

**Robert Katigbak** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties  
Association** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. KATIGBAK**

**2011 SCC 48**

File No.: 33762.

2011: February 21; 2011: October 20.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Child pornography — Defences — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Statutory defences amended 2005 — Accused testifying purpose of collecting child pornography to create artistic exhibition from perspective of exploited children — Trial judge accepting testimony and acquitting accused on basis of pre-2005 artistic merit defence — Whether accused's actions constituted artistic merit or served public good per pre-2005 defences — Whether accused's actions had legitimate purpose which did not pose undue risk of harm per post-2005 defence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163(3), 163.1(6).*

*Criminal law — Appeal from acquittal — Powers of court of appeal — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Trial judge acquitting accused — Court of Appeal overturning acquittal and registering conviction — Whether substituting conviction exceeded Court of Appeal's jurisdiction limited to questions of*

**Robert Katigbak** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés  
civiles** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : R. c. KATIGBAK**

**2011 CSC 48**

N° du greffe : 33762.

2011 : 21 février; 2011 : 20 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Pornographie juvénile — Moyens de défense — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — Moyens de défense prévus par la loi modifiés en 2005 — L'accusé a témoigné qu'il collectionnait des documents de pornographie juvénile en vue de monter une exposition artistique exposant le point de vue d'enfants exploités — La juge du procès a accepté ce témoignage et acquitté l'accusé sur la base du moyen de défense fondé sur la valeur artistique qui existait avant 2005 — Les actes de l'accusé étaient-ils visés par le moyen de défense fondé sur la valeur artistique ou celui fondé sur le bien public qui existaient avant 2005? — Les actes de l'accusé visaient-ils un but légitime qui ne posait aucun risque indu conformément au moyen de défense qui existe depuis 2005? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163(3), 163.1(6).*

*Droit criminel — Appel contre un acquittement — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — La juge du procès a acquitté l'accusé — La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle outrepassé sa compétence, qui se limite aux questions de*

law — *Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 676(1)(a), 686(4)(b)(ii).*

*Criminal law — Information — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Statutory defences amended 2005 — Whether Information defective because only one count of offence charged for period during which statutory defences amended.*

The appeal concerns the nature and scope of the child pornography defences found in the *Criminal Code* as they existed before and after Parliament amended those provisions. Prior to November 1, 2005, the defence under s. 163.1(6) applied if the accused raised a reasonable doubt as to his or her guilt by establishing, *inter alia*, the material's artistic merit. In addition, the accused would be acquitted where the acts served, but did not extend beyond what served, the public good (s. 163(3)). After November 1, 2005, the public good defence no longer applied and s. 163.1(6) was amended to provide a defence if the acts: (1) had a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and (2) did not pose undue risk of harm to persons under the age of eighteen. The accused was charged with one count of possessing child pornography between 1999 and 2006, therefore engaging both versions of the defence. He testified that he was in possession of child pornography for the purpose of creating an artistic exhibition that would present the issue of child exploitation from the perspective of the child. Accepting that testimony, the trial judge held the accused was entitled to rely on the defences as they existed before and after the 2005 amendments and acquitted him on the basis of the pre-2005 artistic merit defence. The Court of Appeal set aside the acquittal and registered a conviction, concluding that none of the defences were available to the accused on the record.

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

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The trial judge made errors of law regarding both versions of s. 163.1(6). First, she erred by finding that the pornographic material fell within the scope of the pre-2005 artistic merit defence on the ground that the accused

*droit, en remplaçant le verdict d'acquittement par une déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a), 686(4)b)(ii).*

*Droit criminel — Dénonciation — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — Moyens de défense prévus par la loi modifiés en 2005 — La dénonciation était-elle viciée parce qu'elle ne comportait qu'un seul chef d'accusation pour la période en cause, pendant laquelle les moyens de défense prévus par la loi ont été modifiés?*

Le présent pourvoi porte sur la nature et la portée des moyens de défense prévus au *Code criminel* en matière de pornographie juvénile tels qu'ils existaient avant que le législateur n'y apporte des modifications et tels qu'ils existent depuis ces modifications. Avant le 1<sup>er</sup> novembre 2005, l'accusé pouvait invoquer le moyen de défense prévu au par. 163.1(6) s'il soulevait un doute raisonnable quant à sa culpabilité, notamment en établissant la valeur artistique des documents en cause. De plus, l'accusé devait être acquitté si les actes en cause avaient servi le bien public, mais n'avaient pas outrepassé ce qui avait servi celui-ci (s. 163(3)). Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2005, le moyen de défense fondé sur le bien public ne s'applique plus; le par. 163.1(6) a été modifié de telle sorte qu'il permet d'invoquer un moyen de défense si les actes en cause : (1) avaient un but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts; et (2) ne posaient pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans. L'accusé ayant été inculpé d'un seul chef de possession de pornographie juvénile de 1999 à 2006, il pouvait invoquer l'ensemble de ces moyens de défense. Il a témoigné avoir été en possession de pornographie juvénile en vue de monter une exposition artistique qui exposerait le problème de l'exploitation des enfants du point de vue de ces derniers. Ayant accepté ce témoignage, la juge du procès a conclu que l'accusé pouvait invoquer les moyens de défense qui existaient avant les modifications de 2005 et l'a acquitté sur la base du moyen de défense fondé sur la valeur artistique qui existait avant 2005. La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité, concluant que, selon le dossier, l'accusé ne pouvait invoquer aucun des moyens de défense.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : La juge du procès a commis des erreurs de droit en ce qui concerne l'une et l'autre version du par. 163.1(6). D'abord, elle s'est trompée en concluant que le matériel pornographique était visé par le moyen de défense fondé

possessed the material for an artistic purpose, notwithstanding the fact that the material itself had no artistic merit. Second, she erred in her interpretation of the phrase “legitimate purpose” in the current defence by inquiring solely into the accused’s subjective purpose for possessing the material. Parliament’s use of the word “legitimate” connotes its intention that the connection between the impugned activity and the stated purpose also be objectively verifiable. That is, based on all the circumstances: (1) there is an objective connection between the accused’s actions and his or her purpose; and (2) there is an objective relationship between the accused’s purpose and one or more of the protected activities (administration of justice, science, medicine, education or art).

In light of those errors, the Court of Appeal was correct to set aside the acquittal. However, it erred in substituting a conviction. The proper remedy is a new trial. Appellate courts may only substitute an acquittal with a conviction if the trial judge’s findings of fact, viewed in light of the applicable law, supported a conviction beyond a reasonable doubt (s. 686(4)(b)(ii)). In making findings of fact about the accused’s activities and that they extended beyond what served the public good, the Court of Appeal went beyond the jurisdiction conferred on it which, in an appeal from acquittal, is limited to questions of law alone (s. 676(1)(a)). As the trial judge did not make the requisite factual inquiries, an appellate court cannot conclude on this record whether the pre-2005 defence of public good would be successful or not. The same is true in relation to the current defence. The connection between the repeated collection and storing of child pornography over a seven-year span and the accused’s stated purpose of creating an art exhibition was highly contentious at trial. In the circumstances, the trial judge’s findings of fact on credibility cannot simply be applied to answer the objective component of the legitimate purpose branch of the defence. Because the factual underpinnings for the objective component of the legitimate purpose branch of the defence were not fully explored, the appropriate remedy is to order a new trial. As to the undue risk of harm branch, the Court of Appeal erred by relying on a community standard of tolerance test to determine if the risk of harm posed was undue. The correct approach is to assess whether the physical and/or the psychological harm is objectively ascertainable and whether the level of the harm poses a significant risk to children. The question is what degree of harm will be tolerated in the case of activity that has a legitimate purpose. The Court of Appeal also erred by substituting its own views on the harm posed by the accused. Determining the ways that the accused’s conduct posed a risk of harm to young

sur la valeur artistique qui existait avant 2005 au motif que l’accusé avait eu le matériel en sa possession dans un but artistique, et ce malgré le fait que le matériel en soi n’avait aucune valeur artistique. Ensuite, elle a commis une erreur dans son interprétation de l’expression « but légitime » qui se trouve dans le moyen de défense actuel en s’enquérant seulement du but subjectif dans lequel l’accusé avait eu le matériel en sa possession. L’emploi par le législateur du terme « légitime » témoigne de sa volonté que le lien entre l’acte reproché et le but proposé soit objectivement vérifiable. Autrement dit, il doit exister, compte tenu de toutes les circonstances : (1) un lien objectif entre les actes de l’accusé et le but qu’il poursuivait; et (2) un lien objectif entre le but de l’accusé et l’une ou plusieurs des activités protégées (administration de la justice, science, médecine, éducation ou arts).

Compte tenu de ces erreurs, la Cour d’appel a eu raison d’annuler le verdict d’acquiescement. Cependant, elle a commis une erreur en lui substituant une déclaration de culpabilité. La réparation appropriée consiste à tenir un nouveau procès. Les cours d’appel ne peuvent remplacer un verdict d’acquiescement par un verdict de culpabilité que si les conclusions de fait du juge du procès étayent, au regard du droit applicable, une déclaration de culpabilité hors de tout doute raisonnable (sous-al. 686(4)(b)(ii)). En tirant des conclusions de fait concernant les actes de l’accusé et en concluant qu’ils avaient outrepassé ce qui avait servi le bien public, la Cour d’appel a outrepassé la compétence qui lui est conférée, laquelle, dans le cadre d’un appel contre un acquiescement, se limite aux questions de droit seulement (al. 676(1)a)). La juge du procès n’ayant pas analysé les faits comme elle aurait dû le faire, une cour d’appel ne pouvait décider, sur la foi du dossier dont elle disposait, si l’accusé pouvait ou non invoquer avec succès le moyen de défense fondé sur le bien public qui existait avant 2005. Il en va de même avec le moyen de défense actuel. Le lien entre le fait que l’accusé avait accumulé et conservé de la pornographie juvénile sur une période de sept ans et le but qu’il avait dit poursuivre, à savoir monter une exposition artistique, a été une question fort litigieuse au procès. Dans ces circonstances, il ne suffit pas d’appliquer les conclusions de fait tirées par la juge du procès en ce qui concerne la crédibilité de l’accusé pour déterminer s’il est satisfait à l’élément objectif du volet du moyen de défense relatif au but légitime. Comme les faits qui sous-tendent cet élément n’ont pas fait l’objet d’un examen complet, il convient d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. En ce qui concerne le volet relatif au risque indu, la Cour d’appel a commis une erreur en appliquant la norme de la tolérance de la société pour décider si le risque posé était indu. L’approche à suivre consiste à se demander si le préjudice physique et/ou psychologique est objectivement vérifiable et si le degré de préjudice pose un risque important pour les enfants. La

persons and whether the risk of harm was undue will be questions to be determined based on the evidence at the new trial.

Finally, while it may have been preferable to charge the accused separately for the activities in the pre- and post-amendment periods, the Crown's decision to lay a single charge is not fatal. The Information was not duplicitous as it was clear to the accused that he had to meet both defences for both periods of the alleged offence, and his defence was conducted accordingly. Moreover, he was not prejudiced, since he would have been required to meet both defences had the Crown charged him with separate counts of the offence.

*Per* LeBel and Fish JJ.: The social interests at stake in relation to child pornography offences are not all the same and the importance of the public interest is not identical. Thus, the nature and scope of the defence must be consistent with the nature of the crime itself. Without downplaying its seriousness, possession can entail a lesser risk to the public and to children than the making and distribution of child pornography. The harm to be proven to establish an "undue risk of harm" must therefore be greater than the generic harms associated with possession of child pornography. A court must find facts and circumstances that create an undue risk in the context of the case before it, such as a lack of security and ease of access to the material by others. The effect of holding that the generic harms amount to undue risk is to practically eliminate a defence left open by Parliament where the purpose of the possession is related to the administration of justice, science, medicine, education or art.

### Cases Cited

By McLachlin C.J. and Charron J.

**Applied:** *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728; **referred to:** *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2,

question est de savoir quel degré de préjudice sera toléré dans le cas d'une activité menée dans un but légitime. La Cour d'appel a également commis une erreur en substituant sa propre appréciation du risque que pose l'accusé à celle de la juge du procès. La question de savoir en quoi le comportement de l'accusé posait un risque pour les personnes mineures et celle de savoir si ce risque était indu seront tranchées à la lumière de la preuve qui sera présentée au nouveau procès.

Enfin, bien qu'il eût peut-être été préférable de porter des accusations distinctes contre l'accusé relativement à ses activités précédant les modifications de 2005 et à ses activités postérieures à celles-ci, la décision du ministère public de ne porter qu'une seule accusation contre lui ne vicie pas irrémédiablement l'acte d'accusation. La dénonciation n'était pas double et il était clair pour l'accusé qu'il devait satisfaire aux exigences de deux moyens de défense relativement aux deux périodes durant lesquelles il aurait commis l'infraction qui lui est reprochée, sa défense ayant été présentée en conséquence. De plus, il n'a subi aucun préjudice puisqu'il lui aurait fallu satisfaire aux exigences de deux moyens de défense si le ministère public avait décidé de déposer un chef d'accusation pour chaque période en cause.

*Les juges* LeBel et Fish : Les intérêts sociaux en jeu en ce qui concerne l'ensemble des infractions de pornographie juvénile ne sont pas tous les mêmes et l'importance de l'intérêt public n'est pas identique dans tous les cas. Par conséquent, la nature et la portée du moyen de défense doivent être conformes à la nature du crime lui-même. Sans vouloir en minimiser la gravité, la possession de pornographie juvénile pose un risque moins important pour le public, notamment les enfants, que la production et la distribution. Le préjudice à prouver pour établir l'existence d'un « risque indu » doit donc être plus grave que celui que l'on associe ordinairement à la possession de pornographie juvénile. Les tribunaux doivent conclure à l'existence de faits et de circonstances qui créent un risque indu dans le contexte de l'affaire dont ils sont saisis, telles l'absence de sécurité et la facilité d'accès au matériel par des tiers. Conclure que le préjudice associé ordinairement à la possession de pornographie juvénile constitue un risque indu a pour effet d'éliminer à toutes fins pratiques un moyen de défense que le législateur a décidé de laisser à la disposition de l'accusé dans les cas où celui-ci a le matériel en sa possession dans un but lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Charron

**Arrêt appliqué :** *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sharpe*,

[2001] 1 S.C.R. 45; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299.

### Statutes and Regulations Cited

*An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, Bill C-2, 1st Sess., 38th Parl., 2004-2005 (assented to July 20, 2005), S.C. 2005, c. 32.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163, 163.1 [ad. 1993, c. 46, s. 2; am. 2005, c. 32, s. 7], 172, 590(1)(b), 676(1)(a), 686(4)(b)(ii).

### Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Moldaver, Simmons and Blair J.J.A.), 2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301, 255 C.C.C. (3d) 365, 76 C.R. (6th) 330, 212 C.R.R. (2d) 272, 100 O.R. (3d) 481, [2010] O.J. No. 2412 (QL), 2010 CarswellOnt 3838, setting aside the accused's acquittal for possession of child pornography and entering a conviction. Appeal allowed and new trial ordered.

*David E. Harris*, for the appellant.

*Christine Bartlett-Hughes*, for the respondent.

*Christopher D. Bredt, Margot Finley and Jamie Cameron*, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

### I. Overview

[1] This appeal concerns the nature and scope of the child pornography defences found in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as they existed

2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163, 163.1 [aj. 1993, ch. 46, art. 2; mod. 2005, ch. 32, art. 7], 172, 590(1)(b), 676(1)(a), 686(4)(b)(ii).  
*Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, projet de loi C-2, 1<sup>re</sup> sess., 38<sup>e</sup> lég., 2004-2005 (sanctionnée le 20 juillet 2005), L.C. 2005, ch. 32.

### Doctrine citée

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Moldaver, Simmons et Blair), 2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301, 255 C.C.C. (3d) 365, 76 C.R. (6th) 330, 212 C.R.R. (2d) 272, 100 O.R. (3d) 481, [2010] O.J. No. 2412 (QL), 2010 CarswellOnt 3838, qui a annulé l'acquittement de l'accusé à l'égard de la possession de pornographie juvénile et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*David E. Harris*, pour l'appelant.

*Christine Bartlett-Hughes*, pour l'intimée.

*Christopher D. Bredt, Margot Finley et Jamie Cameron*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

### I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi porte sur la nature et la portée des moyens de défense prévus au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, en matière de

before and after Parliament amended the provisions which came into force on November 1, 2005 (S.C. 2005, c. 32). The appellant, Robert Katigbak, was charged with one count of possessing child pornography over a seven-year period between 1999 and 2006. Given that the Information spanned this period, both versions of the defence were at play.

[2] At trial, Mr. Katigbak admitted that the materials he collected constituted child pornography and that he was in possession of at least some of the materials throughout the relevant seven-year period. He testified, however, that his purpose in collecting the materials was to create an artistic exhibition that would present the issue of child exploitation from the perspective of the child. His intention was not to display the materials themselves, but rather “to use mannequins and other visual aids to evoke in his audience the sense of emotional upset that the images had on him” (trial judgment, November 7, 2008, unreported, at para. 8).

[3] Prior to November 1, 2005, the defence under s. 163.1(6) applied if the accused raised a reasonable doubt as to the material’s artistic merit, or its educational, scientific or medical purpose. In addition, the public good defence set out in s. 163(3) was imported into the child pornography provisions. It provided that the accused should be acquitted where the act alleged to constitute the offence serves, and does not extend beyond what serves, the public good. After November 1, 2005, the public good defence no longer applied to the child pornography offences. Rather, s. 163.1(6) was amended to provide a defence if the act that is alleged to constitute an offence: (1) has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and (2) does not pose undue risk of harm to persons under the age of 18.

pornographie juvénile, tels qu’ils existaient, d’une part, avant que le législateur n’y apporte des modifications entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2005 (L.C. 2005, ch. 32), et, d’autre part, tels qu’ils existent depuis cette date. L’appelant, Robert Katigbak, a été accusé d’un chef de possession de pornographie juvénile durant une période de sept ans, soit de 1999 à 2006. Comme la dénonciation couvrait toute cette période, l’accusé pouvait invoquer l’ensemble de ces moyens de défense.

[2] Au procès, M. Katigbak a admis que les documents qu’il avait collectionnés constituaient de la pornographie juvénile et qu’il avait eu au moins quelques-uns de ceux-ci en sa possession durant la période de sept ans. Il a toutefois témoigné qu’il collectionnait ces documents en vue de monter une exposition artistique qui exposerait le problème de l’exploitation des enfants du point de vue de ces derniers. Il n’avait pas l’intention d’exposer les documents eux-mêmes, mais plutôt [TRADUCTION] « d’utiliser des mannequins et d’autres moyens visuels pour susciter, dans l’esprit des spectateurs, le bouleversement que provoquaient chez lui ces images » (jugement de première instance, 7 novembre 2008, non publié, par. 8).

[3] Avant le 1<sup>er</sup> novembre 2005, l’accusé pouvait invoquer le moyen de défense prévu au par. 163.1(6) s’il soulevait un doute raisonnable quant à la valeur artistique des documents en cause, ou à leur but éducatif, scientifique ou médical. En outre, le moyen de défense fondé sur le bien public prévu au par. 163(3) était incorporé dans les dispositions relatives à la pornographie juvénile. Selon ce paragraphe, l’accusé devait être acquitté si l’acte qui eût constitué l’infraction avait servi le bien public et n’avait pas outrepassé ce qui avait servi celui-ci. Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2005, le moyen de défense fondé sur le bien public ne peut plus être opposé aux infractions en matière de pornographie juvénile. En effet, le législateur a modifié le par. 163.1(6) afin de créer un moyen de défense qui puisse être invoqué si l’acte qui constituerait l’infraction : (1) a un but légitime lié à l’administration de la justice, à la science, à la médecine, à l’éducation ou aux arts; et (2) ne pose pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de 18 ans.

[4] Mr. Katigbak was acquitted at trial. The trial judge, Botham J., accepted Mr. Katigbak's testimony that he was in possession of child pornography for the purpose he espoused. She held further that he was entitled to rely on the defences set out in s. 163.1(6), as they existed before and after the 2005 amendments.

[5] The Crown successfully appealed to the Court of Appeal for Ontario. Writing for a unanimous court, Blair J.A. concluded that the trial judge erred in her interpretation and application of the pre-amendment and post-amendment s. 163.1(6) defences. In his view, Mr. Katigbak was not entitled to rely upon either version of the defence. Nor was he entitled to rely on the public good defence. As a result, the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal, and registered a conviction for possession of child pornography (2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301).

[6] Mr. Katigbak appeals to this Court as of right.

[7] In our view, the trial judge made errors of law regarding both versions of s. 163.1(6). First, she erred by finding that the pornographic material fell within the scope of the pre-2005 artistic merit defence on the ground that Mr. Katigbak *possessed* the material for an artistic purpose, notwithstanding the fact that the material itself had no artistic merit and was not created for one of the enumerated purposes. Second, she erred in her interpretation of the phrase "legitimate purpose" in the current version of s. 163.1(6) by inquiring solely into the accused's subjective purpose for possessing the material. In our view, Parliament's use of the word "legitimate" connotes its intention that the connection between the impugned activity and the stated purpose also be objectively verifiable. That is, based on all the circumstances: (1) there is an objective connection between the accused's actions

[4] M. Katigbak a été acquitté au procès. La juge du procès, la juge Botham, a accepté son témoignage selon lequel il avait été en possession de pornographie juvénile dans le but qu'il avait déclaré. Elle a en outre conclu qu'il pouvait invoquer les moyens de défense prévus au par. 163.1(6) tels qu'ils existaient avant les modifications de 2005 ainsi que les moyens de défense résultant de ces modifications.

[5] Le ministère public a eu gain de cause devant la Cour d'appel de l'Ontario. S'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, le juge Blair a conclu que la juge du procès avait commis une erreur dans son interprétation et son application des moyens de défense prévus au par. 163.1(6) tels qu'ils existaient avant les modifications de 2005 ainsi que des moyens de défense résultant de ces modifications. À son avis, M. Katigbak ne pouvait invoquer ni l'un ni l'autre de ces moyens de défense. Il ne pouvait pas non plus invoquer le moyen de défense fondé sur le bien public. La Cour d'appel a donc accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquiescement et inscrit une déclaration de culpabilité pour possession de pornographie juvénile (2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301).

[6] M. Katigbak se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

[7] À notre avis, la juge du procès a commis des erreurs de droit en ce qui concerne l'une et l'autre version du par. 163.1(6). D'abord, elle s'est trompée en concluant que le matériel pornographique était visé par le moyen de défense fondé sur la valeur artistique tel qu'il existait avant 2005 au motif que M. Katigbak avait eu le matériel *en sa possession* dans un but artistique, et ce malgré le fait que le matériel en soi n'avait aucune valeur artistique et n'avait pas été créé dans l'un des buts énumérés. Ensuite, elle a commis une erreur dans son interprétation de l'expression « but légitime » qui se trouve dans la version actuelle du par. 163.1(6) en s'enquérant seulement du but subjectif dans lequel l'accusé avait eu le matériel en sa possession. Nous sommes d'avis que l'emploi par le législateur du terme « légitime » témoigne de sa volonté que le lien entre l'acte reproché et le but proposé soit objectivement vérifiable.

and his or her purpose; and (2) there is an objective relationship between the accused's purpose and one or more of the protected activities (administration of justice, science, medicine, education or art).

[8] In light of those errors, the Court of Appeal was correct to set aside the acquittal. However, in our respectful view, it erred in substituting a conviction. Because of the erroneous analytical framework applied at trial, the trial judge did not make the necessary findings of fact for an appellate court to find Mr. Katigbak guilty of the offence. Consequently, we would allow Mr. Katigbak's appeal and order a new trial.

## II. Legislative History

[9] Before discussing the circumstances of this case, it may be useful to briefly review the legislative history of the child pornography provisions.

[10] In 1993, Parliament enacted s. 163.1 of the *Criminal Code*, creating a number of offences related to child pornography (S.C. 1993, c. 46, s. 2). This provision supplemented laws making it an offence to make, print, publish, distribute, or circulate obscene material (s. 163), and to corrupt children (s. 172). By enacting s. 163.1, Parliament created a comprehensive scheme to address the production, publication, importation, distribution, sale, and possession of child pornography. The child pornography possession offences were, and continue to be, set out in s. 163.1(2) to (4).

[11] The offences related to the possession of child pornography were initially subject to two related defences. First, the s. 163.1(6) defence applied if the material that was alleged to constitute child pornography could reasonably be viewed as art, or it served an "educational, scientific or

Autrement dit, il doit exister, compte tenu de toutes les circonstances : (1) un lien objectif entre les actes de l'accusé et le but qu'il poursuivait; et (2) un lien objectif entre le but de l'accusé et l'une ou plusieurs des activités protégées (administration de la justice, science, médecine, éducation ou arts).

[8] Compte tenu de ces erreurs, la Cour d'appel a eu raison d'annuler le verdict d'acquiescement. Cependant, à notre humble avis, elle a commis une erreur en lui substituant une déclaration de culpabilité. Le cadre d'analyse qu'elle a appliqué au procès étant erroné, la juge du procès n'a pas tiré les conclusions de fait nécessaires pour qu'une cour d'appel puisse déclarer M. Katigbak coupable de l'infraction qui lui était reprochée. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi de M. Katigbak et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

## II. Historique législatif

[9] Avant d'examiner les circonstances de l'espèce, il peut être utile d'exposer brièvement l'historique législatif des dispositions relatives à la pornographie juvénile.

[10] En 1993, le législateur a adopté l'art. 163.1 du *Code criminel*, créant un certain nombre d'infractions liées à la pornographie juvénile (L.C. 1993, ch. 46, art. 2). Cet article s'ajoutait aux dispositions interdisant la production, l'impression, la publication, la distribution ou la mise en circulation de matériel obscène (art. 163), et la corruption d'enfants (art. 172). En adoptant l'art. 163.1, le législateur a créé un régime exhaustif pour faire face à la production, la publication, l'importation, la distribution, la vente et la possession de pornographie juvénile. Les infractions de possession de pornographie juvénile étaient, et sont toujours, énoncées aux par. 163.1(2) à (4).

[11] À l'origine, deux moyens de défense connexes pouvaient être opposés à des accusations de possession de pornographie juvénile. Premièrement, l'accusé pouvait invoquer le moyen de défense prévu au par. 163.1(6) si le matériel qui aurait constitué de la pornographie juvénile pouvait raisonnablement

medical purpose”. Thus, the former s. 163.1(6) referred to the purpose that the *material*, viewed objectively, may serve, rather than the *purpose* for which the accused actually possessed the material. Section 163.1(6) read as follows:

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

[12] Second, the “public good” defence applied if the material that was alleged to constitute child pornography served the public good and, further, did not extend beyond what was necessary to serve the public good. Subsection 163.1(7) imported this “public good” defence from the obscenity provisions of the *Criminal Code* by providing:

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

The public good defence, which continues to apply to the obscenity provisions, is set out in ss. 163(3) to (5). It provides:

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

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

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

[13] This Court interpreted the former legislative framework in *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45. It held that certain aspects of s. 163.1(4) infringed s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and could not be saved by

être considéré comme de l’art ou s’il servait « un but éducatif, scientifique ou médical ». Ainsi, l’ancienne version du par. 163.1(6) faisait référence au but que pouvait servir le *matériel* d’un point de vue objectif plutôt qu’au *but* pour lequel l’accusé possédait effectivement le matériel. Le paragraphe 163.1(6) était libellé comme suit :

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

[12] Deuxièmement, l’accusé pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur le « bien public » si le matériel qui aurait constitué de la pornographie juvénile avait servi le bien public et s’il n’avait pas outrepassé ce qui avait servi celui-ci. Le paragraphe 163.1(7) a importé ce moyen de défense des dispositions du *Code criminel* en matière d’obscénité :

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

Ce moyen de défense, qu’on peut toujours opposer à des accusations d’obscénité, est énoncé aux par. 163(3) à (5), dont voici le libellé :

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

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

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

[13] Notre Cour a interprété l’ancien cadre législatif dans *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45. Elle y a conclu que certains aspects du par. 163.1(4) portaient atteinte à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvaient pas

s. 1. Subsequent to the Court's decision in *Sharpe*, Parliament overhauled the child pornography defences as part of Bill C-2, *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act* (assented to July 20, 2005). This overhaul came into force on November 1, 2005.

[14] Since November 1, 2005, the child pornography provisions in s. 163.1 no longer incorporate the public good defence. Under the current version, the defence related to the possession of child pornography applies if the accused meets a two-part legitimate purpose/undue risk of harm test set out in s. 163.1(6). It reads as follows:

(6) No person shall be convicted of an offence under this section if the act that is alleged to constitute the offence

(a) has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and

(b) does not pose an undue risk of harm to persons under the age of eighteen years.

### III. Facts

[15] Mr. Katigbak was charged with one count of possession of child pornography after the police found 628 images (of which 61 were duplicates) and 30 video clips of child pornography on his computer's external hard drive. Of the 628 images, 616 were "accessible", defined at trial as "ones which can be located by any computer user with a minimum of effort" (Agreed Statement of Facts (A.R., at p. 183)). All of these materials showed the actual abuse of real children, including babies. Some of the images depicted children engaging in sexual activity with adults and other children, while others showed children exposing their genitals, and being anally and vaginally penetrated.

être justifiés au regard de l'article premier. À la suite de l'arrêt *Sharpe*, le législateur a remanié les moyens de défense en matière de pornographie juvénile dans le cadre 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* (sanctionnée le 20 juillet 2005). Cette réforme est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2005.

[14] Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2005, les dispositions relatives à la pornographie juvénile de l'art. 163.1 ne prévoient plus le moyen de défense fondé sur le bien public. Aux termes de la version actuelle, l'accusé peut opposer le moyen de défense à une accusation de possession de pornographie juvénile s'il satisfait au critère en deux volets énoncé au par. 163.1(6), à savoir que les actes en cause ont un but légitime et qu'ils ne posent pas de risque indu. Ce paragraphe est ainsi libellé :

(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.

### III. Les faits

[15] M. Katigbak a été accusé d'un seul chef de possession de pornographie juvénile après que les autorités policières ont découvert 628 images (dont 61 étaient des doubles) et 30 vidéoclips de pornographie juvénile dans le disque dur externe de son ordinateur. Parmi les 628 images, 616 étaient « accessibles », ce qui veut dire, comme on l'a dit au procès, qu'il s'agissait d'images [TRADUCTION] « que n'importe quel utilisateur [pouvait] trouver en déployant un minimum d'efforts » (exposé conjoint des faits (d.a., p. 183)). Toutes ces images montraient des agressions véritablement commises contre des enfants, y compris des bébés. Dans certaines images, des enfants se livraient à des activités sexuelles avec des adultes et d'autres enfants, alors que dans d'autres, des enfants exposaient leurs organes sexuels et subissaient des actes de pénétration anale et vaginale.

[16] At trial, Mr. Katigbak admitted that all of the images of children constituted child pornography within the meaning of s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, and that he had collected them between 1999 and 2006. However, he contended that he only collected child pornography because he intended to create an artistic exhibition exploring the sexual exploitation of children. As such, he argued that he was entitled to rely on the defence in s. 163.1(6) for artistic expression. He explained that his artistic project would not include any images of actual child pornography, but rather that he would try to convey the psychological effect of child abuse by using mannequins and dolls.

[17] Mr. Katigbak stated at trial that he collected child pornography to research what child pornography looked like and then explore his emotional responses to it. He explained that he knew that viewing images would invoke an “extreme sense of anger” and that he wanted “those feelings to be fresh” when he was working on the project (A.R., at p. 93).

[18] Investigators also found a large collection of adult pornography intermingled with the images of child pornography on Mr. Katigbak’s computer. When asked in cross-examination, Mr. Katigbak stated that the images of adult pornography found in his possession were not related to the proposed art project but for “personal entertainment” (A.R., at p. 113). He admitted to making no effort to isolate the child pornography from the adult images on his computer. He also took no steps to add safeguards on the computer, such as adding password protections to the child pornography files. He confirmed in his testimony that the computer was out in the open and whoever wanted to use it had access to it. On a daily basis, this included his father and brother, and occasionally at parties, up to 30 or 40 people.

[19] Mr. Katigbak testified that he conceived of this art project on child pornography while he was

[16] Au procès, M. Katigbak a admis que toutes les images d’enfants constituaient de la pornographie juvénile au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, et qu’il les avait collectionnées entre 1999 et 2006. Cependant, il a soutenu les avoir collectionnées dans le seul but de monter une exposition artistique sur le thème de l’exploitation sexuelle des enfants. Il a affirmé qu’il pouvait donc invoquer le moyen de défense prévu au par. 163.1(6) au titre de l’expression artistique. Il a expliqué que son projet artistique ne devait pas inclure d’images montrant de la pornographie juvénile, mais qu’il voulait plutôt essayer de communiquer l’effet psychologique de la violence contre les enfants en utilisant des mannequins et des poupées.

[17] M. Katigbak a affirmé au procès qu’il collectionnait de la pornographie juvénile pour comprendre en quoi cela consistait et ensuite explorer ses réactions émotives face à ces images. Il a expliqué qu’il savait que regarder ces images provoquerait chez lui un [TRADUCTION] « très grand sentiment de colère » et qu’il voulait « toujours ressentir cette émotion renouvelée » au moment de travailler à son projet (d.a., p. 93).

[18] Les enquêteurs ont également découvert dans l’ordinateur de M. Katigbak une vaste collection d’images de pornographie adulte entremêlées aux images de pornographie juvénile. Interrogé à ce sujet en contre-interrogatoire, M. Katigbak a dit que les images de pornographie adulte qu’il avait en sa possession n’étaient pas liées à son projet artistique, mais qu’elles étaient pour son [TRADUCTION] « propre plaisir » (d.a., p. 113). Il a admis ne pas s’être donné la peine de séparer les images de pornographie juvénile de celles de pornographie adulte dans son ordinateur. De plus, il n’a pris aucune mesure supplémentaire, telle l’ajout de mots de passe, en vue de restreindre l’accès aux dossiers de pornographie juvénile de son ordinateur. Il a confirmé dans son témoignage que l’ordinateur était accessible à quiconque souhaitait l’utiliser. Au quotidien, cela incluait son père et son frère, et occasionnellement lors de réceptions, jusqu’à 30 ou 40 personnes.

[19] M. Katigbak a témoigné avoir eu l’idée de ce projet artistique sur la pornographie juvénile

completing a Bachelor's degree in psychology at McMaster University. As evidence, he introduced his notebooks from 2000, 2001 and 2003 in which he wrote about how such an exhibit could be created. In one such entry, Mr. Katigbak wrote: “[H]ow do you do a show on child porn? (you can't show it) — maybe do a documentary? . . . models should show a broken spirit, fear, helplessness — show a child w/ an adult in the background (looming or doing-up his pants after the abuse has occurred)” (A.R., at p. 239).

[20] Mr. Katigbak also spent a number of years working in the photography industry, and testified that he hoped his exhibit on child pornography would draw attention to his work. One of his colleagues from Japan Camera Centre, Stacey Tyrell, testified that she and Mr. Katigbak discussed various ideas for artistic projects. She testified that, in early 2004, the two talked about using child mannequins in an artistic project after they saw a store window that displayed undressed child mannequins. Mr. Katigbak never specifically spoke to her about a project relating to the sexual abuse of children, but she stated that this was one of the themes that they discussed. He never told her that he was collecting child pornography as part of an art project.

[21] By the time Mr. Katigbak was charged with possession of child pornography in 2006, seven years had passed since he had started collecting the materials. He had never produced an exhibition, nor had he secured a venue for one. He testified that he had not found an appropriate venue that he could afford, and that he nonetheless continued to collect child pornography “even if it was redundant at that point or repetitive”, in order to feel like he “was doing something to keep the project going” (A.R., at p. 112).

à la fin de ses études menant au baccalauréat en psychologie, à l'Université McMaster. Pour établir le bien-fondé de son affirmation, il a produit ses cahiers de notes datant de 2000, 2001 et 2003 dans lesquels il a écrit sur la façon de monter une telle exposition. Il y a notamment écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « [C]omment monter une exposition sur la pornographie juvénile? (on ne peut en exposer) — peut-être faire un documentaire? [. . .] des mannequins pourraient montrer l'anéantissement, la peur, la vulnérabilité — montrer un enfant accompagné d'un adulte en arrière-plan (menaçant ou qui remonte son pantalon après l'agression) » (d.a., p. 239).

[20] M. Katigbak, qui a aussi travaillé dans le domaine de la photographie durant un certain nombre d'années, a affirmé dans son témoignage qu'il espérait que son exposition sur la pornographie juvénile attirerait l'attention sur son travail. Une de ses collègues au Centre Japonais de la Photo, Stacey Tyrell, a témoigné avoir discuté avec lui de plusieurs idées de projets artistiques. Elle a ajouté qu'au début de 2004, ils ont discuté de l'utilisation de mannequins représentant des enfants dans le cadre d'un projet artistique après avoir vu de tels mannequins dénudés dans une vitrine de magasin. Elle a affirmé que M. Katigbak ne lui avait jamais parlé expressément d'un projet portant sur les abus sexuels commis contre des enfants, mais qu'il s'agissait d'un thème dont ils avaient déjà discuté. Il ne lui avait jamais dit qu'il collectionnait de la pornographie juvénile dans le cadre d'un projet artistique.

[21] Au moment où M. Katigbak a été accusé de possession de pornographie juvénile, en 2006, sept années s'étaient écoulées depuis qu'il avait commencé à collectionner les images. Il n'avait jamais fait d'exposition ni réservé de salle à cet effet. Il a témoigné ne pas avoir trouvé de salle convenable qu'il pouvait se payer, mais qu'il continuait malgré tout à collectionner de la pornographie juvénile [TRADUCTION] « même si, à ce stade-là, c'était devenu inutile ou répétitif », pour avoir l'impression de « continuer à travailler sur le projet » (d.a., p. 112).

#### IV. Judicial History

##### A. *Ontario Court of Justice, November 7, 2008, Unreported*

[22] At trial, Botham J. accepted that Mr. Katigbak “collected the images for the purpose that he has described” (para. 32), namely to create an art exhibition. She explained: “I can find no reason on the evidence before me to reject his assertion that he was concerned about the issue of sexual abuse or exploitation of children, many people are. Furthermore in my view it is plausible that he would have been interested in putting together some sort of visual exhibition or display as an expression of that concern” (para. 29).

[23] The trial judge noted that the defence set out in s. 163.1(6) was amended in November 2005. Since the accused was charged with a single count of the offence for a period spanning from 1999 until 2006, both the pre- and post-amendment defences under s. 163.1(6) were at issue. Although the public good defence under s. 163(3) was referenced by Crown counsel during his final submissions, defence counsel made no express reference to it and the trial judge made no finding in that regard. The trial judge held that Mr. Katigbak was entitled to rely on both versions of the defence under s. 163.1(6).

[24] First, the trial judge interpreted the former defence under s. 163.1(6). She observed that prior to November 2005, the defence focused on whether the materials themselves had artistic merit, and not whether the accused had an artistic reason for possessing them. There was no suggestion that the materials themselves had artistic merit, or that they were created for one of the specified purposes. However, the trial judge rejected the Crown’s argument that Mr. Katigbak was barred from invoking the defence for that reason. She held rather that the defence had to be interpreted broadly, in light of the *Charter* value of freedom of expression.

#### IV. Historique judiciaire

##### A. *Cour de justice de l’Ontario, 7 novembre 2008, non publié*

[22] Au procès, la juge Botham a conclu que M. Katigbak [TRADUCTION] « collectionnait les images dans le but qu’il avait déclaré » (par. 32), à savoir monter une exposition artistique. Elle a expliqué ceci : « Je ne vois dans la preuve dont je dispose aucune raison de rejeter son affirmation selon laquelle il s’intéressait au problème de l’abus ou de l’exploitation sexuels des enfants; plusieurs personnes se préoccupent de la question. En outre, à mon avis, il est plausible qu’il ait voulu créer une sorte d’exposition visuelle pour exprimer cette préoccupation » (par. 29).

[23] La juge du procès a souligné que le moyen de défense prévu au par. 163.1(6) avait été modifié en novembre 2005. Or, l’accusé devant répondre à un seul chef d’accusation pour la période allant de 1999 à 2006, il pouvait invoquer les deux versions du moyen de défense, soit celle antérieure et celle postérieure aux modifications de 2005. Bien que l’avocat du ministère public ait renvoyé, dans son exposé final, au moyen de défense fondé sur le bien public prévu au par. 163(3), l’avocat de la défense n’en a pas fait expressément mention et la juge du procès n’a tiré aucune conclusion à cet égard. La juge du procès a conclu que M. Katigbak pouvait invoquer l’une et l’autre version du moyen de défense prévu au par. 163.1(6).

[24] La juge du procès a d’abord interprété l’ancien moyen de défense prévu au par. 163.1(6). Elle a fait remarquer qu’avant novembre 2005 ce moyen de défense s’attachait à la valeur artistique du matériel en soi, et non à la raison artistique pour laquelle l’accusé l’avait en sa possession. En l’espèce, rien n’indiquait que le matériel en soi avait une valeur artistique ou qu’il avait été créé dans l’un des buts énumérés à ce paragraphe. Cependant, la juge du procès a rejeté l’argument du ministère public que M. Katigbak ne pouvait invoquer le moyen de défense pour cette raison. Elle a plutôt conclu qu’il fallait interpréter le moyen de défense de manière large, en tenant compte de la liberté d’expression garantie par la *Charte*.

[25] The trial judge held that “[t]he need to protect creative expression and a free exchange of ideas which is the impetus for the statutory defence set out in s. 163.1(6) is triggered as much where a person possesses otherwise pornographic materials for an artistic or creative purpose as it is when such materials are actually created for one of the enumerated legitimate purposes” (para. 21). If persons were morally exempt when they possessed pornographic material that itself was created to further a legitimate purpose, a similar moral exemption “must logically exist . . . for those who possess pornographic material for a similarly legitimate goal” (para. 22). The trial judge therefore concluded that Mr. Katigbak was entitled to rely on the pre-amendment defence to the child pornography offences under s. 163.1(6).

[26] As for the current version of the defence, the trial judge held that Mr. Katigbak collected the child pornography for a legitimate purpose related to art, based on her factual finding that Mr. Katigbak only possessed the child pornography in order to create an art exhibition. The trial judge further held that his actions did not pose an undue risk of harm to young persons. In reaching the latter conclusion, she made the following observations:

The works possessed by Mr. Katigbak were not purchased by him so the makers of the materials did not profit from his viewing of them and the market for such material was not encouraged by his actions. There is no suggestion that his interest in the materials was motivated by any sexual interest. The risk that he would become desensitized to the issue of child abuse or more likely to offend sexually has to be far less in this situation than where the material is collected for the purpose of arousal. It was not his intention that the images themselves would ever be distributed or even replicated in his exhibit; rather he sought to demonstrate the feelings of helplessness and fear experienced by the victims. This in my mind negates the concern that the victims are being re-victimized by a viewing of the images. Finally there was no suggestion that the artistic project was to be sexual in nature which would reduce the concern that it would provide sexual gratification

[25] La juge du procès a conclu qu’[TRADUCTION] « [i]l est tout autant nécessaire de protéger l’expression créative et le libre échange des idées, à l’origine du moyen de défense prévu au par. 163.1(6), dans le cas où la personne qui a le matériel pornographique en sa possession vise un but artistique ou créatif que dans le cas où le matériel est, en fait, créé dans l’un des buts légitimes énumérés » (par. 21). Si la personne qui a en sa possession du matériel pornographique créé dans un but légitime bénéficie d’une exemption sur le plan moral, une exemption similaire « doit logiquement exister [. . .] pour la personne qui a du matériel pornographique en sa possession dans un but légitime semblable » (par. 22). La juge du procès a donc conclu que M. Katigbak pouvait invoquer le moyen de défense en vigueur avant les modifications de 2005 à l’égard des infractions en matière de pornographie juvénile prévues au par. 163.1(6).

[26] En ce qui concerne la version actuelle du moyen de défense, la juge du procès a conclu, en se fondant sur sa conclusion de fait selon laquelle M. Katigbak avait de la pornographie juvénile en sa possession dans le seul but de monter une exposition artistique, qu’il collectionnait cette pornographie dans un but artistique légitime. Elle a ajouté que ses actes ne posaient pas de risque indu pour les personnes mineures. En tirant cette dernière conclusion, elle a formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION] M. Katigbak n’ayant pas acheté les ouvrages qu’il avait en sa possession, leurs auteurs n’ont pas tiré profit du fait qu’il les avait vus, et ses actes n’en ont pas moussé la vente. Rien ne porte à croire que son intérêt à l’égard du matériel provenait d’un quelconque désir sexuel. Le risque qu’il devienne insensible à la violence faite aux enfants ou qu’il soit davantage susceptible de commettre des infractions à caractère sexuel est beaucoup moins grand dans cette situation qu’il ne l’aurait été si les images avaient été collectionnées dans un but de stimulation. Il n’avait pas l’intention de les distribuer ou même de les reproduire dans son exposition; il voulait plutôt démontrer les sentiments de vulnérabilité et de peur des victimes. Selon moi, cela écarte l’idée que les victimes se sentiraient victimisées de nouveau en regardant les images. Enfin, rien n’indiquait que le projet artistique serait de nature sexuelle, ce qui devrait amoindrir la préoccupation qu’il servirait à la gratification

for others or desensitize others to the issue of child abuse. [para. 36]

In the result, Mr. Katigbak was acquitted at trial.

B. *Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301*

[27] The Ontario Court of Appeal unanimously allowed the Crown's appeal. Writing on behalf of the court, Blair J.A. held that the trial judge committed legal errors in her discussion of each version of s. 163.1(6). He held further that none of the defences was available to Mr. Katigbak on the record. The court therefore substituted the acquittal with a conviction.

[28] First, Blair J.A. held that the trial judge erred in her interpretation of the artistic merit defence as it existed prior to November 2005. The former version of s. 163.1(6) only applied when the child pornography itself had artistic merit, and not simply when the accused had an artistic purpose for possessing the materials. The trial judge's conclusion that the defences extended to a consideration of the broader purpose underlying the accused's possession of child pornography failed to give effect to the clear language of s. 163.1(6) as it existed and, moreover, was contrary to the interpretation given to that provision by this Court in *Sharpe*. Accordingly, Blair J.A. held that Mr. Katigbak was not entitled to rely on the defence since there was no suggestion that the materials that he collected had artistic merit. Mr. Katigbak conceded before the Court of Appeal that the pre-amendment artistic merit defence had no application to the facts of his case.

[29] Mr. Katigbak submitted, however, that the trial judge's considerations with respect to the pre-amendment artistic defence were more appropriate to the former public good defence. Therefore, for the first time on appeal, he argued that he could

sexuelle d'autres personnes ou qu'il les désensibiliserait à la question de la violence faite aux enfants. [par. 36]

Par conséquent, M. Katigbak a été acquitté au procès.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301*

[27] La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel du ministère public à l'unanimité. S'exprimant au nom de la cour, le juge Blair a conclu que la juge du procès avait commis des erreurs de droit dans son analyse de chaque version du par. 163.1(6). Il a ajouté que, selon le dossier, M. Katigbak ne pouvait invoquer aucun des moyens de défense. La cour a donc remplacé le verdict d'acquiescement par une déclaration de culpabilité.

[28] Premièrement, le juge Blair a conclu que la juge du procès avait commis une erreur dans son interprétation du moyen de défense fondé sur la valeur artistique tel qu'il existait avant novembre 2005. L'ancienne version du par. 163.1(6) ne s'appliquait que dans le cas où la pornographie juvénile avait en soi une valeur artistique, et non simplement dans le cas où l'accusé l'avait en sa possession dans un but artistique. La conclusion de la juge du procès que les moyens de défense appelaient un examen de l'objectif plus général sous-tendant la possession de pornographie juvénile par l'accusé ne donnait pas effet au libellé clair du par. 163.1(6) tel qu'il existait à l'époque pertinente et était aussi contraire à l'interprétation que notre Cour avait faite de ce paragraphe dans *Sharpe*. Le juge Blair a donc conclu que M. Katigbak ne pouvait pas invoquer le moyen de défense, car rien ne portait à croire que le matériel qu'il collectionnait avait une valeur artistique. M. Katigbak a reconnu devant la Cour d'appel qu'il ne pouvait pas, dans les circonstances de la présente affaire, invoquer le moyen de défense fondé sur la valeur artistique tel qu'il existait avant les modifications de 2005.

[29] M. Katigbak a toutefois soutenu que les facteurs pris en considération par la juge du procès quant au moyen de défense fondé sur la valeur artistique tel qu'il existait avant les modifications de 2005 étaient davantage liés à l'ancien moyen de

rely on the public good defence in s. 163(3) for the period before November 2005, given that he only collected child pornography as part of the research for his future public exhibit. He argued that his ultimate purpose in possessing the images was akin to researchers studying the effects of child pornography.

[30] Blair J.A. rejected this argument, and held that the accused was not engaged in research on the psychological effects of child pornography. Additionally, Blair J.A. held that the possession in this case extended beyond what served the public good. Particularly, he was of the view that Mr. Katigbak's admission that he persisted in repetitive downloading of the images in order to "feel like [he] was doing something to keep the project going" underscored the conclusion that Mr. Katigbak's act of possession extended well beyond what could reasonably be said to serve the public good (para. 42).

[31] Thus, Blair J.A. concluded that Mr. Katigbak was not entitled to rely upon either the artistic merit defence or the public good defence as they had existed prior to the November 2005 amendments.

[32] Second, Blair J.A. concluded that Mr. Katigbak was not entitled to rely upon the current defence provided by s. 163.1(6) of the *Criminal Code*. Blair J.A. held that the trial judge was mistaken in her interpretation and application of the legitimate purpose branch of the test, although he ultimately did not allow the appeal on that ground. He also found that the trial judge erred in her application of the undue risk of harm part of the test. Given that the two components of the s. 163.1(6) defence were conjunctive, he set aside the acquittal.

[33] Blair J.A. first considered the legitimate purpose branch of the analysis. In his view, by qualifying the word "purpose" with the word "legitimate", Parliament "signalled that it was putting limits on

défense fondé sur le bien public. Par conséquent, pour la première fois en appel, il a affirmé pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur le bien public prévu au par. 163(3) en ce qui concerne la période antérieure à novembre 2005, car il n'avait collectionné de la pornographie juvénile que dans le cadre de ses recherches en vue de monter une exposition publique à venir. Il a soutenu qu'en bout de ligne la raison pour laquelle il avait les images en sa possession s'apparentait à celle des chercheurs qui étudient les effets de la pornographie juvénile.

[30] Le juge Blair a rejeté cet argument, concluant que l'accusé ne menait aucune recherche sur les effets psychologiques de la pornographie juvénile. De plus, il a conclu que la possession du matériel en cause outrepassait ce qui servait le bien public. Plus particulièrement, il a jugé que l'aveu de M. Katigbak, qui avait déclaré avoir continué à télécharger des images pour [TRADUCTION] « avoir l'impression de continuer à travailler sur le projet », renforçait la conclusion selon laquelle le fait qu'il avait le matériel en sa possession outrepassait ce qui pouvait raisonnablement être considéré comme servant le bien public (par. 42).

[31] Le juge Blair est donc parvenu à la conclusion que M. Katigbak ne pouvait invoquer ni le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, ni celui fondé sur le bien public, tels qu'ils existaient avant les modifications de novembre 2005.

[32] Deuxièmement, le juge Blair a conclu que M. Katigbak ne pouvait invoquer le moyen de défense actuellement prévu au par. 163.1(6) du *Code criminel*. Il a ajouté que la juge du procès s'était trompée dans la façon dont elle avait interprété et appliqué le volet relatif au but légitime, bien qu'en définitive il n'ait pas accueilli l'appel pour ce motif. Il a aussi conclu que la juge du procès avait commis une erreur dans son application du volet relatif au risque indu. Les deux composantes du moyen de défense prévu au par. 163.1(6) étant conjonctives, il a annulé le verdict d'acquiescement.

[33] Le juge Blair a d'abord examiné le volet relatif au but légitime. À son avis, en apposant le qualificatif « légitime » au mot « but », le législateur [TRADUCTION] « a indiqué qu'il restreignait le

the defence” (para. 52). The 2005 amendments sought to ensure “that *any* artistic value or educational purpose, however slight, would no longer suffice as a defence but, instead, a ‘legitimate’ purpose relating to one of the enumerated spheres of valued activity had to be raised” (*ibid.* (emphasis in original)). In his view, what makes the act worthy of protection in law under the “legitimate purpose” component of the defence “is its objectively verifiable connection with the purpose and the ultimate worthy goal” (para. 55). Blair J.A. then set out the legal framework for the undue risk of harm branch of the analysis. In his view, the risk of harm becomes “undue” when society would find it “inappropriate, unjustifiable, excessive or unwarranted in the circumstances of the case” (para. 76).

[34] Blair J.A. then applied the legal framework for the new defence to the case at bar. On the first branch, he noted that the Crown did not attack the trial judge’s finding that Mr. Katigbak had the purpose he espoused, but argued on legal grounds that the purpose was not a “legitimate” one (para. 65). Blair J.A. confessed to having “serious reservations” about the trial judge’s finding that Mr. Katigbak had the purpose or intention he espoused (para. 66). Further, referring to a number of uncontested facts in support of his view, Blair J.A. reasoned that the trial judge would have concluded differently on the legitimacy of the purpose had she assessed the evidence in light of the appropriate legal framework (*ibid.*). However, given that the Crown accepted the trial judge’s finding about Mr. Katigbak’s purpose for possession, Blair J.A. elected not to interfere with the trial judge’s decision on this basis.

[35] Regarding the undue risk of harm analysis, Blair J.A. held that a number of the trial judge’s conclusions were “simply wrong and/or irrelevant” (para. 80). Among other things, he stated that the trial judge erred in failing to give effect to the principle that the harm flowing from particular material may be inferred from the nature of the material

moyen de défense » (par. 52). Les modifications de 2005 visaient à garantir « qu’il ne suffirait plus de faire valoir comme moyen de défense *une quelconque* valeur artistique ou *un quelconque* but éducatif, si mineurs soient-ils, mais qu’il faudrait plutôt invoquer un but “légitime” lié à l’un des domaines énumérés » (*ibid.* (en italique dans l’original)). Selon lui, ce qui rend un acte digne de protection juridique en ce qui concerne le volet relatif au « but légitime » « est son lien objectivement vérifiable avec ce but et l’objectif ultime louable » (par. 55). Le juge Blair a ensuite énoncé le cadre juridique du volet de l’analyse relatif au risque indu. À son avis, le risque devient « indu » à partir du moment où la société estime qu’il est « inapproprié, injustifiable, excessif ou injustifié dans les circonstances de l’espèce » (par. 76).

[34] Le juge Blair a ensuite appliqué le cadre juridique du nouveau moyen de défense à l’affaire qui lui était soumise. S’agissant du premier volet, il a fait remarquer que le ministère public n’avait pas contesté la conclusion de la juge du procès que M. Katigbak s’efforçait d’atteindre le but qu’il avait déclaré, mais s’est dit d’avis que, sur le plan juridique, ce but n’était pas « légitime » (par. 65). Le juge Blair a admis avoir de [TRADUCTION] « sérieuses réserves » quant à la conclusion de la juge du procès que M. Katigbak s’efforçait d’atteindre le but ou l’objectif qu’il avait déclarés (par. 66). En outre, il a conclu, en s’appuyant sur un certain nombre de faits incontestés, que la juge du procès serait parvenue à une autre conclusion quant à la légitimité du but de l’accusé si elle avait apprécié la preuve à la lumière du cadre juridique approprié (*ibid.*). Cependant, comme le ministère public avait accepté la conclusion de la juge du procès quant au but dans lequel l’accusé avait eu le matériel en sa possession, le juge Blair a choisi de ne pas intervenir à l’égard de cet aspect de la décision.

[35] S’agissant de l’analyse du risque indu, le juge Blair a estimé qu’un certain nombre de conclusions de la juge du procès étaient [TRADUCTION] « simplement erronées et/ou non pertinentes » (par. 80). Il a notamment affirmé que la juge du procès avait commis une erreur en omettant de tenir compte du principe que le préjudice découlant d’un matériel

itself. Blair J.A. also held that the trial judge erred in concluding that the makers of the material did not profit from Mr. Katigbak's viewing because he did not purchase the material, as "[t]he number of 'hits' is important in the world of cyberspace" (para. 82). Similarly, while Mr. Katigbak's intention not to distribute or replicate the images may have "avoided *redoubling* the victimization, it did not *diminish* the re-victimization of the actual children involved through the very process of downloading and possessing the images" (*ibid.* (emphasis in original)). After reviewing the evidence, he concluded that the risk posed by Mr. Katigbak's possession was, in all the circumstances, undue.

[36] Finally, Blair J.A. rejected Mr. Katigbak's argument, which was raised for the first time in the Court of Appeal, that the Information was defective. Mr. Katigbak argued that the Information should be quashed because it charged a single count of the offence stretching over a seven-year period, during which the statutory defence was amended. He argued that the Crown should have charged two counts of the offence; one for the period before November 2005, and one afterwards. Blair J.A. held that while it may have been preferable for the Crown to have charged Mr. Katigbak with two counts, the Crown is only required to charge separate counts if the elements of the offence change, and not when a statutory defence is amended. Further, Mr. Katigbak was not prejudiced by the Information as it stands, given that he and the Crown proceeded on the premise that he was entitled to the pre-amendment defences for the period ending October 31, 2005 and to the post-amendment defence for the subsequent period, and he was tried and conducted his defence accordingly (para. 97).

donné pouvait s'inférer de la nature du matériel lui-même. Le juge Blair a aussi estimé que la juge du procès avait commis une erreur en concluant que les auteurs du matériel en question n'avaient pas tiré profit du fait que M. Katigbak l'avait vu, étant donné qu'il ne l'avait pas acheté; en effet, « [c]e qui compte dans le monde du cyberespace, c'est le nombre de "visites" » (par. 82). Dans la même veine, il a conclu que même si l'intention de M. Katigbak de ne pas distribuer ou reproduire les images en cause avait pu permettre « d'éviter de *redoubler* la victimisation des personnes visées, elle n'avait pas *diminué* la revictimisation des enfants touchés par le processus même du téléchargement et de la possession des images » (*ibid.* (en italique dans l'original)). Après avoir examiné la preuve, il a conclu que le risque que représentait la possession de matériel pornographique par M. Katigbak était, dans les circonstances, indu.

[36] Enfin, le juge Blair a rejeté l'argument que M. Katigbak a fait valoir pour la première fois en Cour d'appel selon lequel la dénonciation était viciée. M. Katigbak a avancé que la dénonciation devait être annulée parce qu'elle lui imputait une seule infraction commise sur une période de sept ans, au cours de laquelle le moyen de défense prévu par la loi avait été modifié. Il a soutenu que le ministère public aurait plutôt dû porter deux accusations contre lui, soit une accusation pour la période antérieure à novembre 2005, et une autre, pour la période postérieure à cette date. Selon le juge Blair, il aurait certes été préférable que deux accusations aient été portées contre M. Katigbak, mais, cela dit, le ministère public n'est tenu de déposer des chefs d'accusation distincts que si les éléments de l'infraction changent, et non en cas de modification d'un moyen de défense prévu par la loi. De plus, la dénonciation dans sa forme actuelle n'a pas fait subir de préjudice à M. Katigbak puisque, d'une part, lui-même et le ministère public sont partis du principe qu'il pouvait invoquer, pour la période se terminant le 31 octobre 2005, les moyens de défense tels qu'ils existaient avant que des modifications n'y soient apportées, et, pour la période postérieure à celle-ci, le moyen de défense résultant des modifications, et, d'autre part, il a subi son procès et présenté sa défense sur cette base (par. 97).

## V. Issues

[37] Mr. Katigbak concedes that he possessed child pornography, as defined by s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, during the period alleged by the Information. He further concedes that the pre-November 2005 artistic merit defence is not open to him on the facts. He raises the following issues:

1. Did the Court of Appeal err in finding that the public good defence was not available to Mr. Katigbak for the period before November 2005?
2. Under the post-November 2005 defence,
  - (a) did the Court of Appeal err in its interpretation of “legitimate purpose”?
  - (b) did the Court of Appeal err in finding that there was no reasonable doubt on the “undue risk of harm” branch of the defence?
3. Did the Court of Appeal err in finding the Information was not defective?

## VI. Analysis

[38] Before turning to the defences raised by Mr. Katigbak, a general comment is in order. When interpreting the defences for child pornography offences, courts must strike a difficult balance between the importance of freedom of expression and the need to protect children from abuse. Giving primacy to either of these objectives would defeat Parliament’s objective. On the one hand, interpreting the defences too narrowly would result in the punishment of expressive conduct that poses a minimal risk of harm to young persons. By enacting these defences, Parliament recognized that “the law could unduly impinge on some of the values protected by the guarantee of free expression, like artistic creativity, education, medical research, or other public purposes, and sought to provide

## V. Les questions en litige

[37] M. Katigbak reconnaît avoir eu en sa possession de la pornographie juvénile au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel* pendant la période mentionnée dans la dénonciation. Il reconnaît également que les faits en l’espèce ne donnent pas ouverture au moyen de défense fondé sur la valeur artistique tel qu’il existait avant novembre 2005. Il soulève les questions suivantes :

1. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que M. Katigbak ne pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur le bien public pour la période antérieure à novembre 2005?
2. Au regard du moyen de défense tel qu’il existe depuis novembre 2005 :
  - a) la Cour d’appel a-t-elle commis une erreur dans son interprétation de « but légitime »?
  - b) la Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant à l’absence de tout doute raisonnable s’agissant du volet du moyen de défense relatif au « risque indu »?
3. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la dénonciation n’était pas viciée?

## VI. Analyse

[38] Avant d’examiner les moyens de défense invoqués par M. Katigbak, une remarque générale s’impose. Pour interpréter les moyens de défense qui s’offrent à la personne accusée d’avoir commis une infraction en matière de pornographie juvénile, les tribunaux doivent s’acquitter de la tâche difficile qui consiste à établir l’équilibre entre l’importance de la liberté d’expression et la nécessité de protéger les enfants contre la violence. Accorder la priorité à l’une ou à l’autre irait à l’encontre de l’objectif du législateur. D’une part, interpréter les moyens de défense de manière trop restrictive reviendrait à punir les activités expressives qui posent un risque minime pour les personnes mineures. En créant ces moyens de défense, le législateur a reconnu que « la disposition pourrait porter indûment atteinte

protection for activities furthering these values” (*Sharpe*, at para. 60). On the other hand, interpreting the statutory defences too broadly would undermine the laws against child pornography. The defences must not be read in a way that defeats Parliament’s objectives of criminalizing child pornography and protecting children from abuse.

#### A. Pre-November 2005

[39] As stated earlier, prior to November 2005, the *Criminal Code* child pornography provisions contained a defence of artistic merit and a public good defence. The defence of artistic merit is not in issue in this appeal. Mr. Katigbak correctly concedes that the trial judge erred in law when she held that, even if the materials themselves had no artistic merit, an artistic motive for possessing the materials sufficed to raise the defence. It is clear from the wording of the provision that Parliament only intended the defence to apply where the materials themselves had artistic merit, and not where the accused simply had an artistic purpose for possessing them. This Court confirmed this interpretation in *Sharpe*.

[40] While Mr. Katigbak concedes that the trial judge erred in applying the defence of artistic merit, he argues that he may rely on the public good defence for the period before November 2005.

[41] The analysis under the public good defence involves two steps: (1) whether the actions of the accused served the public good; and, if so (2) whether the actions of the accused extended “beyond what served the public good”. For ease

à certaines valeurs protégées par la garantie de la liberté d’expression, telles que la créativité artistique, l’éducation, la recherche médicale et d’autres fins publiques, et il a tenté de protéger les activités qui servent ces valeurs » (*Sharpe*, par. 60). D’autre part, interpréter les moyens de défense de manière trop large compromettrait les lois qui interdisent la pornographie juvénile. Les moyens de défense ne doivent pas être interprétés de manière à contrecarrer les objectifs du législateur, qui visent à criminaliser la pornographie juvénile et protéger les enfants contre la violence.

#### A. Avant novembre 2005

[39] Comme nous l’avons déjà dit, avant novembre 2005, les dispositions du *Code criminel* en matière de pornographie juvénile prévoyaient deux moyens de défense, l’un étant fondé sur la valeur artistique et l’autre, sur le bien public. Le moyen de défense fondé sur la valeur artistique n’est pas en cause dans le présent pourvoi. M. Katigbak reconnaît à juste titre que la juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que même si le matériel lui-même n’avait aucune valeur artistique, il suffisait à la personne qui l’avait en sa possession d’avoir un motif de cette nature pour pouvoir invoquer ce moyen de défense. Or, il ressort clairement du libellé de la disposition que l’intention du législateur était que le moyen de défense ne puisse être invoqué que si le matériel lui-même avait une valeur artistique, et non dans le cas où l’accusé avait simplement un motif artistique pour posséder de la pornographie juvénile. Notre Cour a confirmé cette interprétation dans *Sharpe*.

[40] M. Katigbak reconnaît que la juge du procès a commis une erreur en acceptant le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, mais il soutient pouvoir invoquer celui fondé sur le bien public pour la période antérieure à novembre 2005.

[41] L’analyse relative au moyen de défense fondé sur le bien public se fait en deux étapes. Il faut d’abord se demander (1) si les actes de l’accusé ont servi le bien public, et, dans l’affirmative, (2) si ces actes ont « outrepassé ce qui a servi celui-ci ». Par

of reference, we repeat the relevant provision here:

**163. . . .**

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

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

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

(1) Whether Accused's Actions Served the Public Good

[42] At this step of the analysis, the trial judge must decide whether the possession of child pornography served the public good. The court must begin by reaching factual conclusions about what the accused did, and the effects of his actions. Once his or her conduct has been characterized, the court must consider whether the accused's actions served the public good. The focus is on the *effect* of the activity, not the motives of the accused. This distinguishes the public good defence from the legitimate purpose branch of the new defence. As a preliminary matter, the trial judge must determine whether, considered objectively, there is evidence that the activity in question advanced the public good. If so, the Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that the public good was not served by the actions of the accused.

[43] Under s. 163(4), it is a question of law whether an act served the public good. In *Sharpe*, the majority of this Court interpreted the term "public good" as "necessary or advantageous to religion or morality, to the administration of justice, the pursuit of science, literature, or art, or other objects of general interest" (para. 70, quoting J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), at p. 173). The majority provided examples of situations in which

souci de commodité, nous reproduisons la disposition pertinente :

**163. . . .**

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

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

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

(1) Les actes de l'accusé ont-ils servi le bien public?

[42] À cette étape de l'analyse, le juge du procès doit décider si le fait que la personne avait de la pornographie juvénile en sa possession servait le bien public. Le tribunal doit d'abord tirer des conclusions factuelles au sujet des actes de l'accusé et des conséquences de ceux-ci. Après avoir qualifié les actes, le tribunal doit se demander s'ils servaient le bien public. Pour ce faire, il doit mettre l'accent sur l'*effet* des actes et non sur les motifs de l'accusé, ce qui permet de distinguer le moyen de défense fondé sur le bien public du volet relatif au but légitime du nouveau moyen de défense. À titre préliminaire, le juge du procès doit déterminer si, d'un point de vue objectif, la preuve indique que les actes en question ont servi le bien public. Si c'est le cas, il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que le bien public n'a pas été servi par les actes de l'accusé.

[43] Aux termes du par. 163(4), la question de savoir si un acte a servi le bien public est une question de droit. Dans *Sharpe*, la majorité de notre Cour a interprété le « bien public » comme étant [TRADUCTION] « ce qui est nécessaire ou favorable à la religion ou à la moralité, à l'administration de la justice, à l'activité scientifique, littéraire ou artistique ou à d'autres sujets d'intérêt général » (par. 70, citant J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal*

possession of child pornography would serve the public good, such as “possession of child pornography by people in the justice system for purposes associated with prosecution, by researchers studying the effects of exposure to child pornography, and by those in possession of works addressing the political or philosophical aspects of child pornography” (para. 70).

[44] If the court is left with a reasonable doubt that the activities, viewed objectively, served the public good, the court must go on to ask whether the conduct of the accused extended “beyond what served the public good”.

(2) Whether Accused’s Actions Extended Beyond What Served the Public Good

[45] Under s. 163(4), it is a question of law whether there is evidence that the act alleged went beyond what served the public good, but it is a question of fact whether the acts did or did not extend beyond what served the public good. Here again, the Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that the defence does not apply.

[46] The requirement that the acts not go beyond what serves the public good ensures that the public good defence will only be available if all of the activities that are alleged to constitute the offence are connected to the advancement of the public good. As stated earlier, the focus is on the effect of the activity, not the motives of the accused.

(3) Application to the Case at Bar

[47] Mr. Katigbak submits that the trial judge’s findings on the artistic merit defence establish the public good defence, as “*the purpose of the possession is the focal point of the public good defence*” (A.F., at para. 53 (emphasis in original)). We disagree.

*Law* (9<sup>e</sup> éd. 1950), p. 173). La majorité a donné des exemples de situations où la possession de pornographie juvénile serait susceptible de servir le bien public, comme « la possession de tel matériel par des intervenants du système judiciaire dans le cadre d’une poursuite en justice, par des chercheurs qui étudient les effets de l’exposition à la pornographie juvénile ou encore par des personnes qui ont en leur possession des œuvres traitant des aspects politiques ou philosophiques de la pornographie juvénile » (par. 70).

[44] Dans le cas où il conclut qu’il subsiste un doute raisonnable quant à savoir si, d’un point de vue objectif, les actes de l’accusé ont servi le bien public, le tribunal doit alors se demander si ces actes ont « outrepassé ce qui a servi le bien public ».

(2) Les actes de l’accusé ont-ils outrepassé ce qui a servi le bien public?

[45] Aux termes du par. 163(4), la question de savoir s’il y a preuve que l’acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n’ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public en est une de fait. Là encore, il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que le moyen de défense ne peut être invoqué.

[46] L’exigence selon laquelle les actes ne doivent pas outrepasser ce qui sert le bien public vise à assurer que le moyen de défense fondé sur le bien public ne puisse être invoqué que dans les cas où toutes les activités qui constitueraient l’infraction tendent à servir le bien public. Nous le répétons, il faut mettre l’accent sur l’effet des actes et non sur les motifs de l’accusé.

(3) Application à l’espèce

[47] Selon M. Katigbak, il ressort des conclusions de la juge du procès quant au moyen de défense fondé sur la valeur artistique que les conditions de celui fondé sur le bien public avaient été remplies, car [TRADUCTION] « *le but dans lequel l’intéressé a le matériel en sa possession est au cœur du moyen de défense fondé sur le bien public* » (m.a., par. 53 (en italique dans l’original)). Nous ne sommes pas d’accord.

[48] As discussed above, the assertion that the accused's *purpose* was to advance the public good is not enough to establish the defence. The question is whether, viewed objectively, the evidence supports the contention that the activities in question actually served the public good. The accused will be acquitted if the trial judge is (1) left with reasonable doubt as to whether “the public good was served” by his conduct, and, (2) if so, the Crown has not established beyond a reasonable doubt that the conduct extended beyond what served the public good. The trial judge addressed neither point. She merely accepted that Mr. Katigbak's *purpose* for possession was to create a public exhibition on child abuse. Therefore, we reject Mr. Katigbak's argument that the trial judge's findings are capable of being applied to the public good defence.

[49] This conclusion means that the trial judge's verdict of acquittal cannot be restored.

[50] The next question is whether the Court of Appeal erred in substituting a conviction for the trial judge's acquittal insofar as the pre-November 2005 activities are concerned. The Court of Appeal concluded, beyond a reasonable doubt, that Mr. Katigbak could not rely on either the artistic merit or the public good defence, and went on to substitute a verdict of conviction for the trial judge's acquittal. Since this was an appeal from acquittal, the jurisdiction of the Court of Appeal was limited to “question[s] of law alone” (s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*). Consequently, the Court of Appeal could not make its own findings of fact. Additionally, s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code* establishes that appellate courts may only substitute an acquittal with a conviction if the trial judge's findings of fact, viewed in light of the applicable law, supported a conviction beyond a reasonable doubt. If the trial judge's findings of fact do not support a conviction beyond

[48] Comme nous l'avons déjà mentionné, l'affirmation que le *but* de l'accusé était de faire la promotion du bien public ne suffit pas à établir le bien-fondé du moyen de défense. La question est de savoir si, d'un point de vue objectif, la preuve étaye la prétention selon laquelle les actes en cause ont bel et bien servi le bien public. L'accusé sera acquitté (1) s'il subsiste dans l'esprit du juge du procès un doute raisonnable quant à savoir si les actes en cause « ont servi le bien public » et, (2) le cas échéant, si le ministère public n'est pas parvenu à établir hors de tout doute raisonnable que les actes ont outrepassé ce qui a servi le bien public. Or, la juge du procès ne s'est penchée sur ni l'une ni l'autre question. Elle a simplement accepté le fait que M. Katigbak avait eu le matériel en sa possession dans le *but* de monter une exposition sur la violence faite aux enfants. Par conséquent, nous rejetons l'argument de M. Katigbak que les conclusions de la juge du procès peuvent s'appliquer au moyen de défense fondé sur le bien public.

[49] Cette conclusion signifie que le verdict d'acquiescement prononcé par la juge du procès ne peut pas être rétabli.

[50] Il faut ensuite se demander si la Cour d'appel a commis une erreur en substituant une déclaration de culpabilité au verdict d'acquiescement prononcé par la juge du procès en ce qui concerne les activités de l'accusé antérieures à novembre 2005. La Cour d'appel a conclu, hors de tout doute raisonnable, que M. Katigbak ne pouvait invoquer ni le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, ni celui fondé sur le bien public, et a ensuite substitué un verdict de culpabilité au verdict d'acquiescement prononcé par la juge du procès. Comme il s'agissait de l'appel d'un verdict d'acquiescement, la compétence de la Cour d'appel se limitait aux « question[s] de droit seulement » (al. 676(1)a du *Code criminel*). Par conséquent, la Cour d'appel ne pouvait pas tirer ses propres conclusions de fait. En outre, selon le sous-al. 686(4)b(ii) du *Code criminel*, les cours d'appel ne peuvent remplacer un verdict d'acquiescement par un verdict de culpabilité que si les conclusions de fait du juge du procès

a reasonable doubt, the proper remedy is a new trial.

[51] As stated above, the question we must answer under s. 686(4)(b)(ii) is whether the trial judge's findings of fact support a conviction beyond a reasonable doubt. In this case, we cannot conclude that they do.

[52] In our view, the Court of Appeal, in entering a conviction, relied not on findings of the trial judge, but on its own findings. First, it found that Mr. Katigbak was not engaged in "research" because his activities were not sufficiently "systematic" (para. 41). However, as Blair J.A. acknowledges, the trial judge "made no such finding" in her trial judgment (*ibid.*). Second, the Court of Appeal found that Mr. Katigbak's actions extended beyond what served the public good. This is an issue defined by s. 163(4) as a question of fact. In making these findings of fact, we are of the view that the Court of Appeal went beyond the jurisdiction conferred on it by s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. These matters were for the trial judge to determine. As the trial judge did not make the requisite factual inquiries, an appellate court cannot conclude on this record whether Mr. Katigbak's defence of public good would be successful or not. The accused is entitled to have these facts determined by a trial judge. The proper remedy therefore is a new trial.

#### B. *Post-November 2005*

[53] Mr. Katigbak submits that the Court of Appeal erred on both branches of the analysis of the post-November 2005 defence in s. 163.1(6), arguing that there was no reason to interfere with

étaient, au regard du droit applicable, une déclaration de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Si les conclusions de fait de la juge du procès n'étaient pas hors de tout doute raisonnable une déclaration de culpabilité, la réparation appropriée consiste à tenir un nouveau procès.

[51] Comme nous venons de le voir, la question que nous devons trancher en appliquant le sous-al. 686(4)b)(ii) est de savoir si les conclusions de fait de la juge du procès étaient hors de tout doute raisonnable une déclaration de culpabilité. Or, selon nous, elles n'étaient pas une telle déclaration.

[52] À notre avis, la Cour d'appel s'est fondée non pas sur les conclusions de fait tirées par la juge du procès, mais sur ses propres conclusions pour inscrire une déclaration de culpabilité. D'abord, elle a conclu que M. Katigbak ne faisait pas de « recherche » parce que, selon elle, ses activités n'étaient pas suffisamment [TRADUCTION] « systématiques » (par. 41). Cependant, comme le reconnaît le juge Blair, la juge du procès « n'a tiré aucune conclusion en ce sens » dans son jugement (*ibid.*). Ensuite, la Cour d'appel a conclu que les actes de M. Katigbak avaient outrepassé ce qui avait servi le bien public. Or, selon le par. 163(4), il s'agit là d'une question de fait. Il nous semble qu'en tirant ces conclusions de fait la Cour d'appel a outrepassé la compétence que lui confère l'al. 676(1)a) du *Code criminel*. Il revenait plutôt à la juge du procès de tirer ces conclusions. Comme la juge du procès n'a pas analysé les faits comme elle aurait dû le faire, la Cour d'appel ne pouvait décider, sur la foi du dossier dont elle disposait, si M. Katigbak pouvait ou non invoquer avec succès le moyen de défense fondé sur le bien public. L'accusé a droit à ce que le juge du procès tire ses propres conclusions sur la base de ces faits. La réparation appropriée consiste donc à tenir un nouveau procès.

#### B. *Depuis novembre 2005*

[53] M. Katigbak prétend que la Cour d'appel a commis une erreur concernant chacun des deux volets de l'analyse du moyen de défense prévu au par. 163.1(6) tel qu'il existe depuis novembre 2005,

the trial judge's interpretation and application of the defence.

[54] While the Court of Appeal overturned the acquittal on the “undue harm” branch of the defence, the Crown seeks to uphold its judgment on the first branch as well. It argues the following: As the Crown's right to appeal from an acquittal is limited to questions of law under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, the Crown did not attack the trial judge's finding that Mr. Katigbak had the purpose or intention he said he had in the court below, but argued on legal grounds that the purpose was not a “legitimate” one. While the Court of Appeal chose not to interfere with the trial judge's finding on the first branch of the defence, it did conclude that she had erred in law in her interpretation of the phrase “legitimate purpose”. The Crown submits that the Court of Appeal was correct in concluding that, for an act of possession to have a legitimate purpose related to art or to one of the other spheres of valued activity enumerated under s. 163.1(6)(a), the act of possession must have an “objectively verifiable connection with the purpose and the ultimately worthy goal” (R.F., at para. 40, citing the Court of Appeal, at para. 55). Since the Court of Appeal was also of the view that the trial judge would have concluded differently had she assessed the possession of the pornographic images in light of the appropriate legal framework, its reasoning ought to have led it to overturn the acquittal on this basis as well. Thus, the Crown relies on this branch of the defence as an alternative basis upon which to support the judgment below.

[55] We will therefore consider each component of the defence in turn. For convenience, we reproduce the current version of s. 163.1(6) here:

(6) No person shall be convicted of an offence under this section if the act that is alleged to constitute the offence

faisant valoir qu'il n'y avait aucune raison d'intervenir quant à l'interprétation que la juge du procès a donnée du moyen de défense et l'application qu'elle en a faite.

[54] Bien que la Cour d'appel ait annulé le verdict d'acquiescement au regard du volet du moyen de défense relatif au « risque indu », le ministère public cherche à faire confirmer le jugement qu'il a obtenu au regard du premier volet également. Il fait valoir que comme son droit d'en appeler d'un verdict d'acquiescement se limitait aux questions de droit suivant l'al. 676(1)a) du *Code criminel*, il n'a pas contesté la conclusion de la juge du procès que M. Katigbak avait bel et bien eu le but ou l'intention qu'il avait déclarés, mais plutôt avancé que ce but n'était pas « légitime » d'un point de vue juridique. Bien qu'elle ait choisi de ne pas modifier la conclusion de la juge du procès au regard du premier volet du moyen de défense, la Cour d'appel a tout de même statué que la juge avait commis une erreur de droit dans son interprétation de l'expression « but légitime ». Selon le ministère public, la Cour d'appel a eu raison de conclure que le fait d'avoir en sa possession le matériel en cause aura un but légitime lié aux arts ou à l'un ou l'autre des autres domaines énumérés à l'al. 163.1(6)a) s'il a un [TRADUCTION] « lien objectivement vérifiable avec le but et l'objectif ultime louable » (m.i., par. 40, citant la Cour d'appel, par. 55). Comme la Cour d'appel était aussi d'avis que la juge du procès serait parvenue à une autre conclusion si elle avait apprécié, à la lumière du cadre juridique approprié, le fait que M. Katigbak avait eu en sa possession les images pornographiques en cause, son raisonnement aurait dû l'amener à annuler le verdict d'acquiescement sur ce fondement également. Le ministère public invoque donc subsidiairement ce volet du moyen de défense pour faire valoir le bien fondé du jugement de première instance.

[55] Nous allons donc examiner successivement chacun des éléments du moyen de défense. Par souci de commodité, nous reproduisons ici la version actuelle du par. 163.1(6) :

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

(a) has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and

(b) does not pose an undue risk of harm to persons under the age of eighteen years.

[56] As we will explain, ss. 163.1(6)(a) and (b) must be treated as independent requirements. The accused raises the defence by pointing to facts capable of supporting a reasonable doubt concerning the two components, at which point the burden falls on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that either of the two requirements is not met.

(1) Legitimate Purpose: Section 163.1(6)(a)

[57] Under paragraph (a), the court considers whether the act of the accused “has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art”. The court must assess whether the accused committed the alleged acts in order to serve one of the listed grounds — administration of justice, science, medicine, education or art.

[58] The court must first evaluate whether it is left with reasonable doubt that the accused, from a subjective standpoint, had a genuine, good faith reason for possessing child pornography for one of the listed grounds. However, the inquiry does not end here. Had Parliament intended the court to simply assess whether or not the accused subjectively had a purpose related to at least one of the enumerated activities, it would not have qualified the word “purpose” with the word “legitimate”. It would simply have said “has a purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art”.

[59] It is trite law that the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act and the intention of Parliament: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27,

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.

[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.

(1) But légitime : al. 163.1(6)a)

[57] L’alinéa a) invite le tribunal à se demander si les actes de l’accusé « ont un but légitime lié à l’administration de la justice, à la science, à la médecine, à l’éducation ou aux arts ». Le tribunal doit donc déterminer si c’est dans l’un des buts énumérés, à savoir l’administration de la justice, la science, la médecine, l’éducation ou les arts, que l’accusé a commis les actes qui lui sont reprochés.

[58] Le tribunal doit d’abord se demander s’il subsiste un doute raisonnable quant à savoir si, d’un point de vue subjectif, l’accusé avait un motif valable et de bonne foi d’avoir de la pornographie juvénile en sa possession dans l’un des buts énumérés. Cependant, l’examen ne s’arrête pas là. Si le législateur avait voulu que le tribunal se contente d’examiner si l’accusé avait subjectivement un but lié à au moins l’une des activités énumérées, il n’aurait pas ajouté le qualificatif « légitime » au mot « but ». Il aurait simplement écrit « a un but lié à l’administration de la justice, à la science, à la médecine, à l’éducation ou aux arts ».

[59] Il est bien établi en droit qu’il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,

at para. 21; and *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 21. In addition, every word of a statute is presumed to have a role in achieving the objective of the Act. No word or provision should be interpreted so as to render it mere surplusage: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28; *McIntosh*, at para. 21; *Rizzo*, at para. 21; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 6 and 210-13.

[60] Applying these principles of statutory interpretation to the language used in s. 163.1(6)(a), it is clear that Parliament intended something more than a subjective purpose related to one of the listed grounds, regardless of the circumstances. Rather, the language of the provision directs the court to assess whether the accused's stated purpose is "legitimate". In our view, the legitimacy requirement is met when there is an objectively verifiable connection between the impugned act and the accused's stated purpose. Additionally, the accused's stated purpose must be objectively related to at least one of the enumerated grounds. That is, based on all of the circumstances, a reasonable person would conclude that (1) there is an objective connection between the accused's actions and his or her purpose, and (2) there is an objective relationship between his or her purpose and one of the protected activities (administration of justice, science, medicine, education or art).

[61] It is important to stress that this objective assessment does not involve the court in any assessment of the *value* of the particular scientific or artistic activity in question. As this court held in *Sharpe*, courts are ill-equipped to inquire into whether or not a work is "good" art or not (paras. 62-65). Similar logic applies to the other enumerated categories set out in s. 163.1(6)(a). However, courts are well equipped to assess what is objectively reasonable in all the circumstances. Thus, when determining whether or not the accused has a legitimate purpose related to science, for example, courts will not evaluate whether or not the project has any scientific merit. However, the court can and must assess whether there is an objective connection between the accused's actions and his or

[1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; et *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 21. De plus, il faut présumer que chaque terme d'une loi joue un rôle dans l'atteinte de l'objectif de celle-ci. Par ailleurs, il ne faut jamais interpréter une disposition législative de façon telle qu'elle devienne superfétatoire : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28; *McIntosh*, par. 21; *Rizzo*, par. 21; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 6 et 210-213.

[60] Si l'on applique ces principes d'interprétation des lois au libellé de l'al. 163.1(6)a), on voit clairement que le législateur entendait exiger plus que la simple existence d'un but subjectif lié à l'une des activités énumérées, peu importe les circonstances. Le libellé de la disposition impose plutôt au tribunal le devoir de se demander si le but déclaré de l'accusé est « légitime ». À notre avis, le critère de la légitimité est respecté s'il existe un lien objectivement vérifiable entre l'acte reproché à l'accusé et le but qu'il dit poursuivre. En outre, ce but doit être objectivement lié à au moins l'une des activités énumérées. En d'autres termes, la personne raisonnable conclurait, eu égard à l'ensemble des circonstances, (1) qu'il y a un lien objectif entre les actes de l'accusé et le but qu'il dit poursuivre, et (2) qu'il y a un lien objectif entre ce but et l'une des activités protégées (administration de la justice, science, médecine, éducation ou arts).

[61] Il est important de souligner qu'en faisant cette évaluation objective le tribunal n'est pas tenu d'apprécier la *valeur* de l'activité scientifique ou artistique en cause. Comme l'a dit notre Cour dans *Sharpe*, les tribunaux ne disposent pas des outils nécessaires pour apprécier la « qualité » d'une œuvre d'art (par. 62-65). Le même raisonnement s'applique aux autres domaines énumérés à l'al. 163.1(6)a). Cependant, les tribunaux disposent des outils nécessaires pour apprécier ce qui est objectivement raisonnable eu égard aux circonstances. Par conséquent, pour déterminer si l'accusé poursuit un but légitime lié à la science, par exemple, le tribunal ne se demandera pas si le projet a une quelconque valeur scientifique. Toutefois, le tribunal peut et doit déterminer, d'une part, s'il existe un

her stated purpose and, further, whether there is an objective relationship between the accused's stated purpose and one of the protected activities.

[62] The inquiry under the objective component of the legitimate purpose branch of the defence is also distinct from the question of “undue risk of harm” under the second branch. For example, let us assume that child pornography is collected by medical professionals for the purpose of showing the material to convicted sex offenders in the context of a treatment program. The question whether the collection of pornographic material depicting *actual* children for the stated purpose goes too far is one that falls to be determined under the second branch of the defence. It is sufficient under the first branch if a reasonable person would conclude in all the circumstances that there is (1) a connection between the impugned act and the purpose of treating sex offenders, and (2) a relationship between the stated purpose and, in this example, the protected activity of science or medicine.

[63] To conclude, if the court is left with a reasonable doubt that the activity is objectively related to a listed ground and was undertaken genuinely and in good faith, s. 163.1(6)(a) is satisfied.

(2) Undue Risk of Harm: Section 163.1(6)(b)

[64] The second requirement of the current defence is that the accused's actions may “not pose an undue risk of harm to persons under the age of eighteen years”. Once again, this provision must be interpreted purposively. The courts must strike a balance between the importance of freedom of expression and reducing the risk of harm to children. This provision only comes into play *after* the court has held that the accused had a “legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art”. The question is what degree of harm will be tolerated in the case of activity that has a legitimate purpose. This requires the judge to determine whether such

lien objectif entre les actes de l'accusé et le but qu'il dit poursuivre, et, d'autre part, s'il existe un tel lien entre ce but et l'une des activités protégées.

[62] L'examen qu'il convient de faire en ce qui concerne l'élément objectif du volet du moyen de défense relatif au but légitime est aussi distinct de la question du « risque indu » qui se pose dans le cadre du deuxième volet. Par exemple, supposons que des professionnels de la santé possèdent de la pornographie juvénile dans le but de montrer le matériel à des contrevenants déclarés coupables d'infractions sexuelles dans le cadre d'un programme de traitement. La question de savoir si, dans la poursuite de ce but, le fait de collectionner du matériel pornographique illustrant de *vrais* enfants va trop loin en est une qu'il convient d'examiner dans le cadre du deuxième volet du moyen de défense. Pour les fins du premier volet, il suffit qu'une personne raisonnable conclurait, eu égard à l'ensemble des circonstances, (1) qu'il y a un lien objectif entre l'acte reproché et le but qui consiste à traiter ces contrevenants, et (2) qu'il existe un lien entre le but déclaré et, dans cet exemple, l'activité protégée, qui se rapporte à la science ou la médecine.

[63] Enfin, si le tribunal conclut que l'activité est objectivement liée à un domaine énuméré et qu'elle a été menée sincèrement et de bonne foi, ou qu'il subsiste un doute raisonnable à cet égard, les exigences de l'al. 163.1(6)(a) sont alors satisfaites.

(2) Risque indu : al. 163.1(6)(b)

[64] La deuxième exigence à satisfaire pour invoquer l'actuel moyen de défense consiste à établir que les actes de l'accusé « ne posent pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans ». Encore là, cette disposition appelle une interprétation téléologique. Les tribunaux doivent établir l'équilibre entre l'importance de la liberté d'expression et la nécessité de réduire le risque qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. Cette disposition ne s'applique qu'*après* que le tribunal a conclu que l'accusé avait un « but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts ». La question est de savoir quel degré de préjudice sera toléré dans le cas d'une activité

activities pose an “undue risk of harm” to children. This raises the question of how the judge determines the risk of harm that the activities pose to children.

[65] The “risk of harm” test found in s. 163.1(6)(b) recalls the early jurisprudence related to the offence of obscenity set out in s. 163(8), which also uses the term “undue”. For many years, it was held that courts should consider the moral views of the community when determining whether the exploitation of sex in the impugned materials was “undue”.

[66] A majority of the Court rejected the “moral views of the community” approach to “undue” and replaced it with a norm of significant objectively ascertainable harm in *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728. McLachlin C.J. for the majority reasoned:

[O]ver time, courts increasingly came to recognize that morals and taste were subjective, arbitrary and unworkable in the criminal context, and that a diverse society could function only with a generous measure of tolerance for minority mores and practices. This led to a legal norm of objectively ascertainable harm instead of subjective disapproval. [Emphasis added; para. 14.]

In addition to the requirement of objectively ascertainable harm, the Court in *Labaye* held that the conduct of the accused must pose a “significant risk of harm” (para. 30) or create a level of harm that is “incompatible with the proper functioning of society” (para. 24).

[67] In our view, the *Labaye* interpretation is applicable in the present appeal. The words “undue risk of harm” set out in s. 163.1(6)(b) should be interpreted to mean a significant risk of objectively ascertainable harm as required by the law of

menée dans un but légitime. À cette fin, le juge doit se demander si les actes en cause posent un « risque indu » pour les enfants. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir comment le juge apprécie le risque que ces actes causent un préjudice à des enfants.

[65] Le critère du « risque indu » que pose l'al. 163.1(6)(b) rappelle la jurisprudence antérieure relative à l'infraction d'obscénité prévue au par. 163(8), qui utilise également le terme « indu ». Pendant plusieurs années, on a estimé que les tribunaux devaient tenir compte des valeurs morales de la société lorsqu'il s'agissait de déterminer si l'exploitation à caractère sexuel dans le matériel contesté était « indue ».

[66] Dans *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728, les juges majoritaires de notre Cour ont rejeté l'approche fondée sur les « valeurs morales de la société » qui servait à déterminer ce qui était « indu » et l'ont remplacée par une norme fondée sur le préjudice important objectivement vérifiable. S'exprimant pour la majorité, la juge en chef McLachlin a formulé le raisonnement suivant :

[A]u fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu'ils n'étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu'une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d'une société diversifiée. Cela a mené à l'adoption d'une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective. [Nous soulignons; par. 14.]

En plus de poser l'exigence relative au préjudice objectivement vérifiable, la Cour a conclu dans cet arrêt que la conduite de l'accusé doit poser un « risque appréciable de préjudice » (par. 30) ou créer un niveau de préjudice qui est « incompatible avec le bon fonctionnement de la société » (par. 24).

[67] À notre avis, l'interprétation donnée dans *Labaye* s'applique au présent pourvoi. En effet, il convient d'interpréter les termes « risque indu » utilisés à l'al. 163.1(6)(b) comme signifiant un risque appréciable de préjudice objectivement

obscenity, rather than the former “moral views of the community” approach. Relying on the moral views of the community would be as unworkable for child pornography offences as it is for obscenity charges. Reasonable people may hold sharply divergent views about the level of risk to young persons that should be tolerated as a result of artistic expression, or scientific research. Instead, the courts must ask whether the harm is objectively ascertainable and whether the level of the harm poses a *significant* risk to children. It goes without saying that the harm may be either physical, psychological, or both.

[68] The determination of what the accused did and its consequences are questions of fact, to be decided on the basis of the evidence at trial. The trial judge must make findings of fact regarding the risks posed by the accused’s activities, based on evidence as to the degree of the risk, viewed objectively. Expert evidence, while not always necessary, may assist in establishing a link between the actions of the accused and the creation of a risk of harm to young persons. As stated in *Labaye*, “[t]he focus on evidence helps to render the inquiry more objective” (para. 60). Having made these factual findings, however, the question of whether the risk is so significant that it is “undue” is a question of law (*ibid.*; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630, at para. 24). The application of this legal standard to the facts is also a question of law: *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20; *Labaye*, at para. 60.

[69] The intervener Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) submits that the risk of harm will only be “undue” if it is greater than the inherent risk posed by the possession of child pornography. It argues that if the courts find that all acts of possession of child pornography necessarily create an “undue risk of harm”, they will

vérifiable, comme l’exigent les dispositions législatives en matière d’obscénité, plutôt que comme l’expression de l’ancienne approche fondée sur les « valeurs morales de la société ». Cette approche serait tout aussi impraticable pour les infractions en matière de pornographie juvénile qu’elle l’est pour les accusations en matière d’obscénité. Des personnes raisonnables peuvent avoir des points de vue très divergents sur ce qu’elles sont disposées à tolérer pour ce qui est du risque que pose pour les personnes mineures une expression artistique ou une recherche scientifique données. Les tribunaux doivent plutôt se demander si le préjudice est objectivement vérifiable et si le degré de préjudice pose un risque *important* pour les enfants. Il va sans dire que le préjudice peut être physique, psychologique, ou les deux.

[68] Les questions de savoir quels actes l’accusé a posés et quelles en ont été les conséquences sont des questions de fait qu’il convient de trancher sur la base des éléments de preuve présentés au procès. Le juge du procès doit donc tirer des conclusions de fait à propos des risques que les activités de l’accusé ont posés en appréciant objectivement la preuve relative au degré du risque en cause. La preuve d’expert, bien qu’elle ne soit pas toujours nécessaire, peut permettre d’établir un lien entre les actes de l’accusé et la création d’un risque de préjudice pour les personnes mineures. Comme la Cour l’a dit dans *Labaye*, « [l]’accent mis sur la preuve contribue à accroître l’objectivité de la démarche » (par. 60). Cependant, ces conclusions de fait ayant été tirées, la question de savoir si le risque est à ce point important qu’il est « indu » constitue une question de droit (*ibid.*; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, par. 24). L’application de cette norme juridique aux faits est aussi une question de droit : *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 20; *Labaye*, par. 60.

[69] L’intervenante, l’Association canadienne des libertés civiles (« ACLC »), prétend que le risque n’est « indu » que s’il est plus grand que le risque inhérent que pose le fait d’avoir de la pornographie juvénile en sa possession. Elle soutient que si les tribunaux estiment que tous les actes de possession de pornographie juvénile créent nécessairement un

effectively remove the defence Parliament intended for the administration of justice, science, medicine, education and art. To avoid this result, the CCLA submits that an “undue risk” must arise from something specific to the case, rather than the harms inherent to the offence charged (Factum, at para. 21). LeBel J. would adopt this approach.

[70] We agree that the two-step legitimate purpose/undue risk of harm defence must be read in a way that would allow it to apply in *some* cases. As stated by the majority in *Sharpe* when discussing the artistic merit defence, “Parliament clearly intended that some pornographic and possibly harmful works would escape prosecution on the basis of this defence; otherwise there is no need for it” (para. 65). However, it is our view that no useful purpose would be served by drawing a distinction — assuming one can realistically be drawn — between harms that are “inherent” and those that are “specific” to the offence charged. All risks flowing from the commission of the offence must be considered in the “undue risk” assessment. We respectfully disagree with LeBel J. that this means that “the defence would inevitably fail” at the second stage of the analysis (para. 88). Whether or not the risk to children is “undue” is a question that can only be answered on a case-by-case basis having regard to all of the circumstances.

[71] In our view, the proper approach is to consider the two stages of the defence as independent requirements. Section 163.1(6)(a) lists purposes that may be considered *prima facie* capable of serving as defences, so long as a trial judge is left with reasonable doubt as to their applicability in given circumstances. Section 163.1(6)(b) then provides that if the acts of the accused pose undue risk to children, the *prima facie* defence is negated, and does not apply. The purpose remains legitimate, but because of the undue risk of harm

« risque indu », ils supprimeront de fait le moyen de défense prévu par le législateur en ce qui concerne l’administration de la justice, la science, la médecine, l’éducation ou les arts. Pour éviter ce résultat, l’ACLC affirme que le « risque indu » doit découler d’un aspect propre de l’affaire plutôt que du préjudice inhérent à l’infraction reprochée (mémoire, par. 21). Le juge LeBel est d’avis d’adopter cette approche.

[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 œuvres pornographiques susceptibles d’être préjudiciables échappent à toutes poursuites grâce à ce moyen de défense, qui autrement n’aurait aucune utilité » (par. 65). Cependant, nous sommes d’avis qu’il ne servirait à rien d’établir une distinction — en supposant qu’il soit réaliste et possible de le faire — entre les préjudices « inhérents » à l’infraction reprochée et ceux qui lui sont « propres ». Tous les risques découlant de la perpétration de l’infraction doivent être considérés dans le cadre de l’évaluation du « risque indu ». Soit dit en tout respect, nous ne saurions souscrire à l’opinion du juge LeBel que cela signifie que « le moyen de défense serait invariablement voué à l’échec » à la deuxième étape de l’analyse (par. 88). La question de savoir si l’acte en cause pose ou non un risque « indu » pour les enfants ne peut être tranchée qu’au cas par cas eu égard à l’ensemble des circonstances.

[71] À notre avis, la démarche appropriée consiste à traiter les deux volets du moyen de défense comme des exigences distinctes l’une de l’autre. L’alinéa 163.1(6)a) énumère les buts qui, à première vue, peuvent servir de moyens de défense, dans la mesure où il subsiste dans l’esprit du juge du procès un doute raisonnable quant à savoir s’ils s’appliquent dans les circonstances de l’affaire dont il est saisi. L’alinéa 163.1(6)b) prévoit ensuite que si les actes de l’accusé posent un risque indu aux enfants, le moyen de défense *prima facie* est écarté

the activity poses to children, it cannot serve as a defence.

### (3) Application to the Case at Bar

[72] On the first branch, the trial judge found as a fact that Mr. Katigbak collected child pornography for his stated purpose of creating an art exhibition. She inquired into the veracity of his evidence and found no reason to reject his testimony. She therefore concluded that he had a legitimate purpose related to art within the meaning of s. 163.1(6)(a).

[73] It is apparent from her reasons that the trial judge concluded as a matter of law that Mr. Katigbak's genuine, subjectively held view that he was collecting child pornography for an artistic exhibition was enough to satisfy the legitimate purpose requirement set out in s. 163.1(6)(a). Based on our interpretation of the phrase "legitimate purpose" set out above, however, it was not enough to inquire into whether Mr. Katigbak's subjective purpose for possessing child pornography was genuine. The trial judge also had to assess whether this purpose was "legitimate" in the sense that there was an objectively verifiable connection between the impugned activities, his stated purpose, and, in this case, the protected activity of art.

[74] In assessing the veracity of Mr. Katigbak's testimony, the trial judge considered his evidence regarding the connection between the impugned activities and his stated purpose and concluded that his "answers were reasonable given his interests in photography and art" (para. 31). She further noted that his answers were "corroborated by the evidence of Ms Tyrell" and by "the existence of notes and sketches prepared during the time period in question" (*ibid.*). The trial judge therefore accepted that Mr. Katigbak "collected the images for the purpose that he has described" (para. 32).

et il ne peut être invoqué. Le but demeure légitime, mais parce que l'activité en cause pose un risque indu pour les enfants, il ne peut servir de moyen de défense.

### (3) Application à l'espèce

[72] En ce qui concerne le premier volet, la juge du procès a conclu que M. Katigbak collectionnait de la pornographie juvénile dans le but qu'il avait déclaré, à savoir monter une exposition artistique. Elle a vérifié la véracité de son témoignage et n'a trouvé aucune raison de le rejeter. Elle a donc conclu qu'il poursuivait un but légitime lié aux arts au sens de l'al. 163.1(6)a).

[73] Il ressort clairement des motifs de la juge du procès qu'elle a conclu que, du point de vue juridique, le fait que M. Katigbak considérait sincèrement et subjectivement qu'il collectionnait de la pornographie juvénile en vue de monter une exposition artistique était suffisant pour qu'il soit satisfait à l'exigence relative au but légitime prévue à l'al. 163.1(6)a). Cependant, selon notre interprétation de l'expression « but légitime », que nous avons exposée ci-dessus, il ne suffisait pas de vérifier si le but subjectif dans lequel M. Katigbak avait de la pornographie juvénile en sa possession était sincère. La juge du procès devait également décider si ce but était « légitime » en ce sens qu'il y avait un lien objectivement vérifiable entre les activités reprochées à M. Katigbak, le but qu'il avait dit poursuivre et, en l'espèce, l'activité protégée liée aux arts.

[74] Pour apprécier la véracité du témoignage de M. Katigbak, la juge du procès a pris en considération sa déposition en ce qui concerne le lien entre les activités qui lui étaient reprochées et le but qu'il disait poursuivre, et elle a conclu que ses [TRADUCTION] « réponses étaient raisonnables compte tenu de son intérêt pour la photographie et pour les arts » (par. 31). Elle a également fait remarquer que ses réponses étaient « corroborées par le témoignage de madame Tyrell » et par « l'existence de notes et de croquis faits pendant la période en cause » (*ibid.*). La juge du procès a donc conclu que M. Katigbak « collectionnait les images dans le but qu'il avait déclaré » (par. 32).

[75] There is a logical connection between the inquiry into the reasonableness of Mr. Katigbak's answers in explaining his conduct, and the inquiry into the objective reasonableness of the connection between the impugned actions and the stated purpose. Thus, arguably, had the trial judge conducted the requisite inquiry, she may well have concluded that the objective component of the legitimate purpose branch of the defence was also made out. Nonetheless, the two inquiries are different — the first is subjective and the second is objective. Under the subjective component of the defence, the question is whether the accused has a genuine, good faith reason for possessing child pornography for one of the listed grounds. Under the objective component of the defence, the question is whether a reasonable person, having regard to all the circumstances, would so conclude. For example, it is well established that the reasonable and probable ground test for assessing the legality of a police officer's conduct has both a subjective and an objective component (see, e.g., *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; and *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253). By analogy, a court could well consider that the officer's answers in explaining his conduct were "reasonable" having regard, for example, to his level of experience and conclude on that basis that he genuinely believed that the requisite grounds existed. This conclusion, however, does not answer the question of whether the requisite grounds in fact existed from an objective standpoint.

[76] The relationship between Mr. Katigbak's purpose of creating an art exhibition and the protected activity of "art" is obvious and was never in issue. But the connection between the repeated collection and storing of child pornography over a seven-year span and Mr. Katigbak's stated purpose of creating an art exhibition was highly contentious at trial. In the circumstances, we are not persuaded that the trial judge's findings of fact on credibility can simply be applied to answer the objective component of the legitimate purpose branch of the defence.

[75] Il existe un lien logique entre l'analyse du caractère raisonnable des réponses fournies par M. Katigbak pour expliquer sa conduite et l'analyse du caractère objectivement raisonnable du lien entre les actes reprochés et le but déclaré. On pourrait donc soutenir que si la juge du procès avait fait l'examen nécessaire, elle aurait fort bien pu conclure qu'il avait été satisfait à l'élément objectif du volet du moyen de défense relatif au but légitime. Toutefois, il s'agit de deux analyses distinctes : la première est subjective et la deuxième, objective. En ce qui concerne l'élément subjectif du moyen de défense, la question est de savoir si l'accusé a une raison sincère et de bonne foi d'avoir de la pornographie juvénile en sa possession dans l'un des buts énumérés. En ce qui concerne l'élément objectif, la question est de savoir si une personne raisonnable en viendrait à cette conclusion eu égard à l'ensemble des circonstances. Par exemple, il est bien établi que le critère des motifs raisonnables et probables qui sert à apprécier la légalité de la conduite d'un policier comporte un élément subjectif et un élément objectif (voir, p. ex., *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; et *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253). Par analogie, un tribunal pourrait très bien juger que les réponses données par le policier pour expliquer sa conduite étaient « raisonnables » compte tenu, par exemple, de son niveau d'expérience, et ainsi conclure qu'il croyait sincèrement à l'existence des motifs requis. Toutefois, cette conclusion ne répond pas à la question de savoir si les motifs requis existaient réellement d'un point de vue objectif.

[76] Le lien entre le but de M. Katigbak de monter une exposition artistique et l'activité protégée liée aux « arts » est manifeste et n'a jamais été mis en question. Cependant, le lien entre le fait que M. Katigbak avait accumulé et conservé de la pornographie juvénile sur une période de sept ans et le but qu'il avait dit poursuivre a été une question fort litigieuse au procès. Dans ces circonstances, nous ne sommes pas convaincues qu'il suffit d'appliquer les conclusions de fait tirées par la juge du procès en ce qui concerne la crédibilité de M. Katigbak pour déterminer s'il est satisfait à l'élément objectif du volet du moyen de défense relatif au but légitime.

[77] Given the erroneous legal framework applied at trial, Mr. Katigbak's acquittal cannot stand. However, because the factual underpinnings in relation to this objective component of the legitimate purpose branch of the defence were not fully explored, the appropriate remedy is to order a new trial.

[78] In light of our conclusion that there must be a new trial, we do not find it necessary to comment on the trial judge's findings or her conclusion on the second branch of the defence. We wish to note, however, that the Court of Appeal erred in two respects. First, it erred in its interpretation of the current version of the defence by relying on a community standard of tolerance test to determine if the risk of harm posed was "undue" within the meaning of s. 163.1(6)(b). Blair J.A. stated that "the risk of harm is 'undue' in this context when society would find that risk of harm inappropriate, unjustifiable, excessive or unwarranted in the circumstances of the case" (para. 76 (emphasis added)). As discussed above, the correct approach is to assess whether the accused's activities pose a significant risk of harm to young persons.

[79] The second error of the Court of Appeal was to substitute its own views on the harm posed by Mr. Katigbak for those of the trial judge. Since this was a Crown appeal from acquittal, the Court of Appeal was only permitted to consider errors of law (s. 676(1)(a)). Determining the ways that Mr. Katigbak's conduct posed a risk of harm to young persons and whether the risk of harm was "undue" will be questions to be determined based on the evidence at the new trial.

### C. *Validity of the Single Count Information*

[80] Mr. Katigbak submits that the Information that charged him was defective because it charged a single count of the offence for the period between 1999 and 2006, during which the statutory defences were amended. He argues that the Information was

[77] Vu le cadre juridique erroné appliqué au procès, le verdict d'acquittal de M. Katigbak ne saurait être maintenu. Cependant, comme les faits qui sous-tendent cet élément n'ont pas fait l'objet d'un examen complet, il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[78] Au vu de cette conclusion, nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de commenter les conclusions de la juge du procès, notamment sa conclusion relative au deuxième volet du moyen de défense. Nous faisons toutefois remarquer que la Cour d'appel a commis deux erreurs. Premièrement, elle s'est trompée en interprétant la version actuelle du moyen de défense. En effet, elle a appliqué la norme de la tolérance de la société pour décider si le risque posé était « indu » au sens de l'al. 163.1(6)b). Le juge Blair a affirmé que [TRADUCTION] « le risque est "indu" dans ce contexte à partir du moment où la société estime qu'il est inapproprié, injustifiable, excessif ou injustifié dans les circonstances de l'espèce » (par. 76 (nous soulignons)). Comme nous l'avons déjà dit, l'approche qu'il convient d'adopter consiste à se demander si les activités de l'accusé posent un risque important pour les personnes mineures.

[79] La deuxième erreur de la Cour d'appel a été de substituer sa propre appréciation du risque que pose M. Katigbak à celle de la juge du procès. Comme il s'agissait d'un appel interjeté par le ministère public contre un verdict d'acquittal, la Cour d'appel ne pouvait examiner que les erreurs de droit (al. 676(1)a)). La question de savoir en quoi la conduite de M. Katigbak pose un risque pour les jeunes personnes et celle de savoir si ce risque est « indu » seront tranchées à la lumière de la preuve qui sera présentée au nouveau procès.

### C. *Validité d'une dénonciation comportant un seul chef d'accusation*

[80] M. Katigbak soutient que la dénonciation sur la base de laquelle une accusation a été portée contre lui était viciée parce qu'elle ne comportait qu'un seul chef d'accusation pour la période de 1999 à 2006 et que, pendant cette période, les

duplicitous and should be quashed. In the alternative, he argues that he was prejudiced since he was required to meet two sets of statutory defences.

[81] It may be that it would have been preferable to charge Mr. Katigbak separately for the activities in the pre-amendment and post-amendment periods, given that different defences applied in each period. However, in our view, the Crown's decision to lay a single charge is not fatal.

[82] First, we see no merit to Mr. Katigbak's argument that the Information must be quashed because it was duplicitous. As established by s. 590(1)(b) of the *Criminal Code*: "A count is not objectionable by reason only that . . . it is double or multifarious". In *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, Dickson J. (as he then was) established the criteria for finding that an Information is defective because of duplicity, namely: "[D]oes the accused know the case he has to meet, or is he prejudiced in the preparation of his defence by ambiguity in the charge?" (p. 1308). In the case at bar, it was clear to the accused that he had to meet both defences for both periods of the alleged offence. It is also apparent from the trial record that Mr. Katigbak's counsel was aware of this, and conducted the defence accordingly.

[83] Second, Mr. Katigbak was not prejudiced by the single count as he contends, since he would have been required to meet both defences had the Crown charged him with separate counts of the offence.

[84] We would not give effect to this ground of appeal.

moyens de défense que la loi lui permettait d'invoquer ont été modifiés. Il soutient que la dénonciation était double et qu'elle devrait donc être annulée. À titre subsidiaire, il affirme avoir subi un préjudice parce qu'il devait satisfaire aux exigences de deux moyens de défense.

[81] Il aurait peut-être été préférable de porter des accusations distinctes contre M. Katigbak relativement à ses activités précédant les modifications de 2005, d'une part, et à ses activités postérieures à celles-ci, d'autre part, étant donné que les moyens de défense qu'il pouvait invoquer dans l'un et l'autre cas n'étaient pas les mêmes. Cependant, à notre avis, la décision du ministère public de ne porter qu'une seule accusation contre lui ne vicie pas irrémédiablement l'acte d'accusation.

[82] Premièrement, l'argument de M. Katigbak selon lequel il convient d'annuler la dénonciation parce qu'elle était double nous semble dénué de fondement. En effet, comme le prévoit l'al. 590(1)(b) du *Code criminel*, « [u]n chef d'accusation n'est pas inadmissible du seul fait [qu']il est double ou multiple ». Dans *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a établi en ces termes le critère permettant de déterminer si une dénonciation est viciée par une accusation double ou multiple : « l'accusé sait-il de quoi il est accusé ou l'ambiguïté de l'accusation nuit-elle à la préparation de sa défense? » (p. 1308). En l'espèce, il était clair pour l'accusé qu'il devait satisfaire aux exigences de deux moyens de défense relativement aux deux périodes durant lesquelles il aurait commis l'infraction qui lui est reprochée. Il ressort également du dossier du procès que l'avocat de M. Katigbak était au fait de cette situation et qu'il a présenté la défense en conséquence.

[83] Deuxièmement, contrairement à ce qu'il prétend, M. Katigbak n'a subi aucun préjudice du fait qu'un seul chef d'accusation a été porté contre lui puisqu'il lui aurait fallu satisfaire aux exigences de deux moyens de défense si le ministère public avait décidé de déposer un chef d'accusation pour chaque période en cause.

[84] Nous sommes d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

VII. Disposition

[85] For the foregoing reasons, Mr. Katigbak's acquittal at trial cannot stand, and neither can his conviction on appeal. We would therefore allow the appeal, and order a new trial in light of the appropriate legal framework. We add the obvious — the trial judge on the new trial is not bound by the factual conclusions of the trial judge or the Court of Appeal in these proceedings, and must consider the matter anew.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

[86] LEBEL J. — I have read the joint reasons of the Chief Justice and Charron J. I agree with the disposition they propose. But I respectfully disagree with their opinion regarding the meaning of the expression “undue risk of harm” in s. 163.1(6)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. They suggest that *any* risk of harm — including the risk inherent in any act of possession of child pornography — is undue within the meaning of the provision. On this view, even if the impugned activity had a legitimate purpose, the offence of possession of child pornography would be completely made out without proof of a specific and identifiable risk of harm in the circumstances of the particular case.

[87] In my opinion, the Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) raises a valid point in its factum about the interpretation of the concept of undue risk for the purposes of s. 163.1(6)(b). As it argues, the effect of holding that the generic harms associated with the possession of child pornography amount to undue risk would be to practically eliminate a defence that Parliament decided to leave open to the accused where the purpose of the possession is related to the administration of justice, science, medicine, education or art.

VII. Dispositif

[85] Pour les motifs qui précèdent, le verdict d'acquiescement de M. Katigbak ne saurait être maintenu, non plus que la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en appel. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès qui respectera le cadre juridique approprié. Il va sans dire — mais nous tenons néanmoins à le préciser — que le juge qui présidera le nouveau procès n'est aucunement lié par les conclusions de fait de la juge de première instance ou par celles de la Cour d'appel, et qu'il devra procéder à un nouvel examen de l'affaire.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

[86] LE JUGE LEBEL — J'ai lu les motifs conjoints de la Juge en chef et de la juge Charron. Je suis d'accord avec le dispositif qu'elles proposent. Toutefois, avec égards, je ne souscris pas à leur opinion sur la signification des mots « risque indu » à l'al. 163.1(6)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Elles donnent à penser que *tout* risque de préjudice — y compris le risque inhérent à toute possession de pornographie juvénile — est indu au sens de la disposition. Selon cette opinion, même dans le cas où l'activité contestée viserait un but légitime, l'infraction de possession de pornographie juvénile serait entièrement établie sans aucune preuve de l'existence d'un risque de préjudice précis et discernable dans les circonstances de l'espèce.

[87] À mon avis, l'Association canadienne des libertés civiles (« ACLC ») soulève un point valable dans son mémoire au sujet de l'interprétation du concept de risque indu pour les fins de l'al. 163.1(6)b). Selon son argument, conclure que le préjudice associé ordinairement à la possession de matériel pornographique juvénile constitue un risque indu aurait pour effet d'éliminer à toutes fins pratiques un moyen de défense que le législateur a décidé de laisser à la disposition de l'accusé dans les cas où celui-ci a le matériel en sa possession dans un but lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts.

[88] My colleagues' interpretation means that even if an accused were to raise a reasonable doubt about his or her purpose at the first stage of the analysis, the defence would inevitably fail. For all practical purposes, at the second stage of the analysis, the presence of the generic harms associated with the possession of child pornography would suffice to establish an undue risk to children.

[89] It is true that the s. 163.1(6) defence of legitimate purpose is common to all the child pornography offences listed in s. 163.1, including those of making and distributing of such material. Nevertheless, this does not mean that the social interests at stake are the same and that the importance of the public interest is identical in respect of all these offences. Indeed, Parliament has not attached the same penalties to them. The nature and scope of the defence must be consistent with the nature of the crime itself. The making and the distribution of child pornography entail a higher risk to the public and to children. The harms inherent in such offences are necessarily more serious and they always imply a relationship with third parties, that is, parties other than the victims themselves. This factor may restrict the ambit of the defence of legitimate purpose in such cases. Although I would not downplay the seriousness of the offence of possession of child pornography given that the activities of making and distribution often flow from or result in possession, it is not of equal seriousness or consequence. Possession does not have the same impact on others as the making or distribution of child pornography. After all, it is an offence that may, like that of accessing child pornography, be committed in private, in one's home, without any contact with others (s. 163.1(4.1)).

[90] In such circumstances, as the CCLA argues, the harm to be proven to establish an undue risk must be greater than the generic harms. A court

[88] Selon l'interprétation proposée par mes collègues, même si l'accusé soulevait, à la première étape de l'analyse, un doute raisonnable quant au but qu'il visait, le moyen de défense serait invariablement voué à l'échec. À la deuxième étape de l'analyse, le préjudice associé ordinairement à la possession de pornographie juvénile suffirait, à toutes fins utiles, à établir l'existence d'un risque indu pour les enfants.

[89] Il est vrai que le moyen de défense fondé sur le but légitime, prévu au par. 163.1(6), peut être invoqué relativement à toutes les infractions de pornographie juvénile énumérées à l'art. 163.1, y compris la production et la distribution de matériel pornographique juvénile. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que les intérêts sociaux en jeu sont les mêmes et que l'importance de l'intérêt public est identique dans tous les cas. En effet, le législateur n'a pas prévu les mêmes peines pour punir l'ensemble de ces infractions. La nature et la portée du moyen de défense doivent être conformes à la nature du crime lui-même. Or, la production et la distribution de matériel pornographique juvénile supposent un risque plus élevé pour le public, notamment les enfants. Les risques inhérents à de telles infractions sont nécessairement plus importants, et ils supposent toujours une relation avec des tiers, à savoir des parties autres que les victimes elles-mêmes. Ce facteur peut limiter la portée du moyen de défense fondé sur le but légitime dans de tels cas. Je ne veux certes pas minimiser la gravité de l'infraction de possession de pornographie juvénile, mais comme il arrive souvent que la production et la distribution découlent de la possession ou encore donnent lieu à celle-ci, j'estime qu'elle n'a pas la même gravité ou la même importance. La possession n'a pas la même incidence sur d'autres personnes, contrairement à la production ou la distribution. Après tout, il s'agit d'une infraction qui, comme le fait d'accéder à de la pornographie juvénile, peut être commise en toute intimité, à la maison, sans contact avec qui que ce soit (par. 163.1(4.1)).

[90] Dans de telles circonstances, il faut, comme l'ACLC le prétend, que le préjudice à prouver pour établir l'existence d'un risque indu soit plus grave

must find facts and circumstances that create an undue risk in the context of the case before it, such as a lack of security and ease of access to the material by others. Otherwise, although my colleagues argue that the defence could still be made out in some cases, I wonder how and when. From a practical standpoint, their interpretation forecloses that possibility.

[91] Subject to these comments, I agree that a new trial should be held in which this Court's interpretation of the *Criminal Code* is applied. The acquittal entered at the first trial and the conviction entered by the Court of Appeal (2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301) were unwarranted.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: David E. Harris, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the interveners: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

que celui que l'on associe ordinairement à la possession de pornographie juvénile. Les tribunaux doivent conclure à l'existence de faits et de circonstances qui créent un risque indu dans le contexte de l'affaire dont ils sont saisis, telles l'absence de sécurité et la facilité d'accès au matériel par des tiers. Autrement, bien que mes collègues soutiennent qu'on puisse toujours invoquer avec succès le moyen de défense dans certains cas, je me demande bien comment et dans quelles circonstances on pourrait le faire. D'un point de vue pratique, leur interprétation écarte cette possibilité.

[91] Sous réserve de ces commentaires, je suis d'accord qu'il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès qui appliquera l'interprétation que fait notre Cour du *Code criminel*. L'acquiescement prononcé par le tribunal de première instance et la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel (2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301) n'étaient pas justifiés.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : David E. Harris, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante : Borden Ladner Gervais, Toronto.*