — Libertés fondamentales — Liberté d'expression — Garanties juridiques — Vie, liberté et sécurité — Accusé de production de pornographie juvénile en contravention de l'article 163.1(2) du Code criminel, Godbout cherche à obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité des articles 163.1(1)c), (2), (3), (4), (4.1) et (6) du Code criminel parce qu'ils violeraient le droit à la liberté d'expression garantie par l'article 2(b) de la Charte canadienne des droits et libertés ainsi que le droit à la sécurité protégé par l'article 7 et constituerait une violation de la présomption d'innocence prévue à l'article 11(d) tout en ne se justifiant pas dans une société libre et démocratique aux termes de l'article 1 — La validité constitutionnelle des dispositions législatives quant à la pornographie juvénile, et plus particulièrement l'existence des articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) C.cr., qui forment un tout cohérent pour les fins de l'analyse, se trouve grandement diminué par le fait, qu'à tout le moins, une certaine catégorie de matériel expressif qui se trouve au coeur des valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression, tel l'épanouissement personnel et la recherche de la vérité en participant à un discours social nécessaire puisqu'il vise à dénoncer des comportements des prédateurs sexuels, tel que l'admet la PGQ, se voit maintenant susceptible de poursuite criminelle — Le Tribunal invalidera les articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) C.cr. parce qu'ils violent de façon injustifiable les articles 2(b) et 7 de la Charte — Demande accueillie en partie.**

Accusé de production de pornographie juvénile en contravention de l'article 163.1(2) du Code criminel, Godbout cherche à obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité des articles 163.1(1)c), (2), (3), (4), (4.1) et (6) du Code criminel parce qu'ils violeraient le droit à la liberté d'expression garantie par l'article 2(b) de la Charte canadienne des droits et libertés ainsi que le droit à la sécurité protégé par l'article 7 et constituerait une violation de la présomption d'innocence prévue à l'article 11(d) tout en ne se justifiant pas dans une société libre et démocratique aux termes de l'article 1. Dans l'arrêt Sharpe, la Cour suprême validait le régime législatif quant à la possession de pornographie juvénile, bien que celui-ci violait les articles 2(b) et 7 de la Charte, et formulait une exception prétorienne basée sur l'usage personnel de matériel pédopornographique, constitué d'écrits ou de représentations visuelles, créé par l'accusé seul et conservé pour son usage personnel, ainsi que pour tout enregistrement visuel réalisé par lui qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qu'il détient uniquement pour son usage personnel. Godbout soutient que l'auteur d'un roman d'horreur et de fiction, qui ne préconise ni ne conseille la pédopornographie, ne saurait voir sa liberté d'expression restreinte par le biais d'accusations criminelles qui comportent un stigmatisme social important et dévastateur, puisque cela contreviendrait à la fois aux articles 2(b), 7 et 11(d) de la Charte de façon injustifiable. La Procureur générale du Québec (PGQ) reconnaît la violation de l'article 2(b), mais plaide sa justification parce que la pornographie juvénile appartient à la catégorie d'expression dont la protection s'avère très relative compte tenu de ses effets délétères sur les membres les plus vulnérables de la société, en l'occurrence les enfants. Elle nie l'existence d'une violation de l'article 7 ou de l'article 11(d). Godbout est l'auteur d'un livre à l'origine des accusations. Les passages dans le livre en question évoquent nommément le viol, la sodomie, la fellation, le cunnilingus et la castration entre des enfants et des tiers adultes. Il ne fait aucun

doute que l'auteur Godbout visait une distribution de masse puisque l'oeuvre se retrouve, entre autres, dans les magasins entrepôt Costco.

DISPOSITIF : Demande accueillie en partie.

La PGQ reconnaît que la littérature qui entre dans la catégorie des oeuvres "récits-témoignages de violence sexuelle" fait partie de cette catégorie d'éléments expressifs qui se trouvent au coeur de ce qui constitue la liberté d'expression. En l'espèce, il n'existe aucune raison pour ne pas reconnaître, à l'instar de l'arrêt Sharpe, que la criminalisation de la production de pornographie juvénile, qui vise, entre autres, à réduire l'exploitation d'enfants et à contrer la détérioration des comportements sociaux à leur égard constitue un objectif législatif réel et urgent. Il y a lieu de conclure à l'existence de ce lien rationnel qui vaut autant pour l'infraction de possession de pornographie juvénile que pour celle de sa production. Dans le cadre législatif antérieur qui existait jusqu'en 2005, un écrit ne pouvait constituer de la pornographie juvénile que dans le cas où celui-ci préconisait ou conseillait une activité sexuelle avec une personne mineure. Un vaste pan d'une certaine littérature pornographique, contenant des passages de pédopornographie, se trouve maintenant visé par cette nouvelle définition du Code criminel ainsi que certaines oeuvres de d'autres natures qui contiennent de tels passages. L'analyse de l'article 163.1(6)(b) s'effectue en tenant compte de l'ensemble des dispositions législatives qui traitent de pornographie juvénile et, particulièrement de l'article 163.1(1)(c). En présence d'écrits, l'absence de mots "préconise ou conseille", ou leur équivalent à la définition de pornographie juvénile, amoindrit de façon fondamentale le droit à la liberté d'expression, notamment celle des personnes qui désirent exprimer en termes explicites les sévices vécus par elles aux mains de personnes pédophiles. Certaines oeuvres pornographiques susceptibles de causer un préjudice n'échappent pas à toutes poursuites grâce au moyen de défense de l'article 163.1(6)(a) et (b) parce que la définition de pornographie juvénile omet d'inclure les notions de "préconise ou conseille" ou leur équivalent. L'infraction de production de pornographie juvénile comporte d'importants stigmates sociaux qui entraînent des incidences sérieuses sur la réputation des individus, leurs relations interpersonnelles, leur intégrité psychologique ainsi que, potentiellement, sur leur emploi. L'existence combinée des articles 163.1(1)(c) et 163.1(6)(b) ne s'avère pas proportionnée sur le plan de ses effets et l'atteinte à l'article 2(b) de la Charte ne peut se justifier aux termes de l'article premier. Il y a aussi une violation de l'article 7 de la Charte. Ici, contrairement à l'arrêt Sharpe, il ne s'agit pas d'invalider une disposition législative simplement parce que l'accusé soulève une application hypothétique qui ne possède aucun lien avec son propre cas, mais bien plutôt de constater l'effet réel potentiel de la portée combinée des articles 163.1(1)(c) et 163.1(6)(b) C. cr., entre autres, sur un pan important de la littérature déjà existante. Le Tribunal conclut donc que l'inclusion des notions de "préconiser" et "conseiller" une activité sexuelle avec une personne mineure, ou un équivalent, constitue un prérequis à la validité constitutionnelle de dispositions législatives qui traitent de la criminalisation d'écrits contenant des passages de pédopornographie. Le Tribunal invalidera les articles 163.1(1)(c) et 163.1(6)(b) C.cr. parce qu'ils violent de façon injustifiable les articles 2(b) et 7 de la Charte. Cette déclaration entraîne donc l'acquiescement de Godbout.

## **Législation citée :**

---

Charte canadienne des droits et libertés 1982, art. 1, art. 2(b), art. 7, art. 11(d), art. 12, art. 52

Code criminel, [L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163](#)(3), art. 163(8), art. 163.1, art. 163.1(1)(c), art. 163.1(2), art. 163.1(3), art. 163.1(4), art. 163.1(4.1), art. 163.1(6), art. 163.1(6) (a), art. 163.1(6)(b), art. 195(2), art. 212(3), art. 258(1) (c), art. 258(1)(d), art. 258(1)(d.1)

Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables)

Loi sur la preuve au Canada

## Avocats

---

**Me Geneviève Beaudin**, Bureau du DPCP, Avocate de Sa Majesté La Reine.

**Me Jean-Philippe Marcoux**, **Me Jean-Sébastien St-Amand Grinois**, Marcoux et Associés, Avocats d'Yvan Godbout.

**Me Charles Montpetit**, Les Avocats Montpetit, Avocat d'Éditions ADA Inc.

**Me Michel Déom**, **Me Anne-Sophie Bordelau-Roy**.

---

### JUGEMENT SUR L'INCONSTITUTIONNALITÉ DES ALINÉAS 163.1(1)C), (2), (3), (4), (4.1) ET (6) DU *CODE CRIMINEL*

**1** Accusé, par voie d'un acte d'accusation directe, de production de pornographie juvénile entre le 1er novembre 2016 et le 18 février 2019, en contravention de l'article 163.1(2) du *Code criminel* (*C. cr.*), Yvan Godbout cherche à obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité des articles 163.1(1)c), (2), (3), (4), (4.1) et (6) du *C. cr.* parce qu'ils violeraient le droit à la liberté d'expression garantie par l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Charte*) ainsi que le droit à la sécurité protégé par l'article 7 et constituerait une violation de la présomption d'innocence prévue à l'article 11d) tout en ne se justifiant pas dans une société libre et démocratique aux termes de l'article 1.

**2** En substance, le débat porte sur la constitutionnalité des dispositions législatives contenues au *Code criminel* édictées par le législateur en 2005 dans la foulée de l'arrêt *R. c. Sharpe*<sup>1</sup>. Dans cet arrêt, la Cour suprême validait le régime législatif alors attaqué quant à la possession de pornographie juvénile, bien que celui-ci violait les articles 2b) et 7 de la *Charte*, et formulait une exception prétorienne basée sur l'usage personnel de matériel pédopornographique, constitué d'écrits ou de représentations visuelles, créé par l'accusé seul et conservé pour son usage personnel, ainsi que pour tout enregistrement visuel réalisé par lui qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qu'il détient uniquement pour son usage personnel.

3 Godbout soutient que l'auteur d'un roman d'horreur et de fiction, qui ne préconise ni ne conseille la pédopornographie, ne saurait voir sa liberté d'expression restreinte par le biais d'accusations criminelles qui comportent un stigmate social important et dévastateur, puisque cela contreviendrait à la fois aux articles 2b), 7 et 11d) de la *Charte* de façon injustifiable.

4 Godbout convient de l'inutilité de trancher, à cette étape, la possible violation de l'article 12 de la *Charte* quant à la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'article 163.1(2), 163.1(3), 163.1(4) et 163.1(5) *C. cr.*

5 La PGQ reconnaît la violation de l'article 2b), mais plaide sa justification parce que la pornographie juvénile appartient à la catégorie d'expression dont la protection s'avère très relative compte tenu de ses effets délétères sur les membres les plus vulnérables de la société, en l'occurrence les enfants. Elle nie l'existence d'une violation de l'article 7 ou de l'article 11d). Dans le premier cas, elle argue que Godbout n'en fait pas la démonstration, dans le second, parce que le fardeau de présentation qui incombe à un accusé ne peut constituer un renversement du fardeau de preuve.

6 Pour les motifs qui suivent, le Tribunal invalidera les articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) *C.cr.* parce qu'ils violent de façon injustifiable les articles 2b) et 7 de la *Charte*.

## LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

7 Les dispositions législatives pertinentes prévoient :

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

[...]

c) de tout écrit dont la caractéristique dominante est la description, dans un but sexuel, d'une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi;

(2) Quiconque produit, imprime ou publie, ou a en sa possession en vue de la publication, de la pornographie juvénile est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de un an.

### **Distribution de pornographie juvénile**

(3) Quiconque transmet, rend accessible, distribue, vend, importe ou exporte de la pornographie juvénile ou en fait la publicité, ou en a en sa possession en vue de la transmettre, de la rendre accessible, de la distribuer, de la vendre, de l'exporter ou d'en faire la publicité, est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de un an.

### **Possession de pornographie juvénile**

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

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant de un an;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour, la peine minimale étant de six mois.

### **Accès à la pornographie juvénile**

(4.1) Quiconque accède à de la pornographie juvénile est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant de un an;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour, la peine minimale étant de six mois.

[...]

### **Moyen de défense**

(6) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction :

a) ont un but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts;

b) ne posent pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans.

### **Charte canadienne des droits et libertés**

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 les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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;

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.

[...]

11. Tout inculpé a le droit :

a) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

## **1. LES FAITS**

**8** Quant aux faits pertinents au présent débat, le Tribunal reprend son énoncé contenu à son jugement du 5 décembre 2019 :

[7] Il importe de souligner que la trame factuelle sur laquelle reposent les chefs d'accusation ne fait l'objet d'aucune contestation. En effet, d'une part, la qualité d'auteur et d'éditeur de Godbout et ADA, ainsi que de distributeur pour cette dernière, et d'autre part, le fait que le roman Hansel et Gretel constitue un tout, de la page couverture à son endos, font l'objet d'une admission de leur part.

[8] En effet, tant Godbout qu'ADA admettent la qualité d'auteur du premier que celles d'éditeur et de distributeur de la seconde après le dépôt en preuve d'une copie du livre<sup>2</sup>.

[9] Plus particulièrement, il faut cependant noter que Godbout reconnaît à l'audience que les deux personnes que l'on voit sur la page couverture du livre représentent une photographie de personnes "en chair et en os" et qu'il apparaît raisonnable d'inférer que ces images réfèrent à des personnages de l'oeuvre, en l'occurrence Jeannot et Margot, et ce contrairement à ce qu'il expose dans ses notes et autorités<sup>3</sup>, puisqu'il convient que l'oeuvre se constitue tant de la page couverture, que de son endos et de tout le texte qui se trouve entre elles.

[10] Sommairement, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, il s'agit d'un roman d'un peu plus de 250 pages qui relate, entre autres, la souffrance et le calvaire subi par un frère et une soeur qui subissent des sévices physiques, psychologiques et sexuels dans le cadre d'une histoire d'horreur et de science-fiction. Notons que le livre comporte un avertissement qu'il constitue une oeuvre de fiction comportant des passages explicites. Le Tribunal dénombre quatorze passages<sup>4</sup> qu'on pourrait possiblement qualifier de pornographie juvénile aux termes de l'article 163.1(1)c) C.cr.

**9** Il importe d'apporter les précisions suivantes. Premièrement, il ne s'agit pas de passages qui dénoncent uniquement de sévices sexuels de la nature de l'inceste, entre un père, son fils et sa fille par le biais d'une quelconque rédemption qui s'accomplirait par la mort du bourreau.

**10** Deuxièmement, les passages en question évoquent nommément le viol, la sodomie, la fellation, le cunnilingus et la castration entre des enfants et des tiers adultes.

**11** Troisièmement, ces passages s'inscrivent en partie dans un récit à saveur initiatique satanique qui sert à expliquer, en outre, la nécessité de l'exploitation sexuelle des personnages principaux de l'oeuvre en l'occurrence les deux enfants, Samaël et sa mère Ursula.

**12** Quatrièmement, il ne fait aucun doute que l'auteur Godbout et l'éditeur ADA visait une distribution de masse puisque l'oeuvre se retrouve, entre autres, dans les magasins entrepôt Costco.

**13** Finalement, pour les fins du débat, les parties produisent les admissions suivantes :

1. Première mise en marché du livre numérique, création de la publication numérique à vendre en version PDF (20 octobre 2017);
2. Mise en marché de la version ePub, deuxième type de fichier numérique en vente. (23 octobre 2017);
3. Mise hors ligne 18 janvier 2018;
4. Vérification hors ligne le 8 mars 2018;
5. Le livre a été remis en marché le 25 avril 2018;
6. Suite au deuxième passage des Policiers et de la demande de récupération des livres physiques, nous avons remis la version numérique hors ligne le 14 mars 2019;
7. À ce jour, la version numérique est toujours indisponible par les voies légales;
8. Qu'il est possible de lire en ligne la pièce P-1 sans pouvoir la télécharger gratuitement via un lien internet menant à un site européen;
9. Que la disponibilité de la pièce P-1 via ce site est hors du contrôle d'Éditions ADA et de M. Godbout et ne respecte pas la législation applicable, et est de ce fait illégale.

**14** À l'origine, les parties désiraient produire dans le cadre du débat constitutionnel des expertises notamment en relation avec le critère "de risque indu pour les personnes mineures" que l'on retrouve au paragraphe 163.1(6)b) *C. cr.* Il s'agit des expertises suivantes :

- 1) Pour la PGQ, celle de Sarah Paquette, criminologue qui travaille à la Sûreté du Québec à titre de spécialiste en délinquance sexuelle au service des projets en enquête spécialisée à la division d'enquête sur l'exploitation sexuelle des enfants sur internet. Son rapport porte notamment sur l'analyse de deux facteurs : le premier en rapport avec le risque d'ordre sexuel quant aux intérêts et fantasmes atypiques, le second en relation avec le risque d'ordre cognitif visant les croyances supportant la délinquance sexuelle.
- 2) Pour Godbout, celles de Philippe Bensimon, criminologue, expert en dangerosité, délinquance sexuelle et analyste du risque de récidive et l'autre de Michel Veilleux, expert en narratologie. La première vise à établir, entre autres, s'il existe un lien de préjudice objectivement vérifiable pour les mineurs dans l'existence d'un écrit dont la caractéristique dominante constitue la description, dans un but sexuel, d'une activité sexuelle avec un mineur, sans préconiser ou conseiller la perpétration d'une activité sexuelle avec une telle personne. La seconde repose sur l'expérience en narratologie, ce qui veut dire science de la narration, de Veilleux afin d'analyser les procédés, les techniques et les structures narratives utilisées dans un récit afin de voir si l'oeuvre de Godbout contient un "dispositif pornographique" narratif qui vise à susciter l'excitation sexuelle.



**15** À l'audience, les parties conviennent de pas faire entendre les experts, ni de déposer leurs rapports pour servir de preuve d'expert. Ainsi, cela ne fait pas partie de la preuve sur laquelle le Tribunal peut adjuger. Cependant, elles acceptent que la partie du rapport de Veilleux qui traite d'un certain recensement de ce qu'il convient d'appeler la "littérature érotique" fasse partie de la preuve profane et ce pour tenir lieu de son témoignage à ce sujet.

**16** Il s'agit d'une recension à l'évidence non exhaustive, puisqu'elle traite exclusivement de la littérature en langue française, d'ouvrages contenant des passages comportant des éléments pédopornographiques, dans le sens où on y trouve des descriptions d'activités sexuelles avec des personnes de moins de dix-huit ans.

**17** À ce sujet, Veilleux regroupe son énumération sous six thèmes :

- 1) **La littérature érotique**, contenant le Décaméron de Boccace (1350-1354), les écrits de Donatien Alphonse François de Sade, dit Le Marquis de Sade (1740-1814), ceux de Nicolas Edne Restif de La Bretonne (1798), Guillaume Apollinaire et son roman pornographique le plus connu, Les Onze mille Verges ou les Amours d'un Hospodar (1907), Lolita de Vladimir Nabokov (1955), Vénus Érotica d'Anaïs Nin (1977) et La Pharmacienne d'Esparbec (2002). Pour le Québec, il récence, entre autres, Après Ski de Philippe Blanchont (1966), oeuvre de Chair (1976) d'Yves Thériault et Jacinthe de Charlotte Boisjoli (1990)<sup>5</sup>.
- 2) **Le roman sociologique**, dont l'Oeil le plus bleu de Toni Morrison (1995), le Grand Cahier d'Agota Kristof (2011), Lovelie d'Haïti de Sylvain Meunier (2003), Hôtel Lonely Hearts d'Haether O'Neil (2017)<sup>6</sup>.
- 3) **Le roman d'horreur et le polar**, comprennent plusieurs oeuvres de Stephen King dont Ça (1988) et le Policier des bibliothèques (1991); Les sept jours du Talion (2002) et Hell.com (2009) de Patrick Sénécal; C'est pour mieux t'aimer mon enfant de Chrystine Brouillette (1996) ainsi que Les Enfants du Sabbat d'Anne Hébert (1975) et Un Roman Sentimental d'Alain Robbe-Grillet (2007)<sup>7</sup>.
- 4) **Les ouvrages explorant et analysant le désir pédophile** regroupant Voyage avec deux enfants (1982) et Vous m'avez fait former des Fantômes (1987) d'Hervé Guibert; Paysage de Fantaisie de Tony Duvert (1973), Rose Bonbon de Nicolas Jones-Gorlin (2002); Il entrerait dans la légende de Louis Skorecki (2002), incluant une oeuvre de pédophilie féminine en l'occurrence Une Histoire de France de Joffrine Donnadiou (2019)<sup>8</sup>.
- 5) **Les récits-témoignages de violence sexuelle** racontés en France dans Une Semaine de Vacances de Christine Angot (2012), Il m'aimait de Christophe Tiron (2004), Le Consentement de Vanessa Springora (2019) et au Québec dans le Secret de Linda Prestley (2011), La Proie : récit d'une dénonciation de Martine Ayotte (2008) et Inceste : Témoignage d'Anne Potvin (2019) ainsi que Chienne de Marie-Pier Lafontaine (2019)<sup>9</sup>.
- 6) **Les journaux d'écrivains** incluant ceux d'André Gide, Julien Green et Gabriel Matzneff<sup>10</sup>.

**18** Le Tribunal tient à mettre en exergue trois constatations importantes quant à cette preuve. La première qui se limite à dire que la lecture des extraits des ouvrages cités précédemment, que l'on retrouve au document produit par Veilleux, convainc le lecteur, sans l'ombre d'un doute, de la nature pédopornographique de ces passages et qu'il apparaît inutile de les reprendre ici pour en illustrer, de façon explicite, le contenu.

**19** La seconde, à l'effet que certaines oeuvres ou certains passages d'oeuvres émanent d'écrivain(e)s reconnues tant par la critique littéraire que le public en général et récipiendaire de nombreux prix prestigieux. Il suffit de mentionner le prix Nobel de littérature pour Toni Morrison et André Gide et le prix du gouverneur général et Athanase-David pour Anne Hébert et Yves Thériault ainsi que le grand prix de littérature de l'Académie française pour Julien Green.

**20** La troisième, qui s'avère probablement la plus importante en l'espèce, porte sur la reconnaissance par la PGQ lors de l'audience que la littérature qui entre dans la catégorie des oeuvres "Récits-témoignages de violence sexuelle" fait partie de cette catégorie d'éléments expressifs qui se trouvent au coeur de ce qui constitue la liberté d'expression. D'une part, parce qu'elle participe en premier lieu à l'épanouissement personnel de la personne qui écrit ce texte et, d'autre part, au débat social, notamment quant au sort réservé tant aux victimes d'inceste dans notre société qu'à celui des abuseurs d'enfants à la fois au niveau de la justice, à entendre dans son sens large, qu'à celui de leur statut social.

**21** Cette preuve se complète par le témoignage de Godbout, âgé de 50 ans, qui traite des répercussions de la judiciarisation de la publication de son oeuvre. Se décrivant comme un auteur de nombreux romans d'horreurs ou de romans à suspense horrifique, il se dit d'abord relativement ébranlé par sa première rencontre avec un policier de la Sûreté du Québec qui l'interroge en janvier 2018, pour environ une heure à une heure et demie, à la suite de la réception d'une plainte citoyenne.

**22** Croyant l'affaire classée, il déclare que le stress relié à cette rencontre se dissipe graduellement jusqu'au moment où deux mois plus tard, à 6 h 00 du matin deux policiers, munis de mandats d'arrestation, d'entrée et de perquisition l'arrêtent alors qu'il se trouve nu, couché dans sa chambre avec son conjoint. Il affirme se sentir complètement en état de choc et humilié par le fait qu'on l'oblige à passer aux toilettes en présence d'un policier présent devant la porte ouverte. Son conjoint, livide, assiste à l'arrestation.

**23** Les policiers procèdent alors à la saisie de tous ses équipements électroniques, téléphones cellulaires, ordinateurs et iPad ainsi que des copies de son livre *Hansel et Gretel*. Il subit un interrogatoire par deux policiers d'une durée d'environ cinq heures et cinq heures et demie portant, entre autres, sur sa sexualité avec son conjoint et également sur des questions qu'il prétend dirigées afin de pouvoir le dire pédophile. Cela le choque considérablement puisqu'il déclare que : "la violence sexuelle sur les enfants constitue la pire dégueulasserie qui puisse exister".

**24** Au regard de ce qui précède, le Tribunal croit nécessaire d'ouvrir une parenthèse.

**25** Bien que la constatation qui suit ne participe pas à déterminer la validité constitutionnelle des dispositions législatives attaquées, mais plutôt d'une demande en vertu de l'article 24 de la *Charte*, le Tribunal ne peut que constater le caractère, a priori, étonnant, pour ne pas dire exorbitant des moyens déployés pour procéder à l'arrestation et la saisie du matériel électronique de Godbout. En effet, on ne se trouve pas en présence d'un pédophile potentiel qu'il s'agit de coincer ou de prendre en flagrant délit ou pour lequel on craint qu'il ne fasse disparaître la preuve, mais bien plutôt d'un auteur d'un roman, qui certes contient des passages pédopornographiques, mais qui vend son oeuvre au grand jour et au public, notamment, dans les magasins entrepôts Costco.

**26** On peut donc sérieusement s'interroger sur l'à-propos des mesures prises par les policiers dans les circonstances.

**27** Cependant, le Tribunal tient à préciser que cette interrogation ne participe ni n'influe en rien sur sa décision en l'instance.

**28** Fin de la parenthèse.

**29** Lui qui adorait écrire se dit incapable de créer depuis et affirme qu'il vit très mal avec le fait qu'on l'accuse de production de pornographie juvénile. Pour lui, depuis l'accusation, il fait semblant de vivre en faisant acte de présence dans la quotidienneté, sans plus. Il se sent comme le bouc émissaire des auteurs de la littérature d'horreur et affirme qu'il paraît aux yeux du monde comme un pédophile.

**30** La réaction de son ancienne conjointe et de leur fils, qui réagissent mal à la situation, le perturbe également. Il témoigne réagir très mal au dépôt de l'acte d'accusation direct, disant se sentir victime de l'acharnement de l'État qui, par ses choix, l'empêche de bénéficier d'une enquête préliminaire et d'un procès devant juge seul. De plus, les répercussions financières des accusations s'accumulent. Il n'écrit plus et doit investir la moitié de la valeur de sa propriété pour assurer le paiement de ses frais de défense. La situation lui cause un préjudice financier important.

**31** Il révèle qu'en décembre 2019, il atteint ses limites et qu'il ne se sent plus capable de vivre avec la situation. Il reçoit des messages haineux et menaçants sur sa page Facebook. Il ne peut plus supporter le poids de toute cette affaire. Il décide d'en finir et tente de s'enlever la vie. Il laisse un message à sa soeur, ce qui permet l'intervention des policiers, qui le retrouvent devant la tombe de son père et qui l'envoient à l'hôpital où il restera plusieurs jours. Il prend de la médication depuis lors.

32 Il reconnaît recevoir aussi des messages de soutien et qu'un certain mouvement collectif soutenant la liberté d'expression existe, ce qui le réconforte en partie bien qu'il demeure seul face à la situation.

## 2. L'ANALYSE

### 2.1 La violation de l'article 2b) de la Charte

33 Quant à la question relative à la liberté d'expression garantie par l'article 2b) de la *Charte*, Godbout s'appuie sur l'arrêt *Sharpe* et notamment le paragraphe suivant :

"21 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.11"

34 Pour lui, l'arrêt *Sharpe* établit, *prima facie*, que les dispositions législatives en cause violent les articles 2b) et 7 de la *Charte* et donc qu'il appartient au ministère public d'en démontrer le caractère justifiable dans une société libre et démocratique en fonction de l'article 1 de la *Charte*.

35 Le Tribunal en convient quant à la violation de l'article 2b)12 tout comme l'admet la PGQ à l'audience. Reste donc à déterminer si cette violation peut se justifier en vertu de l'article 1.

36 Pour ce faire, la PGQ doit démontrer le caractère urgent et réel de l'objet de la loi et que les moyens choisis s'avèrent proportionnels à cet objet. Le législateur respectera le critère de proportionnalité si (1) les moyens adoptés se trouvent rationnellement liés à cet objet, (2) la loi porte atteinte de façon minimale au droit en question, et (3) il existe une proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi13.

### 2.2 La justification en vertu de l'article 1 de la *Charte*

#### 2.2.1 Les principes généraux

37 Dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*14, la majorité de la Cour suprême reconnaît que les tribunaux doivent accorder aux gouvernements une certaine latitude lors de choix difficiles liés à la gouvernance de l'État qui peuvent empiéter sur les droits constitutionnels. Une certaine déférence s'impose donc lors du contrôle de la constitutionnalité15, et ce à chacune des étapes de l'analyse16.

**38** Tel que l'affirme l'arrêt *Rocket*<sup>17</sup>, une partie du contexte dans lequel s'apprécient les valeurs concurrentes, celles de la protection des enfants et la liberté d'expression, peut s'apprécier en fonction du caractère de l'expression visée<sup>18</sup>. La Cour rappelle alors ce qu'elle énonçait dans l'affaire *Irwin Toy Ltd c. Québec (P.G.)*<sup>19</sup> qui veut qu'une restriction à la liberté d'expression qui ne vise qu'un discours de nature économique pourra se justifier plus facilement que la perte d'occasion de pouvoir participer au processus politique ou au monde des idées ou de réaliser un épanouissement personnel sur le plan spirituel ou artistique<sup>20</sup>.

**39** Dans *JTI-MacDonald*, le plus haut tribunal énonce ainsi les questions que doit résoudre le Tribunal dans son analyse relative à l'atteinte minimale et la proportionnalité des mesures qui restreignent le droit en question :

**45.** [...] Quels effets bénéfiques la mesure aura-t-elle sur le plan du bien collectif rechercher? Quelle est l'importance de la restriction du droit? La restriction est-elle justifiée lorsque les avantages qu'elle procure sont mis en balance avec la mesure dans laquelle elle limite le droit en question?

**46.** Bien que la question de l'atteinte minimale soit souvent déterminante, l'examen final de la proportionnalité des effets est essentiel. C'est seulement à cette étape que la réalisation de l'objectif peut être soupesée en fonction de l'effet sur le droit en question. Si les exigences de lien rationnel et d'atteinte minimale étaient respectées et que l'analyse devait s'arrêter là, il se pourrait qu'en présence d'un objectif moins important la validité d'une atteinte grave à un droit soit confirmée.

**47.** Comme nous le verrons, bien que l'argumentation ait surtout porté sur la question de l'atteinte minimale, la présente affaire met en cause des préoccupations relatives à la proportionnalité des effets. Les effets bénéfiques potentiels de la réduction de l'usage du tabac et de la prévention du tabagisme chez les jeunes sont très grands. Par contre, on peut soutenir qu'un certain nombre des effets négatifs sur le droit en question se situent au bas de l'échelle de la liberté d'expression. (La présumée interdiction de la publication des résultats d'une recherche scientifique est une exception.) Lorsque l'expression commerciale est utilisée, comme on le fait valoir en l'espèce, pour inciter les gens à adopter un comportement préjudiciable et toxicomaniaque, sa valeur devient faible.<sup>21</sup>

**40** Le Tribunal demeure conscient qu'il doit faire preuve de déférence lorsque le législateur s'attaque à un problème social complexe tel que par exemple la nécessité d'interdire la production ou la distribution de pornographie juvénile comme moyen de prophylaxie sociale pour enrayer un mal, en l'occurrence, l'exploitation d'enfants, dont les conséquences néfastes sur la société ne peuvent pas faire l'objet de remises en question sérieuses<sup>22</sup>.

**41** Dans l'analyse, il importe de garder à l'esprit que la gravité de la restriction à la liberté d'expression variera en fonction de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique<sup>23</sup>.

**42** Toute analyse à cet égard doit passer par une étude du contexte dans lequel s'inscrit la disposition législative

attaquée<sup>24</sup>. Dans *Frank*, la Cour suprême formule ainsi le cadre juridique global de l'analyse en vertu de l'article premier :

[38] Deux critères fondamentaux doivent être respectés pour que la restriction d'un droit garantie par la *Charte* soit justifiée en vertu de l'article premier. En premier lieu, l'objectif de la mesure doit être urgent et réel pour justifier l'imposition d'une restriction à un droit garanti par la *Charte*. Il s'agit d'une condition préalable, dont l'analyse s'effectue sans tenir compte de la portée de l'atteinte, du moyen retenu ou des effets de la mesure (*R. c. K.R.J.*, [2016 CSC 31](#), [\[2016\] 1 R.C.S. 906](#), par. 61). En deuxième lieu, le moyen par lequel l'objectif est réalisé doit être proportionné. L'analyse de la proportionnalité comporte trois éléments : (i) le lien rationnel avec l'objectif, (ii) l'atteinte minimale au droit, et (iii) la proportionnalité entre les effets de la mesure (y compris une mise en balance de ses effets préjudiciables et de ses effets bénéfiques) et l'objectif législatif énoncé (*Oakes*, p. 138-139; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015 CSC 1](#), [\[2015\] 1 R.C.S. 3](#), par. 139; *K.R.J.*, par. 58). L'examen de la proportionnalité se veut à la fois normatif et contextuel, et oblige les tribunaux à soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes (*K.R.J.*, par. 58; *Oakes*, p. 139).

**43** Dans *R. c. Friesen*<sup>25</sup> la Cour suprême explique dans quel cadre se situent les infractions de nature sexuelle à l'égard des enfants :

[51] Les droits fondamentaux protégés par le régime législatif créant les infractions d'ordre sexuel contre des enfants sont l'autonomie personnelle de ceux-ci, leur intégrité physique et sexuelle, leur dignité et leur égalité. Notre Cour a reconnu l'importance de ses droits dans *Sharpe*, une affaire de production de pornographie juvénile. Comme l'a dit notre Cour, la production de pornographie juvénile traumatise les enfants et porte atteinte à leur autonomie et à leur dignité en les traitant comme des objets sexuels, leur causant des torts qui peuvent les marquer pour la vie (par. 92, la juge en chef McLachlin, et par. 185, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache). La violence sexuelle faite aux enfants est donc répréhensible, car elle envahit leur autonomie personnelle, porte atteinte à leur intégrité physique et sexuelle et met gravement à mal leur dignité (voir *Sharpe*, par. 172, 174, 185, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache).

[...]

[65] La protection des enfants est l'une des valeurs les plus fondamentales de la société canadienne. La violence sexuelle contre des enfants est particulièrement répréhensible parce qu'elle représente tout le contraire de cette valeur. Quand il a réformé le régime législatif des infractions d'ordre sexuel contre les enfants, le législateur a reconnu qu'à l'instar des adultes, les enfants méritent d'être traités avec le respect égal et la dignité égale (Comité Badgley, vol. 1, p. 316; Comité Fraser, vol. 1, p. 25-26, et vol. 2, p. 605). Pourtant, au lieu d'interagir avec les enfants comme des personnes égales dont les droits et intérêts doivent être respectés, les délinquants les traitent comme des objets sexuels dont la vulnérabilité peut être exploitée par des adultes plus forts. Il existe naturellement entre les enfants et les adultes un rapport de force inégal qui permet à ceux-ci de leur faire subir de la violence (*Sharpe*, par. 170, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache; *L. (D.O.)*, p. 440, la juge L'Heureux-Dubé). Puisque les enfants forment un

groupe vulnérable, ils sont, de façon disproportionnée, victimes de crimes sexuels (George, par. 2). En 2012, 55 % des victimes d'infractions d'ordre sexuel déclarées par la police étaient des enfants ou des jeunes de moins de 18 ans (Statistique Canada, les infractions sexuelles commises contre les enfants et les jeunes déclarées par la police au Canada, 2012 (2014), p. 6).<sup>26</sup>

**44** Cela nous amène donc au premier volet de l'analyse sous l'article 1 de la Charte, à savoir celui qui porte sur la détermination du caractère réel et urgent de l'objet de la loi contestée. À cette fin, il apparaît nécessaire de rappeler l'historique législatif des dispositions en cause.

## **2.2.2 L'objectif législatif**

### **2.2.2.1 L'historique législatif**

**45** Il ressort des débats législatifs qui mènent en 2005 à l'adoption du projet de loi C-2 : *Loi modifiant le Code criminel* (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la *Loi sur la preuve au Canada* que la protection des enfants se révèle au coeur des préoccupations du législateur<sup>27</sup>.

**46** Le résumé législatif du *Projet de Loi C-2* qui énumère les nouvelles dispositions du *Code criminel* sur la pornographie juvénile à l'article 163.1 énonce ceci :

"Par suite de l'interprétation large de la valeur "valeur artistique" par la Cour suprême du Canada dans les affaires relatives à la pornographie juvénile, le projet de loi élimine les exemptions actuelles au titre de la "valeur artistique" ou du "but éducatif, scientifique ou médical", n'admettant ainsi qu'un "but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts" comme moyen de défense. Le projet de loi précise en outre que le matériel en cause ne doit pas poser de risque indu pour les personnes âgées de moins de 18 ans. Les modifications élargissent également la portée de l'infraction en éliminant la nécessité de faire la preuve que les documents écrits font l'apologie de relations sexuelles illégales avec des enfants. Pour qu'il y ait pornographie juvénile, il suffira désormais que la "caractéristique dominante" d'un document écrit soit la description, "dans un but sexuel", d'activités sexuelles avec une personne de moins de 18 ans qui constituent une infraction aux termes du Code."<sup>28</sup>

[...]

"[...] Les dispositions du *Code* relatives à la pornographie juvénile ont résisté aux contestations en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais l'interprétation de la loi par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sharpe* et son application ultérieure par la Cour suprême de la Colombie-Britannique sont une source de préoccupation pour certains. [...]

Compte tenu de la logique et de la conclusion de l'affaire *Sharpe*, il ne faut pas s'étonner que le projet de Loi C-2 propose de modifier les dispositions relatives à la pornographie juvénile pour élargir l'application de la loi et limiter les moyens de défense opposés à ce type d'accusation."<sup>29</sup>

**47** Les débats à la Chambre des communes, notamment ceux du 13 octobre 2004, confirment assurément<sup>30</sup> cette intention législative de limiter les moyens de défense.

**48** L'étude de ces débats révèle que l'arrêt *Sharpe* se trouve intimement lié à la décision du législateur d'apporter des modifications au *Code criminel*. Voici comment s'exprimait Irwin Cotler le ministre de la Justice d'alors :

L'interprétation restrictive faite par la Cour suprême de ce que signifie "préconise ou conseille" une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans" qui se retrouve dans la définition de ce que constitue de la pornographie juvénile à l'article 163.1(1)b) du *Code criminel* et l'interprétation large que cette cour fait du moyen de défense fondé sur la "valeur artistique" mettait en lumière le fait que la disposition ne permettait pas d'atteindre efficacement l'objectif du législateur de protéger les enfants.

Monsieur Sharpe, vous vous souvenez, a été déclaré coupable de possession d'images de pornographie juvénile, mais a été acquitté des accusations concernant les écrits dont il était l'auteur. L'acquittement se fondait sur le fait que les écrits en question n'étaient pas visés par la définition d'écrits de pornographie juvénile parce que ces écrits "ne préconisaient pas ou ne conseillaient pas" l'exercice d'activités sexuelles prohibées avec des enfants. À titre subsidiaire, la cour a déclaré que M. Sharpe aurait pu invoquer le moyen de défense fondé sur le mérite artistique.

Nous avons cherché à répondre à ces deux préoccupations avec le projet de loi. Nous avons répondu à l'une d'entre elles en élargissant la définition de pornographie. Dans cette définition, à laquelle vous avez fait référence, le projet de loi C-2 propose d'élargir la définition d'écrit de pornographie juvénile de façon à englober les écrits qui décrivent des activités sexuelles prohibées exercées avec des enfants lorsque cette description constitue une caractéristique dominante de l'oeuvre et qu'elle est faite dans un but sexuel.

L'idée était d'élargir la définition de pornographie, dans ce cas-ci pour faciliter le travail de la poursuite, tout en remédiant, si vous le voulez, aux lacunes qui étaient apparues à la suite de l'arrêt *Sharpe*. Cela explique également le moyen de défense fondé sur le but légitime, qui répondait aux préoccupations exprimées à l'égard du mérite artistique<sup>31</sup>.

**49** Godbout plaide que les dispositions adoptées par le législateur en 2005 ne comportent aucun objectif réel ou urgent puisqu'elles ne viseraient qu'à contrecarrer le jugement de la Cour suprême dans *Sharpe*.

**50** Il ajoute qu'il ne relève qu'une utilisation sporadique par la Couronne du régime législatif attaqué depuis son entrée en vigueur et il conclut à cet égard, en citant l'arrêt *Zundel*<sup>32</sup>, que cela "vient étayer l'opinion selon laquelle il n'est guère essentiel au maintien d'une société libre et démocratique"<sup>33</sup>.

**51** À l'évidence, comme la Cour suprême reconnaît dans *Sharpe* que l'objectif législatif de criminaliser la possession de pornographie juvénile constituait une préoccupation urgente et réelle pour le législateur puisqu'elle suscitait une crainte raisonnée qu'elle ne cause un préjudice aux enfants<sup>34</sup>, on voit mal comment on pourrait



conclure autrement dans le cadre de l'instance alors que le législateur veut édicter davantage de moyens pour atteindre son objectif en modifiant le *Code criminel* par le projet de loi C-2.

**52** La Cour suprême réitère dans *R. c. K.R.J.35* et *R. c. Friesen*<sup>36</sup> que la protection des enfants constitue l'une des valeurs essentielles de la société canadienne et que la violence sexuelle que certains subissent constitue un sérieux problème social requérant l'intervention du législateur.

**53** En l'espèce, il n'existe aucune raison pour ne pas reconnaître, à l'instar de l'arrêt *Sharpe*<sup>37</sup>, que la criminalisation de la production de pornographie juvénile, qui vise, entre autres, à réduire l'exploitation d'enfants et à contrer la détérioration des comportements sociaux à leur égard constitue un objectif législatif réel et urgent. Le fait que le législateur agisse pour contrer l'arrêt *Sharpe* n'y change rien. Il s'agit là d'une prérogative de celui-ci que le Tribunal ne saurait remettre en question.

**54** Il s'agit maintenant de passer à la seconde étape de l'analyse sous l'article 1 qui porte sur la détermination du caractère proportionnel des moyens choisis par le législateur en fonction de l'objet de la loi. Pour ce faire, il s'agit de voir s'il existe un lien rationnel entre les moyens adoptés par le législateur et l'objet de la loi.

### **2.2.3 La proportionnalité entre la restriction du droit et les avantages des dispositions législatives**

#### **2.2.3.1 Le lien rationnel**

**55** Godbout soutient que rien ne supporte l'inclusion d'oeuvres imaginaires dans les mesures adoptées, et par conséquent celles-ci ne possèdent pas de lien rationnel avec l'objectif poursuivi. Il soumet que l'assujettissement des oeuvres de fiction à la définition de l'infraction ne participe aucunement à la protection d'enfants réels. Selon lui, ce lien existe pour la représentation visuelle d'enfants uniquement.

**56** Le test du lien rationnel n'exige rien de plus qu'une démonstration que les moyens retenus par le gouvernement favorisent logiquement la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur. Ainsi, la logique et la raison, combinées à des éléments de preuve, doivent permettre d'établir que les moyens poursuivis par le législateur permettent d'atteindre ces objectifs<sup>38</sup>.

**57** Dans l'arrêt *Association de la police montée de l'Ontario (APMO)*<sup>39</sup>, la Cour suprême formule ce principe comme suit :

[143] Le gouvernement doit démontrer qu'il existe un lien rationnel entre la mesure attentatoire et son objectif. Ce critère "n'est pas particulièrement exigeant" (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000 CSC 69](#), [\[2000\] 2 R.C.S. 1120](#), par. 228; *Health Services*, par. 148). Il n'est pas nécessaire d'établir que la mesure permettra inévitablement d'atteindre l'objectif visé par le gouvernement. Une inférence raisonnable que les moyens adoptés par ce dernier aideront à réaliser l'objectif en question suffit (*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, [2007 CSC 30](#), [\[2007\] 2 R.C.S. 610](#), par. 40; *Health Services*, par. 149). L'examen doit porter sur le lien causal.

[144] Les revendications de nature philosophique, politique et sociale ne se prêtent pas toujours à une preuve empirique (Harper c. Canada (Procureur général), [2004 CSC 33](#), [\[2004\] 1 R.C.S. 827](#), par. 104; Sauvé, par. 18). Les tribunaux n'ont donc pas toujours insisté sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objet de la loi, et ont accepté des conclusions fondées sur la logique et la raison (RJR-MacDonald (1995), par. 154; Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick, [\[1996\] 1 R.C.S. 825](#), par. 101).<sup>40</sup>

**58** Puis, plus récemment, elle réitère ces principes dans *Frank*<sup>41</sup> :

[59] La question à la première étape de l'examen de la proportionnalité est de savoir si la mesure qui a été adoptée a un lien rationnel avec l'objectif qu'elle vise à atteindre. L'étape relative au lien rationnel exige que la mesure ne soit "ni arbitraire, ni inéquitable, ni fondé[e] sur des considérations irrationnelles" (*Oakes*, p. 139). Essentiellement, le gouvernement doit établir que la restriction a un lien de causalité avec l'objectif recherché (*RJR-MacDonald*, par. 153). Dans les cas où un tel lien n'est pas scientifiquement mesurable, son existence peut être établie sur le fondement de la raison ou de la logique, plutôt que sur une preuve tangible (*RJR-MacDonald*, par. 154; *Toronto Star*, par. 25).<sup>42</sup>

**59** Quant à l'existence d'un lien rationnel entre la mesure législative et l'objectif visé par le législateur, en l'occurrence le fait que la production de pornographie juvénile cause un préjudice aux enfants, le législateur se déchargera de son fardeau de démonstration en s'appuyant sur des éléments qui établissent l'existence d'une appréhension raisonnée de préjudice<sup>43</sup>.

**60** Avec égards, les préoccupations qui animaient le législateur en 2005, alors conscient des motifs qui soutiennent la décision de la Cour suprême dans *Sharpe* doivent trouver non seulement une résonance, mais également une application en l'instance. En effet, l'écoulement du temps ne permet pas de conclure à l'existence d'une certaine évolution sociale qui justifierait de s'écarter des énoncés contenus dans *Sharpe*. Le Tribunal peut même affirmer que l'évolution sociale tend même à dénoncer toute forme d'exploitation de nature sexuelle, et à fortiori, encore plus lorsque l'on se trouve en présence de personne mineure.

**61** Les énoncés de l'arrêt *Sharpe* à ce sujet<sup>44</sup> permettent au Tribunal, sans l'ombre d'un doute, de conclure à l'existence de ce lien rationnel qui vaut autant pour l'infraction de possession de pornographie juvénile que pour celle de sa production<sup>45</sup>.

**62** Le Tribunal doit maintenant déterminer si les dispositions législatives contestées portent atteinte de façon minimale au droit à la liberté d'expression.

### **2.2.3.2 L'atteinte minimale**

**63** Dans *Carter*, la Cour supérieure énonce la démarche à suivre ainsi :

[102] (...) L'analyse de l'atteinte minimale vise à répondre à la question suivante : "... existe-t-il des moyens moins préjudiciables de réaliser l'objectif législatif? " (*Hutterian Brethren*, par. 53). C'est au gouvernement qu'il incombe de prouver l'absence de moyens moins attentatoires d'atteindre l'objectif "de façon réelle et substantielle" (*ibid.*, par. 55). Ce stade de l'analyse vise à garantir que la privation de droits reconnus par la *Charte* se limite à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État.<sup>46</sup>

**64** Godbout argue que comme législateur élargit la définition de ce qui constitue de la pornographie juvénile, il s'ensuit que comme l'arrêt *Sharpe* déclare que les anciennes dispositions violaient les articles 2b) et 7 de la *Charte* de façon non justifiable, il en va de même, a fortiori, en l'instance à cause de cet élargissement et au vu de la restriction considérable des moyens de défense disponible.

**65** La PGQ plaide que l'article 163.1(6) *C. cr.* établit un mécanisme de pondération des droits en cause, élaboré par la législature après l'arrêt *Sharpe*, qui se déploie en deux volets. Le premier, relatif à l'introduction du critère du but légitime lié aux arts, constitue une norme objective beaucoup plus appropriée que l'évolution subjective de la valeur artistique d'une oeuvre, ce qui simplifie l'application de la disposition en éliminant le concept de bien public. Le second, relatif à la notion de risque indu permet d'établir un équilibre entre la liberté d'expression et le préjudice découlant de la pornographie juvénile sachant, comme le rappelle la Cour suprême dans *Katigbak*<sup>47</sup>, que l'objectif premier du législateur vise à criminaliser la pornographie juvénile et à protéger les enfants contre la violence tout en préservant la liberté expressive qui pose un risque minime pour les personnes mineures.

**66** Selon la PGQ, la notion de risque indu permet d'éliminer le matériel expressif créé personnellement et conservé en privé puisque la création et la possession à des fins personnelles ne représentent pas un risque élevé pour les personnes qu'elle vise à protéger.

**67** Elle réfère à l'arrêt *R. c. Labaye*<sup>48</sup> qui énonce que le préjudice peut résulter en une prédisposition d'une personne à agir de façon antisociale<sup>49</sup> ce qui fait nécessairement référence aux valeurs reconnues de la société canadienne. Ainsi, la perpétuation de préjudices ou de stéréotypes liés à l'utilisation des enfants dans un contexte sexuel où l'on met en scène la dégradation, l'humiliation, la soumission et la violence constituent tous des vecteurs importants d'un risque indu de préjudice à l'endroit des enfants et de la société en général et se révèlent incompatibles avec les valeurs sous-jacentes de la *Charte*.

**68** En s'appuyant sur les passages suivants de *Labaye*, la PGQ argue que le préjudice objectivement vérifiable se mesure en fonction du rattachement aux valeurs fondamentales la *Charte* et des lois portant sur les droits de la personne et les instruments internationaux auxquels adhère le Canada, plutôt qu'en établissant une corrélation directe au plan scientifique entre la pornographie juvénile et une forme d'agression sexuelle :

[33] La condition relative à la reconnaissance sociale officielle assure l'objectivité du critère. L'examen n'est pas fondé sur des conceptions personnelles de ce qui constitue un préjudice, ni sur les enseignements de telle ou telle idéologie, mais sur ce que la société a reconnu, par ses lois fondamentales, comme essentiel.

Des opinions sur le préjudice que peut causer la conduite en cause, si répandues soient-elles, ne suffisent pas pour fonder une condamnation. Cela ne signifie pas que les valeurs sociales n'ont plus aucun rôle à jouer. Au contraire, pour justifier une conclusion d'indécence, il faut démontrer que le préjudice se rattache à une valeur fondamentale exprimée dans la Constitution ou les lois fondamentales semblables de notre société, telles les déclarations des droits, par lesquelles la société reconnaît officiellement que le type de préjudice en cause peut être incompatible avec son bon fonctionnement. Contrairement au test fondé sur la norme de tolérance de la société, l'exigence de la reconnaissance officielle permet de croire que les valeurs défendues par les juges et les jurés sont véritablement celles de la société canadienne. L'autonomie, la liberté, l'égalité et la dignité humaine comptent parmi ces valeurs.

[...]

[36] Jusqu'à maintenant, la jurisprudence a dégagé trois types de préjudices susceptibles d'étayer une conclusion d'indécence : (1) le préjudice causé à ceux dont l'autonomie et la liberté peuvent être restreintes du fait qu'ils sont exposés à une conduite inappropriée; (2) le préjudice causé à la société du fait de la prédisposition d'autrui à adopter une conduite antisociale; et (3) le préjudice causé aux personnes qui participent à la conduite. Chacun de ces types de préjudices est lié à des valeurs reconnues par notre Constitution et nos lois fondamentales semblables. Cette liste n'est pas exhaustive; il pourra être établi que d'autres types de préjudices satisfont aux normes établies dans *Butler* pour établir l'indécence criminelle. Mais ce sont pour l'instant les types de préjudices que la jurisprudence a reconnus.<sup>50</sup>

**69** Plus particulièrement, elle plaide que le premier type de préjudice résulte de l'exposition du public à une conduite inacceptable et inappropriée alors que la valeur ou le droit que l'on cherche à protéger réside dans l'autonomie et la liberté des membres du public de vivre dans un environnement exempt d'une conduite qui les offense profondément<sup>51</sup>. Le second tient au risque que la conduite ou le matériel en question puisse prédisposer autrui à commettre des actes antisociaux<sup>52</sup> et ne se limite pas aux citations explicites ou aux exhortations à commettre des actes antisociaux puisque la conduite ou le matériel qui perpétue des images négatives et dégradantes de l'humanité risque d'ébranler le respect envers les membres des groupes visés et, par conséquent, de prédisposer autrui à agir de manière antisociale envers eux<sup>53</sup>.

**70** Le préjudice tant physique que psychologique causé aux personnes qui participent à la conduite litigieuse constitue le troisième type de préjudice<sup>54</sup>. Il faut ainsi examiner le degré du préjudice pour déterminer s'il s'avère incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Il s'agit d'un critère exigeant qui veut que l'on puisse tolérer des comportements que nous désapprouvons par ailleurs, à moins que l'on établisse objectivement hors de tout doute raisonnable, qu'ils nuisent au bon fonctionnement de la société<sup>55</sup>.

**71** Également, la PGQ se réclame des passages suivants dans l'arrêt *Butler* :

La pornographie peut, à toutes fins utiles, être divisée en trois catégories : (1) les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, (2) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent des personnes à un traitement dégradant ou déshumanisant, et (3) les choses

sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes. La violence dans ce contexte comprend à la fois la violence physique réelle et les menaces de violence physique. Si l'on rapproche ces trois catégories du texte du par. 163(8) du Code, la première catégorie, les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, y sont expressément mentionnés. Les choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur ou à la cruauté peuvent relever de la deuxième catégorie. Sous réserve de l'exception mentionnée ci-après, la troisième catégorie n'est pas visée par le paragraphe.

[...]

Dans la classification des choses sexuelles en fonction des trois catégories de pornographie susmentionnées, la représentation des choses sexuelles accompagnées de violence constitue presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important. Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants.<sup>56</sup>

**72** Dans *Sharpe*, la Cour suprême énonce que la pornographie juvénile ne contribue généralement ni à la recherche de la vérité ni au discours social et politique canadien<sup>57</sup> et que l'intérêt de la société réside dans la protection des maux causés aux mineurs par la pornographie juvénile<sup>58</sup>.

**73** Il importe de souligner que les dispositions législatives contestées dans *Sharpe* définissaient la pornographie juvénile écrite comme devant préconiser ou conseiller une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans et qui constitue une infraction au *Code criminel* (article 163.1(1)b) *C. cr.* Cet article se lisait ainsi :

**163.1** [...]

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

[...]

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.

**74** Or, en l'instance, à l'évidence, l'accusation porte sur des dispositions législatives qui n'existaient pas lors du prononcé de l'arrêt *Sharpe* et introduites au *Code criminel* en 2005. De plus, la poursuivante reconnaît que le premier moyen de défense, que l'on retrouve à l'article 163.1(6)a) relié à un but légitime lié aux arts, s'applique. Ainsi, la seule question qui subsiste porte en réalité sur le critère relié à l'existence d'un risque indu pour les mineurs de l'article 163.1(6)b).

**75** À cet égard, l'arrêt *Sharpe* énonce :

**73.** [...] 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 oeuvres d'art, même celles dont la valeur artistique est douteuse, ne sont absolument pas visées. [...]

**74.** 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 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<sup>59</sup>.

(Le Tribunal souligne)

**76** Puis, la majorité Cour suprême spécifie que malgré ces garanties relatives au respect de la liberté d'expression, les dispositions législatives comportent cependant des problèmes de validité constitutionnelle puisqu'elles entravent indument la valeur de l'épanouissement personnel, notamment quant au matériel expressif, tant écrit que visuel, créé personnellement et conservé en privé<sup>60</sup> et ne peuvent se justifier en vertu de l'article 1 de la *Charte*. Quant à la minorité de trois juges, elle conclut que les mesures législatives se justifient dans une société libre et démocratique.

**77** Quant à l'atteinte minimale, l'arrêt *Sharpe* enseigne :

**96.** Notre Cour a jugé que, pour établir la justification, il n'est pas nécessaire de démontrer que le 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 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. 3.61

**78** Tel qu'énoncé précédemment, il existe un lien très fort entre la production de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants. Cependant, le Tribunal croit que l'on doit distinguer entre le matériel qui expose une réalité tangible, des vidéos ou des photos et même des dessins par exemple, d'avec une fiction littéraire. Ici, il ne s'agit pas de produire du matériel de pornographie juvénile uniquement pour un usage légal personnel, tel qu'explicité dans *Sharpe*<sup>62</sup>, mais bien plutôt d'une représentation fictionnelle de scènes de pornographie juvénile contenues dans une oeuvre littéraire que l'on veut rendre accessible au public en général.

**79** Contrairement au cas d'oeuvres créées uniquement pour un usage personnel, dont la nature expressive extrêmement privée tombe profondément au coeur des libertés garanties par l'article 2b) de la *Charte*<sup>63</sup>, la représentation, même fictionnelle, de pornographie juvénile, ne se situe pas pour certaines d'entre elles au même niveau, puisque ce genre de discours ne possède pas une valeur sociale identique dans tous les cas. Elle s'avèrera minimale, pour ne pas dire inexistante dans certains cas, mais beaucoup plus importante dans d'autres situations.

**80** Ainsi, à priori, en créant les moyens de défenses prévues à l'article 163(6)a) et b) le législateur semble adéquatement répondre au fléau de la pornographie juvénile, en permettant quand même la tenue d'un discours incorporant des éléments de pornographie juvénile dont les attributs en matière de justice, de science, de médecine, d'éducation ou des arts ne poseront cependant pas de risque indu pour les personnes mineures.

**81** Notons que dans *R. c. Katigbak*<sup>64</sup>, la Cour suprême enseigne que l'on ne doit pas interpréter les moyens de défense de l'article 163.1(6) de manière à contrecarrer les objectifs du législateur qui visent à criminaliser la pornographie juvénile et protéger les enfants contre la violence<sup>65</sup>.

**82** À ce sujet, pour la PGQ, l'article 163.1(1)c) du *C. cr.* englobe une grande quantité de matériel expressif et le législateur en demeure conscient, puisqu'il s'avère difficile de rédiger une disposition qui peut couvrir tous les écrits pouvant causer un préjudice aux personnes âgées de moins de 18 ans sans interdire les oeuvres légitimes. Le moyen de défense prévu par le législateur vient limiter le matériel visé à ce qui apparaît nécessaire pour atteindre son objectif.

**83** Elle s'appuie sur les débats parlementaires et, à ce sujet, voici comment s'exprime le ministre de la Justice, Irwin Cotler :

Avec le moyen de défense proposé, le matériel qui a été jugé constitué de la pornographie juvénile telle que définie par le *Code criminel* demeure toujours de la pornographie juvénile. L'existence de ce moyen de défense ne change pas les choses. Par contre, la question que devra trancher le tribunal est celle de savoir si l'acte reproché par rapport à ce matériel... Par exemple, le fait de posséder ou de distribuer de la pornographie juvénile répond à ce critère à deux volets. De cette façon, le projet de loi C-2 conserve ce que l'on peut appeler un critère axé sur le préjudice causé, comme le faisait l'ancien projet de loi C-12, mais avec une différence fondamentale. Le critère est plus clair, il est plus étroit, il est plus précis, et il fait appel à une notion particulière, dans la mesure où même si l'acte est posé dans un but légitime, il faut encore se demander s'il ne pose pas un risque indu pour les mineurs. C'est le critère qui a été utilisé par la Cour suprême du Canada lorsqu'elle a confirmé la constitutionnalité des dispositions relatives à la pornographie juvénile en 2001, et c'est un critère qui sera non seulement plus facile à comprendre... mais il nous permet d'être certains que ce projet de loi respecte les obligations constitutionnelles, et l'absence de ce moyen de défense risquerait de compromettre la validité du projet de loi. C'est pourquoi le mécanisme

de protection contre la pornographie juvénile que l'honorable député souhaite voir adopter serait annulé en même temps que le projet de loi.

Il est donc important de ne pas oublier que l'existence d'un moyen de défense dans nos règles relatives à la pornographie juvénile a constitué un facteur clé dans la décision qu'a prise la Cour suprême du Canada de confirmer la constitutionnalité de notre interdiction générale de la pornographie juvénile. Cela vient du fait que la définition "pornographie juvénile" est très large. Elle englobe des documents très divers, notamment, ce qui n'est pas toujours bien compris, des documents qui montrent l'agression sexuelle d'enfants véritables, mais aussi des documents qui montrent l'agression d'enfants imaginaires. De sorte que, lorsque l'infraction est définie très largement, ce qui est fait de façon intentionnelle de ce projet de loi - et nous l'avons encore élargi de façon à mieux protéger les enfants contre ce mal - alors, qu'il s'agisse d'une photographie représentant l'une agression sexuelle d'un enfant réel ou d'une image numérisée ou composite d'un enfant imaginaire, ou même d'un texte écrit qui préconise l'agression sexuelle des enfants, la question qu'il faudra se poser est de savoir si ce document pose ou non un risque indu pour les enfants.<sup>66</sup>

(Le Tribunal souligne)

**84** Il importe de souligner que lorsque le ministre Cotler réfère à un texte écrit, il y associe la notion de "qui préconise l'agression sexuelle des enfants". Or cet élément "qui préconise" ni même celui "qui conseille" ne se retrouve pas dans les nouvelles dispositions législatives édictées en 2005. Quitte à le redire, cette notion se retrouvait à l'article 163.1(1)b) *C. cr.*<sup>67</sup> lors de la contestation constitutionnelle de l'arrêt *Sharpe* en 2001. Pour le Tribunal, il s'agit là d'un élément névralgique quant au sort de la présente contestation constitutionnelle.

**85** En effet, il existe pour les victimes de pédophilie un droit indéniable, on pourrait même dire un devoir si elles le désirent, de raconter leurs histoires. Ce type de discours participe à l'essence même de la liberté d'expression : la recherche et le besoin de la vérité, de la liberté, de l'épanouissement personnel, de l'affranchissement du poids énorme que représente le fait de vivre avec une réalité possiblement jusqu'à alors indicible.

**86** Dans cette prise de parole sociale, pour certaines personnes, il s'agit d'abord et avant tout de se libérer d'un mal-être, d'une honte intimement et injustement ressentie, de chercher à dénoncer des crimes pervers et inhumains. Elle peut faire naître assurément l'exutoire qui participe à aider la victime à surmonter les effets délétères de ce vécu. Pour d'autres, elle permet de fonder une recherche de justice, peu importe sa nature, de se sentir écoutées, entendues et soutenues. Pour plusieurs, elle participe à la recherche d'un débat social quant au sort réservé aux victimes et aux agresseurs, ce qui constitue la motivation de leur discours. Évidemment, pour beaucoup, le fait de révéler publiquement l'existence de ce genre d'évènement inclut plusieurs de ces motivations.

**87** La victime doit pouvoir transmettre son message à qui elle veut bien le transmettre, qu'il s'agisse d'un seul interlocuteur ou du monde entier, sans devoir se sentir limitée par un carcan législatif.



88 De tels récits, racontés possiblement sans compromis, de manière crue et directe, peuvent apparaître scabreux. Ils constituent assurément du matériel littéraire qui tombe sous la définition légale de pornographie juvénile contenue à l'article 163.1(1)c) *C. cr.* Le moyen de défense prévu à l'article 163.1(6)b) constitue donc le seul moyen pour ces victimes d'échapper à la criminalisation de leurs discours.

89 À ce sujet, il apparaît nécessaire de voir comment l'analyse des dispositions législatives en cause par les tribunaux peut entraîner une limitation certaine de ce type de discours.

90 Ainsi, si l'on doit s'en remettre à l'arrêt *R. c. McSween*<sup>68</sup> pour déterminer comment doivent s'appliquer les mots "caractéristiques dominantes" de l'article 163.1(1)c) *C. cr.*, l'impact de l'ensemble de l'oeuvre apparaît minime, pour ne pas dire inexistant, ce qui, dans une certaine mesure, réduit la protection garantie par l'article 2b) de la *Charte* quant à la liberté d'expression.

91 Notons que dans *McSween*, la Cour d'appel de l'Ontario affirme :

[62] Any written material that comes within one of the statutory definitions of child pornography is inherently harmful : *R. v. Schacter*, [2018 ONCJ 371](#), at para. 38. See also *Sharpe*, at para. 103. Absent one of the enumerated purposes in s. 163.1(6)(a), an accused person has no defence : see *R. v. Kiefer*, [2018 ONCA 925](#), [368 C.C.C. \(3d\) 129](#), at paras. 32-40.<sup>69</sup>

92 D'emblée, le Tribunal note que cet arrêt élargit la portée de ce qu'énonçait l'affaire *Schacter*, qu'elle cite en appui à son affirmation, puisqu'au paragraphe 38 de cette décision la Cour de justice de l'Ontario énonce :

[38] The defence argue in this case that the Crown has failed to prove actual harm to the children depicted in the images in question. In *Sharpe*, the majority of the court, in upholding the constitutional validity of the section, determined that there is a rational basis for concluding that possession of child pornography may create cognitive distortions that make the abuse of children seem good and normal; and that it may fuel fantasies that make pedophiles more likely to offend. Accordingly, images that meet the statutory definition of child pornography are inherently harmful and more need not be established.<sup>70</sup>

(Le Tribunal souligne)

93 Quant à la référence à l'arrêt *Sharpe*, voici ce qu'énonce le paragraphe 103 de cet arrêt :

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 AZ-50082589 - 74 - *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 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.<sup>71</sup>

(Le Tribunal souligne)

**94** À ce sujet, deux constatations s'imposent. Premièrement, l'arrêt *Sharpe* se limite à des photos et enregistrements vidéo sexuellement explicites d'enfants et à des écrits qui incitent à commettre des infractions d'ordre sexuel avec des enfants. Deuxièmement, ces enseignements de la Cour suprême découlent d'une preuve faite en première instance<sup>72</sup> quant à la nocivité de ce genre de matériel pédopornographique.

**95** Par conséquent, avec beaucoup d'égards, l'énoncé du caractère "inherently harmful" de ce genre de matériel, dans *McSween*, ne peut provenir des décisions qu'elle cite en appui de cette détermination quant à du matériel écrit qui ne conseille pas ni n'incite à commettre des infractions d'ordre sexuel avec des enfants. Évidemment, cela ne change pas ce qu'écrit la plus haute instance ontarienne, mais cela permet de remettre cet énoncé dans une perspective plus nuancée.

**96** De plus, l'arrêt *McSween* traite spécifiquement de la notion de "caractéristique dominante" ainsi :

[81] In this case, the trial judge erred by employing a quantitative approach to the "dominant characteristic" framework. The trial judge was convinced that, because only a fraction of the communications between the respondent and J.V. were sexual in nature (36 out of over 4,000 pages of text messages), it could not be said that messages of a sexual nature formed a "dominant characteristic" of their entire correspondence for the purposes of s. 163.1(1)(c). The trial judge should have focused on the characteristics of the impugned messages, rather than the entirety of the correspondence between the respondent and J.V.

[82] The error in this approach is demonstrated by reference to visual representations of child pornography. The trial judge's reasoning would mean that an image that is explicitly child pornography may lose this characteristic if it were to be interspersed with non-pornographic images. That is, if a clearly sexualized photo of a child is found in an otherwise typical family photo album, the sexualized photo would somehow lose its attributes as child pornography because it forms such a small part of the collection. An interpretation of s. 163.1 that would so easily place child pornography beyond the reach of the section, AZ-

51689830 Page : 32 through mere camouflage or disguise, would clearly frustrate Parliament's intent : see *R. v. Rudiger*, [2011 BCSC 1397](#), [278 C.C.C. \(3d\) 524](#), at paras. 139-140.

[83] The same reasoning applies to the written communications in this case. Merely because the explicit, sexualized messages that the respondent sent to J.V. formed only a small part of their entire correspondence, it would not necessarily denude those communications of any child pornographic characteristics that may be found to exist. Section 163.1(1)(c) addresses the dominant characteristic of the impugned "written material", not the relative tenor of all written communications between correspondents.<sup>73</sup>

**97** Ainsi, ces passages amènent à conclure que seuls les extraits pertinents de l'oeuvre de Godbout déjà identifiés par le Tribunal au nombre de quatorze<sup>74</sup>, devraient faire l'objet d'une appréciation spécifique. Le Tribunal note cependant que l'arrêt *Sharpe* affirme :

[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 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.

[51] 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 AZ-50082589 - 48 - 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.<sup>75</sup>

**98** Ainsi, en tout respect, l'analyse contextuelle des faits de l'espèce apparaît incompatible avec l'approche énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *McSween*. En effet, si l'on doit simplement analyser l'"impugned written material" ce qui équivaut ici aux seuls passages contenant de la pédopornographie, il s'ensuit logiquement qu'une seule conclusion demeure possible : il s'agit là d'écrit ne possédant qu'une seule caractéristique dominante, en l'occurrence celle de décrire une activité sexuelle avec une personne mineure. Ainsi, il s'agit là d'une situation où l'accusé ne possède aucune possibilité de démontrer le contraire puisqu'on doit présumer que l'accusation repose sur l'existence de matériel traitant et décrivant des activités sexuelles avec des mineurs.

**99** De plus, la jurisprudence antérieure de la Cour suprême n'enseigne pas la même chose que l'arrêt *McSween* à ce sujet.

**100** En effet, dès 1962 dans *Brodie, Dansky et Rubin c. La Reine*<sup>76</sup>, la Cour suprême se penche spécifiquement sur la notion de "caractéristique dominante" dans le cadre de son analyse de l'article 150(8) du *C. cr.* qui traitait de l'infraction d'obscénité, à la suite d'accusations portées contre des personnes qui possédaient des copies du livre *Lady Chatterley's Lover* de D.H. Lawrence. Dans ce contexte, elle énonce :

[...]

The inquiry then must begin with a search for a dominant characteristic of the book. The book may have other dominant characteristics. It is only necessary to prove that the undue exploitation of sex is a dominant characteristic. Such an inquiry necessarily involves a reading of the whole book with the passages and words to which objection is taken read in the context of the whole book. Of that now there can be no doubt. No reader can find a dominant characteristic on a consideration of isolated passages and isolated words. Under this definition the book now must be taken as a whole. It is not the particular passages and words in a certain context that are before the Court for judgment but the book as a complete work. The question is whether the book as a whole is obscene not whether certain passages and certain words, part of a larger work, are obscene.

[...]77

**101** L'arrêt *Little Sisters* en 2000 réitère de façon non équivoque cet enseignement<sup>78</sup>.

**102** Également, l'arrêt *Butler*<sup>79</sup> énonce une série de facteurs à considérer pour déterminer si une caractéristique dominante d'un film se trouve dans l'exploitation indue des choses sexuelles<sup>80</sup>.

**103** Notons que l'arrêt *Little Sisters* confirme que l'interprétation de l'article 163(8) *C. cr.* énoncée dans *Butler* fait toujours autorité<sup>81</sup>.

**104** Donc, le Tribunal croit qu'il faille analyser les passages pédopornographiques d'une oeuvre littéraire différemment de celle du contenu de messages textes comme dans *McSween*. Dans cet arrêt, il ne fait aucun doute que les messages identifiés satisfont au critère de "la description dans un but sexuel" d'une activité sexuelle avec une personne mineure puisque l'on y suggérerait justement la tenue d'une activité sexuelle entre un adulte et un mineur. En l'instance, l'existence de cette finalité peut assurément faire l'objet d'un débat.

**105** Ainsi, avec égards, le Tribunal ne peut retenir les énoncés de la Cour d'appel de l'Ontario dans *McSween* quant à la façon dont le juge des faits doit déterminer la question de "caractéristique dominante" parce que la règle du *stare decisis* s'impose à lui avec les prononcés des arrêts *Brodie* et *Little Sisters* de la Cour suprême, qui traite directement de cet exercice, et de l'arrêt *Butler* qui en traite de façon plus indirecte. De plus, le contexte factuel de

l'affaire *McSween*, en l'occurrence l'échange de messages textes, module l'interprétation qu'il doit faire en l'instance alors que le moyen de défense prévu à l'article 163.1(6)a) se matérialise d'emblée de par la publication d'une oeuvre littéraire, ce que reconnaît la Couronne, ce qui, à l'évidence, ne peut s'entrevoir, à priori, dans le cas d'un échange de messages textes entre deux ou plusieurs individus.

**106** Pour revenir plus précisément à l'analyse des dispositions en cause, et plus particulièrement sur l'effet combiné des articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) C.cr., il apparaît très important de rappeler et de noter, qu'avant les modifications apportées par le législateur aux dispositions du *Code criminel* traitant de pornographie juvénile, la définition de pornographie juvénile qui visait les écrits comportait les notions "préconise ou conseille" une activité sexuelle avec une personne mineure.

**107** Voilà pourquoi, la présence avant les amendements législatifs de 2005 des mots "préconise" et "conseille" faisait en sorte que le matériel littéraire semblable à celui de Godbout ainsi que les récits autobiographiques écrits par des victimes qui dénoncent leurs agresseurs en racontant leurs histoires personnelles ne pouvaient se trouver viser par une telle définition.

**108** Les enseignements de l'arrêt *Sharpe* montrent que, dans le cadre de l'ancien régime législatif, la présence de ces vocables permet à la Cour suprême d'en évoquer la conformité constitutionnelle. Ainsi, on lit :

57 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 oeuvres 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 oeuvres 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.

[...]

59 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.<sup>82</sup>

(Le Tribunal souligne)

**109** Au niveau de l'atteinte minimale à la liberté d'expression, une constatation s'impose donc. À l'évidence, le témoignage de Veilleux et la liste des ouvrages en langue française recensés, permet de constater qu'un vaste pan d'une certaine littérature pornographique, contenant des passages de pédopornographie, se trouve maintenant visé par cette nouvelle définition du *Code criminel* ainsi que certaines oeuvres de d'autres natures qui contiennent de tels passages. Ainsi, de nombreuses personnes et institutions publiques, on pense à des bibliothèques universitaires, municipales ou scolaires ainsi que des librairies, se retrouvent potentiellement en position de faire l'objet d'accusation de possession ou de distribution de pornographie juvénile puisqu'elles possèdent, prêtent ou vendent de telles oeuvres.

**110** Certains individus, tel Godbout, peuvent même raisonnablement se demander pourquoi l'on choisit de s'attaquer à son livre, alors que d'autres oeuvres qui apparaissent assurément graveleuses dans leur contenu, puisqu'elles relatent des relations sexuelles entre des enfants et des adultes, se retrouvent dans ces mêmes lieux sans se voir poursuivies. Évidemment, il ne s'agit pas pour le Tribunal de décider de cette question, mais elle illustre cependant le caractère extrêmement large et, dans une certaine mesure, aléatoire du régime législatif actuel qui permet de s'attaquer au matériel littéraire de même nature.

**111** Ainsi, il n'apparaît pas déraisonnable de conclure, même en l'absence d'une preuve scientifique à cet effet, puisque le bon sens demeure toujours un outil décisionnel utile en semblable matière, que pour un esprit pervers ou dépravé, tout matériel pédopornographique, écrit ou visuel, comportera un risque indu pour les personnes mineures puisqu'il servira à alimenter une certaine déviance comportementale. La nature humaine nous apprend que tout, le pire et le meilleur, demeure possible, même probable.

**112** Voilà pourquoi, gardant à l'esprit que l'arrêt *Sharpe* traite de représentations visuelles ou écrites d'actes de pornographie juvénile, il importe de citer au long ce que la Cour suprême énonce à ce sujet :

99 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.

100 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 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 où 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 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 sopeser les inconvénients que la disposition présente pour la liberté d'expression et les avantages qu'elle procure.<sup>83</sup>

**113** Mais, avant d'effectuer l'analyse relative à la proportionnalité entre les effets négatifs sur le droit garanti et les avantages sociétaux que la disposition législative contestée engendre, il apparaît utile de traiter de l'impact de l'arrêt *Butler* sur cet élément du débat constitutionnel.

**114** Rappelons que cette décision vise à déterminer si la définition de l'obscénité du *Code criminel* viole l'article 2b) de la *Charte* et si une telle violation peut se justifier en vertu de l'article 1. Les dispositions législatives pertinentes se retrouvaient à l'article 163 *C. cr.* Deux d'entre elles méritent une attention particulière pour notre propos. Il s'agit de 163(3) et 163(8) *C. cr.* qui se lisent :

[...]

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

[...]

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

[...]84

**115** Dans le cadre de son analyse de l'arrêt *Butler*, le Tribunal conclut premièrement que cet arrêt porte sur du matériel visuel, en l'occurrence des films ou des magazines illustrés, et non pas uniquement sur du matériel écrit tel qu'en l'espèce. Cet élément, bien que non déterminant en lui-même, permet de situer la partie de cette décision dans une plus juste perspective.

**116** Deuxièmement, dans le cadre de son étude de ce qui constitue un moyen de défense à l'accusation d'obscénité, la Cour suprême valide que la notion de valeur scientifique, artistique ou littéraire du matériel constitue la dernière étape de l'analyse de la question de savoir si l'exploitation des choses sexuelles s'avère indue<sup>85</sup> ainsi :

Deuxièmement, le matériel qui a une valeur scientifique, artistique ou littéraire n'est pas visé par la disposition. Comme nous l'avons vu précédemment, le tribunal doit appliquer libéralement le moyen de défense fondé sur la "valeur artistique". Par exemple, dans certains cas, lorsqu'il est question de matériel, comme des photographies, des gravures, des livres et des films, qui peuvent indubitablement être produits à une fin de bénéfice économique, on pourra néanmoins revendiquer la protection de la *Charte* dans la mesure où la caractéristique déterminante du matériel en cause est l'expression esthétique et représente ainsi une tentative d'épanouissement personnel de la part de l'artiste. L'existence d'un motif économique sous-jacent ne prive pas en soi un ouvrage de signification à titre d'exemple du sens artistique ou de l'épanouissement personnel de l'auteur.<sup>86</sup>

**117** Ce faisant, elle reprend, à cet égard, les enseignements de l'arrêt *Brodie*.

**118** On constate donc que l'équivalent conceptuel de l'article 163.1(6)a) permet l'existence d'une défense dirimante à l'égard des accusations d'obscénité alors que l'ajout de l'article 163.1(6)b) vient contrecarrer cet effet dans les cas d'accusations reliées à la pornographie juvénile. Dans la version antérieure des dispositions du *Code criminel* sur la pornographie juvénile, le fait que la définition même de celle-ci nécessitait que tout écrit devrait préconiser ou conseiller une activité sexuelle avec une personne mineure, conjugué à la présence du moyen de défense reliée à la valeur artistique ou à un but éducatif scientifique ou médical permettait donc, *in limine et a priori*, d'écarter toutes oeuvres de la nature de celle de Godbout ainsi que celles qu'énoncent Veilleux dans son témoignage qui participent à l'émancipation des auteur(e)s ainsi qu'aux débats publics.

**119** Pour le Tribunal, il s'agit de la raison pour laquelle la validation constitutionnelle de l'article 163(8) *C. cr.* de l'arrêt *Butler* ne peut s'appliquer, *mutatis mutandis*, à celle qui concerne le nouveau schème législatif qui existe pour les écrits par la combinaison des articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) du *C. cr.* En effet, puisque la notion de



"risque indu" que l'on retrouve à ce dernier article peut assurément se définir par les motifs de l'arrêt *Butler*, qui dans le contexte de son analyse traite de la notion de "l'exploitation indue" et que ses motifs comportent une démonstration que cette notion porte en elle la notion de "risque indu" pour la société<sup>87</sup>, elle permet donc, en partie seulement, de valider constitutionnellement le choix législatif que l'on trouve à l'article 163.1(6)b) *C. cr.*

**120** En effet, la combinaison de la présence de cette notion de "risque indu" que l'on retrouve à 163.1(6)b) *C. cr.* et l'absence des mots "préconise ou conseille", ou leur équivalent, à la définition de pornographie juvénile à l'article 163.1(1)c) pour des écrits qui comporte un but légitime lié à l'administration de la justice à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts, fait en sorte que l'on ne peut pas transposer intégralement la conclusion de l'arrêt *Butler*, qui concluait à la constitutionnalité de l'article 163(8) *C. cr.*, à l'exercice de validation constitutionnelle des dispositions relatives à la pornographie juvénile et plus particulièrement des articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b).

**121** Exprimé autrement, le Tribunal conclut que bien que l'article 163.1(6)b) puisse constituer, en lui-même uniquement et pris isolément, une disposition valide constitutionnellement au regard de l'arrêt *Butler*, vu la détermination de la validité constitutionnelle de l'article 163(8) *C.r.* et que les arrêts *Labaye* et *Katigbak*, reprennent cette conclusion, il s'avère constitutionnellement déficient parce que, comme on doit le faire, il faut l'analyser en conjonction avec la définition de pornographie juvénile de l'article 163.1(1)c). En effet, l'analyse de l'article 163.1(6)b) s'effectue en tenant compte de l'ensemble des dispositions législatives qui traitent de pornographie juvénile et, particulièrement de l'article 163.1(1)c).

**122** Ainsi, en présence d'écrits, et le Tribunal insiste sur cet élément, l'absence de mots "préconise ou conseille", ou leur équivalent à la définition de pornographie juvénile, amoindrie de façon fondamentale le droit à la liberté d'expression, notamment celle des personnes qui désirent exprimer en termes explicites les sévices vécus par elles aux mains de personnes pédophiles.

**123** À cet égard, quant à la protection dont pensent jouir certaines oeuvres, notons que l'arrêt *Katigbak* énonce :  
[70] Nous sommes d'accord qu'il convient d'interpréter le moyen de défense à deux volets (but légitime et risque indu) de telle sorte qu'on puisse l'invoquer dans *certain*s cas. Comme les juges majoritaires l'ont dit dans *Sharpe* en analysant le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, "[l]e législateur a manifestement voulu que certaines oeuvres pornographiques susceptibles d'être préjudiciables échappent à toutes poursuites grâce à ce moyen de défense, qui autrement n'aurait aucune utilité" (par. 65). [...]88

**124** Donc, tel que l'illustre l'instance, certaines oeuvres pornographiques susceptibles de causer un préjudice n'échappent pas à toutes poursuites grâce au moyen de défense de l'article 163.16 a) et b) parce que la définition de pornographie juvénile omet d'inclure les notions de "préconise ou conseille" ou leur équivalent.

**125** Subsiste maintenant la dernière partie du test de l'atteinte minimale qui vise à déterminer s'il existe une proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi.

### 2.2.3.3 La proportionnalité

**126** À ce sujet, la Cour suprême poursuit son analyse dans *Sharpe* quant à savoir si les avantages que la disposition attaquée peut comporter sur le plan de la prévention du préjudice causé aux enfants l'emportent sur les effets néfastes qu'elle entraîne sur la liberté d'expression ainsi :

103 (...) 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 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.<sup>89</sup>

(Le Tribunal souligne)

**127** En reprenant cette analyse, le Tribunal rappelle qu'il incombe à l'État de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la restriction qu'il apporte à un droit fondamental garanti par la *Charte* s'avère justifiable dans une société libre et démocratique<sup>90</sup>.

**128** L'arrêt *Sharpe* traite de l'effet inhibiteur de la disposition alors contestée, en ces termes :

104 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 stigmatisation sociale 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).<sup>91</sup>

**129** Pour le Tribunal, on ne peut sous-estimer l'effet inhibiteur des procédures judiciaires actuelles contre Godbout qui découle des nouvelles dispositions du *Code criminel*. La lettre<sup>92</sup> de l'Association canadienne des libertés civiles adressée à la Ministre de la Justice du Québec l'illustre bien, tout comme le mémoire relatif au projet de loi C-2 présenté le 27 juin 2005 au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles présenté par l'Union des écrivains(e)s québécoise(es)<sup>93</sup> et appuyé par divers regroupements d'auteur(e)s, illustrateurs, libraires, bibliothécaires et artistes de théâtre ainsi qu'en arts visuels.

**130** À cet égard, notons que l'examen sous l'article 7 de la *Charte* recoupe celui que l'on doit faire à cette étape sous l'article 1 puisqu'il fait appel aux mêmes éléments d'analyse quant aux effets délétères que peuvent engendrer les dispositions législatives contestées.

**131** Pour le Tribunal, il ne fait aucun doute que Godbout subit une tension psychologique grave reliée à plusieurs stigmates sociaux dépassant largement la tension ou l'angoisse ordinaire découlant de toute accusation criminelle plus commune<sup>94</sup>.

60 Pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut donc que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires.<sup>95</sup>

**132** À l'évidence, l'infraction de production de pornographie juvénile comporte d'importants stigmates sociaux qui entraînent des incidences sérieuses sur la réputation des individus, leurs relations interpersonnelles, leur intégrité psychologique ainsi que, potentiellement, sur leur emploi. Le Tribunal ne peut faire abstraction du contexte social actuel qui montre le sort que l'on réserve à toute personne suspectée d'une inconduite de nature sexuelle pour se convaincre de l'impact de ce genre d'accusation sur un individu. Avec égards, vouloir prétendre le contraire relèverait d'un aveuglement certain.

**133** D'ailleurs, la simple lecture des débats parlementaires démontre la répulsion qu'entretient la société à l'égard des pédophiles<sup>96</sup>. Bien que le Tribunal demeure conscient qu'en principe une personne accusée jouit de la présomption d'innocence, le caractère intrinsèquement infamant de ce type d'accusation possède un potentiel corrosif indéniable sur la réputation d'une personne accusée de production ou de distribution de pornographie juvénile.

**134** De son côté, la PGQ ne fait aucune démonstration, ni ne produit-elle de preuve permettant de contrer cet élément de l'analyse, ce qui favorise donc la position de Godbout.

**135** D'aucun pourrait affirmer qu'il s'agit là de risques purement hypothétiques et par conséquent que cela ne peut servir de fondement à toute détermination du Tribunal à ce sujet. Celui-ci ne peut en convenir.

**136** En effet, il devient nécessaire de rappeler ce qu'affirme la Cour suprême dans plusieurs arrêts selon lesquels l'on ne peut se fier au pouvoir discrétionnaire de la Couronne de porter ou non des accusations pour s'assurer, entre autres, du respect de l'article 7 de la *Charte*. Encore une fois, ces enseignements se transposent assurément dans le cadre de l'analyse sous l'article 2b) de la *Charte*.

**137** Dans *R. c. Nur*<sup>97</sup>, elle rappelle que l'on ne peut déléguer l'obligation constitutionnelle des tribunaux aux poursuivants<sup>98</sup>, car cela reviendrait à substituer la tenue d'une audience publique sur la constitutionnalité d'une disposition législative par un tribunal impartial et indépendant par une décision discrétionnaire de la Couronne qui entretient des intérêts opposés à ceux de l'accusé<sup>99</sup>. Ce faisant, elle réitère ce qu'énonçait l'arrêt *Smith*<sup>100</sup> en 1987.

**138** De plus, elle explique pourquoi elle ne peut s'en remettre à un tel raisonnement. Ainsi :

[94] J'ajoute ce qui suit concernant le cadre d'analyse proposé par mon collègue. La protection qu'il offre contre la peine totalement disproportionnée est illusoire; dans les faits, il créerait une situation où l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant serait en fait à l'abri de tout contrôle véritable. Il est bien connu que la norme applicable à l'abus du pouvoir discrétionnaire est très stricte, et la Cour ne saurait y avoir recours pour statuer sur l'application de l'art. 12 de la Charte . Le cadre d'analyse proposé s'éloigne radicalement du cadre d'analyse constitutionnelle retenu dans ces décisions et il protège insuffisamment contre l'infliction de peines totalement disproportionnées.

[95] Deux autres points peuvent être opposés à l'idée que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite puisse remédier au fait qu'une disposition sur la détermination de la peine contrevient à l'art. 12 de la Charte . Premièrement, nul ne peut être assuré que ce pouvoir sera toujours exercé de manière à éviter un résultat inconstitutionnel. La constitutionnalité d'une disposition législative ne saurait non plus dépendre de la confiance qu'on peut avoir que le ministère public agira convenablement (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002 CSC 61](#), [\[2002\] 3 R.C.S. 209](#), par. 45). Comme le dit le juge Cory au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Bain*, [\[1992\] 1 R.C.S. 91](#), p. 103-104 :

*Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l'occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie.*<sup>101</sup>

**139** En appliquant ces principes aux faits de l'instance, le Tribunal ne peut convenir qu'il faille s'en remettre à la

discrétion de la Couronne pour s'assurer que d'autres procédures judiciaires n'interviendront pas dans le futur à l'endroit de matériel littéraire semblable à celui produit par Godbout.

**140** Ici, il ressort de la preuve non contredite qu'à tout le moins un segment de cette littérature participe de façon indéniable aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression en l'occurrence l'épanouissement personnel, la réalisation de soi, la dignité humaine, la conscience de soi, la participation à la vie sociale et aux délibérations entourant le sort des victimes et des personnes accusées ou trouvées coupables d'infractions relatives à la pornographie juvénile.

**141** Le Tribunal rappelle et souligne que la PGQ convient que ce type de discours se trouve au coeur même des valeurs que vise à protéger l'article 2b) de la *Charte*. Cette reconnaissance comporte un poids certain et elle entraîne des conséquences juridiques. À tout événement, même en l'absence d'une telle reconnaissance, le Tribunal ferait les mêmes constatations.

**142** Il importe de rappeler, encore une fois, que dans le cadre législatif antérieur qui existait jusqu'en 2005, un écrit ne pouvait constituer de la pornographie juvénile que dans le cas où celui-ci préconisait ou conseillait une activité sexuelle avec une personne mineure<sup>102</sup>. Sans faire preuve de témérité, le Tribunal peut affirmer qu'en vertu des anciennes dispositions il s'avérait quasi-impensable que l'on puisse alors porter des accusations pour un livre semblable à celui de Godbout.

**143** La validité constitutionnelle des dispositions législatives quant à la pornographie juvénile, et plus particulièrement l'existence des articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) C.cr., qui forment un tout cohérent pour les fins de l'analyse, se trouve grandement diminué par le fait, qu'à tout le moins, une certaine catégorie de matériel expressif qui se trouve au coeur des valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression, tel l'épanouissement personnel et la recherche de la vérité en participant à un discours social nécessaire puisqu'il vise à dénoncer des comportements des prédateurs sexuels, tel que l'admet la PGQ, se voit maintenant susceptible de poursuite criminelle.

**144** Pour mémoire il s'agit de la catégorie de ce qu'il convient d'appeler les récits-témoignages de violence sexuelle qu'établit Veilleux. La catégorie des journaux d'écrivains fait également partie, en toute logique, du type de discours qui contribuent à l'épanouissement personnel des auteurs(es) bien qu'il puisse ne pas participer de la même façon au discours et au débat social, ce qui peut indéniablement lui enlever une certaine importance sociétale.

**145** À cet égard, rappelons que dans *Little Sisters* la Cour suprême cite avec approbation le passage suivant de l'arrêt *R. c. C. Coles Co.*<sup>103</sup> de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire traitant du livre *Fanny Hill - Memoirs of a Woman of Pleasure* :

195 Sur ce dernier point, toutefois, je désire souligner la conclusion du juge Binnie, selon laquelle il est "très difficile de démontrer le caractère obscène d'un livre, moyen d'expression qui est peut-être moins susceptible de causer un préjudice, mais en même temps davantage susceptible de bénéficier de la protection des moyens de défense fondés sur la valeur artistique ou les "besoins internes"" (par. 65). Cette conclusion est étayée par le fait que relativement peu de livres ont été jugés obscènes au Canada : voir, par exemple, *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681 (*L'Amant de Lady Chatterley* de D.H. Lawrence, non obscène), et *R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.) (*Fanny Hill -- Memoirs of a Woman of Pleasure*, par John Cleland, non obscène -- la même conclusion a été tirée par la Cour suprême des États-Unis dans *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" c. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966)). Comme l'a dit le juge en chef Porter de la Cour d'appel de l'Ontario, au nom de la majorité, dans l'arrêt *C. Coles Co.*, à la p. 563 :

[TRADUCTION] La liberté d'écrire des livres et, par conséquent, celle de diffuser des idées, opinions et autres fruits de l'imagination -- la liberté de traiter sans retenue d'un aspect de la vie humaine et des activités, des aspirations et des faiblesses des êtres humains -- sont fondamentales pour le progrès dans une société libre. Selon ma vision du droit, cette liberté ne devrait pas être restreinte, sauf dans des circonstances extrêmes.104

(Le Tribunal souligne)

**146** Il faut aussi noter cet enseignement de l'arrêt *Little Sisters* quant à la façon dont le Tribunal doit aborder et apprécier la démonstration que doit faire l'État pour bénéficier du plein effet de l'article 1 de la *Charte* :

44 La liberté d'expression est au coeur de notre identité en tant qu'individus et de notre bien-être collectif en tant que société. Tout doute quant à la justification doit être résolu en faveur de la liberté d'expression.105

**147** À l'instar de la Cour suprême<sup>106</sup>, le Tribunal conclut, à tout le moins, que l'inclusion du matériel littéraire se trouve au coeur des valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression dans le champ d'application de l'interdiction empiète lourdement sur la liberté d'expression, alors que la PGQ ne parvient pas à se décharger de son fardeau de démontrer que la prohibition, pour du matériel littéraire qui ne préconise ni ne conseille la commission d'actes sexuels avec des enfants, ajoute à la protection que la disposition assurerait aux enfants.

**148** Ainsi, l'existence combinée des articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) ne s'avère pas proportionnée sur le plan de ses effets et l'atteinte à l'article 2b) de la *Charte* ne peut se justifier aux termes de l'article premier.

### **3. LA VIOLATION DE L'ARTICLE 7 DE LA CHARTE**

**149** Vu la possibilité d'un emprisonnement minimal d'un an et maximal de 14 ans, il s'avère indubitable que le droit à la liberté de Godbout se trouve menacé. Ainsi, cette possible atteinte doit se conformer aux principes de justice

fondamentale, protégés à l'article 7 de la *Charte*. Il se réclame donc de l'arrêt *Bedford*<sup>107</sup> et notamment du passage suivant :

[96] Dans le Renvoi sur la *MVA*, la Cour reconnaît que les principes de justice fondamentale s'entendent des valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel. L'analyse fondée sur l'art. 7 s'attache à débusquer les dispositions législatives intrinsèquement mauvaises, celles qui privent du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne au mépris des valeurs fondamentales que sont censés intégrer les principes de justice fondamentale et dont la jurisprudence a défini la teneur au fil des ans.<sup>108</sup>

**150** Les dispositions attaquées ne doivent donc pas se révéler arbitraires ou sans aucun lien avec leur objet ou posséder une portée excessive ou un effet totalement disproportionné par rapport à l'objectif visé<sup>109</sup>. *Bedford* concluant ainsi à cet égard :

[123] Les trois notions - le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale - supposent la comparaison de l'atteinte aux droits causée par la loi avec l'objectif de la loi, et non avec son efficacité. Autrement dit, elles ne s'intéressent pas à la réalisation de l'objectif législatif ou au pourcentage de la population qui bénéficie de l'application de la loi. Elles ne tiennent pas compte des avantages accessoires pour la population en général. De plus, aucune ne requiert la détermination du pourcentage de la population qui est touchée par un effet préjudiciable. L'analyse est qualitative et non quantitative. La question à se poser dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement mauvaise prive qui que ce soit du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7.<sup>110</sup>

**151** Godbout plaide que l'effet combiné des articles 163.1(1)c), 163.1(2) et 163.1(6) *C. cr.* apparaît totalement disproportionné, arbitraire et excessif en ce que les 14 passages identifiés par le Tribunal comme pouvant constituer de la pornographie juvénile démontrerait que sa définition, contenue à l'article 163.1(1)c) *C. cr.*, va trop loin et couvre une gamme de matériel trop vaste.

**152** Également, Godbout allègue une violation de son droit à sa sécurité psychologique prévue à l'article 7 de la *Charte* tel que reconnu par les arrêts *R. c. Morgentaler*<sup>111</sup> et *Carter c. Canada (Procureur général)*<sup>112</sup>. Il doit s'agir d'un préjudice qui cause des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique de la personne<sup>113</sup>. Selon la PGQ, l'accusé ne fait pas cette preuve. Le Tribunal conclut autrement.

**153** Le Tribunal réfère aux paragraphes 29 à 32 et 131 à 133 du jugement pour les fins de son analyse sous la présente rubrique.

**154** Le stigmatisme qu'évoque Godbout et qu'il porte depuis sa mise en accusation s'avère bien réel. Rien ne permet au Tribunal de conclure qu'il n'existe pas. La PGQ conteste son importance en le laminant avec les conséquences qu'entraîne toute autre accusation criminelle.

**155** Le Tribunal conclut à l'existence d'accusations qui, par leur nature même, entraînent un opprobre social plus grand et donc une stigmatisation correspondante. Il ne fait aucun doute que des accusations de production et de distribution de pornographie juvénile entrent dans une telle catégorisation.

**156** Quant à la question de la portée excessive des dispositions législatives attaquées, il importe de souligner l'énoncé suivant de la Cour suprême dans *Sharpe* :

[57] 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 oeuvres 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 oeuvres 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.<sup>114</sup>

**157** Bien que cet enseignement se retrouve dans le jugement dans le cadre de l'analyse de ce que peut constituer un écrit qui "préconise ou conseille" une activité sexuelle avec un enfant, il n'en demeure pas moins que la Cour suprême affirme que, dans certains cas, les dispositions créant l'infraction comporteraient une portée excessive dans la mesure où la simple description de l'acte criminel de ce qui constitue de la pornographie juvénile ne constitue pas du matériel qui suscite une crainte raisonnée de préjudice pour les enfants<sup>115</sup>.

**158** Or, le législateur en assujettissant tel qu'il le fait en 2005 la pédopornographie à toutes descriptions, dans un but sexuel, d'un acte sexuel avec un enfant dans un écrit dont il s'agit là de la caractéristique dominante se trouve à, potentiellement, englober les oeuvres évoquées par la Cour suprême qui visent à décrire et à explorer différents aspects de la vie qui, de manière incidente, font le récit d'actes illégaux accomplis avec des enfants. L'oeuvre de Godbout en devient un exemple patent.

**159** L'arrêt *Sharpe* énonce ceci quant à la portée du moyen de défense fondé sur la valeur artistique :

65 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'oeuvre. La majeure partie du matériel visé par la définition de la pornographie juvénile est susceptible de causer un préjudice aux enfants. [...].116

**160** Vraisemblablement, on peut donc ainsi présumer la raison pour laquelle le législateur inclut à l'article 163.1(6)b) la notion de "risque indu".

**161** Cependant, quant à cette question, il apparaît nécessaire de reprendre ce qu'énonce l'arrêt *Sharpe* :

18 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 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. 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. 731.117

**162** Voilà pourquoi la Cour suprême conclut à la violation de l'article 7 vu la non-conformité des dispositions attaquées avec l'article 2b)118. Le Tribunal se doit de conclure de même.

#### **4. LA VIOLATION DE L'ARTICLE 11d) DE LA CHARTE**

##### **4.1 La détermination de l'existence d'une violation**

**163** Quant à la présomption d'innocence, Godbout plaide que la violation de l'article 11d) de la *Charte* existe parce que la poursuivante, pour se décharger de son fardeau, doit se contenter de prouver hors de tout doute raisonnable

que la caractéristique dominante de l'oeuvre se trouve dans la description, dans un but sexuel, d'une activité sexuelle avec une personne de moins de dix-huit ans.

**164** Ensuite il s'agit pour l'accusé de démontrer, par prépondérance de preuve, qu'il produit cette oeuvre dans un but légitime lié aux arts et que celle-ci ne pose pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans. Il s'ensuit, selon Godbout, que ce renversement du fardeau de preuve obviérait aux enseignements de l'arrêt *Sharpe* quant au fait que le législateur visait ultimement à criminaliser uniquement le matériel qui expose les personnes de moins de dix-huit ans à un risque raisonné de préjudice.

**165** Il s'appuie sur le passage suivant de cette décision :

[34] 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, 3e sess., 34e 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 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. 163.1.119

**166** Pour lui, il apparaît tout à fait raisonnable, conforme à la logique et à la présomption d'innocence que le fardeau incombe à la poursuite de démontrer que le matériel en cause expose les enfants à un risque raisonné de préjudice et donc, par conséquent, qu'il devrait s'agir de l'un des éléments essentiels de l'infraction en matière de pornographie juvénile. Il plaide qu'il se retrouve dans la fâcheuse position de devoir faire une preuve d'absence de risque indu pour les personnes de moins de dix-huit ans, ce qui présume que tout matériel de pornographie juvénile créait d'emblée ce risque.

**167** Au soutien de sa position, il invoque à nouveau l'arrêt *Sharpe* :

[41] En l'espèce, considérant l'alinéa 163.1(6) C.cr., le requérant se retrouve dans la fâcheuse position de devoir faire une preuve d'absence de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans, comme si on présumait que tout matériel rencontrant possiblement la définition de pornographie juvénile

créait d'emblée ce risque. Cette présomption n'est peut-être pas explicite, mais existe tout de même. Pourtant, dans l'arrêt *Sharpe* le plus haut tribunal concluait que "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".120

**168** Il se réclame de l'arrêt *Oakes*<sup>121</sup> qui reprend l'énoncé de *Dubois c. R.*<sup>122</sup> :

"29 La présomption d'innocence est un principe consacré qui se trouve au coeur même du droit criminel. Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11d) de la Charte, la présomption d'innocence relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'art. 7 de la Charte (voir Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer). La présomption d'innocence a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'état accuse d'une conduite criminelle. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques. Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'état n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

[...]

32 Compte tenu de ce qui précède, le droit, prévu par l'al. 11d), d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que, premièrement, la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable et, deuxièmement, que ce soit à l'état qu'incombe la charge de la preuve. Comme l'affirme le juge Lamer dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 357 :

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins.

Troisièmement, les poursuites criminelles doivent se dérouler d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité. L'importance de ces dernières, ressort de la dernière partie de l'al. 11d) qui pose comme exigence que la culpabilité soit établie "conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable".123"

**169** Godbout argue que la combinaison des articles 163.1(1)c) et 163.1(6) crée une présomption fondée sur un fait établi, en l'occurrence la démonstration par la poursuivante de la définition de pornographie juvénile, ce qui entrainerait aussitôt une conclusion que le matériel en question pose un risque raisonné de préjudice aux personnes de moins de dix-huit ans, et ce, peu importe la preuve faite par la Couronne sur ce dernier point<sup>124</sup>.

**170** Dans son avis d'inconstitutionnalité, Godbout affirme qu'il détient : "le fardeau de démontrer qu'il a produit cette oeuvre pour un but légitime lié aux arts et que celle-ci ne pose pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans"<sup>125</sup>, ce qui fait en sorte qu'il se retrouve : "dans la fâcheuse situation de devoir faire une preuve d'absence de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans, comme si on présumait que tout matériel rencontrant possiblement la définition de pornographie juvénile créait d'emblée ce risque"<sup>126</sup>.

**171** Au soutien de sa position, il cite les extraits suivants d'*Oakes* qui traite de la nature des présomptions :

"17. Pour déterminer le sens de ces mots, il est utile de procéder à un examen général de la nature des présomptions. Les présomptions peuvent être rangées dans deux catégories générales : les présomptions non fondées sur des faits établis et les présomptions fondées sur des faits établis. Une présomption non fondée sur un fait établi est simplement une conclusion qui doit être tirée tant qu'on n'a pas prouvé le contraire. Une présomption fondée sur un fait établi consiste en une conclusion qui repose sur la preuve de ce fait (voir *Cross on Evidence*, 5th ed., aux pp. 122 et 123).

18. Quant aux présomptions fondées sur des faits établis, elles peuvent créer une faculté ou être impératives. Dans le cas d'une présomption créant une faculté, dès lors qu'il y a un fait établi, on est libre d'en déduire ou ne pas en déduire le fait présumé. Si, par contre, il s'agit d'une présomption impérative, cette déduction est obligatoire.

19. Une présomption peut aussi être réfutable ou irréfutable. Si elle est réfutable, il y a trois moyens possibles de combattre le fait présumé. Premièrement, l'accusé pourra avoir simplement à susciter un doute raisonnable quant à l'existence de ce fait. Deuxièmement, il pourra avoir la charge de produire une preuve suffisante pour mettre en doute l'exactitude du fait présumé. Troisièmement, il pourra avoir à s'acquitter d'une charge ultime ou d'une charge de persuasion qui l'oblige à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence du fait présumé.<sup>127</sup>"

**172** Pour lui, le fait que le Tribunal conclut que la preuve démontre que le matériel visé rencontre la définition de l'article 163.1(1)c) *C. cr.* entraîne nécessairement une déclaration de culpabilité même en l'absence totale de preuve que ce matériel cause un préjudice aux mineurs ou même en présence d'un fait, admis en l'espèce, que ce matériel relève d'un but légitime lié aux arts. Il postule donc qu'un innocent se verrait ainsi déclaré coupable.

**173** De plus, à ce sujet, il évoque<sup>128</sup> l'expertise de Sarah Paquette, de la Sûreté du Québec qui semble conclure au caractère incertain de la relation de cause à effet entre la lecture d'un roman de fiction et la présence de risque indu pour une personne mineure. Avec égards, le Tribunal ne peut tenir compte de cet argument puisqu'il relève en fin de compte, le cas échéant, d'un jury éventuellement formé, mais, de façon plus importante, cette preuve, potentiellement à venir, ne se trouve pas au dossier à cette étape de la procédure.

**174** Godbout fait erreur lorsqu'il affirme simplement que parce qu'il produit de l'art "l'artiste ne devrait tout simplement pas craindre d'être poursuivi"<sup>129</sup> se réclamant ainsi d'un passage de l'arrêt *Sharpe*, parce qu'il omet

d'en compléter la citation qui provient du paragraphe 63, dernière ligne, et qui se conclut par les mots "en vertu du paragr. 163.1(4)". En tronquant cette citation, il fait défaut de prendre en considération que l'exception à la conduite criminelle que reconnaît la Cour suprême ne s'applique pas de facto à tout ce qui constitue de l'art. En effet, cette citation énonce que tant que l'artiste produit de l'art pour ses seules fins personnelles il ne devrait pas se voir poursuivi pour possession de pornographie juvénile, puisque seule la dissémination de cette oeuvre auprès de tiers non participants et non consentants constitue un comportement illégal. Ce faisant, Godbout pervertit ainsi l'application de l'exception créée par la Cour suprême pour la seule création et le seul usage personnel<sup>130</sup>.

**175** La PGQ nie que la combinaison des articles 163.1(1)c) et 163.1(6) *C. cr.* porte atteinte à la présomption d'innocence protégée par l'article 11d) de la *Charte* puisque l'accusé en possède aucun fardeau de persuasion, mais uniquement un fardeau de présentation.

**176** Pour la PGQ, l'arrêt *Katigbak* enseigne que la combinaison de ces articles n'impose à un accusé que la seule contrainte, s'il décide d'invoquer ce moyen de défense, de s'appuyer sur des faits qui permettent de soulever un doute raisonnable quant à l'existence des deux motifs évoqués à l'article 163.1(6) *C. cr.* puisqu'il appartient au ministère public d'établir, hors de tout doute raisonnable que l'une ou l'autre n'existe pas<sup>131</sup>. Il s'agirait d'un fardeau de présentation et non de persuasion tel que l'expose l'arrêt *R. c. Osolin*<sup>132</sup>, qui dans le cadre d'accusation sous 265(4) *C. cr.* et qui traite de la croyance par l'accusé de l'existence de consentement de la victime, énonce :

[...] En conclusion donc, le critère préliminaire de la vraisemblance établi au par. 265(4) ne viole pas l'al. 11d). Même s'il crée une charge de présentation qui incombe à l'accusé, en ce sens que celui-ci doit soulever une preuve suffisante pour donner au moyen de défense une vraisemblance justifiant qu'il soit soumis au jury, il n'en demeure pas moins que la charge de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable repose clairement sur la poursuite.<sup>133</sup>

**177** Selon elle, l'accusé ne possède pas de fardeau de répondre par une preuve contraire à un fait dont on doit présumer de l'existence par l'effet de la loi puisqu'il ne doit qu'invoquer le moyen de défense et les faits qui le soutiennent. On ne se trouve pas ainsi dans la même dynamique juridique que celle évoquée dans les arrêts *R. c. Morrison*<sup>134</sup>, *R. c. St-Onge Lamoureux*<sup>135</sup>, *R. c. Oakes*<sup>136</sup> ou *R. c. Downey*<sup>137</sup>.

**178** Le Tribunal note que dans *R. c. Morrison*<sup>138</sup>, la Cour suprême rappelle que le principe de la présomption d'innocence exige que la Couronne établisse hors de tout doute raisonnable la culpabilité de la personne avant que celle-ci ne doive y répondre<sup>139</sup>. Ce faisant, elle réitérait ses enseignements contenus aux arrêts *R. c. St-Onge Lamoureux*<sup>140</sup> et *R. c. Downey*<sup>141</sup>.

**179** L'arrêt *Morrison* visait, entre autres, à déterminer si la présomption établit par l'article 172.1(3) qui se lit ainsi :

#### **Présomption**

(3) La preuve que la personne visée aux alinéas (1)a, b) ou c) a été présentée à l'accusé comme ayant moins de dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, constitue, sauf preuve contraire, la preuve que l'accusé la croyait telle.

viole l'article 11 d) de la *Charte*.

**180** Dans *St-Onge Lamoureux*, il s'agit de la validité constitutionnelle des articles 258(1) c) et 258(1) d) 01) *C. cr.* qui traitent de la présomption d'exactitude et les présomptions d'identité en matière de poursuite pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale.

**181** Dans *Downey*, il s'agissait de la charge de présentation incombant à l'accusé en vertu de l'article 195(2) *C. cr.*, maintenant le paragraphe 212(3) *C. cr.*, qui dispose en substance que :

[...] "[l]a preuve qu'une personne vit ou se trouve habituellement en compagnie de prostitués, [. . .] constitue, en l'absence de preuve contraire, une preuve qu'elle vit des produits de la prostitution". [...]142

**182** Cet arrêt reprend les énoncés de *R. c. Oakes*<sup>143</sup> qui enseignait :

[...]

Les présomptions peuvent être rangées dans deux catégories générales : les présomptions non fondées sur des faits établis et les présomptions fondées sur des faits établis. Une présomption non fondée sur un fait établi est simplement une conclusion qui doit être tirée tant qu'on n'a pas prouvé le contraire. Une présomption fondée sur un fait établi consiste en une conclusion qui repose sur la preuve de ce fait . . .

Quant aux présomptions fondées sur des faits établis, elles peuvent créer une faculté ou être impératives. Dans le cas d'une présomption créant une faculté, dès lors qu'il y a un fait établi, on est libre d'en déduire ou ne pas en déduire le fait présumé. Si, par contre, il s'agit d'une présomption impérative, cette déduction est obligatoire.

Une présomption peut aussi être réfutable ou irréfutable. Si elle est réfutable, il y a trois moyens possibles de combattre le fait présumé. Premièrement, l'accusé pourra avoir simplement à susciter un doute raisonnable quant à l'existence de ce fait. Deuxièmement, il pourra avoir la charge de produire une preuve suffisante pour mettre en doute l'exactitude du fait présumé. Troisièmement, il pourra avoir à s'acquitter d'une charge ultime ou d'une charge de persuasion qui l'oblige à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence du fait présumé.

Enfin, les présomptions sont souvent décrites comme étant soit des présomptions de droit, soit des présomptions de fait. Ces dernières comportent des [TRADUCTION] "exemples fréquents de preuve indirecte" [. . .], alors que les premières comportent des règles de droit expresses.

[...]144

**183** *Downey* les explicite ainsi :

[...]

- (1) Les présomptions s'appliquant sans que soit exigée la preuve d'un fait.
- (2) Les présomptions devant être fondées sur un fait établi.
  - a) Comportant une faculté : le juge des faits peut déduire un fait présumé de la preuve d'un fait établi, mais sans y être obligé. La charge qu'assume alors l'accusé est d'ordre tactique : il peut choisir de présenter une contre-preuve mais n'est pas tenu de le faire.
  - b) Imposant une charge de présentation : cas où le juge des faits est tenu, en l'absence de toute preuve contraire, de tirer une conclusion reposant sur le fait établi. Il incombe alors à l'accusé de présenter lui-même une preuve à moins qu'une preuve contraire ne ressorte déjà de la preuve de la poursuite.

[...]

- c) Imposant une charge de persuasion : semblables à la charge de l'alinéa b), sauf que le fait présumé doit être réfuté par une preuve faite selon la prépondérance des probabilités et non simplement par la présentation d'une preuve contraire. On les appelle aussi "dispositions portant inversion de la charge de la preuve".

[...]145

**184** Dans cette décision, la Cour suprême valide le règne législatif relatif à l'article 258(1) d.1. du *C. cr.* quant à la violation de l'article 11d) au niveau de l'atteinte minimale en démontrant qu'en réalité seule la personne visée par l'accusation peut connaître le moment et la quantité d'alcool consommé et conséquemment de l'obliger à en faire la preuve n'apparaît pas trop onéreux<sup>146</sup>.

**185** La PGQ soutient que le mécanisme prévu à l'article 163.1 *C. cr.* ne crée pas une véritable "présomption" puisqu'aucun fardeau de "répondre" pour une preuve contraire à un fait qui deviendrait réellement présumé par l'effet de la loi, ne pèse sur l'accusé puisqu'il ne doit "qu'invoquer" le moyen de défense et les faits qui le soutiennent<sup>147</sup>.

**186** Notons cependant que la PGQ plaide<sup>148</sup> que l'article 163.1 ne constitue pas une disposition en vertu de laquelle l'accusé possède le fardeau de soulever un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction dispensant par le fait même le ministère public de ce faire contrairement à la disposition législative en cause dans l'arrêt *Downey*.

**187** En l'espèce, bien que la notion de "risque indu" ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction, il appartient à l'accusé de faire valoir des éléments de preuve qui pourraient soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

**188** À ce sujet, l'arrêt *Katigbak* enseigne :

[56] Comme nous l'expliquerons plus loin, les al. 163.1(6)*a*) et *b*) doivent être traités comme des exigences distinctes l'une de l'autre. L'accusé doit d'abord invoquer le moyen de défense en s'appuyant sur des faits à même de soulever un doute raisonnable quant à savoir si les deux exigences sont satisfaites, après quoi il incombe au ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable que l'une ou l'autre de celles-ci ne l'est pas.149

**189** Ainsi, cette défense, comme toutes les défenses qui ne comportent pas la nécessité de se décharger d'un fardeau précis, ne contrevient pas à l'article 11d) de la *Charte*.

## **5. LA RÉPARATION**

**190** Ici, contrairement à l'arrêt *Sharpe*, il ne s'agit pas d'invalider une disposition législative simplement parce que l'accusé soulève une application hypothétique qui ne possède aucun lien avec son propre cas<sup>150</sup>, mais bien plutôt de constater l'effet réel potentiel de la portée combinée des articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) *C. cr.*, entre autres, sur un pan important de la littérature déjà existante. Bien que le Tribunal n'en discute pas en profondeur, il peut raisonnablement affirmer que les autres types de genres littéraires qu'énonce Veilleux dans son témoignage<sup>151</sup> entraînent la même conclusion dans la mesure où les propos ne préconisent pas ou ne conseillent pas une activité sexuelle avec une personne mineure.

**191** Le Tribunal conclut donc que l'inclusion des notions de "préconiser" et "conseiller" une activité sexuelle avec une personne mineure, ou un équivalent, constitue un prérequis à la validité constitutionnelle de dispositions législatives qui traitent de la criminalisation d'écrits contenant des passages de pédopornographie.

**192** En l'espèce, cette lacune se manifeste par la combinaison des articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) *C. cr.* des dispositions législatives contestées.

**193** Le Tribunal juge, cependant, qu'il relève d'abord et avant tout du législateur de corriger cette déficience constitutionnelle. Ainsi, le remède approprié se trouve donc dans une déclaration d'inconstitutionnalité des articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) *C. cr.*, en vertu de l'article 52 de la *Charte*.

**194** Cette déclaration entraîne donc l'acquittement de Godbout et d'Éditions ADA inc.

### **POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :**

**195 ACCUEILLE** partiellement la demande en déclaration d'inconstitutionnalité de Yvan Godbout du 21 février 2020;



**196 DÉCLARE** que les articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) du *Code criminel* violent les articles 2 b) et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

**197 DÉCLARE** que les violations des articles 2b) et 7 de la *Charte* ne se justifient pas aux termes de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

**198 DÉCLARE** invalides et inopérants les articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) du *Code criminel* aux termes de l'article 52 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

**199 ACQUITTE** Yvan Godbout et Éditions ADA inc. des accusations portées contre eux en l'instance.

L'HONORABLE MARC-ANDRÉ BLANCHARD J.C.S.

---

1 [\[2001\] 1 R.C.S. 45.](#)

2 Pièce P-1.

3 Notes et autorités d'Yvan Godbout du 14 octobre 2019, par. 2, ligne 4.

4 P. 7, dernier par.; p. 13, premier par.; p. 35, trois derniers par.; p. 53, haut de la page; p. 56, du milieu de la page à l'avant-dernier par.; p. 58, du deuxième par.; p. 59; p. 87, pour le premier tiers de la page; p. 99, au milieu de la page; p. 121, haut de la page; p. 128, fin du premier par.; p. 147, du troisième par. jusqu'à la ligne 11; p. 190, les deux premiers par., p. 209, lignes 4 à 11; p. 250, quatrième par.

5 Pièce R-4, p. 3 à 8.

6 *Id.*, p. 8 à 11.

7 *Id.*, p. 12 à 14.

8 *Id.*, p. 18 à 21.

9 *Id.*, p. 18 à 20.

10 *Id.*, p. 20 à 21.

11 *R. c. Sharpe*, préc., note 1, par. 21.

12 *R. c. Katigbak*, [\[2011\] 3 R.C.S. 326](#), par. 27.

13 *Carter c. Canada (Procureur général)*, [\[2015\] 1 R.C.S. 331](#), par. 94.

14 *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 32.

15 *Id.*, par. 37.

- 16 *Id.*, par. 53.
- 17 *Rocket c. Collège des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [\[1990\] 2 R.C.S. 232](#).
- 18 *Id.*, p. 242, ligne b).
- 19 [\[1989\] 1 R.C.S. 927](#), p. 976.
- 20 *Rocket c. Collège des chirurgiens dentistes d'Ontario*, préc., note 58, p. 247, lignes c) à e).
- 21 *Canada (Procureur général) c. JTI-MacDonald Corp.*, [\[2007\] 2 R.C.S. 610](#), par. 45 à 47.
- 22 *Id.*, par. 41 à 43.
- 23 *Id.*, par. 87.
- 24 *Frank c. Canada (Procureur Général)*, préc., note 35, par. 24.
- 25 Préc., note 30.
- 26 *Id.*, par. 51 et 65.
- 27 Résumé législatif du projet de loi C-2, p. 1; débats de la Chambre des communes, 13 octobre 2004 (deuxième lecture du projet de loi C-2, (Paul Harold Macklin (Lib.)), p. 324.
- 28 Résumé législatif du *Projet de Loi C-2 : Loi modifiant le Code criminel* (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la *Loi sur la preuve au Canada*, p. 2.
- 29 *Id.*, p. 7 et 8.
- 30 Débats de la Chambre des communes, volume 140, no 007, 1ère session, 38e législature, 13 octobre 2004.
- 31 Comité permanent de la Justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, séance du 22 février 2005, étude du projet de loi C-2, p. 9 (Irwin Cotler, ministre de la Justice).
- 32 *R. c. Zundel*, [\[1992\] 2 R.C.S. 731](#).
- 33 *Id.*, par. 54.
- 34 *R. c. Sharpe*, préc., note 1, par. 82.
- 35 [\[2016\] 1 R.C.S. 906](#), par. 66.
- 36 [2020 CSC 9](#).
- 37 *Id.*, par. 82.
- 38 *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [\[2009\] 2 R.C.S. 567](#), par. 48; *R. c. Bryan*, [\[2007\] 1 R.C.S. 527](#), par. 39-41.
- 39 [\[2015\] 1 R.C.S. 3](#).
- 40 *Id.*, par. 143 et 148.
- 41 *Frank c. Canada (Procureur général)*, [\[2019\] 1 R.C.S. 3](#).

42 *R. c. Sharpe*, préc., note 1, par. 59.

43 *Id.*, par. 85.

44 *Id.*, par. 86 à 91.

45 *Id.*, par. 92 à 94.

46 *Carter*, préc., Note 13, par. 102.

47 *Id.*, par. 38.

48 [\[2005\] 3 R.C.S. 728](#).

49 *Id.*, par. 21.

50 *Id.*, par. 33 et 36.

51 *Id.*, par. 40.

52 *Id.*, par. 45.

53 *Id.*, par. 46.

54 *Id.*, par. 48.

55 *Id.*, par. 52.

56 *R. c. Butler*, [\[1992\] 1 R.C.S. 452](#), p. 484-485.

57 *Id.*, par. 24.

58 *Id.* par. 28.

59 *Id.*, par. 73 et 74.

60 *Id.*, par. 75 et 76.

61 *Id.*, par. 96.

62 *Id.*, voir par. 105 notamment.

63 *Id.*, voir par. 107.

64 *R. c. Katigbak*, préc., note 17.

65 *Id.*, par. 38.

66 Comité permanent de la Justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, séance du 22 février 2005, étude du projet de loi C-2, p. 4-5 (Irwin Cotler, ministre de la Justice, lib.).

67 *Supra*, par. 48 du jugement.

68 [2020 ONCA 343](#).

69 *Id.*, par. 62.

- 70 *R. v. Schacter*, [2018 ONCJ 371](#), par. 38.
- 71 *R. c. Sharpe*, préc., note 1, par. 103.
- 72 *Id.*, par. 13.
- 73 *R. c. McSween*, préc., note 72, par. 81 à 83.
- 74 P. 7, dernier paragraphe; p. 13, premier par.; p. 35, trois derniers par.; p. 53, haut de la page; p. 56, du milieu de la page à l'avant-dernier par.; p. 58, du deuxième par.; p. 59; p. 87, pour le premier tiers de la page; p. 99, au milieu de la page; p. 121, haut de la page; p. 128, fin du premier par.; p. 147, du troisième par. jusqu'à la ligne 11; p. 190, les deux premiers par.; p. 209, lignes 4 à 11; p. 250, quatrième par.
- 75 *R. c. Sharpe*, préc., note 1, par. 50 et 51.
- 76 [1962] R.C.S. 681.
- 77 *Id.*, p. 702.
- 78 *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [\[2000\] 2 R.C.S. 1120](#), par. 196.
- 79 *R. c. Butler*, préc., note 27.
- 80 *Id.*, p. 482.
- 81 *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 82, par. 47.
- 82 *R. c. Sharpe*, préc., note 1.
- 83 *Id.*, par. 99 à 101.
- 84 *R. c. Butler*, préc., note 27, p. 470-471.
- 85 *Id.*, p. 482, lignes c à d.
- 86 *Id.*, p. 505-506.
- 87 *R. c. Butler*, préc., note 27, p. 485, lignes d à g et p. 498, ligne i à p. 499, ligne a.
- 88 *R. c. Katigbak*, préc., note 17, par. 70.
- 89 *Id.*, par. 103.
- 90 *Id.*, par. 102.
- 91 *Id.*, par. 104.
- 92 Pièce P-32.
- 93 Pièce P-19. Celle-ci répertorie d'autres dénonciations quant au caractère inhibiteur des mesures proposées alors dans le projet de loi C-2.
- 94 *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.) [J.G.]*, [\[1999\] 3 R.C.S. 46](#).
- 95 *Id.*, par. 60.

96 Pièce R-16.

97 [\[2015\] 1 R.C.S. 773](#).

98 *Id.*, par. 87.

99 *Id.*, par. 86.

100 *R. c. Smith*, [\[1987\] 1 R.C.S. 1045](#).

101 *R. c. Nur*, préc., note 101, par. 84 et 95.

102 *R. c. Sharpe*, préc., note 1, par. 36.

103 [\[1965\] 1 O.R. 557](#) (C.A.).

104 *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 82, par. 195.

105 *Id.*, par. 144.

106 *R. c. Sharpe*, préc., note 1, par. 123.

107 *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [\[2013\] 3 R.C.S. 1101](#).

108 *Id.*, par. 96.

109 *Id.*, par. 103, 104, 120 à 122.

110 *R. c. Sharpe*, préc., note 1, par. 123.

111 [\[1988\] 1 R.C.S. 30](#), p. 54-55.

112 [\[2015\] 1 R.C.S. 331](#), par. 55.

113 *Blencoe c. BCHRC*, [\[2000\] 2 R.C.S. 307](#), par. 81 à 86.

114 *R. c. Sharpe*, préc., note 1, par. 57.

115 *Id.*, par. 56.

116 *Id.*, par. 65.

117 *Id.*, par. 18.

118 *Id.*, par. 128, sous-par. 6.

119 *Id.*, par. 34.

120 *Id.*, par. 74.

121 *R. c. Oakes*, [\[1986\] 1 R.C.S. 103](#).

122 [\[1985\] 2 R.C.S. 350](#).

123 *R. c. Oakes*, préc., note 125, par. 49.

124 Voir l'Avis d'intention au par. 45.

125 P. 12, par. 28.

126 P. 13, par. 41.

127 *R. c. Oakes*, préc., note 125, par. 17 à 19.

128 Voir l'Avis d'intention, par. 48.

129 *Id.*, par. 57.

130 *R. c. Katigbak*, préc., note 17, par. 129.

131 *Id.*, par. 56.

132 [\[1993\] 4 R.C.S. 595](#).

133 *Id.*, p. 691.

134 [2019 CSC 15](#).

135 [2012 CSC 57](#).

136 *R. c. Oakes*, préc., note 125.

137 [\[1992\] 2 R.C.S. 10](#).

138 Préc., note 138.

139 *Id.*, par. 56.

140 Préc., note 139.

141 Préc., note 141.

142 *Id.*, p. 17.

143 *R. c. Oakes*, préc., note 125.

144 *Id.*, p. 115 et 116.

145 *R. c. Downey*, préc., note 141, p. 22 et 23.

146 *R. c. St-Onge Lamoureux*, préc., note 139, par. 90 et 91.

147 Plan d'argumentation de la PGQ, par. 36.

148 *Id.*, par. 36, 3e sous-par.

149 *R. c. Katigbak*, préc., note 17, par. 56.

150 *R. c. Sharpe*, préc., note 1, par. 111.

151 Voir par. 11 du jugement supra.