

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** R. *c.* K.R.J., 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906 | **Appel entendu :** 2 décembre 2015  **Jugement rendu :** 21 juillet 2016  **Dossier :** 36200 |

Entre :

K.R.J.

Appelant

et

Sa Majesté la Reine

Intimée

- et -

Procureur général du Canada, procureur général de l’Ontario,

Association des avocats de la défense de Montréal,

David Asper Centre for Constitutional Rights,

Criminal Lawyers’ Association (Ontario) et

Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique

Intervenants

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 116)  **Motifs dissidents en partie :**  (par. 117 à 130)  **Motifs dissidents en partie :**  (par. 131 à 162) | La juge Karakatsanis (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté)  La juge Abella  Le juge Brown |

R. *c.* K.R.J., 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906

K.R.J. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Procureur général du Canada,

procureur général de l’Ontario,

Association des avocats de la défense de Montréal,

David Asper Centre for Constitutional Rights,

Criminal Lawyers’ Association (Ontario) et

Association des libertés civiles de la Colombie‑Britannique Intervenants

**Répertorié : R. *c.* K.R.J.**

2016 CSC 31

No du greffe : 36200.

2015 : 2 décembre; 2016 : 21 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

en appel de la cour d’appel de la colombie‑britannique

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de bénéficier de la peine la moins sévère — Détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité inscrit par l’inculpé à l’égard d’accusations d’inceste et de production de pornographie juvénile — Application rétrospective de modifications du Code criminel ayant pour effet d’accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine peut soumettre un délinquant sexuel — Modifications apportées après la perpétration des infractions, mais avant la détermination de la peine — Les nouvelles interdictions prévues par le Code criminel infligent‑elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l’art. 11i) de la Charte? — Dans l’affirmative, cette restriction est‑elle justifiée? — Reformulation du critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’art. 11i) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11i) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C‑46, art. 161(1)c), d).*

L’alinéa 11*i*) de la *Charte* prévoit, lorsque la peine qui sanctionne une infraction est modifiée après la perpétration de celle‑ci, mais avant la détermination de la peine, que le contrevenant a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère ». Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction sexuelle énumérée à l’égard d’une personne âgée de moins de 16 ans, le par. 161(1) du *Code criminel* confère au juge qui détermine la peine un pouvoir discrétionnaire lui permettant d’interdire au délinquant de se livrer à différentes activités quotidiennes après sa libération et une fois de retour dans la collectivité, sous réserve de certaines conditions ou exemptions. En 2012, le législateur a étendu la portée du par. 161(1) en conférant au juge le pouvoir d’interdire au délinquant sexuel d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans (al. 161(1)c)) ou d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique (al. 161(1)d)). Le législateur entendait ainsi investir le juge qui détermine la peine d’un pouvoir discrétionnaire qui lui permette de soumettre aux nouvelles interdictions tout contrevenant, y compris celui qui a commis l’acte criminel avant l’entrée en vigueur des modifications. En mars 2013, l’accusé a plaidé coupable à des accusations d’inceste et de production de pornographie juvénile. Les infractions avaient été commises entre 2008 et 2011. Étant donné les déclarations de culpabilité et l’âge de la victime, le juge était tenu de se demander s’il y avait lieu de prononcer une interdiction fondée sur le par. 161(1). La question s’est alors posée de savoir si les dispositions issues des modifications de 2012 pouvaient s’appliquer rétrospectivement de sorte que l’accusé y soit assujetti.

Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu qu’une ordonnance fondée sur les nouveaux al. 161(1)c) et d) constitue une peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte*, de sorte que les dispositions ne peuvent s’appliquer rétrospectivement. Il a donc interdit sur le fondement de l’art. 161 les seules activités mentionnées dans la version du par. 161(1) qui était en vigueur lorsque l’accusé avait commis les infractions. Dans le cadre de l’appel du ministère public, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 visaient à protéger le public, non à punir les contrevenants, de sorte qu’elles ne pouvaient être considérées comme une peine au sens de l’al. 11*i*). Ils ont accueilli l’appel et soumis l’accusé aux interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d), appliquant ceux‑ci rétrospectivement.

*Arrêt* (les juges Abella et Brown sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les dispositions issues des modifications apportées aux al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* sont assimilées à une peine, de sorte que leur application rétrospective restreint le droit garanti par l’al. 11*i*) de la *Charte*. À la lumière de l’article premier de la *Charte*, l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), qui permet d’interdire tout contact, ne constitue pas une restriction raisonnable du droit garanti par l’al. 11*i*), mais celle de l’al. 161(1)d), qui permet d’interdire l’utilisation d’Internet, constitue une restriction raisonnable. Par conséquent, le pourvoi est accueilli quant à l’al. 161(1)c), mais rejeté quant à l’al. 161(1)d).

*La* juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté : L’alinéa 11*i*) de la *Charte* constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétrospectivement. Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d’application rétrospective tient principalement à la volonté de protéger l’équité des procédures criminelles et de garantir la primauté du droit. Les règles applicables aux sanctions criminelles doivent être claires et certaines. Pour faire jouer la protection de l’al. 11*i*), les nouvelles interdictions doivent constituer une « peine ». Dans *R. c.* *Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, la Cour a dégagé un critère à deux volets qui permet de décider si une conséquence équivaut ou non à une peine au sens de l’al. 11*i*) : (1) la mesure doit être une conséquence de la déclaration de culpabilité et faire partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) elle doit être conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine.

Deux précisions s’imposent relativement à ce critère. Premièrement, même si toute mesure imposée pour protéger le public ne constitue pas une peine, la protection du public est au cœur de l’objectif et des principes de la détermination de la peine et elle n’est donc pas une considération suffisante pour décider qu’une sanction constitue ou non une peine. Par conséquent, la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d’une exception générale à la protection qu’offre l’al. 11*i*) et elle peut être considérée comme une peine. Deuxièmement, le critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*) de la *Charte* doit englober une prise en compte plus claire et plus soutenue de l’incidence de la sanction sur le contrevenant. Une telle prise en compte permet d’accroître le caractère équitable de la peine et la prévisibilité de son infliction et elle est compatible avec la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, il convient de reformuler comme suit le critère permettant d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*) : une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d’une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité. Pour satisfaire au troisième volet du critère, la conséquence de la déclaration de culpabilité doit restreindre sensiblement la faculté qu’a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis.

Au vu du critère ainsi reformulé, les nouvelles interdictions issues des modifications apportées au par. 161(1) en 2012 constituent une peine. Elles sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, elles sont conformes à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine et elles peuvent avoir une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. De toute évidence, elles emportent l’infliction d’une peine plus importante que les interdictions antérieures. Par conséquent, l’application rétrospective des dispositions qui les prévoient restreint le droit garanti par l’al. 11*i*) puisqu’elle empêche l’accusé de faire l’objet des mesures de surveillance dans la collectivité moins restrictives qui figuraient dans la version antérieure de l’art. 161, c’est‑à‑dire de la peine la moins sévère.

Pour être justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*, la règle de droit qui restreint un droit constitutionnel doit le faire conformément à un objectif suffisamment important qui se concilie avec les valeurs d’une société libre et démocratique. L’historique législatif de l’art. 161, son interprétation judiciaire et la manière dont il est conçu confirment que l’objectif prépondérant de l’article est de protéger les enfants contre la violence sexuelle aux mains de récidivistes. Il s’ensuit naturellement que l’objectif de l’application rétrospective des modifications de 2012 — la mesure attentatoire — est de mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant qui, comme l’accusé, a commis l’acte criminel avant l’entrée en vigueur des modifications, mais a été condamné après celle‑ci. C’est en fonction de cet objectif que s’effectue l’analyse au regard de l’article premier et il s’agit d’un objectif suffisamment important pour justifier la poursuite de l’examen.

Il existe manifestement un lien rationnel entre cet objectif et l’octroi rétrospectif au tribunal qui détermine la peine d’un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre à des contraintes le contrevenant qui représente toujours un risque pour les enfants du fait qu’il peut communiquer en personne ou en ligne avec eux et accéder à de la pornographie juvénile en ligne (le moyen choisi). La raison et la logique suffisent pour établir que le législateur a agi de manière rationnelle en conférant aux al. 161(1)c) et d) un effet rétrospectif. En outre, puisque l’art. 161 confère un pouvoir discrétionnaire et qu’il est adapté à son objectif, et comme l’application strictement prospective aurait compromis la réalisation intégrale de l’objectif du législateur, l’application rétrospective des al. 161(1)c) et d) porte atteinte au droit protégé par l’al. 11*i*) aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire.

Enfin, il faut apprécier les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la règle de droit. Cette dernière étape de l’examen de la proportionnalité est importante car le tribunal peut alors transcender l’objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l’incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne d’une manière directe et explicite. Même si l’examen suppose des jugements de valeur difficiles, il vaut mieux faire en sorte que ces jugements soient explicites, de manière à accroître la transparence et l’intelligibilité de la décision ultime. Bien que, de nos jours, au Canada, l’atteinte minimale occupe la place la plus grande dans le discours relatif à l’article premier, le tribunal peut, à cette dernière étape, se pencher sur l’essence de l’examen de la proportionnalité qui est au cœur de l’application de l’article premier.

Les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) sont importants. Le nouvel al. 161(1)c) permet au tribunal d’aller beaucoup plus loin et d’interdire d’avoirdescontacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de 16 ans dans un lieu public ou privé. En condamnant un contrevenant comme l’accusé à une peine dont il ne se savait pas passible, l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) compromet l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Les enfants sont malheureusement victimes d’infractions sexuelles depuis des siècles. Le ministère public n’a présenté que peu d’éléments ou n’en a pas présenté du tout pour établir le degré de protection accrue offert par le nouvel al. 161(1)c) comparativement au libellé antérieur de l’interdiction. Les effets bénéfiques éventuels pour la société sont négligeables et hypothétiques. Le ministère public n’a pas fait valoir l’existence d’une justification d’ordre temporel de la restriction rétrospective du droit et, pourtant, l’al. 11*i*) s’intéresse foncièrement au moment où intervient la modification d’une disposition à caractère punitif. L’application rétrospective de l’al. 161(1)c) ne saurait donc pas se justifier au regard de l’article premier. Dès lors, l’alinéa ne devrait s’appliquer que prospectivement, c’est‑à‑dire seulement au contrevenant dont l’acte criminel est postérieur à l’entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

Les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) sont eux aussi importants. L’interdiction totale d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique constitue un plus grand empiétement que l’interdiction antérieure d’utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec de jeunes personnes. Comme pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), l’infliction d’une peine dont le contrevenant ne pouvait se savoir passible cause un préjudice général à la société, notamment en compromettant l’équité des procédures criminelles et en remettant en question la primauté du droit. Toutefois, l’al. 161(1)d) s’attaque aux nouveaux préjudices graves dont l’infliction est précipitée par l’évolution rapide du contexte sociotechnologique. Ce contexte en constante évolution a modifié tant le degré que la nature du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, la version antérieure de l’art. 161 ne permettait plus de contrer le risque que courent les enfants de nos jours. Du fait qu’elle comble cette lacune législative et réduit les risques nouveaux, l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) comporte des effets bénéfiques importants assez concrets. L’interdiction antérieure n’était plus adaptée à l’évolution du risque. Tout bien considéré, le législateur était justifié, vu le contexte unique dans lequel il intervenait, de conférer à l’al. 161(1)d) un effet rétrospectif. Les préjudices en jeu sont particulièrement convaincants. Le régime législatif a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire. L’interdiction d’utiliser Internet, même si elle est attentatoire, ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d’emprisonnement accrue. Les effets bénéfiques de la règle de droit l’emportent sur ses effets préjudiciables.

Bref, les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) depuis les modifications apportées en 2012 peuvent être assimilées à une peine en raison tant de leur objectif que de leurs répercussions. L’application rétrospective de ces interdictions restreint donc le droit garanti par l’al. 11*i*) de la *Charte*. L’application rétrospective de l’al. 161(1)c), qui permet d’interdire tout contact, ne constitue pas une restriction raisonnable du droit garanti par l’al. 11*i*), mais celle de l’al. 161(1)d), qui permet d’interdire l’utilisation d’Internet, constitue une restriction raisonnable.

*La* juge Abella (dissidente en partie) : L’atteinte de l’al. 161(1)d) à la *Charte* ne saurait se justifier. Le libellé de l’al. 11*i*) est sans équivoque. La formulation absolue employée à l’art. 11 par les rédacteurs de la *Charte* doit influer sur l’analyse que commande l’article premier par l’exigence de la justification la plus stricte.

Le ministère public a le fardeau de preuve le plus strict qui soit, de sorte qu’il doit convaincre le tribunal que l’application des dispositions antérieures aurait si considérablement compromis les objectifs de l’État que l’application rétrospective d’une peine plus sévère était justifiée. Le dossier de preuve du ministère public en l’espèce est insuffisant pour justifier l’application rétrospective des dispositions contestées. Loin d’offrir une preuve de nature à convaincre, le ministère public n’a produit à l’appui de l’al. 161(1)d) aucun élément selon lequel les dispositions antérieures compromettaient si considérablement les objectifs de l’État que l’application rétrospective d’interdictions de plus grande portée était justifiée. Si, pour justifier la restriction du droit garanti à l’al. 11*i*), il suffit d’invoquer la réduction possible des taux de récidive, de pair avec l’évolution technologique ou toute autre considération, l’État pourrait en théorie justifier dans tous les cas l’application rétrospective de peines accrues, au point de réduire à néant l’al. 11*i*) de la *Charte*. En l’espèce, nul élément de la preuve n’indique comment l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) devait réduire ou aurait réduit les taux de récidive davantage que ne le permettaient les anciennes interdictions. Par conséquent, il y accord avec les juges majoritaires que les al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* contreviennent tous deux à l’al. 11*i*) de la *Charte* et que l’al. 161(1)c) ne peut être justifié au regard de l’article premier. L’alinéa 161(1)d) ne peut cependant pas être justifié non plus.

*Le* juge Brown (dissident en partie) : Comme le concluent les juges majoritaires, chacune des interdictions que le juge qui détermine la peine peut prononcer en vertu des al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* constitue une peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte* et l’application rétrospective des dispositions qui les prévoient contrevient à l’al. 11*i*). Le ministère public s’est certes acquitté de son obligation de justifier l’atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*) en ce qui concerne l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)d). Toutefois, il s’en est également acquitté quant à l’interdiction prévue à l’al. 161(1)c), à savoir celle d’avoir des contacts avec des enfants. L’application rétrospective des deux interdictions devrait donc être jugée conforme à l’article premier de la *Charte*.

Le préjudice que vise à contrer l’al. 11*i*) n’est donc pas la peine comme telle, mais plutôt le moyen par lequel elle est infligée. Cette caractéristique de la protection de l’al. 11*i*) fondée sur le moyen entre en jeu dans l’analyse que commande l’article premier, étant donné que, dans l’arrêt *Oakes*,la Cour se penche sur la proportionnalité de l’objectif législatif et des effets attentatoires à la *Charte* qui découlent des mesures prises pour l’atteindre, et non sur le choix du moyen qui équivaut en soi à une atteinte constitutionnelle. L’application du critère de l’arrêt *Oakes* ne se veut pas formaliste, et elle ne devrait pas être tenue pour telle. En appliquant l’arrêt *Oakes* avec rigidité et sans tenir compte du contexte, les juges majoritaires perdent de vue le tableau général et l’objectif global du législateur. Ils soumettent le législateur à une norme de preuve très stricte et lui refusent ainsi la marge de manœuvre dont il a besoin pour s’acquitter de sa fonction de mise en œuvre de politiques en matière législative lorsqu’il s’agit de s’attaquer à un problème social chronique. Ils exigent en outre une preuve directe des effets bénéfiques escomptés, mais étant donné la nature chronique du problème, il est impossible de produire une telle preuve.

Pour se prononcer utilement sur la proportionnalité, il faut donc rechercher plus largement l’intention du législateur en raison de la caractéristique propre à l’al. 11*i*), soit la protection fondée sur le moyen. La mesure attentatoire qui doit être soumise à l’examen consiste dans la totalité des modifications apportées à l’art. 161. La caractérisation par les juges majoritaires de l’objectif de cette mesure, à savoir accroître la protection qu’offre aux enfants l’art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d’infractions sexuelles, doit être retenue. L’application rétrospective des dispositions issues des modifications a un lien rationnel avec cette vocation protectrice, car le risque que le contrevenant s’en prenne à nouveau sexuellement à des enfants n’a rien à voir avec le fait que l’acte criminel a été commis avant ou après l’adoption de la mesure. Et vu l’objectif du législateur d’accroître la protection qu’offre aux enfants l’art. 161, aucune autre mesure moins attentatoire ne ferait jouer la protection offerte par le par. 161(1) dans le cas du contrevenant qui a commis l’acte criminel avant l’entrée en vigueur des modifications et qui présente un risque de récidive.

La dernière étape de l’examen de la proportionnalité se rattache à l’incidence réelle et aux effets bénéfiques de la règle de droit, mais l’objet de la mise en balance est somme toute de nature beaucoup plus abstraite et philosophique : l’effet préjudiciable sur le droit garanti par la *Charte* comparé à l’effet bénéfique recherché pour la société. Il faut bien se garder d’imposer un fardeau de preuve trop strict. Or, c’est précisément ce que font les juges majoritaires en exigeant une preuve empirique alors qu’il n’en existe aucune. Compte tenu du contexte social complexe dans lequel les politiques du législateur voient souvent le jour, il sera parfois difficile, voire impossible, pour l’État d’avancer une preuve fiable et directe des effets bénéfiques d’une mesure.

Les juges majoritaires font erreur en exagérant les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) tout en sous‑estimant ses effets bénéfiques. Cette disposition n’interdit que les contacts non supervisés avec des enfants, et l’ordonnance rendue sur son fondement peut être assortie de toute exemption que le juge chargé de déterminer la peine estime indiquée. L’interprétation par les juges majoritaires de la restriction du droit à la liberté opérée par l’al. 161(1)c) est indûment libérale et va directement à l’encontre du principe bien établi en droit criminel voulant que l’interdiction d’une conduite doive être interprétée restrictivement. En outre, l’accent mis par les juges majoritaires sur l’existence d’une justification d’ordre temporel convaincante de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) dans leur appréciation de l’effet préjudiciable de l’application rétrospective n’est pas opportun. Ils remettent essentiellement en cause l’objectif poursuivi par le législateur par l’augmentation rétrospective de la peine lorsqu’ils se demandent s’il était véritablement urgent et réel. Les considérations d’ordre temporel ne sont pas pertinentes pour apprécier l’effet préjudiciable d’une peine d’application rétrospective sur la primauté du droit, car toute modification apportée rétrospectivement à une règle de droit porte atteinte à la primauté du droit, quelle que soit la motivation du législateur.

En ce qui a trait aux effets bénéfiques, le risque que fait courir aux enfants un contrevenant comme l’accusé ne peut tout simplement pas être réduit en appliquant la version antérieure du par. 161(1). Selon la preuve dont disposait le législateur, la plupart des infractions sexuelles perpétrées contre des enfants le sont par des membres de la famille ou par des connaissances. La version antérieure du par. 161(1) ne pouvait empêcher le délinquant d’interagir avec des enfants dans un lieu privé, alors que c’est précisément le contexte dans lequel le délinquant présente le risque le plus grand de récidive sexuelle contre des enfants. Les effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) paraissent manifestes.

Les raisons invoquées par les juges majoritaires à l’appui de leur conclusion selon laquelle est justifiée la restriction du droit garanti par l’al. 11*i*), du fait de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d), valent également toutes pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c). L’interdiction que prévoit l’al. 161(1)c) est elle aussi très bien circonscrite et relève du pouvoir discrétionnaire puisqu’elle n’est prononcée que lorsque le juge qui détermine la peine conclut qu’elle est nécessaire et, en outre, qu’elle fait l’objet de toute exemption que le juge indique. Si l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) constitue une restriction proportionnée et justifiée du droit que l’al. 11*i*) garantit au contrevenant, il doit en aller de même pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c).

La mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques d’une règle de droit attentatoire ne constitue pas un calcul utilitaire objectif, car le tribunal doit soupeser des choses non mesurables, en l’occurrence l’effet préjudiciable sur le délinquant sexuel et sur la primauté du droit par rapport à l’effet bénéfique possible de la protection des enfants contre les délinquants sexuels. Cependant, malgré l’impossibilité de soupeser objectivement des choses non mesurables, le tribunal de révision doit néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. Les effets bénéfiques escomptés en l’espèce justifient la restriction des droits : les préjudices que l’on cherche à contrer sont graves et persistants et justifient la prise de mesures législatives relevant du droit criminel. La portée des dispositions est suffisamment circonscrite pour que les droits du contrevenant garantis par l’al. 11*i*) ne soient pas indûment restreints. Ni l’al. 161(1)c) ni l’al. 161(1)d) n’emportent un accroissement draconien de la peine infligée. Tout bien considéré, l’effet bénéfique potentiel de l’application rétrospective des alinéas en cause qui réside dans la protection accrue des enfants contre tous les délinquants sexuels susceptibles de récidiver et de s’en prendre à nouveau à eux, peu importe le moment où le contrevenant a commis une infraction énumérée, prime l’effet modéré qui en résulte sur l’équité des procédures criminelles et sur la primauté du droit.

**Jurisprudence**

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêt analysé :** *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; **arrêts mentionnés :** *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Black‑Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof‑Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *R. c. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, conf. par [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369; *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. c. Levin*, 2015 ONCJ 290; *R. c. Schledermann*, 2014 ONSC 674; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *RJR‑MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Dagenais c. Société Radio‑Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie)

*Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Liang c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159.

Citée par le juge Brown (dissident en partie)

*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *RJR‑MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Public School Boards’ Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. St‑Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46, art. 161, 258(1)d.1), 718 et suiv., 718.1, 718.2, 810, 810.1, 810.2.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).

*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1993, c. 45, art. 1.

*Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, art. 16(1).

**Doctrine et autres documents cités**

Areheart, Bradley Allan, and Michael Ashley Stein. « Integrating the Internet » (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449.

Babchishin, Kelly M., R. Karl Hanson and Heather VanZuylen. « Online Child Pornography Offenders are Different : A Meta‑analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children » (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45.

Barak, Aharon. « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.

Barak, Aharon. « Proportionality and Principled Balancing » (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1.

Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Cameron, Jamie. « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, no 44, 3e sess., 40e lég., 31 janvier 2011, p. 5‑6.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, no 46, 3e sess., 40e lég., 7 février 2011, p. 5‑6.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, no 49, 3e sess., 40e lég., 16 février 2011, p. 7.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, no 50, 3e sess., 40e lég., 28 février 2011, p. 4.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, no 110, 3e sess., 40e lég., 3 décembre 2010, p. 6787.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, no144, 3e sess., 40e lég., 11 mars 2011, p. 8967.

Canada. Sécurité publique et Protection civile. « La récidive sexuelle : d’une simplicité trompeuse », par Andrew J. R. Harris et R. Karl Hanson, mars 2004 (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/sx‑ffndr‑rcdvsm/index‑fr.aspx).

Canada. Sécurité publique et Protection civile. « Les prédicteurs de la récidive sexuelle : une méta‑analyse à jour », par R. Karl Hanson et Kelly Morton‑Bourgon, février 2004 (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/2004‑02‑prdctrs‑sxl‑rcdvsm‑pdtd/index‑fr.aspx).

Choudhry, Sujit. « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven (Conn.), Yale University Press, 1969.

Gardner, John. « Introduction », in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, xiii.

Grimm, Dieter. « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.

Lyons, David. *Ethics and the rule of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984.

Pound, Roscoe. « Mechanical Jurisprudence » (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605.

Sampford, Charles, with the assistance of Jennie Louise, Sophie Blencowe and Tom Round. *Retrospectivity and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Schauer, Frederick. « Proportionality and the Question of Weight », in Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning*, New York, Cambridge University Press, 2014, 173.

Stewart, Hamish. « Punitive in Effect : Reflections on *Canada v. Whaling* » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Webber, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution : On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Zion, Mark. « Effecting Balance : *Oakes* Analysis Restaged » (2012‑2013), 43 *R.D. Ottawa* 431.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique (les juges Newbury, Kirkpatrick et Groberman), 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540, 14 C.R. (7th) 30, 321 C.R.R. (2d) 75, 362 B.C.A.C. 86, 622 W.A.C. 86, [2014] B.C.J. No. 2495 (QL), 2014 CarswellBC 2955 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision relative à la détermination de la peine. Pourvoi accueilli en partie, les juges Abella et Brown sont dissidents en partie.

*Eric Purtzki* et *Garth Barriere*, pour l’appelant.

*Lesley A. Ruzicka*, pour l’intimée.

*Richard Kramer* et *Marc Ribeiro*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Stacey D. Young* et *Jennifer A. Crawford*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Nicholas St‑Jacques* et *Lida Sara Nouraie*, pour l’intervenante l’Association des avocats de la défense de Montréal.

*John Norris* et *Cheryl Milne*, pour l’intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Matthew R. Gourlay*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

*Emily MacKinnon* et *Michael A. Feder*, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie‑Britannique.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté rendu par

La juge Karakatsanis —

I. Introduction

1. Un tribunal devrait se prononcer sur la conduite d’une personne et sur les conséquences juridiques qui en découlent en fonction du droit qui s’appliquait au moment de la conduite reprochée. C’est là un précepte fondamental de notre système juridique.
2. Conformément à ce principe, l’al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit, lorsque la peine qui sanctionne une infraction est modifiée après la perpétration de celle‑ci, mais avant la détermination de la peine, que le contrevenant a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère ». Comme les autres droits consacrés par l’art. 11 de la *Charte*, celui conféré à l’al. 11*i*) revêt une importance fondamentale pour notre système de justice, car il assure l’équité des procédures criminelles et garantit la primauté du droit.
3. Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction sexuelle énumérée à l’égard d’une personne âgée de moins de 16 ans, le par. 161(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46, confère au juge qui détermine la peine un pouvoir discrétionnaire lui permettant de lui interdire de se livrer à différentes activités quotidiennes après sa libération et une fois de retour dans la collectivité, sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique. En 2012, le législateur a étendu la portée du par. 161(1) en conférant au juge le pouvoir d’interdire au délinquant sexuel d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans (al. 161(1)c)) ou d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique (al. 161(1)d)).
4. Le législateur entendait ainsi investir le juge qui détermine la peine d’un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre aux nouvelles interdictions tout contrevenant, y compris celui qui a commis l’infraction *avant* l’entrée en vigueur des modifications. Autrement dit, l’intention du législateur était que les modifications de 2012 s’appliquent de manière rétrospective.
5. Nous devons décider si l’application *rétrospective* des dispositions issues des modifications de 2012 (les nouveaux al. 161(1)c) et d) du *Code criminel*)est constitutionnelle. Deux questions subsidiaires se posent alors. Premièrement, les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) constituent‑elles une « peine », de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l’al. 11*i*) de la *Charte*? Deuxièmement, dans l’affirmative, s’agit‑il d’une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer au regard de l’article premier de la *Charte*? L’application des nouvelles interdictions au contrevenant dont les actes criminels sont *ultérieurs* à l’entrée en vigueur des modifications n’est pas en cause.
6. Je conclus que les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) depuis les modifications apportées en 2012 peuvent être assimilées à une peine en raison tant de leur objectif que de leurs répercussions. L’application rétrospective de ces interdictions restreint donc le droit garanti par l’al. 11*i*) de la *Charte*.
7. En ce qui concerne l’article premier de la *Charte*, je tire des conclusions opposées à l’égard des al. 161(1)c) et d). L’application rétrospective de l’al. 161(1)c), qui permet d’interdire tout contact, *ne* constitue *pas* une restriction raisonnable du droit garanti par l’al. 11*i*), mais celle de l’al. 161(1)d), qui permet d’interdire l’utilisation d’Internet, *constitue* une restriction raisonnable. Ma conclusion relative à l’al. 161(1)d) s’appuie principalement sur le fait que le législateur a adopté la disposition dans un contexte sociotechnologique en constante évolution, un contexte qui a modifié à la fois le degré et la nature du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en partie.

II. Faits et historique législatif

1. Le 6 mars 2013, l’appelant a plaidé coupable à des accusations d’inceste et de production de pornographie juvénile. Les infractions ont été commises entre 2008 et 2011, et la victime est la fillette de l’appelant.
2. Lors de la perpétration des infractions, le par. 161(1) du *Code criminel* était libellé comme suit :

**161.**(1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable, ou absous en vertu de l’article 730 aux conditions prévues dans une ordonnance de probation, d’une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l’égard d’une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine ou ordonne son absolution, en plus de toute autre peine ou de toute autre condition de l’ordonnance d’absolution applicables en l’espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique, peut interdire au contrevenant :

*a*) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l’on peut se baigner s’il y a des personnes âgées de moins de seize ans ou s’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il y en ait, une garderie, un terrain d’école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

*b*) de chercher, d’accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d’autorité vis‑à‑vis de personnes âgées de moins de seize ans;

*c*) d’utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans.

1. Après que l’appelant eut commis les infractions, mais avant la détermination de sa peine, le par. 161(1) a été modifié par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, par. 16(1), entrée en vigueur le 9 août 2012. Les alinéas 161(1)a) et b) sont demeurés inchangés. Par contre, l’al. 161(1)c) interdisait désormais tout contact avec de jeunes personnes, peu importe le moyen, et un nouvel alinéa — 161(1)d) — interdisait l’utilisation d’Internet. Ces modifications ont eu pour effet d’accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine pouvait soumettre un délinquant sexuel. Les alinéas 161(1)c) et d) prévoient aujourd’hui que ce juge peut interdire au contrevenant :

**c)** d’avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence;

**d)**d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

1. Après l’entrée en vigueur des modifications de 2012, l’appelant a été condamné à neuf ans d’emprisonnement. Étant donné les déclarations de culpabilité et l’âge de la victime, le juge était tenu de se demander s’il y avait lieu de prononcer une interdiction fondée sur le par. 161(1). La question s’est alors posée de savoir si les dispositions issues des modifications de 2012 pouvaient s’appliquer rétrospectivement de sorte que l’appelant y soit assujetti.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. Cour provinciale de la Colombie‑Britannique (le juge Klinger)

1. Le juge qui détermine la peine conclut qu’une ordonnance fondée sur l’art. 161 est indiquée, car [traduction] « la sécurité des enfants âgés de moins de seize ans sera exposée à un risque sérieux une fois [l’appelant] libéré ». Compte tenu du critère établi par la Cour en la matière dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 63, il estime toutefois qu’une ordonnance fondée sur les nouveaux al. 161(1)c) et d) constitue une peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte*, de sorte que les dispositions ne peuvent s’appliquer rétrospectivement. Vu l’absence de contestation constitutionnelle formelle et le fait qu’il ne recourt à l’al. 11*i*) qu’aux fins d’interprétation législative, le juge omet de considérer l’application de l’article premier de la *Charte*.
2. Le juge interdit donc sur le fondement de l’art. 161, pour une période de sept ans, les seules activités mentionnées dans la version du par. 161(1) qui était en vigueur lorsque l’appelant a commis les infractions.

B. Cour d’appel de la Colombie‑Britannique — 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540

1. Dans le cadre de l’appel du ministère public, l’appelant a contesté formellement la constitutionnalité de l’application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012. La Cour d’appel est partagée quant à savoir si l’atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*) est établie ou non. Au nom des juges majoritaires, la juge Newbury conclut que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 visent à protéger le public, non à punir les contrevenants, de sorte qu’elles ne peuvent être considérées comme une peine au sens de l’al. 11*i*). Elle accueille l’appel et soumet l’appelant aux interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d), rétrospectivement, pour une période de sept ans.
2. Dissident en partie, le juge Groberman opine que l’application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012 contrevient à l’al. 11*i*). Il s’appuie sur l’arrêt *Rodgers* pour conclure que les ordonnances fondées sur l’art. 161 sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, que les interdictions qu’elles prévoient sont conformes à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine et qu’il s’agit donc d’une « peine ».
3. Vu la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le droit garanti par l’al. 11*i*) n’est pas en jeu, ni les parties ni la Cour d’appel ne se sont exprimées sur l’application de l’article premier de la *Charte*.

IV. Questions en litige

1. Le dossier soulève deux questions constitutionnelles :
   * + 1. L’application rétrospective des al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* restreint‑elle le droit garanti par l’al. 11*i*) de la *Charte*?
       2. Dans l’affirmative, s’agit‑il d’une restriction apportée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au regard de l’article premier de la *Charte*?

V. Analyse

1. Je remarque au préalable que, bien qu’il existe une présomption à l’encontre de l’application rétrospective d’une disposition législative qui porte atteinte à un droit substantiel (*R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 10), les parties ne contestent pas la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle la présomption est réfutée en l’espèce, le législateur ayant voulu que les dispositions issues des modifications de 2012 s’appliquent de manière rétrospective. Je suis d’accord.
2. L’issue du pourvoi tient donc à ce que cette application rétrospective est conforme ou non aux normes constitutionnelles.

A. Les dispositions issues des modifications de 2012 infligent‑elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l’al. 11i) de la Charte?

(1) L’objet de l’al. 11*i*) de la *Charte* et les droits que celui‑ci garantit

1. L’article 11 de la *Charte* protège les droits de la personne inculpée, des « droits fondamentaux très importants » (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, la juge Wilson, p. 558), dont celui d’être jugé dans un délai raisonnable (al. 11*b*)), celui d’être présumé innocent (al. 11*d*)) et celui à la protection contre le double péril ou la double peine (al. 11*h*)).
2. L’alinéa 11*i*) protège un autre de ces droits très importants :

**11.**Tout inculpé a le droit :

. . .

*i*) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.

1. De pair avec l’al. 11*g*) — qui protège le droit de l’accusé « de ne pas être déclaré coupable en raison d’une action ou d’une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction » —, l’al. 11*i*) constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétrospectivement.
2. Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d’application rétrospective tient en partie à la volonté de garantir la primauté du droit. Comme le dit lord Diplock, [traduction] « l’acceptation de la primauté du droit en tant que principe constitutionnel exige qu’un citoyen, avant d’adopter une ligne de conduite, puisse connaître à l’avance les conséquences qui en découleront sur le plan juridique » (*Black‑Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof‑Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 638). Un auteur formule comme suit les répercussions d’une disposition d’application rétrospective sur la primauté du droit :

[traduction] L’idéal de la primauté du droit veut que la loi permette à celui qui y est assujetti de s’y fier afin de pouvoir éviter d’y contrevenir ou de pouvoir se représenter les conséquences juridiques d’une contravention au moment d’envisager quelque action. Les gens doivent pouvoir connaître la teneur de la loi et en tenir effectivement compte dans leur réflexion. La loi doit éviter de prendre les gens au dépourvu, de leur tendre un piège, de les mettre en opposition avec ses exigences de manière à tromper leurs attentes et à contrecarrer leurs plans.

(J. Gardner, « Introduction », dans H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility :* *Essays in the Philosophy of Law* (2e éd. 2008), xiii, p. xxxvi)

1. La disposition d’application rétrospective compromet aussi la primauté du droit en compromettant l’intégrité des dispositions actuellement en vigueur [traduction] « parce qu’elle expose ces dernières au risque d’une modification rétrospective » (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 39).
2. Dans le même ordre d’idées, la disposition d’application rétrospective met en cause l’équité. [traduction] « Il est injuste de fixer des règles, d’inviter les gens à s’y fier puis de les modifier en cours de route, surtout lorsqu’il en résulte des conséquences négatives » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 754). Par exemple, l’accusé qui refuse d’inscrire un plaidoyer de culpabilité et qui est disposé à courir le risque de subir un procès ne devrait pas ensuite se trouver pris au piège par l’accroissement de la peine minimale ou maximale dont est passible l’auteur de l’infraction. Un tel effet rétrospectif pourrait non seulement causer une injustice dans certains cas, mais aussi miner la confiance du public dans le système de justice criminelle. L’équité de la sanction pénale commande plutôt que les règles soient claires et certaines. Comme l’écrit la juge McLachlin dans *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170 :

C’est un concept fondamental du droit pénal que les règles de droit doivent être précises et définitives. C’est là un concept essentiel puisqu’une personne risque d’être privée de sa liberté et de subir la sanction et l’opprobre que jette une déclaration de culpabilité criminelle. Ce principe est inscrit dans la common law depuis des siècles, et formulé dans la maxime *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — il ne saurait exister de crimes ou de sanctions sauf en conformité avec des règles de droit bien établies et précises. [p. 203]

1. Manifestement, les inquiétudes que suscite une disposition d’application rétrospective sont particulièrement grandes en matière de procédures criminelles ou quasi criminelles, ou lorsqu’une « véritable conséquence pénale » est en jeu, ce qui correspond au contexte dans lequel s’applique l’art. 11 (*Wigglesworth*, p. 559).
2. Bref, l’al. 11*i*) prend appui sur des valeurs fondamentales de notre système juridique, y compris le respect de la primauté du droit et la garantie de l’équité des procédures criminelles.

(2) Le cadredans lequel définir la peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte*

1. Dans *Rodgers*, la Cour dégage un critère à deux volets pour décider si une conséquence équivaut ou non à une « peine » au sens de l’al. 11*i*) : (1) la mesure doit être une conséquence de la déclaration de culpabilité et faire partie des « sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée » et (2) elle doit être « conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine » (par. 63).
2. Tout en formulant ce critère, la juge Charron fait remarquer que « l’interprétation libérale et téléologique » s’impose pour définir la peine (par. 61), mais elle fait aussi une mise en garde : « . . . la “peine” [n’englobe pas] toute conséquence pouvant découler du fait d’être déclaré coupable d’une infraction criminelle » (par. 63). Par exemple, lorsqu’une conséquence sert un intérêt non punitif et légitime de l’État, comme la résolution de crimes ultérieurs, elle ne constitue vraisemblablement pas une peine même si, indirectement, elle est conforme à un objectif de la détermination de la peine, telle la dissuasion (*Rodgers*, par. 64). Au vu de ce critère, la juge Charron conclut que l’autorisation de prélever un échantillon d’ADN qui fait suite à la déclaration de culpabilité ne constitue pas une peine, car elle intervient pour faciliter la tenue d’*enquêtes* sur de futurs crimes, non pour se conformer à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. La possibilité que l’existence d’un profil d’identification génétique décourage la récidive ne représente qu’un [traduction] « avantage secondaire » (par. 64, citant *R. c.* *Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), par. 102).
3. Bien que l’application du premier volet du critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*) (être la conséquence d’une déclaration de culpabilité) se révèle relativement simple, celle de son deuxième volet (la conformité à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine) soulève deux ambiguïtés fondamentales. Premièrement, la disposition qui vise principalement la protection du public omet‑elle nécessairement de satisfaire au second volet du critère de l’arrêt *Rodgers*? Deuxièmement, quel rôle joue dans l’analyse l’incidence de la sanction sur le contrevenant? J’examine successivement ces questions ci‑après.
   1. La disposition qui vise principalement la protection du public omet‑elle nécessairement de satisfaire au second volet du critère de l’arrêt Rodgers?
4. En l’espèce, la Cour d’appel conclut de *Rodgers* que la sanction dont la vocation principale est de protéger le public n’est forcément pas une peine. Le ministère public en convient devant notre Cour. Comme je l’expliquerai, c’est aller trop loin. Même si toute mesure imposée pour protéger le public ne constitue pas une peine, la protection du public est au cœur de l’objectif et des principes de la détermination de la peine. La protection du public n’est donc pas une considération suffisante pour décider qu’une sanction constitue ou non une peine.
5. L’objectif et les principes de la détermination de la peine font l’objet d’une jurisprudence abondante et se retrouvent, du moins en partie, aux art. 718 et suiv. du *Code criminel* (voir *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 1; voir également *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 35). L’article 718 dispose que le « prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer [. . .] au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre ». Cet objectif général est atteint par « l’infliction de sanctions justes » (art. 718) qui tiennent compte d’un ou de plusieurs des objectifs traditionnels de la détermination de la peine, à savoir la dénonciation, la dissuasion, l’isolement des délinquants du reste de la société, la réinsertion sociale, la réparation et le fait de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants. Les articles 718.1 et 718.2 énoncent en outre un certain nombre de principes de la détermination de la peine, y compris le principe fondamental de la proportionnalité, lequel guide le tribunal dans la détermination d’une peine juste.
6. Suivant le sens ordinaire des termes employés à l’art. 718, la protection du public relève nettement de l’essence même de l’objectif et des principes qui régissent le processus de détermination de la peine, ce que souligne la Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, p. 329 : « . . . l’objet fondamental du droit criminel en général et de l’imposition des peines en particulier [est] la protection de la société ». Il est par conséquent difficile de distinguer la sanction qui vise à protéger le public de celle dont le but est de punir le contrevenant. Le juge Doherty signale la difficulté dans le récent arrêt *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81. Ses remarques sont formulées dans le contexte de la définition de la présomption de non‑rétrospectivité en common law, mais elles demeurent pertinentes en l’espèce :

[traduction] Il est difficile de distinguer entre la sanction qui vise à protéger le public et celle dont le but est de punir le contrevenant lorsqu’il s’agit de déterminer la peine à infliger à l’auteur d’une infraction criminelle. De nombreuses sanctions criminelles sont conçues à la fois pour protéger le public et pour punir l’accusé. En fait, certaines protègent le public en punissant l’accusé. Souvent, on ne peut pas vraiment dissocier l’objectif de protéger le public et celui de punir, ni les considérer comme des objectifs individuels et concurrents dans le contexte de la détermination de la peine. [par. 42]

C’est pourquoi la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d’une exception générale à la protection qu’offre l’al. 11*i*) et elle peut être considérée comme une peine.

1. Précisons que, lors de la détermination de la peine, une mesure prise pour protéger le public peut constituer une peine au sens de l’al. 11*i*), mais que l’objectif de la protection du public n’est pas décisif en soi. Pour satisfaire au second volet du critère de l’arrêt *Rodgers*,la conséquence de la déclaration de culpabilité doit être conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. Rappelons que la détermination de la peine vise à « protéger la société » ou à promouvoir le « respect de la loi et [le] maintien d’une société juste, paisible et sûre » (art. 718 du *Code criminel*) grâce à la réalisation de l’un ou de plusieurs des objectifs traditionnels énumérés aux al. 718a) à f), et ce, conformément aux principes de détermination de la peine qui se retrouvent aux art. 718.1 et 718.2.
   1. Quel rôle joue dans l’analyse l’incidence de la sanction sur le contrevenant?
2. Prenant appui sur l’arrêt *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163, par. 45‑46, le ministère public fait valoir que l’incidence de la sanction sur le contrevenant n’est à considérer que lorsqu’elle est sans commune mesure avec l’objectif législatif qui sous‑tend la sanction. Autrement dit, [traduction] « lorsque l’incidence de la sanction est dans le droit fil de l’objectif législatif et n’est pas considérable au point de révéler plutôt l’intention de punir, il ne s’agit pas d’une “peine” » (*Cross*, par. 45).
3. Comme je l’explique plus loin, j’estime que l’incidence de la sanction revêt une importance plus grande. Elle est jusqu’à un certain point prise tacitement en compte dans l’arrêt *Rodgers* et dans l’analyse que la Cour y effectue mais, à mon sens, le critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*) de la *Charte* doit englober une prise en compte plus claire et plus soutenue de l’incidence de la sanction sur le contrevenant. Cela importe pour diverses raisons.
4. Premièrement, une telle démarche est compatible avec « l’interprétation libérale et téléologique » qui s’impose à l’égard des droits garantis par la *Charte*, y compris à l’al. 11*i*) (*Rodgers*, par. 61). Les objectifs de l’al. 11*i*), qui sont axés sur la primauté du droit et l’équité dans les procédures criminelles, sont compromis si le droit garanti ne peut protéger le contrevenant contre l’application rétrospective d’une sanction ayant une grande incidence sur sa liberté et sa sécurité, indépendamment de l’objectif de la sanction. Comme le soutiennent les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), Association des libertés civiles de la Colombie‑Britannique et Association des avocats de la défense de Montréal, le caractère équitable de la peine et la prévisibilité de son infliction s’accroissent lorsque l’incidence de la sanction en cause est prise en compte avec pragmatisme.
5. Une « interprétation libérale et téléologique » est indiquée à l’égard de la peine car l’al. 11*i*) ne s’applique que dans un contexte bien délimité. Rappelons que, dans *Wigglesworth*, la Cour statue que l’art. 11 de la *Charte* s’applique seulement dans le cadre de procédures criminelles ou quasi criminelles, ou bien, quelle que soit la nature de l’instance, lorsqu’une « véritable conséquence pénale » est en jeu (p. 559). Elle ajoute que l’art. 11 a une portée étroite, de sorte que « [l]e contenu [des droits qu’il confère] ne devrait pas connaître un manque de prévisibilité ou de clarté en raison d’une application universelle de l’article » (p. 558). Même si le critère de la « véritable conséquence pénale » établit un seuil indéniablement élevé, il a été conçu pour permettre au tribunal de décider si une personne est un « inculpé » même si elle fait l’objet d’une procédure *autre* que criminelle. En matière criminelle, ce qui justifie une interprétation étroite de la « conséquence pénale » ou de la « peine » disparaît pour l’essentiel.
6. Deuxièmement, la prise en compte de l’incidence de la sanction est compatible avec la jurisprudence de la Cour. Depuis les premiers jours de l’application de la *Charte*, la Cour s’est toujours penchée tant sur les objectifs que sur les effets d’une règle de droit pour se prononcer sur sa constitutionnalité (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd*., [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331). Et, dans le récent arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, la Cour adopte « [un] plan, sinon formel, du moins fonctionnel » (par. 52) et fait alors observer que « [l]a peine se cristallise par l’effet rétrospectif de l’atteinte aux attentes légitimes de liberté » (par. 60). Elle conclut que la suppression de la procédure d’examen expéditif (en matière de libération conditionnelle) contrevient à l’al. 11*h*) puisqu’elle a une incidence suffisamment importante sur « l’attente légitime en matière de liberté » du contrevenant (par. 60). La Cour s’attache alors principalement à l’incidence de la loi d’application rétrospective sur le contrevenant, plutôt qu’à son objectif sous‑jacent (voir H. Stewart, « Punitive in Effect : Reflections on *Canada v. Whaling* » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263, p. 269). Bien que *Whaling* porte sur la définition de la peine pour les besoins de l’al. 11*h*) de la *Charte*, il convient d’harmoniser l’application des al. 11*i*) et *h*) puisque le caractère équitable de la peine sous‑tend les deux dispositions.
7. Troisièmement, une approche qui tient compte de l’incidence de la sanction est utile pour déterminer la « peine la moins sévère » susceptible d’être infligée à l’accusé. La peine dont l’incidence est la moins grande sur la liberté ou la sécurité du contrevenant devient la « peine la moins sévère » pour l’application de l’al. 11*i*). Définir la peine en s’attachant lourdement à l’objectif de la sanction nuit à la démarche.
8. C’est pourquoi j’incline à reformuler comme suit le critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine afin de conférer un rôle plus clair et plus important à la prise en compte de l’incidence de la sanction : une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d’une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité[[1]](#footnote-1).
9. Dans l’arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, la Cour affirme que « [l]a *Charte* n’assure pas une protection contre les restrictions insignifiantes ou “négligeables” [. . .] La [mesure de l’État] doit être suffisamment importante pour justifier une protection constitutionnelle » (p. 151). C’est pourquoi lorsqu’une conséquence de la déclaration de culpabilité n’est pas conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine, elle doit avoir une *grande* incidence sur le droit constitutionnel du contrevenant *à la liberté* ou *à la sécurité* pour constituer une peine au sens de l’al. 11*i*). Pour satisfaire à cette exigence, la conséquence de la déclaration de culpabilité doit restreindre sensiblement la faculté qu’a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis. Les propos du juge Doherty dans *Hooyer* valent encore une fois d’être cités : [traduction] « . . . l’interdiction qui restreint sensiblement l’activité licite à laquelle peut se livrer l’accusé, ses allées et venues, les personnes avec lesquelles il peut communiquer ou qu’il peut fréquenter, porte suffisamment atteinte à la liberté et la sécurité de l’accusé pour que l’on puisse l’assimiler à une peine » (par. 45).
10. Après la reformulation du critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*), je passe aux sanctions visées par le pourvoi. J’examine d’abord plus en détail l’art. 161 du *Code criminel*, puis j’applique le critère aux dispositions issues des modifications de 2012.

(3) Historique et application de l’art. 161 du *Code criminel*

1. Son historique législatif et son interprétation judiciaire, ainsi que la manière dont il est conçu, confirment que l’art. 161 a une fonction protectrice prépondérante, à savoir protéger les enfants contre la violence sexuelle.
2. L’article 161 a vu le jour en 1993 pour donner suite à l’arrêt *R. c. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, dans lequel la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique avait invalidé l’infraction de flânerie par application de l’art. 7 de la *Charte* (voir la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1993, c. 45, art. 1). La disposition a par la suite évolué et, en 2012, les modifications visées en l’espèce ont été apportées par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*. Tout au long des débats législatifs, on a maintes fois souligné la fonction protectrice de l’art. 161 en général et des dispositions issues des modifications de 2012 en particulier. Par exemple, lors de la troisième lecture du projet de loi, le ministre de la Justice a déclaré que les modifications proposées « fai[saient] beaucoup pour protéger nos enfants » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, no 144, 3e sess., 40e lég., 11 mars 2011, p. 8967).
3. Les décisions dans lesquelles les tribunaux ont interprété et appliqué l’art. 161 confirment la vocation protectrice de la disposition (voir p. ex. *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803; *R. c. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74, par. 20; *R. c. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369, par. 13).
4. De même, la manière dont est conçu l’art. 161 se concilie avec son objectif de protéger les enfants contre la violence sexuelle. L’ordonnance est rendue sur le fondement d’un pouvoir discrétionnaire et elle s’applique « sous réserve des conditions ou exemptions [que le tribunal] indique » (par. 161(1)). Elle peut être soigneusement adaptée à la situation du contrevenant. Le caractère discrétionnaire et souple du pouvoir conféré à l’art. 161 montre que le législateur a voulu permettre au tribunal de concevoir une ordonnance adaptée qui tient compte de la nature et de l’importance du risque que représente pour les enfants le délinquant sexuel libéré et rendu à la collectivité. L’inobservation de l’ordonnance peut entraîner un emprisonnement maximal de quatre ans (par. 161(4)).
5. En outre, je m’inscris dans le courant jurisprudentiel selon lequel l’ordonnance fondée sur l’art. 161 ne peut être rendue que lorsque la preuve permet de conclure que le contrevenant représente un risque pour les enfants et que le juge est convaincu que les conditions dont elle est assortie visent raisonnablement à réduire ce risque (voir *A. (R.K.)*, par. 32; voir également *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, par. 32‑34). Il ne s’agit pas d’une ordonnance rendue automatiquement. De plus, elle doit être soigneusement adaptée à la situation particulière du contrevenant[[2]](#footnote-2).

(4) Application du critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine aux dispositions qui sont issues des modifications apportées en 2012 à l’art. 161 du *Code criminel*

1. Au vu du critère reformulé, je conclus que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 constituent une peine.
2. Premièrement, elles font partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée. Le paragraphe 161(1) exige du juge qui détermine la peine qu’il se demande s’il convient ou non d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de soumettre à des mesures de surveillance dans la collectivité le contrevenant qui est déclaré coupable d’une infraction sexuelle énumérée à l’égard d’une personne âgée de moins de 16 ans. L’ordonnance fondée sur l’art. 161 est donc une conséquence de la déclaration de culpabilité, et le ministère public ne le conteste pas.
3. Deuxièmement, les sanctions prévues par les dispositions issues des modifications de 2012 sont conformes à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine et peuvent avoir une grande incidence sur les droits constitutionnels du contrevenant, même si, je le précise, les deux ne sont pas nécessaires pour satisfaire au critère.
4. En ce qui a trait à l’objectif, les dispositions issues des modifications de 2012 sont censées protéger les enfants en isolant le contrevenant du reste de la société, en favorisant la réinsertion sociale et en décourageant la violence sexuelle, des objectifs de la détermination de la peine qui figurent tous à l’art. 718 du *Code criminel*. De plus, le processus discrétionnaire et souple à l’issue duquel est rendue l’ordonnance prévue à l’art. 161 respecte les principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718.1 et 718.2. Je le répète, le fait qu’une telle ordonnance est rendue pour protéger les enfants n’est pas décisif en soi.
5. Il y a lieu de distinguer l’ordonnance portant interdiction de celle qui autorise le prélèvement d’un échantillon d’ADN, cette dernière n’étant pas assimilée à une peine au sens de l’al. 11*i*) (voir *Rodgers*, par. 65). Rappelons que l’objectif de l’ordonnance qui autorise le prélèvement d’un échantillon d’ADN est principalement de faciliter l’*enquête* relative à de futurs crimes, plutôt que de dissuader, de dénoncer, d’isoler ou de réinsérer socialement en lien avec une infraction antérieure (voir *Rodgers*, par. 64).
6. En ce qui concerne l’incidence des modifications, les al. 161(1)c) et d) peuvent tous deux avoir une grande incidence sur la liberté et la sécurité du contrevenant, peut‑être même pour le reste de ses jours. La Cour reconnaît que le fait de vivre dans la collectivité en étant soumis à des conditions strictes peut engendrer une stigmatisation non négligeable (*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 105). En outre, l’interdiction fondée sur l’al. 161(1)c) d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans est susceptible de réduire les domaines d’emploi qui s’offrent au contrevenant et la possibilité qu’il a d’interagir avec autrui (y compris les adultes accompagnés d’enfants) dans les lieux publics et privés. Empêcher le contrevenant d’avoir accès à Internet sur le fondement de l’al. 161(1)d) équivaut à le tenir à l’écart d’un élément de plus en plus essentiel à la vie quotidienne :

[traduction] Internet est désormais au centre de l’activité humaine dans tous les domaines, qu’il s’agisse de l’éducation ou du commerce, voire des loisirs. Ce n’est plus une simple fenêtre sur le monde. Pour un nombre croissant de personnes, Internet *est* leur monde, un endroit où l’on peut faire presque tout ce que l’on a besoin de faire ou que l’on souhaite faire. La toile offre la possibilité virtuelle de magasiner, de faire des rencontres, d’échanger avec les amis et la famille, de mener ses activités, de réseauter et de trouver un emploi, d’effectuer des opérations bancaires, de lire le journal, de regarder des films et de suivre des cours. [En italique dans l’original; notes en bas de page omises.]

(B. A. Areheart et M. A. Stein, « Integrating the Internet » (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449, p. 456)

Pour de nombreux Canadiens, l’appartenance à des communautés en ligne fait partie intégrante de la citoyenneté et de l’identité individuelle. À mon avis, l’exclusion d’un contrevenant de tels espaces communs virtuels par l’application rétrospective de la nouvelle disposition constitue une conséquence importante qui met en cause l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux notions qui sous‑tendent l’al. 11*i*).

1. La grande incidence des modifications de 2012 sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant offre un autre moyen de distinguer les nouvelles sanctions de l’autorisation de prélever un échantillon d’ADN. Je conviens avec le juge Doherty que [traduction] « la disposition sur la peine qui exige de l’accusé qu’il fournisse un échantillon d’ADN une fois déclaré coupable [. . .] ne porte pas sensiblement atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de la personne et [qu’]on ne saurait voir dans son application l’infliction d’une peine » (*Hooyer*, par. 45).
2. Je remarque aussi que le libellé du par. 161(1) (« en plus de toute autre peine » ou, en anglais, « *in addition to any other punishment* ») est instructif même s’il n’est assurément pas décisif. Comme le fait observer le juge dissident Groberman de la Cour d’appel, [traduction] « le législateur semble lui‑même considérer que chacune des sanctions énoncées au par. 161(1) constitue une “peine” (ou, en anglais, “*punishment*”) au sens ordinaire du mot » (par. 78)[[3]](#footnote-3).
3. En résumé, les interdictions issues des modifications apportées au par. 161(1) en 2012 constituent une peine pour l’application de l’al. 11*i*) de la *Charte*. Elles sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, elles sont conformes à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine et elles peuvent avoir une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. De toute évidence, elles emportent l’infliction d’une peine plus importante que les interdictions antérieures : le nouvel al. 161(1)c) permet au juge d’interdire tout contact avec un enfant, quel que soit le moyen utilisé (pas seulement l’ordinateur), et le nouvel al. 161(1)d) confère au juge le pouvoir d’interdire au contrevenant d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique à quelque fin (pas seulement pour entrer en contact avec des enfants). Par conséquent, l’application rétrospective des dispositions qui prévoient ces interdictions restreint le droit garanti par l’al. 11*i*) puisqu’elle empêche l’appelant de faire l’objet des mesures de surveillance dans la collectivité moins restrictives qui figuraient dans la version antérieure de l’art. 161, c’est‑à‑dire de la « peine la moins sévère ».

B. La restriction du droit garanti par l’al. 11i) se justifie‑t‑elle au regard de l’article premier de la Charte?

1. L’article premier de la *Charte* est libellé comme suit :

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

Pour établir que la restriction du droit de l’appelant garanti par l’al. 11*i*) est raisonnable et que sa justification peut se démontrer, l’État doit montrer que les modifications de 2012 ont un objectif suffisamment important « et que les moyens choisis sont proportionnels à cet obje[ctif] » (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 94). Une règle de droit est proportionnée à son objectif lorsque (1) le moyen retenu est rationnellement lié à cet objectif, (2) qu’elle est minimalement attentatoire en ce qu’il n’existe aucun autre moyen d’atteindre le même objectif en restreignant moins le droit en cause et (3) qu’il y a proportionnalité entre ses effets préjudiciables et ses effets bénéfiques (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Carter*, par. 94). L’examen de la proportionnalité se veut à la fois normatif et contextuel et exige du tribunal qu’il considère le tableau tout entier en « soupes[ant] les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes » (*Oakes*, p. 139).

1. Malheureusement, les juridictions inférieures ne se penchent pas en l’espèce sur l’application de l’article premier. Nous ne disposons donc pas d’un dossier complet constitué notamment de témoignages d’experts. Les parties nous exhortent néanmoins à nous prononcer sur l’application de l’article premier à partir du dossier existant. La Cour le fait donc sur consentement, comme le ferait un tribunal de première instance.
2. Le ministère public a produit une preuve nouvelle jointe en annexe à deux affidavits. Il s’agit de statistiques et d’articles relevant des sciences sociales et portant sur la récidive en matière d’infractions sexuelles. L’appelant ne s’est pas opposé à l’admission de ces éléments de preuve, et je suis convaincue qu’il convient de les recevoir. Par conséquent, pour décider si le ministère public s’est acquitté de son obligation de justification, j’examinerai la preuve nouvelle de l’intimée en la « complét[ant] par le bon sens et le raisonnement par déduction », ce à quoi s’ajouteront la jurisprudence et le compte rendu des débats législatifs soumis par les parties (*R. c. Sharpe*,2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 78).

(1) Les dispositions issues des modifications de 2012 ont‑elles un objectif suffisamment important?

1. La règle de droit qui restreint un droit constitutionnel doit le faire conformément à un objectif suffisamment important qui se concilie avec les valeurs d’une société libre et démocratique. L’examen du respect de cette condition s’effectue sans tenir compte de la portée de l’atteinte au droit, du moyen retenu ou du lien entre les répercussions positives et négatives de la règle de droit.
2. L’appelant soutient à bon droit que l’objectif à considérer est celui de la mesure attentatoire (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 20). En l’espèce, la mesure attentatoire réside dans l’*application rétrospective* de la règle de droit en cause. Toutefois, l’objectif général des dispositions issues des modifications de 2012 joue dans la raison d’être particulière de leur application rétrospective.
3. L’appelant fait valoir que l’objectif de l’application rétrospective des nouvelles dispositions est d’accroître la peine infligée au contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à 2012, et ce, afin de favoriser davantage la réalisation de l’objectif de la détermination de la peine et l’application des principes de celle‑ci. À mon avis, cette formulation n’est pas suffisamment précise et revient essentiellement à décrire le moyen que le législateur a choisi pour parvenir à ses fins (voir *Carter*, par. 76; voir également *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 28).
4. Rappelons‑le, l’historique législatif de l’art. 161, son interprétation judiciaire et la manière dont il est conçu confirment que l’objectif prépondérant de l’article est de protéger les enfants contre la violence sexuelle aux mains de récidivistes. Le dossier législatif des nouveaux al. 161(1)c) et d) renferme maints indices selon lesquels l’accroissement de la protection des enfants motivait tout autant les modifications en cause. Un seul exemple suffit à le montrer. Lors du débat en deuxième lecture, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a dit que les modifications « vis[aient] [. . .] à ce que les personnes susceptibles de commettre une infraction sexuelle [. . .] ne puissent pas faciliter la perpétration de l’infraction. L’occasion d’être seul avec un enfant ou l’accès à un enfant est déterminant pour bon nombre de personnes qui commettent des infractions d’ordre sexuel contre un enfant » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, no 110, 3e sess., 40e lég., 3 décembre 2010, p. 6787).
5. Par conséquent, l’objectif prépondérant de l’application prospective des dispositions issues des modifications de 2012 est d’accroître la protection qu’offre aux enfants l’art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d’infractions sexuelles. Il s’ensuit naturellement que l’objectif de l’application rétrospective — la mesure attentatoire — est de mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant qui, comme l’appelant, a commis l’acte criminel avant l’entrée en vigueur des modifications, mais a été condamné après celle‑ci. C’est en fonction de cet objectif que s’effectue l’analyse au regard de l’article premier.
6. De toute évidence, cet objectif est suffisamment important pour justifier la poursuite de l’examen. Comme l’écrit le juge Laskin dans *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.), [traduction] « [l]es enfants font partie des groupes les plus vulnérables de notre société. La violence sexuelle dont sont victimes de jeunes enfants constitue un sérieux problème social, point n’est besoin de le démontrer » (par. 37). Offrir aux enfants une protection accrue afin qu’ils ne soient pas victimes d’infractions sexuelles est vital dans une société libre et démocratique.

(2) Le moyen retenu par le législateur est‑il proportionné à l’objectif de la règle de droit?

1. Une certaine déférence s’impose lorsqu’il s’agit d’apprécier la proportionnalité d’une règle de droit. Comme l’écrit la Cour dans le récent arrêt *Carter*:

À ce stade de l’analyse, les tribunaux doivent faire preuve d’une certaine déférence à l’endroit du législateur. La proportionnalité ne nécessite pas la perfection : *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 78. L’article premier exige seulement que les limites soient « raisonnables ». [par. 97]

* 1. Lien rationnel

1. À cette première étape de l’examen de la proportionnalité, l’État doit démontrer que le législateur restreint le droit d’une manière qui a un lien rationnel avec l’objectif de la règle de droit. « Pour prouver l’existence d’un lien rationnel, le gouvernement n’a qu’à démontrer l’existence d’un lien causal, “fondé sur la raison ou la logique”, entre la violation et l’avantage recherché » (*Carter*, par. 99, citant *RJR‑MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153).
2. Comme le concède l’appelant, il existe manifestement un lien rationnel entre la protection accrue des enfants contre le risque de violence sexuelle que représente le délinquant dont les actes criminels sont antérieurs à l’entrée en vigueur des dispositions issues des modifications de 2012 (l’objectif) et l’octroi rétrospectif au tribunal qui détermine la peine d’un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre à des contraintes le contrevenant qui représente toujours un risque pour les enfants du fait qu’il peut communiquer en personne ou en ligne avec eux et accéder à de la pornographie juvénile en ligne (le moyen choisi). Bien que la preuve nouvelle du ministère public — sur laquelle je reviens plus loin — étoffe ce lien causal, je suis convaincue à ce stade que la raison et la logique suffisent pour établir que le législateur a agi de manière rationnelle en conférant aux al. 161(1)c) et d) un effet rétrospectif afin de mieux protéger les enfants contre le risque de récidive chez le délinquant sexuel dont les actes criminels sont antérieurs à l’entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.
   1. Atteinte minimale
3. La question à trancher à cette deuxième étape est celle de savoir si les nouvelles dispositions portent atteinte le moins possible au droit constitutionnel, c’est‑à‑dire si « la restriction du droit est raisonnablement adaptée à l’objectif » (*Carter*, par. 102). Ce n’est que lorsqu’il existe d’autres moyens moins préjudiciables de réaliser l’objectif de l’État « de façon réelle et substantielle » qu’une loi ne satisfait pas à l’exigence de l’atteinte minimale (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 55).
4. Je suis convaincue que l’application rétrospective des interdictions issues des modifications de 2012 porte atteinte le moins possible à l’al. 11*i*).
5. Les modifications ont été apportées à une disposition qui confère un pouvoir hautement discrétionnaire et qui est adaptée à son objectif. Les interdictions du par. 161(1) ne doivent être prononcées que si le tribunal est convaincu que le contrevenant exposera toujours les enfants à un risque une fois libéré et rendu à la collectivité *et* que les conditions dont est assortie l’ordonnance visent raisonnablement à réduire le risque. La disposition n’est donc pas « rédigée de manière à englober inutilement [une conduite] qui n’a que peu ou [qui n’a] rien à voir avec la prévention du préjudice causé aux enfants » (*Sharpe*, par. 95). En d’autres mots, le recours rétrospectif aux nouveaux al. 161(1)c) et d) peut *seulement* *intervenir* lorsque le tribunal est convaincu que les interdictions favoriseront l’objectif des modifications, à savoir la protection accrue des enfants. Pas de risque, pas d’application rétrospective.
6. En outre, le par. 161(1) permet au tribunal qui détermine la peine de prévoir toute condition ou exemption que commande la situation du contrevenant. L’alinéa 161(1)c) dispose que le contrevenant peut communiquer avec une personne âgée de moins de 16 ans s’il le fait « sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence ». Dans la même veine, l’al. 161(1)d) permet au contrevenant d’utiliser Internet s’il le fait « en conformité avec les conditions imposées par le tribunal ». Enfin, l’interdiction peut avoir une durée limitée (par. 161(2)) et être révisée périodiquement pour s’assurer qu’elle est toujours adaptée à la situation du contrevenant (par. 161(3)).
7. L’appelant fait valoir que même si l’art. 161 confère un pouvoir hautement discrétionnaire et est adapté à son objectif, les dispositions en cause ne portent pas atteinte le moins possible au droit garanti, car le ministère public n’a pas démontré que si elles ne s’appliquaient que prospectivement la réalisation de leur objectif serait compromise[[4]](#footnote-4). Je reviendrai plus en détail sur les lacunes possibles du dossier de preuve lorsque je soupèserai les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la règle de droit, mais je ne retiens pas l’argument au regard du volet de l’atteinte minimale, et ce, pour plusieurs raisons.
8. On reconnaît généralement (et le dossier confirme) qu’un pourcentage non négligeable de délinquants sexuels récidive. Si les nouvelles dispositions ne s’appliquaient que prospectivement, le tribunal qui détermine la peine ne pourrait soumettre aux interdictions prévues par les nouveaux al. 161(1)c) et d) le contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à 2012 *même s’*ilétait convaincu qu’elles sont nécessaires à la réduction du risque qu’un enfant soit victime de la récidive d’un délinquant sexuel. Par conséquent, je conviens qu’une application strictement prospective n’aurait pas permis au législateur de réaliser pleinement son objectif d’accroître la protection que l’art. 161 offre aux enfants contre un délinquant dont les actes criminels sont antérieurs à l’entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012. En outre, faire droit à la prétention de l’appelant reviendrait à déférer insuffisamment, à ce stade de l’analyse, à la décision de l’État d’opter pour une mesure législative plutôt qu’une autre. Il vaut mieux reporter l’examen des questions liées au degré d’efficacité de l’application rétrospective à l’étape suivante de l’analyse, celle de la proportionnalité des effets.
9. En résumé, puisque l’art. 161 confère un pouvoir discrétionnaire et qu’il est adapté à son objectif, et comme l’application strictement prospective aurait compromis la réalisation intégrale de l’objectif du législateur, je conclus que l’application rétrospective des al. 161(1)c) et d) porte atteinte au droit protégé par l’al. 11*i*) aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire[[5]](#footnote-5). Il est plus difficile de savoir si les effets bénéfiques de leur application rétrospective l’emportent sur ses effets préjudiciables.
   1. Proportionnalité des effets
10. À cette dernière étape de l’examen de la proportionnalité, la Cour doit « mettre en balance l’incidence de la loi sur les droits protégés et l’effet bénéfique de la loi au plan de l’intérêt supérieur du public » (*Carter*, par. 122)[[6]](#footnote-6). Il s’agit d’une étape importante, car son rôle est fondamentalement distinct. Comme le font observer les juges majoritaires de la Cour dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 :

Les première et deuxième étapes de l’analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. [. . .] La troisième étape de l’analyse de la proportionnalité donne l’occasion d’apprécier, à la lumière des détails d’ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*. [par. 125]

1. C’est la raison pour laquelle l’ancien président de la Cour suprême d’Israël, Aharon Barak, voit dans cette dernière étape [traduction] « le cœur même de la proportionnalité » (« Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.*369, p. 380). Et, dans l’arrêt *Hutterian Brethren*, la juge Abella écrit que « la majeure partie de l’analyse conceptuelle doit être faite à l’étape finale — celle de la proportionnalité. Après tout, c’est de la proportionnalité dont il est censé être question à l’article premier » (par. 149).
2. Je suis d’accord. Bien que, de nos jours, au Canada, l’atteinte minimale occupe la place la plus grande dans le discours sur l’article premier, le tribunal peut, à cette dernière étape, se pencher sur l’essence de l’examen de la proportionnalité qui est au cœur de l’application de l’article premier[[7]](#footnote-7). Ce n’est qu’à la dernière étape que le tribunal peut transcender l’objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l’incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne [traduction] « d’une manière directe et explicite » (J. Cameron, « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 66). Autrement dit, cette dernière étape permet au tribunal de prendre du recul pour décider, sous l’angle normatif, si l’atteinte au droit est justifiée dans une société libre et démocratique. Même si l’examen suppose des jugements de valeur difficiles, il vaut mieux faire en sorte que ces jugements soient explicites de manière à accroître la transparence et l’intelligibilité de la décision ultime. En outre, je le rappelle, cette dernière étape donne au tribunal l’occasion de faire preuve de la déférence qui s’impose envers le législateur quant au moyen retenu et à l’objectif global poursuivi.
3. En l’espèce, il existe des différences importantes entre les effets des deux dispositions issues des modifications. Je les examine donc séparément.

(i) Mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) du *Code criminel*

1. Les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) sont importants. À l’échelle individuelle, en privant l’appelant de son droit de bénéficier de la peine la moins sévère, l’alinéa l’empêche — ainsi que d’autres contrevenants — de participer librement à la société une fois libéré et rendu à la collectivité. Avant l’adoption du nouvel al. 161(1)c), le tribunal pouvait seulement, à l’extérieur du domaine numérique, interdire au contrevenant de fréquenter un parc public, une piscine, une garderie, le terrain d’une école, un terrain de jeu ou un centre communautaire, ou de rechercher un emploi ou d’offrir ses services comme bénévole dans un domaine lié aux enfants. Le nouvel al. 161(1)c) pourrait permettre au tribunal d’aller beaucoup plus loin et de lui interdire d’avoir« descontacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans » dans un lieu public ou privé. Par exemple, le tribunal pourrait interdire au contrevenant de parler avec les jeunes membres de sa famille ou de se trouver dans un endroit privé ou public où il y a des enfants. Par rapport aux interdictions de portée plus restreinte qui existaient auparavant, il s’agit d’un empiétement substantiel sur le droit à la liberté et à la sécurité de certains contrevenants.
2. Les effets préjudiciables subis par les contrevenants individuels se traduisent par un préjudice plus large infligé à la société. En condamnant un contrevenant comme l’appelant à une peine dont il ne se savait pas passible, l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) compromet l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux préceptes fondamentaux de notre système de justice.
3. L’incidence préjudiciable de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) sur l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit est particulièrement grave, car en élargissant la portée de l’interdiction, le législateur ne paraît pas donner ainsi suite à une menace nouvelle ou à quelque évolution du contexte social. Les enfants sont malheureusement victimes d’infractions sexuelles depuis des siècles. On peut se demander, en faisant momentanément abstraction de l’utilisation de la technologie pour entrer en contact avec de jeunes personnes, laquelle fait l’objet de l’al. 161(1)d), pour quelle raison une protection supplémentaire s’imposait en 2012. En ce qui concerne les infractions sexuelles résultant d’une proximité physique, au vu du dossier, la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants semblaient avoir peu changé depuis la modification précédente du par. 161(1). L’inexistence d’une justification d’ordre temporel convaincante de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) accroît l’atteinte à l’équité des procédures criminelles et à la primauté du droit et mine par conséquent la confiance du public dans le système de justice criminelle.
4. Le ministère public soutient que l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) permet de protéger plus d’enfants contre la violence sexuelle. Il invoque principalement à l’appui de sa prétention des articles et des statistiques relevant des sciences sociales et portant sur la récidive sexuelle afin de préciser le risque que courent les enfants lorsqu’un délinquant sexuel est libéré et rendu à la collectivité.
5. Les auteurs des articles en question tentent de déterminer le taux de récidive en matière d’infractions sexuelles. Dans le cas des « agresseurs d’enfants », l’un d’eux fixe ce taux à 13 p. 100 cinq ans après la perpétration de l’infraction, à 18 p. 100 dix ans après et à 23 p. 100 quinze ans après[[8]](#footnote-8). Les auteurs concluent que le taux de récidive des délinquants sexuels qui s’en prennent à de jeunes garçons qui ne font pas partie de leur famille (35 p. 100 quinze ans après l’infraction) est de beaucoup supérieur à la moyenne pour l’ensemble des délinquants sexuels (24 p. 100 quinze ans après) (p. 10). Un autre article confirme ces données, et son auteur ajoute que « [l’existence chez ces délinquants d’]intérêts sexuels à l’égard des enfants constitu[e] un prédicateur significatif de la récidive sexuelle »[[9]](#footnote-9). Autrement dit, « [l]es délinquants qui manifest[ent] des intérêts identifiables à l’égard d’activités sexuelles déviantes [sont] parmi les plus susceptibles de continuer à commettre des infractions sexuelles. La preuve [est] particulièrement solide pour l’intérêt sexuel à l’égard des enfants » (p. 18). Les auteurs font aussi observer que ces chiffres « doivent être considérés comme une sous‑estimation des taux de récidive réels », étant donné que les crimes sexuels sont nettement sous‑signalés (p. 10).
6. Ces taux de récidive sont élevés. Je conviens qu’un nombre non négligeable de délinquants sexuels commettent d’autres crimes sexuels après leur libération et leur retour dans la collectivité. Et le risque de récidive sexuelle semble augmenter lorsque leurs victimes sont des enfants. Tel est le préjudice que les modifications de 2012 visaient à réduire.
7. Le ministère public cherche aussi à démontrer les effets bénéfiques de l’application rétrospective des interdictions de portée accrue au moyen de statistiques sur le nombre de contrevenants susceptibles d’être touchés par les modifications de 2012. Entre l’entrée en vigueur des nouvelles dispositions et le 14 mai 2015, 157 ordonnances ont été rendues en Colombie‑Britannique sur le fondement de l’art. 161 à l’endroit de contrevenants dont les actes criminels étaient antérieurs au 9 août 2012. En date du 14 mai 2015 et dans la même province, 239 personnes avaient été accusées d’infractions visées à l’art. 161 et commises avant l’entrée en vigueur des nouvelles dispositions. À l’échelle nationale, les chiffres sont assurément beaucoup plus élevés. Ces statistiques donnent à penser que si les nouvelles dispositions ne peuvent être appliquées rétrospectivement, les juges qui déterminent la peine ne pourront envisager de soumettre des centaines de délinquants sexuels partout au pays aux nouvelles interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d).
8. Je conviens que la preuve nouvelle du ministère public contribue à l’établissement des taux de récidive ainsi que du nombre de contrevenants susceptibles d’être touchés par l’application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012. Il existe assurément un risque réel pour les enfants. Je reconnais également qu’une disposition interdisant au délinquant sexuel d’avoir des contacts avec des enfants contribuera jusqu’à un certain point à réduire ce risque.
9. Or, l’appelant souligne à juste titre que le ministère public n’a présenté que peu d’éléments ou n’en a pas présenté du tout pour établir le *degré* de protection *accrue* offert par le nouvel al. 161(1)c) comparativement au libellé antérieur de l’interdiction. L’effet de l’application *rétrospective* de l’al. 161(1)c) sur les taux de récidive avancés par le ministère public demeure donc indéterminé. Et aucune preuve ne démontre que le risque auquel cet alinéa est censé s’attaquer a changé sur les plans quantitatif ou qualitatif de manière à atténuer les craintes liées à l’équité fondamentale et à la primauté du droit. Même les extraits du dossier législatif déposés devant la Cour par le ministère public montrent de manière frappante que l’opportunité de modifier l’al. 161(1)c) afin de mieux protéger les enfants n’a pratiquement fait l’objet d’aucun débat.
10. Dit simplement, les effets bénéfiques précis de l’application *rétrospective* de l’al. 161(1)c) demeurent indéterminés. Il peut se révéler difficile de prouver l’inexistence de quelque chose. C’est pourquoi la raison et la logique constituent des compléments importants à la preuve matérielle. Et jusqu’à un certain point, ces difficultés de preuve peuvent être inéluctables. Après tout :

[traduction] Les politiques gouvernementales sont souvent élaborées à partir d’approximations et d’extrapolations découlant de la preuve disponible, d’inférences tirées de données comparatives et même, à l’occasion, d’hypothèses émises en connaissance de cause. En l’absence de recherches politiques de grande envergure, cette preuve est vraisemblablement la seule dont on peut disposer. Dans *McKinney*, le juge La Forest a fait une observation très juste : « [d]ans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d’hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l’expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ».

(S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 524, citant *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 304-305.)

1. Néanmoins, l’article premier exige que la justification de la restriction du droit *puisse* *se démontrer*. Comme le dit le juge en chef Dickson dans *Oakes*, il s’agit d’une « norme sévère en matière de justification » (p. 136). L’application rétrospective de la mesure en cause a une incidence préjudiciable sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant (comparativement au libellé antérieur de l’art. 161) et, fait important, sur l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Certes, cette incidence préjudiciable n’existe que lorsqu’un juge conclut à la nécessité d’atténuer le risque que le contrevenant représente pour les enfants, mais il demeure que les effets préjudiciables de la mesure en cause sont importants et tangibles.
2. En comparaison, les effets bénéfiques éventuels pour la société sont négligeables et hypothétiques. Bien que la preuve du ministère public concernant la récidive chez les délinquants sexuels esquisse le tableau de la situation (surtout en montrant que les délinquants sexuels qui s’en prennent à des enfants sont plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels), le tableau demeure largement incomplet. En particulier, le ministère public n’a pas fait valoir l’existence d’une justification d’ordre temporel de la restriction rétrospective du droit et a avancé bien peu d’éléments pour établir le degré de protection accrue offert par l’al. 161(1)c). À titre d’exemple, le dossier indique que de nombreuses agressions sexuelles d’enfants sont perpétrées par des membres de la famille ou par des connaissances. Or, le législateur ne vient assurément pas tout juste de l’apprendre. Face à une allégation d’atteinte au droit que garantit l’al. 11*i*), on s’attendrait à ce que le ministère public en fasse davantage pour convaincre le tribunal de la nécessité qu’une disposition pénale s’applique *rétrospectivement*.
3. Les considérations d’ordre temporel importent dans ce contexte, car l’al. 11*i*) s’intéresse foncièrement au *moment* *où intervient* la modification d’une disposition à caractère punitif. Dans la présente affaire, ce qui porte atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*), ce n’est pas le choix du législateur d’accroître la peine infligée au délinquant sexuel et qui est à l’origine de l’examen au regard de la *Charte*, mais plutôt sa décision de remonter dans le temps pour rendre le contrevenant passible, sans que ce dernier ne l’ait su au moment de perpétrer l’infraction, de nouvelles interdictions dont la portée est accrue. Dès lors, les considérations d’ordre temporel qui sont susceptibles d’expliquer la décision du législateur de contourner un précepte fondamental du droit criminel sont pertinentes dans le cadre de l’examen que commande l’al. 11*i*). S’agissant de cette disposition de la *Charte*, la situation dans le temps peut primer toute autre considération.
4. La preuve liée au risque de récidive est généralement insuffisante à elle seule pour permettre au ministère public de s’acquitter de son obligation de justification. Conclure le contraire pourrait vider de sa substance le droit garanti par l’al. 11*i*) pour la simple raison que l’accroissement rétrospectif de la peine dans le but de réduire le risque de récidive relève d’une logique susceptible de s’appliquer à une grande variété de crimes.
5. On pourrait être tenté de conclure que la réduction du risque qu’un seul enfant soit victime de violence sexuelle en vaut le coût. Toutefois, il ne saurait y avoir d’exception générale à la protection de l’al. 11*i*) chaque fois que la victime est un enfant, sinon le droit protégé serait presque dénué de toute valeur. L’alinéa 11*i*) protège des droits fondamentaux qu’on ne peut écarter que dans des circonstances dont le caractère impérieux peut être démontré. À mon avis, le ministère public n’a pas établi que les effets bénéfiques largement conjecturaux de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) l’emportent sur ses inconvénients tangibles et substantiels.
6. L’application rétrospective de l’al. 161(1)c) ne saurait donc pas se justifier au regard de l’article premier. En conséquence, l’alinéa ne s’applique que prospectivement, c’est‑à‑dire seulement au contrevenant qui a commis l’infraction après l’entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012 (par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*).
7. Je constate que le *Code criminel* — notamment aux art. 810, 810.1 et 810.2 — prévoit d’autres ordonnances portant interdiction grâce auxquelles le ministère public pourrait, dans une certaine mesure, combler le vide occasionné par l’application non rétrospective de l’al. 161(1)c). Je m’abstiens cependant de toute remarque supplémentaire sur ces dispositions puisque leur application n’a pas été soulevée ou plaidée devant nous par l’une ou l’autre des parties.

(ii) Mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) du *Code criminel*

1. Les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) sont eux aussi importants. L’interdiction totale « d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique » — un outil indispensable de la vie moderne, de même qu’une voie de participation à la démocratie — constitue un plus grand empiétement que l’interdiction antérieure « d’utiliser un ordinateur [. . .] dans le but de communiquer » avec de jeunes personnes. Il en résulte une atteinte importante au droit à la liberté. Dès lors, l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) peut faire considérablement obstacle à la pleine participation du contrevenant à la société, ce qui est susceptible d’avoir de grandes conséquences socio-économiques.
2. Comme pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), l’infliction d’une peine dont le contrevenant ne pouvait se savoir passible cause un préjudice général à la société, notamment en compromettant l’équité des procédures criminelles et en remettant en question la primauté du droit. La clarté et la prévisibilité sont essentielles au bon fonctionnement du système de justice criminelle et elles sont au cœur de la raison d’être de l’al. 11*i*). Le respect de la loi et la confiance du public dans l’administration de la justice sont mis en péril lorsqu’une règle de droit est modifiée rétrospectivement sans que l’intéressé n’ait pu connaître la nouvelle version au moment de commettre l’acte criminel.
3. En ce qui concerne les effets bénéfiques, la preuve susmentionnée offerte par le ministère public sur le risque de préjudice lié à la récidive propre aux délinquants sexuels vaut également pour l’al. 161(1)d), mais d’autres considérations d’importance viennent l’étayer.
4. En bref, comme je l’explique plus loin, il appert du dossier de la Cour que l’al. 161(1)d) s’attaque aux nouveaux préjudices graves dont l’infliction est précipitée par l’évolution rapide du contexte sociotechnologique. Ce contexte en constante évolution a modifié tant le *degré* que la *nature* du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, la version antérieure de l’art. 161 ne permettait plus de contrer le risque que courent les enfants de nos jours. Du fait qu’elle comble cette lacune législative et réduit les risques nouveaux, l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) comporte des effets bénéfiques importants assez concrets.
5. La vitesse à laquelle la technologie a évolué au cours de la dernière décennie a fondamentalement modifié le contexte social dans lequel peuvent survenir les crimes sexuels. Les médias sociaux (comme Facebook et Twitter), les applications de rencontres (comme Tinder), de même que les services de partage de photos (comme Instagram et Snapchat) ont tous vu le jour *après* 2002, soit l’année où le par. 161(1) avait été modifié la fois précédente. Ces nouveaux services en ligne ont donné aux jeunes — qui sont souvent les premiers à adopter les nouvelles technologies — un accès sans précédent aux communautés numériques. Parallèlement, les délinquants sexuels ont obtenu un accès inédit à des victimes potentielles et à des moyens qui facilitent la commission d’infractions sexuelles.
6. Le dossier législatif dont dispose la Cour fait état de cette évolution rapide et montre que, par l’édiction de l’al. 161(1)d) et son application rétrospective, le législateur entendait se mettre au diapason de la technologie dont l’évolution avait substantiellement modifié le degré et la nature du risque auquel étaient exposés les enfants. Par exemple, lors de la deuxième lecture du projet de loi, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a dit : « De plus en plus de délinquants sexuels dont les victimes sont des enfants utilisent aussi Internet et les nouvelles technologies pour faciliter la “préparation” des victimes ou pour commettre d’autres infractions de nature sexuelle à l’endroit d’un enfant » (p. 6787). Lors du débat en comité, l’avocate générale intérimaire, Section de la politique en matière de droit pénal du ministère de la Justice, a témoigné :

. . . ce que le projet de loi C‑54 reconnaît, c’est que les délinquants peuvent utiliser des ordinateurs reliés à Internet à toutes sortes de fins. Oui, ils les utilisent pour communiquer directement avec une jeune personne — et la loi couvre déjà cet aspect —, mais aussi pour commettre d’autres délits, selon leur comportement délinquant, qu’il s’agisse par exemple d’accéder à de la pornographie infantile . . .

Donc, l’idée, avec ce projet de loi C‑54, est d’obliger un tribunal à en tenir compte chaque fois qu’il impose une peine à une personne reconnue coupable d’une de ces infractions de nature sexuelle à l’égard d’enfants, et à examiner si, en l’espèce, compte tenu du délinquant qu’il a devant lui, de la nature de son comportement criminel ou de sa conduite devant le tribunal, il y a lieu de restreindre l’accès de cette personne à Internet ou à d’autres technologies qui pourraient autrement faciliter une récidive de sa part.

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, no 50, 3e sess., 40e lég., 28 février 2011, p. 4)

1. Par ailleurs, une directrice de Statistique Canada appelée à témoigner devant le comité a déclaré : «  Ce que nous pouvons dire, sur la base de ces données, est que le nombre d’accusations de leurre d’enfants par Internet est en hausse » (*Témoignages*, no49, 3e sess., 40elég., 16 février 2011, p. 7). D’autres passages du dossier législatif vont dans le même sens.
2. Outre ces témoignages sur l’évolution du risque auquel sont exposés les enfants, d’autres ont porté sur le fait que contrôler l’accès d’un contrevenant à Internet constitue un moyen efficace de réduire ce risque. Par exemple, à une autre séance du comité, la directrice générale de BOOST Child Abuse Prevention and Intervention a déclaré que « [l]es nouvelles recherches qui établissent un lien entre les cyberprédateurs et les infractions réelles font état de l’importance que les tribunaux interdisent à un délinquant [. . .] d’utiliser Internet à moins d’être supervisé » (*Témoignages*, no46, 3e sess., 40e lég., 7 février 2011, p. 6)[[10]](#footnote-10).
3. La documentation de sciences sociales produite par l’intimée fait également état du rôle unique d’Internet dans la facilitation de la commission d’infractions sexuelles contre des enfants. Par exemple :

[traduction] La détection de délinquants sexuels en ligne a radicalement augmenté depuis le début des années 2000 . . .

. . .

. . . En fait, le taux de criminalité sexuelle en ligne, la pornographie juvénile en particulier, a substantiellement augmenté du fait du recours accru à Internet . . .

. . .

. . . Plus particulièrement, la facilité d’accès à la pornographie juvénile en ligne peut contribuer à l’émergence d’un nouveau type de contrevenant qui succombe à une tentation à laquelle il aurait résisté autrement.

(K. M. Babchishin, R. K. Hanson et H. VanZuylen, « Online Child Pornography Offenders are Different : A Meta‑analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children » (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45, p. 46)

1. De nouvelles avenues intrinsèquement différentes s’offrent pour s’en prendre aux jeunes. Internet est un portail qui permet d’accéder à la pornographie juvénile et d’en faire la distribution, un crime dont sont en soi victimes les enfants. Comme le fait observer la Cour dans l’arrêt *Sharpe*:

. . . la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l’exploitation d’enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l’initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d’infractions. [par. 28]

En outre, Internet peut permettre à un adulte de communiquer avec un autre pour planifier et faciliter un comportement criminel, ce que n’envisageait pas la version antérieure de l’art. 161[[11]](#footnote-11).

1. Il appert donc des documents déposés par le ministère public que la prolifération des technologies nouvelles a modifié la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants, d’où la lacune législative de l’art. 161. La précédente mouture de cet article qui permettait au juge appelé à déterminer la peine d’interdire seulement au contrevenant d’utiliser un système informatique pour communiquer directement avec un enfant n’était pas de nature à empêcher un délinquant sexuel de se livrer à d’autres activités préjudiciables. Et, comme le donnent à penser le dossier et le sens commun, surveiller l’utilisation d’Internet par un contrevenant peut restreindre les possibilités qui s’offrent à ce dernier de commettre une infraction et peut prévenir un tel comportement préjudiciable.
2. Ce contexte sociotechnologique unique m’amène à conclure que les effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)d) sont plus grands et plus certains que ceux de l’application rétrospective de la nouvelle interdiction prévue à l’al. 161(1)c).
3. Le fait que le législateur a édicté l’al. 161(1)d) afin de combler la lacune législative résultant de l’évolution rapide de la société et de la technologie ne fait pas qu’accroître les effets bénéfiques de la règle de droit, mais atténue également ses effets préjudiciables. En ce qui concerne la confiance du public dans le système de justice criminelle, l’application rétrospective d’une règle de droit visant à adapter la loi à un contexte social qui évolue rapidement et à des menaces nouvelles paraît moins contraire à l’équité des procédures criminelles et à la primauté du droit que l’application rétrospective d’une règle de droit qui n’a pas été édictée pour une raison d’ordre temporel convaincante. Comme l’écrit le Professeur C. Sampford dans son ouvrage intitulé *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), [traduction] « la disposition d’application rétrospective qui comble une “lacune” et remédie à “une interprétation ou une conséquence inattendues” renforce le message de la loi principale » et peut donc favoriser l’équité du système juridique dans son ensemble (p. 81).
4. Par conséquent, bien que l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit soient compromises par une disposition qui porte rétrospectivement atteinte au droit à la liberté et à la sécurité d’un citoyen, ce préjudice général causé à la société est atténué par l’existence de la justification d’ordre temporel convaincante invoquée par le législateur pour donner un effet rétrospectif à l’al. 161(1)d).
5. Je dois maintenant soupeser les effets préjudiciables de la règle de droit et ses effets bénéfiques. Je le répète, l’al. 161(1)d) a une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. La mesure considérée a aussi des répercussions défavorables sur l’ensemble de la société. L’équité des procédures criminelles et la primauté du droit sont compromises par une disposition qui porte atteinte rétrospectivement au droit à la liberté et à la sécurité d’un citoyen, même si ce préjudice social général est moins grave en raison du contexte dans lequel le gouvernement légifère. De plus, l’effet préjudiciable de la disposition sur le contrevenant ne se manifeste que lorsque son application est fondée, soit dans le cas où le juge conclut que, s’il applique la disposition, le risque auquel le contrevenant expose les enfants sera atténué.
6. En ce qui concerne les effets bénéfiques, le dossier indique qu’Internet est de plus en plus utilisé pour commettre des infractions sexuelles contre des jeunes et que les délinquants sexuels qui s’en prennent à des enfants sont plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels. L’évolution de la technologie ou les risques généraux liés à la récidive — des facteurs au large spectre susceptibles d’être associés à de nombreuses infractions — ne sont pas seuls en cause. En fait, *la nature et le degré* du risque auquel s’exposent certains des membres les plus vulnérables de notre société ont radicalement changé depuis 2002, l’année de la modification précédente du par. 161(1). La technologie et la prolifération des cybercollectivités de médias sociaux ont accru le degré du risque auquel sont exposés les jeunes personnes, de sorte que de nouvelles incitations et de nouvelles avenues amènent le contrevenant à persister dans son comportement criminel. L’interdiction antérieure n’était plus adaptée à l’évolution du risque, alors que la nouvelle — correspondant à l’al. 161(1)d) et dont la portée est accrue — peut réduire la viabilité de ces avenues. Bien qu’il demeure difficile de quantifier les effets bénéfiques précis de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d), ses effets bénéfiques me paraissent tout à fait tangibles et convaincants.
7. Tout bien considéré, j’estime que le législateur était justifié, vu le contexte unique dans lequel il intervenait, de conférer à l’al. 161(1)d) un effet rétrospectif. Diverses considérations appuient ma conclusion. Les préjudices en jeu (les infractions sexuelles commises à l’endroit de jeunes personnes) sont particulièrement convaincants. Le régime législatif a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire. L’interdiction d’utiliser Internet, même si elle est attentatoire, ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d’emprisonnement accrue. Et surtout, l’évolution rapide de la technologie et le contexte social de l’adoption de l’al. 161(1)d) ont fait naître des risques nouveaux qui rendent plus tangibles les effets bénéfiques de la règle de droit tout en atténuant son incidence préjudiciable sur l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Aucune de ces considérations prise isolément n’est suffisante mais, ensemble, elles justifient la mesure contestée. Les effets bénéfiques de la règle de droit l’emportent sur ses effets préjudiciables.

VI. Dispositif

1. Je conclus que l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) du *Code criminel* restreint le droit protégé par l’al. 11*i*) de la *Charte* et que cette restriction *ne* se justifie *pas* par application de l’article premier. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en ce qui a trait à l’al. 161(1)c). La disposition ne s’applique donc pas rétrospectivement au contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à l’entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.
2. Je conclus également que l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) du *Code criminel* restreint le droit protégé par l’al. 11*i*). Toutefois, cette restriction *constitue* une atteinte constitutionnelle raisonnable au regard de l’article premier. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi en ce qui a trait à l’al. 161(1)d).

Version française des motifs rendus par

1. La juge Abella (dissidente en partie) — Je conviens avec la juge Karakatsanis que les al. 161(1)c) et d) du *Code criminel*,L.R.C. 1985, c. C‑46, contreviennent tous deux à l’al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que l’al. 161(1)c) ne peut être justifié au regard de l’article premier.Soit dit en tout respect, je ne partage toutefois pas son point de vue selon lequel l’al. 161(1)d) est justifié.
2. De 2008 à 2011, période pendant laquelle K.R.J. a commis les infractions dont il a par la suite été reconnu coupable, le par. 161(1) du *Code criminel* était libellé comme suit :

**161.**(1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable [. . .] d’une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l’égard d’une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine [. . .], en plus de toute autre peine [. . .] applicabl[e] en l’espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique, peut interdire au contrevenant :

*a*) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l’on peut se baigner s’il y a des personnes âgées de moins de seize ans ou s’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il y en ait, une garderie, un terrain d’école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

*b*) de chercher, d’accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d’autorité vis‑à‑vis de personnes âgées de moins de seize ans;

*c*) d’utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans.

1. Suivant ce régime, K.R.J. pouvait être soumis à des restrictions d’ordre géographique, professionnel et « virtuel ». Il pouvait lui être interdit de se trouver dans une multitude de lieux, telle une piscine ou une école, et d’utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec une personne *âgée de moins de 16 ans*, auquel cas il lui demeurait toutefois possible de participer à des activités en ligne avec des adultes.
2. Avant la détermination de la peine de K.R.J., le législateur a modifié la disposition en cause. Les alinéas 161(1)a) et b) sont demeurés inchangés, mais l’al. 161(1)c) a été modifié et l’al. 161(1)d) s’est ajouté, de sorte que le juge appelé à déterminer la peine pouvait désormais interdire au contrevenant :

c) d’avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence;

d)d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

1. Les modifications ont élargi les restrictions auxquelles pouvait être assujetti K.R.J. L’alinéa 161(1)c) permettait de lui interdire de se trouver, non plus dans certains lieux, mais à *tout* endroit où il y a des enfants et l’al. 161(1)d), d’utiliser Internet, non pas *dans le but de communiquer avec des enfants*, mais à *quelque fin que ce soit*.
2. Je conviens avec les juges majoritaires que ces interdictions potentielles restreindraient sensiblement le droit de K.R.J. à la liberté et à la sécurité et constituent donc une peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte*, dont voici le libellé :

**11.**Tout inculpé a le droit :

. . .

*i*) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.

1. Le libellé de la disposition est sans équivoque. Comme le fait observer le professeur Don Stuart, l’intention sous‑jacente est [traduction] « claire comme du cristal » (*Charter Justice in Canadian Criminal Law* (6e éd. 2014), p. 523).
2. À mon avis, la formulation absolue employée à l’art. 11 par les rédacteurs de la *Charte* doit influer sur l’analyse que commande l’article premier par l’exigence de la justification la plus stricte. Telle est l’approche de la Cour dans *Canada (Procureur général) c.* *Whaling*, [2014] 1 R.C.S. 392. Dans cette affaire, la suppression rétrospective d’une procédure d’examen expéditif (en matière de libération conditionnelle) était contestée sur le fondement de l’al. 11*h*) de la *Charte*, lequel garantit qu’une personne ne sera pas punie deux fois pour la même infraction. Le ministère public ne l’ayant pas « convaincu[e] » que ses objectifs seraient « considérablement compromis » si la suppression n’était pas appliquée de manières rétrospective et prospective, la Cour conclut que l’atteinte n’est pas justifiée au regard de l’article premier.
3. La suppression de la procédure d’examen expéditif a par la suite été jugée inconstitutionnelle par la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique, mais en fonction de l’al. 11*i*), soit la disposition en cause dans le présent pourvoi. Dans *Liang c. Canada (Attorney General)* (2014), 311 C.C.C. (3d) 159, cette même cour conclut que la crainte du ministère public qu’il puisse falloir des années pour mettre fin progressivement au programme si sa suppression ne pouvait s’appliquer rétrospectivement ne justifiait pas que l’on bafoue le droit en question :

[traduction] . . . la *Charte* exige expressément, lorsque la peine est modifiée entre la perpétration de l’infraction et la sentence, que le contrevenant bénéficie de la peine la moins sévère. [. . .] *[Q]ue le contrevenant bénéficie de la peine la moins sévère et, peut‑être, d’une peine non conforme aux objectifs du régime actuel de détermination de la peine, telle est précisément la raison d’être de l’al. 11i).* . .

. . .

*. . . satisfaire au fardeau de preuve qu’impose en l’espèce l’article premier exige davantage que l’affirmation selon laquelle l’objectif de l’accroissement de la peine est important, de sorte que les personnes auxquelles la Constitution garantit le droit à la peine la moins sévère doivent y renoncer.* [Je souligne; par. 59 et 61.]

1. Les arrêts *Whaling* et *Liang* indiquent tous deux clairement que l’art. 11 impose au ministère public un fardeau de preuve particulièrement strict pour justifier l’atteinte au regard de l’article premier. S’il en allait autrement, la protection du droit garanti à l’al. 11*i*) ne serait plus pour ainsi dire étanche, mais deviendrait poreuse. Dès lors, en l’espèce, le ministère public a le fardeau de preuve le plus strict qui soit, de sorte qu’il doit « convainc[re] » le tribunal que l’application des dispositions antérieures aurait si « considérablement compromis » les objectifs de l’État que l’application rétrospective d’une peine plus sévère était justifiée.
2. Comme le signalent les juges majoritaires, le dossier de preuve du ministère public est constitué en grande partie de statistiques sur les ordonnances rendues en Colombie‑Britannique en application du par. 161(1) et d’études sur les taux de récidive chez les délinquants sexuels en général, dont deux indiquent un lien entre la récidive et l’activité en ligne. Le ministère public fait également valoir que le renvoi, à l’al. 161d), non plus à un « ordinateur » mais à « Internet [et au] réseau numérique » vise à emboîter le pas aux progrès technologiques. Je conviens avec les juges majoritaires que cette preuve est insuffisante pour justifier l’al. 161(1)c), car « le ministère public n’a présenté que peu d’éléments ou n’en a pas présenté du tout pour établir le *degré* de protection *accrue* offert [. . .] comparativement au libellé antérieur de l’interdiction », de telle sorte que « les effets bénéfiques précis de l’application *rétrospective* de l’al. 161(1)c) demeurent indéterminés » (par. 89-90 (en italique dans l’original)).
3. Mais, contrairement à mes collègues, j’estime que le même raisonnement porte un coup fatal à l’al. 161(1)d). Loin d’offrir une preuve de nature à convaincre, l’État n’a produit à l’appui de l’al. 161(1)d) aucun élément selon lequel les dispositions antérieures compromettaient si considérablement ses objectifs que l’application rétrospective d’interdictions de plus grande portée était justifiée. Si, pour justifier la restriction du droit garanti à l’al. 11*i*), il suffit d’invoquer la réduction possible des taux de récidive, de pair avec l’évolution technologique ou toute autre considération, l’État pourrait en théorie justifier dans tous les cas l’application rétrospective de peines accrues, au point de réduire à néant l’al. 11*i*) de la *Charte*.
4. En fait, nul élément de la preuve n’indique comment l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) devait réduire ou aurait réduit les taux de récidive davantage que ne le permettait l’interdiction d’utiliser un « ordinateur » que prévoyait l’ancien al. 161(1)c). Je ne vois aucune raison de combler par des inférences les lacunes empiriques importantes de la preuve, en particulier pour l’application l’art. 11.
5. Je serais donc d’avis d’accueillir le pourvoi en ce qui concerne les al. 161(1)c) *et* d).

Version française des motifs rendus par

Le juge Brown (dissident en partie) —

1. Introduction
2. Comme le fait remarquer à juste titre ma collègue la juge Karakatsanis au nom des juges majoritaires, les enfants sont victimes d’infractions sexuelles « depuis des siècles » (par. 83). Il s’agit d’un héritage toxique. Nul ne conteste les effets dévastateurs de ces actes qui ruinent souvent la vie des victimes et celle des personnes qui côtoient les victimes une fois qu’elles sont devenues adultes. Le traumatisme de la violence sexuelle subie pendant l’enfance peut se répercuter sur plusieurs générations et enclencher des cycles de violence pernicieux.
3. Ma collègue fait état de la manière dont le législateur, pour contrer ces actes graves et persistants et les problèmes sociaux qui en découlent, a modifié en 2012 le par. 161(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46, en accroissant la portée des interdictions que le juge qui détermine la peine peut, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, prononcer à l’endroit de la personne déclarée coupable d’une infraction sexuelle énumérée lorsqu’il estime que l’une ou l’autre de ces interdictions s’impose pour empêcher le contrevenant de récidiver et de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants. Plus particulièrement, le pouvoir discrétionnaire qui permettait au juge d’interdire au contrevenant « d’utiliser un ordinateur [. . .] dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans » s’est accru de manière à lui permettre d’interdire ce qui suit au contrevenant :

**161 (1)** . . .

. . .

**c)** d’avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence;

**d)** d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

Il importe de signaler que ces nouvelles dispositions s’appliquent à toute personne qui se voit infliger une peine pour avoir commis, peu importe le moment, une infraction énumérée.

1. Je conviens avec la juge Karakatsanis que chacune de ces interdictions constitue une « peine » au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et je fais mien le critère qu’elle applique pour arriver à cette conclusion. Je conviens également que l’application rétrospective des dispositions qui les prévoient contrevient à l’al. 11*i*). C’est à l’étape de l’analyse au regard de l’article premier que je diffère d’opinion. Alors que ma collègue conclut que le ministère public s’est acquitté de son obligation de justifier l’atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*) seulement en ce qui concerne l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)d), j’estime qu’il s’en est également acquitté quant à l’interdiction prévue à l’al. 161(1)c), à savoir celle d’avoir des contacts avec des enfants. En conséquence, je serais d’avis de confirmer la validité des deux interdictions, de rejeter le pourvoi et de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel fondée sur l’art. 161.

II. Article premier

1. Il faut se rappeler que l’al. 11*i*) de la *Charte* vise l’application rétrospectived’une disposition à caractère punitif. Ce n’est donc pas la peine comme telle qui est en cause pour les besoins de son application, mais plutôt le moyen par lequel elle est infligée. J’estime que cette caractéristique de la protection de l’al. 11*i*) fondée sur le moyen entre en jeu dans l’analyse que commande l’article premier, étant donné que, dans l’arrêt *Oakes*,la Cour se penche sur la proportionnalité de l’objectif législatif et des *effets* attentatoires à la *Charte* qui découlent des mesures prises pour l’atteindre, et non sur le choix du moyen qui équivaut en soi à une atteinte constitutionnelle. L’analyse au regard de l’article premier doit en tenir compte pour se conformer aux directives du juge en chef Dickson dans ce même arrêt : « . . . la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances » (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 139). L’application du critère de l’arrêt *Oakes* ne se veut pas formaliste, et elle ne devrait pas être tenue pour telle, puisqu’« on s’induit dangereusement en erreur si l’on voit dans l’article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme » (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 735 (le juge en chefDickson)). Voici ce que dit le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point) dans l’arrêt *RJR‑MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 :

Dans l’arrêt *Oakes*, notre Cour a établi une série de principes ou directives destinés à servir de cadre analytique à cette fin. Toutefois, ces directives ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l’article premier. Le libellé de l’article premier indique implicitement que les tribunaux doivent, chaque fois qu’ils l’appliquent, établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l’abstrait, à partir seulement d’un « critère » formaliste qui s’appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L’examen fondé sur l’article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu’ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels le ministère public tente de justifier la violation. [Je souligne; par. 62.]

1. En d’autres termes, l’application formaliste et rigide du critère de l’arrêt *Oakes* risque de réduire ce qui devrait constituer un examen contextuel étoffé au regard de l’article premier à une sorte de [traduction] « processus décisionnel mécanique » où les « notions sont figées », où « l’examen des postulats n’est plus nécessaire » et où « les principes n’ont plus d’importance » (R. Pound, « Mechanical Jurisprudence » (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605, p. 612). On ne saurait ramener les nuances morales inhérentes au caractère justifiable de la restriction d’un droit fondamental à une [traduction] « entreprise formaliste de pondération et de mise en balance » (G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution : On the Limitation of Rights* (2009), p. 104). Or, soit dit en tout respect, c’est précisément ce que font selon moi les juges majoritaires en l’espèce, même s’ils affirment le contraire. En appliquant l’arrêt *Oakes* et les décisions rendues dans sa foulée avec rigidité et sans tenir compte du contexte, ils perdent de vue le tableau général et l’objectif global du législateur. Ils interprètent trop étroitement l’objet de la disposition législative, de sorte qu’ils appliquent le critère de l’arrêt *Oakes* d’une manière qui ne convient pas dans le cas d’une disposition à caractère punitif qui s’applique rétrospectivement. Ils soumettent le législateur à une norme de preuve très stricte et lui refusent ainsi la marge de manœuvre dont il a besoin pour s’acquitter de sa fonction de mise en œuvre de politiques en matière législative lorsqu’il s’agit de s’attaquer à un problème social chronique. Ils exigent en outre une preuve directe des effets bénéfiques escomptés, mais étant donné la nature chronique du problème, il est impossible de produire une telle preuve.
2. Les nuances apportées par le juge en chef Dickson et le juge La Forest veulent que l’analyse au regard de l’article premier tienne compte du tableau général. Comme l’indique le juge La Forest, il ne s’agit pas de savoir si le « “critère” formaliste » précis est rempli. L’« examen inévitablement normatif » doit s’attacher au tableau général : l’État a-t-il établi que la règle de droit contestée emporte une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique? Bien évidemment, je ne laisse pas entendre que la Cour a fait erreur dans l’arrêt *Oakes*. Je rappelle plutôt la mise en garde du juge en chef Dickson et du juge La Forest contre l’application rigide et non contextuelle. Il ne faut pas perdre de vue la forêt de la proportionnalité derrière l’arbre d’*Oakes*.

A. Objectif de la mesure

1. La caractéristique de la protection de l’al. 11*i*) fondée sur le moyen devrait donc jouer dans la détermination de l’objectif en fonction duquel il convient d’effectuer l’examen de la proportionnalité dans le cadre de l’analyse au regard de l’article premier. Les juges majoritaires affirment que l’objectif à considérer est celui de la mesure attentatoire, soit, en l’occurrence, l’application rétrospective des dispositions issues des modifications apportées au par. 161(1). J’en conviens, mais seulement jusqu’à un certain point. L’objectif à considérer est effectivement celui de la mesure, mais comme je l’explique plus loin, la mesure à examiner en l’espèce s’entend des modifications dans leur totalité, et non seulement de l’application rétrospective des dispositions qui en sont issues.
2. L’examen de la rétrospectivité sans égard à la disposition dans laquelle elle s’inscrit fausse l’analyse préconisée dans l’arrêt *Oakes* en rendant en grande partie superflus plusieurs des éléments de celle‑ci. Si, comme le soutiennent les juges majoritaires, le législateur a voulu « mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant [. . .] comme l’appelant » (par. 65), c’est‑à‑dire un contrevenant qui a commis une infraction énumérée avant l’entrée en vigueur des modifications, mais qui a été condamné après celle‑ci, et qui présente le risque de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants, l’application d’une ordonnance fondée sur l’art. 161 à un contrevenant comme l’appelant a manifestement un lien rationnel avec cet objectif. Qui plus est, aucun autre moyen moins attentatoire ne permettrait d’atteindre cet objectif : en somme, le législateur ne peut faire en sorte que la vocation protectrice d’une telle ordonnance s’applique rétrospectivement à un tel contrevenant autrement qu’en prévoyant l’application rétrospective de l’ordonnance à un tel contrevenant. Suivant l’approche restrictive des juges majoritaires, l’examen du caractère minimal de l’atteinte devient en effet inutile. Évidemment, si une telle ordonnance s’appliquait à un contrevenant *différent* de l’appelant (c.‑à‑d. qui ne présenterait pas le risque de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants), les volets du lien rationnel et de l’atteinte minimale joueraient leur rôle jusqu’à un certain point dans l’analyse établie par l’arrêt *Oakes*. L’interprétation étroite de l’intention du législateur à laquelle se livrent les juges majoritaires fait en sorte que l’examen du lien rationnel et de l’atteinte minimale que comporte l’analyse de la proportionnalité se limite à se demander si la mesure attentatoire atteint les personnes qu’elle vise, à l’exclusion de la question de savoir si la mesure a un lien rationnel avec l’objectif et si l’atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux personnes auxquelles la mesure s’applique légitimement est minimale.
3. Pour se prononcer utilement sur la proportionnalité, il faut donc rechercher plus largement l’intention du législateur. La mesure attentatoire qui doit être soumise à l’examen consiste dans la totalité des modifications apportées à l’art. 161. Je conviens avec les juges majoritaires que l’objectif de cette mesure est « d’accroître la protection qu’offre aux enfants l’art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d’infractions sexuelles » (par. 65). L’application rétrospective des dispositions issues des modifications a un lien rationnel avec cette vocation protectrice, car le risque que le contrevenant s’en prenne à nouveau sexuellement à des enfants n’a rien à voir avec le fait que l’infraction a été commise avant ou après l’adoption de la mesure. Et vu l’objectif du législateur d’accroître la protection qu’offre aux enfants l’art. 161, aucune autre mesure moins attentatoire ne ferait jouer la protection offerte par l’art. 161 dans le cas du contrevenant qui a commis l’acte criminel avant l’entrée en vigueur des modifications et qui présente un risque de récidive.

B. Mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables

1. Je conviens avec les juges majoritaires que la dernière étape de l’analyse au regard de l’article premier permet au tribunal de « transcender l’objectif de la règle de droit et [de] se livrer à un examen rigoureux de l’incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne » (par. 79). Cet examen rigoureux est toutefois limité puisque, après tout, on peut difficilement mesurer l’incidence d’une règle de droit sur une société libre et démocratique. La question à laquelle nous tentons de répondre est celle de savoir si « [l]es effets préjudiciables sont disproportionnés [. . .] aux avantages que l’ensemble de la population en tirera » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 78). Le respect de l’un ou l’autre de ces critères ne peut être concrètement démontré. La dernière étape de l’examen de la proportionnalité se rattache à l’incidence réelle et aux effets bénéfiques de la règle de droit, mais l’objet de la mise en balance est somme toute de nature beaucoup plus abstraite et philosophique : l’effet préjudiciable sur le droit garanti par la *Charte* comparé à l’effet bénéfique recherché pour la société. Nous devons donc nous garder d’imposer un fardeau de preuve trop strict.
2. Au vu de ces remarques générales, je passe à l’examen de la proportionnalité par les juges majoritaires, lequel, à mon humble avis, comporte plusieurs lacunes. Premièrement, les juges majoritaires imposent à l’État un fardeau de preuve dont il ne pourra jamais s’acquitter, en particulier pour ce qui concerne le monde nébuleux des risques de récidive et des politiques en matière de droit criminel. Deuxièmement, ils exagèrent les effets préjudiciables de l’al. 161(1)c) tout en sous‑estimant ses effets bénéfiques. En outre, les raisons qu’ils invoquent pour valider l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) valent en principe tout autant pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c). En d’autres mots, si on fait droit à leur raisonnement concernant l’al. 161(1)d), l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) doit équivaloir elle aussi à une restriction proportionnée du droit que l’al. 11*i*) garantit à l’appelant.
   * 1. Le fardeau de preuve
3. Les juges majoritaires signalent — et ce, de manière presque déterminante dans leurs motifs — les faiblesses de la preuve relevant des sciences sociales produite par le ministère public et concluent que même si cette preuve suffit à démontrer que l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) permet d’atteindre le « degré de protection accrue » à offrir aux enfants, « le tableau demeure largement incomplet » pour ce qui est de l’al. 161(1)c) (par. 92).
4. Ce raisonnement est déroutant sous plusieurs rapports. Premièrement, il rompt sensiblement avec l’approche de la Cour à l’égard de la preuve relevant des sciences sociales et du fardeau de preuve que l’article premier impose à l’État. La preuve relevant des sciences sociales censée établir un fait législatif doit normalement être présentée par un témoin expert de façon à permettre la contestation de sa véracité (*Public School Boards’ Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 4‑5, le juge Binnie). Or, dans la présente affaire, la preuve relevant des sciences sociales a été présentée au moyen d’un « mémoire de Brandeis » et sa véracité n’a pas été contestée dans le cadre du processus habituel de recherche de la vérité qu’est le procès. Une grande prudence est donc de mise lorsqu’il s’agit de considérer une telle preuve et d’en tirer des inférences, qu’elles soient favorables ou non à la thèse de l’État (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 296 (le juge Bastarache, motifs concordants)).
5. Par ailleurs, compte tenu du contexte social complexe dans lequel les politiques du législateur voient souvent le jour — et dont un exemple manifeste est la prévention de la récidive en matière d’infractions sexuelles contre des enfants —, il sera parfois difficile, voire impossible, pour l’État d’avancer une preuve fiable et directe des effets bénéfiques d’une mesure. Les taux de récidive sont établis à partir d’extrapolations statistiques, de données psychologiques et d’autres éléments relevant des sciences sociales qui ne pourront pas toujours se transformer d’emblée en éléments de preuve susceptibles de satisfaire à la norme de la justification démontrable. La Cour reconnaît que « [l]es revendications de nature [. . .] sociale ne se prêtent pas toujours à une preuve empirique » (*Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 144). Il s’ensuit que [traduction] « les politiques publiques voient souvent le jour à partir de données incomplètes » (S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 524). L’examen de la proportionnalité devrait donc tenir compte de la nécessité qu’un décideur jouisse d’une certaine latitude pour envisager une solution inédite et la mettre à l’essai, surtout lorsqu’il s’attaque à un problème d’intérêt public à la fois persistant et complexe.
6. Pour autant, de telles difficultés au chapitre de la preuve n’obligent pas le tribunal à faire droit aux prétentions du ministère public. La Cour a statué qu’on pouvait aussi se livrer à une analyse rigoureuse au regard de l’article premier en recourant « à la logique [et] à la raison » pour décider si la restriction d’un droit garanti par la *Charte* est justifiable ou non (*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 78; voir également *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 503‑504 (le juge Sopinka); *Keegstra*, p. 776 (le juge en chef Dickson); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 107 (le juge Bastarache); *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 85‑94 (la juge en chef McLachlin); *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 20 (le juge Bastarache) et par. 100‑103 (la juge Abella, dissidente)). Si la Cour appliquait cette démarche en l’espèce (au lieu d’exiger une preuve empirique alors qu’il n’en existe aucune), les effets bénéfiques de l’al. 161(1)c) apparaîtraient clairement, et l’étendue véritable de ses effets préjudiciables aussi.
   * 1. Les effets bénéfiques de l’al. 161(1)c) et ses effets préjudiciables
7. Les juges majoritaires estiment que l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) a de sérieux effets préjudiciables sur les plans individuel et social. Sur le plan individuel, ils sont d’avis que l’al. 161(1)c) va beaucoup plus loin que la disposition qu’il remplace dans la restriction éventuelle du droit du contrevenant à la liberté en ce qu’il « interdi[t] d’avoir descontacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans » dans un lieu public ou privé (par. 81 (souligné dans l’original)). Ils préviennent que la disposition pourrait interdire au contrevenant de parler avec les jeunes membres de sa famille ou « de se trouver dans un endroit privé ou public où il y a des enfants » (par. 81). Sur le plan social, ils font valoir que l’application rétrospective d’une disposition à caractère punitif « compromet l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit » (par. 82) (bien que l’on puisse évidemment dire la même chose de toute mesure qui contrevient à l’al. 11*i*)).
8. La restriction générale du droit à la liberté ou à la sécurité de la personne qui découle d’une peine appliquée rétrospectivement n’a cependant pas à être considérée dans l’analyse que commande l’al. 11*i*) de la *Charte*. Ce qui doit être pris en compte pour apprécier l’effet préjudiciable sur le contrevenant d’une disposition à caractère punitif appliquée rétrospectivement c’est *le degré d’accroissement de la peine* par rapport à la disposition antérieure. À titre d’exemple, l’accroissement rétrospectif qui ferait passer une peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an à 14 ans aurait un effet préjudiciable plus grand sur le contrevenant et sur la primauté du droit que l’accroissement rétrospectif qui ferait passer une amende de 100 $ à 101 $. Or, je le répète, il en est ainsi en raison des différents degrés d’accroissement de la peine qui correspondent à ces mesures, et non de la restriction générale du droit à la liberté ou à la sécurité de la personne qui découle de celles‑ci. Rappelons que l’analyse au regard de l’al. 11*i*) ne s’intéresse pas à la nature de la peine, mais bien à son accroissement rétrospectif.
9. Par ailleurs, la conclusion des juges majoritaires concernant l’effet préjudiciable sur le droit à la liberté du contrevenant est à mon sens exagérée.
10. Considérons à nouveau le texte de l’al. 161(1)c) :

**161** **(1)** . . . le tribunal qui [. . . ] inflige une peine [au contrevenant] [. . .], sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique, peut interdire au contrevenant

. . .

**c)** d’avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence.

1. L’alinéa 161(1)c) renferme deux éléments cruciaux qui circonscrivent son effet préjudiciable sur le droit à la liberté du contrevenant. D’abord, le juge se voit conférer un pouvoir discrétionnaire lui permettant à la fois de prononcer une interdiction (« peut interdire au contrevenant ») et d’adapter celle‑ci (« sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique »). Ensuite, l’interdiction prononcée sur le fondement de l’al. 161(1)c) — assortie ou non de conditions ou d’exemptions — renferme toujours un élément intrinsèque qui fait en sorte que l’interdiction d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans ne vaut que pour les contacts qui ont lieu sans la « supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence ».
2. Autrement dit, le contrevenant qui souhaite interagir avec, par exemple, un jeune membre de sa famille peut le faire moyennant une exemption ou sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence. De même — et à supposer, comme le laissent entendre les juges majoritaires, que le fait de se trouver dans un lieu privé ou public où il y des enfants suffise pour qu’il y ait « contacts » ou risque de « contacts » (ce sur quoi je reviendrai) —, le contrevenant qui avancerait un motif légitime de se trouver dans un lieu public où il y a des enfants pourrait obtenir une exemption pour ce lieu en particulier ou pourrait s’y trouver sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence. Pour décider de l’opportunité d’une telle exemption, le juge qui détermine la peine doit bien sûr tenir compte du risque que le contrevenant récidive et s’en prenne à nouveau sexuellement à des enfants. L’alinéa 161(1)c) lui offre donc des avenues pour faire en sorte que le droit à la liberté du contrevenant ne soit pas restreint plus qu’il ne le faut pour atténuer le risque qu’il représente.
3. En ce qui a trait au sens du mot « contacts » employé à l’al. 161(1)c), l’appréciation par les juges majoritaires des effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’alinéa repose en grande partie sur une interprétation indûment libérale de ce mot. Plus précisément, leur affirmation selon laquelle le simple fait de « se trouver » dans un lieu public où il y a des enfants équivaut à « avoir des contacts » ou présente un risque d’« avoir des contacts » revient à forcer l’interprétation de la portée de l’interdiction des contacts et va directement à l’encontre du principe bien établi en droit criminel voulant que l’interdiction d’une conduite doive être interprétée restrictivement (*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 38‑39, le juge en chef Lamer). Dès lors, dans la mesure où le mot « contacts» n’a pas un sens clair, il « faut [l’]interpréter [. . .] de la façon qui favorisera le plus l’accusé » (*McIntosh*, par. 39).
4. S’ils exagèrent les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), les juges majoritaires sous‑estiment ses effets bénéfiques. Le risque que certains contrevenants récidivent et s’en prennent à nouveau sexuellement à des enfants ne peut tout simplement pas être réduit en appliquant la version antérieure du par. 161(1). L’appelant en est un bon exemple. Comme il avait perpétré plusieurs infractions énumérées à l’encontre de sa propre fillette, le juge a estimé qu’il existait un risque [traduction] « important » qu’il récidive et s’en prenne à nouveau sexuellement à des enfants. L’alinéa 161(1)a) aurait certes permis au juge de lui interdire de se rendre dans certains lieux publics, tel un parc ou un lieu de baignade fréquenté par des enfants ou dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’il soit fréquenté par des enfants, mais il n’aurait pu adapter l’interdiction fondée sur le par. 161(1) de manière à l’empêcher d’interagir avec des enfants dans un lieu privé. Or, c’est précisément là où l’appelant et d’autres délinquants du même acabit présentent le risque le plus grand pour les enfants. Selon la preuve dont disposait le législateur, (1) parmi les enfants de cinq ans et moins qui ont été victimes d’infractions sexuelles en 2009, environ 60 p. 100 des garçons et 70 p. 100 des filles l’ont été aux mains de membres de leur famille et (2) la plupart des victimes de moins de 16 ans ont subi leur triste sort aux mains de membres de leur famille ou de connaissances. Ainsi, loin d’être « conjecturaux » (par. 95), les effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) paraissent manifestes. Cette dernière empêche le contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à la modification de l’al. 161(1)c) d’avoir accès sans supervision à des enfants, que ce soit dans un lieu privé ou public, lorsque le juge qui détermine la peine estime qu’une interdiction en ce sens est nécessaire pour contrer le risque que le contrevenant commette à nouveau des infractions sexuelles contre des enfants.
5. Dans leur examen des effets préjudiciables, les juges majoritaires tiennent également pour importante « [l]’inexistence d’une justification d’ordre temporel convaincante » de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) en ce sens que « la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants semblaient avoir peu changé depuis la modification précédente du par. 161(1) » (par. 83). Mais, soit dit en tout respect, à supposer même que cette préoccupation puisse être « d’ordre temporel », il ne s’agit pas du genre de préoccupation « d’ordre temporel » qui intéresse l’al. 11*i*), à savoir l’application rétrospective d’une peine. Les juges majoritaires remettent essentiellement en cause l’objectif du législateur, dont ils estiment pourtant qu’il est « urgent et réel » suivant le critère de l’arrêt *Oakes*. En outre, même s’il convenait à ce stade de l’analyse de se pencher sur l’existence d’une « justification d’ordre temporel », cette considération ne devrait pas être déterminante, pour ainsi dire, dans l’appréciation de l’effet préjudiciable d’une peine d’application rétrospective. Gardant présent à l’esprit que, selon le dossier, le législateur s’attaquait à ce qui constituait selon lui un grave préjudice social — un préjudice que les juges majoritaires tiennent pour persistant —, il vaut la peine de rappeler les propos de la Cour dans l’arrêt *Keegstra* (p. 776, le juge en chef Dickson) selon lesquels il est « généralement reconnu que le Parlement peut se servir du droit criminel pour prévenir le risque de préjudices graves ». Peu importe que le risque soit demeuré constant ou se soit accru, ou qu’il existe de longue date ou depuis peu. Par exemple, la Cour n’a jamais exigé, pour valider une disposition sur la conduite en état d’ébriété qui contrevenait à la *Charte*,que le ministère public établisse l’existence d’une justification « d’ordre temporel » convaincante et démontre l’aggravation du préjudice persistant causé par la conduite en état d’ébriété (voir p. ex. *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. St‑Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187 (confirmant la présomption d’identité prévue à l’al. 258(1)d.1) du *Code criminel*). Le législateur devrait pouvoir, à l’intérieur des limites fixées par la Constitution, faire preuve d’innovation dans la recherche d’une solution à un préjudice chronique, peu importe que l’incidence de ce préjudice soit demeurée stable, ait augmenté ou ait même diminué.
6. Précisons que nul ne doute que les considérations d’ordre temporel importent pour les besoins de l’al. 11*i*) puisque, comme le disent les juges majoritaires, celui‑ci « s’intéresse [. . .] au *moment* *où intervient* la modification d’une disposition à caractère punitif » (par. 93 (en italique dans l’original)). Or, cette préoccupation que relèvent mes collègues a plus (sinon seulement) à voir avec la nature urgente et réelle de l’objectif du législateur qu’avec les effets préjudiciables d’une peine d’application rétrospective sur la primauté du droit (p. ex. au par. 93 : « . . . les considérations d’ordre temporel qui sont susceptibles d’expliquer la décision du législateur . . . »). *Toute* modification apportée rétrospectivement à une règle de droit porte atteinte à la primauté du droit, quelle que soit la motivation du législateur. *Toute* peine d’application rétrospective est infligée sans que le contrevenant n’ait pu vraiment savoir qu’il en était passible et a privé ce dernier de [traduction] « la possibilité de savoir ce qu’on attendait de lui et d’agir en conséquence » (D. Lyons, *Ethics and the rule of law* (1984), p. 75). Chaque fois alors, même lorsque les juges majoritaires se soucient moins de savoir si « la nature et le degré du risque [ont] changé » (par. 83), la primauté du droit est compromise (voir L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 53‑54; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), p. 81). La pertinence de cette préoccupation qui sous‑tend l’appréciation, par les juges majoritaires, des effets préjudiciables de la mesure sur la primauté du droit en l’espèce est donc loin d’aller de soi.
   * 1. Analyse différente des al. c) et d)
7. Outre la question de l’existence d’une justification « d’ordre temporel », examinée précédemment, je remarque aussi que toutes les raisons invoquées par les juges majoritaires à l’appui de leur conclusion selon laquelle est justifiée la restriction du droit que l’al. 11*i*) garantit à l’appelant, du fait de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d), valent également pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c).
8. Les juges majoritaires signalent que, pour ce qui concerne l’al. 161(1)d), les préjudices en jeu sont « particulièrement convaincants », le régime législatif « a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire » et l’interdiction d’utiliser Internet « ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d’emprisonnement accrue » (par. 114). Pourtant, chacune de ces raisons appuie la conclusion selon laquelle l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) est elle aussi justifiée. L’alinéa 161(1)c) s’attaque précisément au même préjudice « particulièrement convaincant » que l’al. 161(1)d), à savoir les infractions sexuelles contre les enfants. Comme je l’explique précédemment, l’interdiction que prévoit l’al. 161(1)c) est elle aussi « très bien circonscrite et [relève du] pouvoir discrétionnaire », puisqu’elle n’est prononcée que lorsque le juge qui détermine la peine conclut qu’elle est nécessaire et, également, qu’elle fait l’objet de toute exemption que le juge indique. Et la peine infligée par l’al. 161(1)c) « ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d’emprisonnement accrue », car elle interdit seulement au contrevenant d’avoir des contacts non supervisés avec un enfant. Dès lors, si l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) constitue une restriction proportionnée et justifiée du droit que l’al. 11*i*) garantit au contrevenant, il doit en aller de même pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c).
   * 1. La mise en balance qui s’impose
9. Je reconnais que l’application rétrospective des dispositions issues des modifications apportées au par. 161(1) entraîne un accroissement relatif de la peine qui n’est pas négligeable. L’interdiction que l’al. 161(1)c) fait au contrevenant d’avoir des contacts non supervisés avec un enfant, peu importe le lieu, est plus restrictive que celle qui pouvait résulter de l’application de la disposition antérieure. Et l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)d) a une bien plus grande portée que celle d’utiliser un ordinateur que prévoyait la disposition antérieure. Je reconnais également que, comme n’importe quelle atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*), l’application rétrospective de chacune des dispositions a un effet préjudiciable sur la primauté du droit et sur l’équité du système de justice criminelle, chacune d’elle emportant l’infliction éventuelle d’une peine accrue dont l’intéressé ne se savait pas passible.
10. Quant aux effets bénéfiques, il appert de la preuve dont disposait le législateur et qui figure au dossier de la Cour qu’un nombre élevé d’auteurs d’infractions sexuelles énumérées sont susceptibles de récidiver et de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants. Elle montre par ailleurs que la plupart des jeunes victimes sont connues des délinquants sexuels, qu’elles ne sont pas choisies au hasard dans un lieu public. Elle nous apprend en outre que la criminalité liée à Internet s’accroît rapidement, ce qui pourrait effectivement mener à la perpétration d’infractions liées aux contacts. Enfin, selon la preuve, la version antérieure du par. 161(1) ne pouvait réprimer aucun de ces actes, soit les contacts non supervisés avec des enfants, connus ou non du contrevenant, et l’accès non supervisé à Internet par un contrevenant susceptible d’utiliser la toile pour faciliter la commission d’une infraction sexuelle.
11. La mise en balance de ces effets préjudiciables et de ces effets bénéfiques à l’étape de l’examen de la proportionnalité que comporte l’analyse au regard de l’article premier suppose, comme le reconnaissent les juges majoritaires, « des jugements de valeur difficiles » (par. 79). Il ne s’agit jamais d’un [traduction] « calcul utilitaire objectif » (*New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), p. 369, le juge Brennan, dissident en partie). Malgré les prétentions qui vont dans le sens contraire (voir D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004), p. 166‑169; A. Barak, « Proportionality and Principled Balancing » (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1 (résumé)), l’examen de la proportionnalité ne comporte pas de véritable calcul objectif, car le tribunal doit soupeser des choses non mesurables, en l’occurrence l’effet préjudiciable sur le délinquant sexuel et sur la primauté du droit par rapport à l’effet bénéfique possible de la protection des enfants contre les délinquants sexuels.
12. Malgré l’impossibilité de soupeser objectivement des choses non mesurables, le tribunal de révision doit néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. Selon moi, les effets bénéfiques escomptés justifient la restriction du droit: les préjudices que l’on cherche à contrer sont graves et persistants et justifient la prise de mesures législatives relevant du droit criminel. La portée des dispositions est suffisamment circonscrite pour que les droits du contrevenant garantis par l’al. 11*i*) ne soient pas indûment restreints. Ce ne sont en effet que les contrevenants susceptibles de récidiver et de s’en prendre à nouveau à des enfants qui font l’objet d’une interdiction fondée sur le par. 161(1) et ce ne sont que les contrevenants susceptibles de récidiver soit par l’accès non supervisé à des enfants, soit par l’utilisation non supervisée d’Internet qui feront l’objet de l’application rétrospective des dispositions en cause. Ni l’une ni l’autre de ces dernières n’emportent un accroissement draconien de la peine infligée. Tout bien considéré, l’effet bénéfique potentiel de l’application rétrospective des al. 161(1)c) et d) qui réside dans la protection accrue des enfants contre tous les délinquants sexuels susceptibles de récidiver et de s’en prendre à nouveau à eux, peu importe le moment où le contrevenant a commis l’acte criminel, prime l’effet modéré qui en résulte sur l’équité des procédures criminelles et sur la primauté du droit.

III. Conclusion

1. À mon sens, l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) constitue une atteinte justifiée au droit que l’al. 11*i*) garantit à l’appelant. Je serais donc d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l’ordonnance des juges majoritaires de la Cour d’appel fondée sur le par. 161(1).

*Pourvoi accueilli en partie, les juges* Abella *et* Brown *sont dissidents en partie.*

Procureurs de l’appelant : Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Procureur de l’intimée : Procureur général de la Colombie‑Britannique, Victoria.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l’intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : John Norris, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

Procureurs de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie‑Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

1. En proposant ce critère, je ne me prononce pas quant à savoir s’il y aurait atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*) dans des circonstances semblables à celles de l’affaire *Whaling*, dans laquelle la procédure d’examen expéditif avait été supprimée rétrospectivement, ce qui avait eu une incidence sur la durée de la peine d’emprisonnement infligée comme sanction consécutive à la déclaration de culpabilité. [↑](#footnote-ref-1)
2. Par exemple, l’ordonnance de la juge McArthur dans *R. c. Levin*, 2015 ONCJ 290, par. 113 (CanLII), montre comment l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)d) peut être rédigée pour atteindre les objectifs de protection de la loi tout en favorisant la réadaptation du contrevenant. Voir également l’ordonnance en cause dans *R. c. Schledermann*, 2014 ONSC 674, par. 13 (CanLII). [↑](#footnote-ref-2)
3. Voici le libellé anglais de l’al. 11*i*) : « *Any person charged with an offence has the right [. . .] i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.* » [↑](#footnote-ref-3)
4. Nul n’a fait valoir que d’autres régimes d’interdiction du *Code criminel* (dont ceux correspondant aux art. 810, 810.1 et 810.2) auraient pu permettre à l’État d’atteindre son objectif de façon réelle et substantielle. [↑](#footnote-ref-4)
5. Il devrait apparaître clairement de l’analyse qui précède que si le législateur avait opté pour un régime moins adapté et de nature moins discrétionnaire, les dispositions issues des modifications de 2012 auraient fort bien pu ne pas satisfaire au critère de l’atteinte minimale. Je m’explique donc mal comment ma formulation de l’objectif des modifications en cause a pu rendre « superfl[u] » l’examen de l’atteinte minimale comme le prétend mon collègue le juge Brown (par. 138). Au contraire, ce critère demeure un rouage important de la démarche qui consiste à se demander si le législateur s’est acquitté de son obligation pour les besoins de l’article premier. [↑](#footnote-ref-5)
6. Initialement, dans l’arrêt *Oakes*, cette dernière étape visait à comparer les effets préjudiciables de la mesure restrictive et l’objectif de la loi. Toutefois, dans *Dagenais c. Société Radio‑Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge en chef Lamer a reformulé le critère afin de tenir compte de la « proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques » parce que la qualification de la dernière étape « comme concernant uniquement l’équilibre entre l’objectif et les effets préjudiciables d’une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité » (p. 889 (soulignement omis)). [↑](#footnote-ref-6)
7. Voir D. Grimm, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.*383, p. 393‑397; M. Zion, « Effecting Balance : *Oakes* Analysis Restaged » (2012‑2013), 43 *R.O.* *Ottawa* 431; Barak, p. 380‑382; F. Schauer, « Proportionality and the Question of Weight », dans G. Huscroft, B. W. Miller et G. Webber, dir., *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning* (2014), 173, p. 181‑185. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sécurité publique et Protection civile Canada, « La récidive sexuelle : d’une simplicité trompeuse », par A. J. R. Harris et R. K. Hanson, mars 2004 (en ligne), p. 9. Cette étude s’appuie sur les données de 10 études de suivi visant des délinquants sexuels adultes de sexe masculin et comportant un échantillon combiné de 4 724 contrevenants. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sécurité publique et Protection civile Canada, « Les prédicteurs de la récidive sexuelle : une méta‑analyse à jour », par R. K. Hanson et K. Morton‑Bourgon, février 2004 (en ligne), p. 11. L’article examine les éléments de preuve issus de 95 études visant plus de 31 000 délinquants sexuels. [↑](#footnote-ref-9)
10. Une autre personne qui avait participé à la formation de policiers a offert le témoignage suivant :

    En 2010, j’ai mené un projet de recherche pancanadien qui consistait à examiner la hausse exponentielle des crimes d’exploitation commis sur Internet, ou grâce à Internet, contre des enfants au Canada et ailleurs. Accéder à des images d’enfants exploités sexuellement — sous-évaluées en quelque sorte par l’utilisation du terme « pornographie juvénile » — leurrer des enfants, faire la traite des enfants et voyager dans le but de les agresser sexuellement sont des crimes de plus en plus faciles à commettre en raison des technologies modernes et omniprésentes partout sur la planète, surtout Internet. . .

    . . . Pour empêcher l’augmentation constante du nombre de crimes, on doit débrancher les agresseurs qui rôdent sur Internet et qui suivent des enfants.

    (*Témoignages*, no 44, 3e sess., 40e lég., 31 janvier 2011, p. 5-6) [↑](#footnote-ref-10)
11. Dans une affaire troublante résumée par un témoin expert devant le comité parlementaire étudiant le projet de loi, deux adultes clavardaient l’un avec l’autre dans un forum en ligne pour organiser un « échange » d’enfants (*Témoignages*, no 46, p. 5, Lianna McDonald). [↑](#footnote-ref-11)