

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

132-09-CA

M.K.

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

M.K. v. R., 2010 NBCA 71

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
September 24, 2009 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 16, 2010

Judgment rendered:
September 23, 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
Brian P. Casey

M.K.

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

M.K. c. R., 2010 NBCA 71

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 24 septembre 2009 (prononcé de la sentence)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 16 juin 2010

Jugement rendu :
Le 23 septembre 2010

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Green

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Brian P. Casey

For the respondent:
Karen Lee Lamrock

Pour l'intimée :
Karen Lee Lamrock

THE COURT

The application for leave to appeal sentence is granted. The motion for fresh evidence is dismissed as is the appeal.

LA COUR

Accueille la demande d'autorisation d'appel et rejette la motion en présentation d'une nouvelle preuve ainsi que l'appel.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] The appellant pled guilty to possession of child pornography, an offence under s. 163.1(4)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and was sentenced to 90 days in jail. The pornographic images came in the form of cartoon-like depictions and pencil drawings of young children (toddlers) engaged in what the sentencing judge described as “vile” acts. In addition to the jail sentence, the appellant was placed on probation for three years. Condition 12 of that order prohibits the appellant from being left alone with a child under 16 years of age. The appellant has a three-year-old daughter. In addition to the probation order, an order issued under s. 161 preventing the appellant from “attending” specified public places where children are typically found, including daycare centers, for a period of 10 years. The immediate effect of the s. 161 order is to prevent the appellant from transporting his daughter to and from her daycare. It is with respect to these two aspects of his sentence that the appellant seeks leave to appeal with the object of having the restrictions removed.

[2] With respect to Condition 12, the appellant contends the sentencing judge lacked reasonable grounds for imposing the restriction. The argument hinges on the application and interpretation of s. 732.1(3)(h) which authorizes the imposition of “reasonable conditions” which the court deems “desirable” for the protection of society and the offender’s successful reintegration into society. As well, the appellant seeks to introduce fresh evidence with a view to establishing he poses no risk of harm or danger to children and, therefore, the impugned condition should not have been imposed. With respect to the s. 161 order, the appellant maintains that the provision, when properly interpreted, does not apply on the facts of the present case. According to the appellant, s. 161 applies only in cases where there is an identifiable victim as opposed to drawings which depict children who are 16 or younger. The appellant also argues that s. 161

applies only to cases where it is established that the offender poses a risk of danger to children and, correlatively, there is no evidence to support such an inference.

[3] As to Condition 12, the Crown admits that, in cases involving child pornography, an order prohibiting the offender from being left alone with a child under the age of 16 is automatically sought. This leads one to ask whether a term of a probation order which prevents a father from being left alone with his children who are under 16 years of age is “reasonable” or “desirable”, simply because the father was convicted of possession of child pornography. To answer that question, the law requires this Court to focus on whether there is a sufficient “nexus” between the impugned restriction and either the “offence” or the “offender”. As to the appellant’s s. 161 interpretative arguments, the Crown insists the provision applies irrespective of whether the pornography is cast in the form of drawings or photographs of actual children.

[4] I would grant the required leave, but dismiss the application to adduce fresh evidence for the principal reason the evidence could not reasonably be found to impact on the outcome of the appeal. With respect to the merits of the sentence appeal and the restriction found in the probation order, I do not accept the Crown’s contention that the conviction itself is sufficient to establish the required nexus. In my view, there must be further evidence to support the understanding the offender poses a risk of harm or danger to children. However, the threshold is not high and, absent a pre-sentencing psychological evaluation, is easily met on the facts of the case.

[5] With respect to the restriction found in the s. 161 order, I cannot accept the appellant’s interpretative argument. Nor do I accept his contention there is no evidence that he poses a risk of harm to children. Therefore, the impugned restriction must stand.

[6] In reaching the above conclusions, it has not escaped my attention that the *Criminal Code* leaves open the door to future alternative relief in regard to both impugned restrictions. Both ss. 732.2(3) and 161(3) provide that an offender may apply to have a restriction modified or removed on the ground of a “change of circumstances”.

Having regard to the fact that the probation order requires the appellant to undergo a psychological assessment and counseling, compliance with those conditions may show that the appellant does not pose a sufficient risk of harm to children, in which case the appellant is free to apply for the relief being sought on this appeal. In my view, in the absence of a psychological pre-sentencing report, it is preferable that any risk assessment be carried out by professionals in the fullness of time. This approach supports the decision to impose a low threshold when it comes to courts making, in effect, what is a preliminary or tentative assessment as to whether the offender poses a risk of harm to children. Against this synoptic background, I conclude the appeal should be dismissed.

II. Background

[7] The appellant had downloaded from the internet a collection of adult and child pornography, consisting of 100 compact disks. One of the discs was accidentally discovered in the appellant's work computer. The remaining discs were being stored in his work locker and were discovered shortly thereafter. In addition to the disks containing thousands of adult pornographic images, approximately one thousand images skirted the line between child pornography and adult pornography. The sentencing judge noted it was difficult to discern, in these cases, whether the subject was 15 or 19 years of age. These images were displayed, for example, on websites using the word "Seventeen" followed by a disclaimer stating that individuals were over the age of 18. As well, approximately 100 child pornographic images were found. All involved drawings of children (cartoon-like depictions and pencil drawings). They depict sexual acts between children, between children and adults, acts of bondage, torture and bestiality. The sentencing judge described the images as "... vile images of children being subjected to the sexual abuse ...". Equally disturbing is the fact that the children portrayed are toddlers. The child pornography also consisted of four stories which were downloaded from a message style chat board which was dedicated to the topic of incest. The stories appear to laud incestuous sex between father and daughter, siblings and relatives.

[8] It is common ground the appellant downloaded the pornographic material around 1999, several years prior to his marriage and the birth of his daughter who is now three. The disks were found in 2007. The appellant is now 47 years of age. Following his conviction, the appellant and his wife agreed that he should move out of the home and into an apartment, thereby guarding the family from the stigma of the conviction and to facilitate the ability of the appellant's wife to pursue her in-home employment. At the same time, the appellant would have daily contact with his family. That family consists of two other children from the appellant's wife's previous marriage. Both children are over 16 years of age.

[9] At the sentencing hearing, held on September 3, 2009, both parties presented their legal arguments. The Crown argued for the issuance of a three-year probation order, embracing a list of nine conditions. Three are relevant to this appeal. Item 3 is a directive to undergo a mental health assessment and to participate in any counseling deemed appropriate as a result of the assessment. Item 4 directs the appellant to attend and participate in any counseling or rehabilitation programs, as directed by the probation officer. Item 9 prohibits the appellant from being left alone with his daughter or any child under the age of 16. The Crown reminded the judge that the conditions were similar to those the judge had seen in the past. The judge adopted all three conditions (Conditions 7, 8 and 12 respectively). Crown counsel also sought an order under s. 161(1).

[10] Much of the September 3 hearing dealt with whether the appellant should receive a conditional sentence and involved an extensive review of the applicable jurisprudence. However, both counsel addressed the list of conditions which the Crown had submitted to the Court and to the appellant for the first time. Counsel for the appellant objected to Item 9 (now Condition 12 of the Court Order) on the ground there was no evidence the appellant represented a risk of harm to any child under the age of 16 let alone his 3-year-old daughter. Counsel argued: "How can he not be left alone – with his child when there's no history, no suggestion of – impropriety whatsoever?" The sentencing judge responded by indicating that she remained troubled by the fact that the

appellant kept the collection of discs long after he was married and by the fact that a segment of the images depicted young children being subjected to sexual abuse. As to Crown's request for a s. 161 order, the argument appears to have focused on the word "attending" found within that provision. Counsel for the appellant was concerned that the effect of the order would be to prevent the appellant from walking past any one of the public places specified in s. 161. The Crown appears to have conceded that s. 161 has been read to exclude that interpretation and also to the possibility of adding a proviso that the appellant could attend such places as long as he was in the company of an adult.

[11] The sentencing judge delivered her decision, from the Bench, on September 24, 2009. Her reasons offer a comprehensive and persuasive explanation for her decision to impose a 90-day jail sentence, to be served intermittently, rather than granting a conditional sentence. The sentencing judge also issued various ancillary orders including the probation order imposed under s. 732.1(3)(h) and the prohibition order imposed under s. 161(1). While the three-year probationary order contains 13 conditions, only the 12th is in issue. But as noted above, the order also contains Conditions 7 and 8, which require the appellant to undergo a mental assessment and participate in counseling programs. Pursuant to s. 161(1)(a), an order was issued prohibiting, *inter alia*, the appellant from attending a daycare centre unless accompanied by a "responsible adult person". The prohibition is to last for 10 years. Following the delivery of her reasons, the sentencing judge asked whether there were any questions about any of the conditions. Counsel for the appellant asked whether Condition 12 applies to family members under the age of 16. The sentencing judge answered "yes".

III. The Motion for Fresh Evidence

[12] The legal framework to be applied for the admission of fresh evidence on appeal from a sentence is no different than the framework governing the admission of fresh evidence on appeal from a verdict. So held the Supreme court of Canada in *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487, applying the *Palmer* test as formulated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL). The governing

framework has been addressed recently by this Court in *R. v. Goulette*, 2009 NBCA 49, 350 N.B.R. (2d) 152, which analysis also incorporates the Supreme Court's most recent pronouncement on the subject: *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728. The established criteria for admitting fresh evidence are:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided this general principle will not be applied as strictly in criminal cases;
- (2) The evidence must be relevant in the sense it bears upon a decisive or potentially decisive issue;
- (3) The evidence must be credible in the sense it is reasonably capable of belief; and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[13] The Supreme Court has repeatedly stated that the overriding consideration is whether the admission of fresh evidence is in the "interests of justice". As to the due diligence requirement, the Court has held that this criterion must be applied flexibly. As stated in *R. v. Lévesque* at para. 19: "While due diligence is not a necessary prerequisite for the admission of fresh evidence on appeal, it is an important factor that must be taken into account in determining whether it is in the interests of justice to admit or exclude fresh evidence." In the present case, the question is whether the appellant should have asked for an adjournment at the September 3, 2009 hearing, in order to obtain rebuttal evidence to the Crown's implicit contention that the appellant represented a risk of harm to children. The competing argument is that appellant's counsel was taken by surprise over the need to adduce evidence to rebut any presumption that the appellant represented such a risk. By counter-argument, the Crown insisted that the imposition of Condition 12 is invariably sought in all cases involving child pornography. Of course, the reality is that fault for any breach of the due diligence requirement will rest on the shoulders of counsel. As would be expected counsel for the appellant pleads that it would not be in the

interests of justice for his client to be prejudiced for counsel's failure to ask for the adjournment.

[14] On the facts of the present case, I prefer not to assign fault to the appellant's counsel, but to focus on the fourth criterion of the *Palmer* test: Would the evidence, if admitted, when taken with the other evidence adduced, be expected to have affected the result? The fresh evidence the appellant requests be admitted into evidence consists of a psychological report prepared by a clinical and forensic psychologist. The report is based on a three-hour-and-15-minute interview with the appellant, a 20-minute interview with the appellant's wife, and a 45-minute follow-up phone interview with the appellant. As well, the psychologist was provided with a copy of the pre-sentence report and a transcript of the sentencing judge's reasons for decision. The report offers a number of conclusions, three of which are relevant to the issues in dispute on this appeal. First, the psychologist concluded that the appellant does not suffer from pedophilia or other mental disorders. Second, the psychologist stated that the risk of the appellant engaging in such conduct "...is so low, in my opinion, that to prevent the father from normally interacting with his daughter may be actually damageable to the family dynamics, and ultimately the child as well." Third, the psychologist concluded that the appellant is not in need of specific therapeutic interventions for pedophilia or other forms of sexual paraphilias.

[15] I agree with the Crown's contention that the report is deficient in several material respects. First, the psychologist's report is based on statements which the appellant made to the psychologist with respect to facts that were not placed before the sentencing judge. The appellant stated he did not knowingly possess the child pornography in question and that the images and stories were downloaded blindly. The appellant stated he was only interested in adult pornography. Those assertions negate an essential element of the offence of possession of child pornography, an element which the appellant agreed existed by virtue of his guilty plea. Second, the psychologist did not ask how one goes about downloading pornographic materials "blindly". Third, the appellant did not provide to the psychologist an answer to the sentencing judge's question: Why

did the appellant continue to retain possession of his vast collection of pornography long after he was married? Fourth, the psychologist did not access and review the images in question and, therefore, acknowledged that he could not offer a direct opinion on the level of deviancy of the drawings. The sentencing judge described the pictures as “vile”. Having reviewed the images, I would go further and characterize the pictures as disturbing and alarming. The depravity exhibited by drawings which depict three-year-old children engaged in sexual acts with adults cannot be translated into words. Having regard to the deficiencies in the psychologist’s report, I am driven to conclude that the fresh evidence would not have affected the result and, therefore, I am not prepared to grant the appellant’s motion.

IV. Condition 12 of the Probation Order

[16] Section 732.1 of the *Criminal Code* authorizes the court to issue a probation order which requires the offender to comply with such other “reasonable conditions” the court considers “desirable” for protecting society and for facilitating the offender’s successful reintegration into society. The appellant contends there was no evidence that Condition 12 was necessary either for the protection of the public, the appellant’s daughter, or the rehabilitation of the appellant. For example, there was no evidence that the appellant had ever engaged in improper or questionable conduct with any child. The Crown, on the other hand, has adopted the position that everyone found guilty of possession of child pornography should be subject to a probation order which prohibits the offender from being left alone with children under 16 years of age. Thus, we are told the restriction is invariably included in the Crown’s list of restrictions presented to the court at the sentencing hearing.

[17] I begin my analysis by acknowledging two legal principles. First, the residual discretion to craft individualized conditions of probation, under s. 732.1(3) of the *Criminal Code* is indeed broad: *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399. Second, the decision to impose “reasonable conditions” of probation is generally owed deference. The tenets of the deference doctrine in the criminal law context are fully set out in this

Court's decision in *R. v. Steeves*, 2010 NBCA 57, [2010] N.B.J. No. 265 (QL): Is the sentence (impugned restriction) clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing? However, deference is not owed where the issue involves a question of law. This leads me to consider the validity of the Crown's contention that the impugned restriction (Condition 12) is justifiable without some evidence the offender poses a risk of harm or danger to children. The Crown cites two cases in support of its argument. The first is a decision of the Supreme Court of Canada. The second is a decision of the British Columbia Court of Appeal.

[18] The lead decision of the Supreme Court of Canada regarding the residual power of courts to impose optional conditions in a probation order pursuant to s. 732.1(3)(h) of the *Criminal Code* is *R. v. Shoker*. In that case, the offender had been convicted of breaking and entering a dwelling house with the intent to commit a sexual assault. Pursuant to s. 732.1(3)(c), the probation order required the offender to abstain from the consumption of alcohol and non-prescription drugs. However, the order went on to require the offender to submit to various tests upon the demand of a probation officer in order to ensure compliance with the restrictions. The obligation to undergo testing on demand was imposed pursuant to s. 732.1(3)(h) which outlines a residual discretion to impose such other reasonable conditions as the court deems desirable. The British Columbia Court of Appeal removed the testing requirement from the probation order. The majority of the Supreme Court held the Court of Appeal was correct in doing so. It was held that conditions compelling bodily substances to facilitate the gathering of evidence for enforcement purposes are different in kind and raise constitutional concerns. In rendering its decision the majority offered some general comments about the general and residual scope of s. 732.1(3)(h):

Before discussing the issue that arises in this case, I wish to make a few general comments about the power to impose optional conditions under s. 732.1(3). The residual power under s. 732.1(3)(h) speaks of "other reasonable conditions" imposed "for protecting society and for facilitating the offender's successful reintegration into the community". Such language is instructive, not only in

respect of conditions crafted under this residual power, but in respect of the optional conditions listed under s. 732.1(3): before a condition can be imposed, it must be "reasonable" in the circumstances and must be ordered for the purpose of protecting society and facilitating the particular offender's successful reintegration into the community. Reasonable conditions will generally be linked to the particular offence but need not be. What is required is a nexus between the offender, the protection of the community and his reintegration into the community. [para.13]

[Emphasis added.]

[19] The above passage has been interpreted to mean that reasonable conditions of probation embrace those in which there is a nexus between the condition and the offence or a nexus between the condition, the protection of society and the offender's reintegration into society.

[20] This takes me to the second decision cited in support of the Crown's argument. In *R. v. Hardenstine*, 2008 BCCA 474, [2008] B.C.J. No. 2325 (QL), the Court applied *Shoker* in holding that conditions of probation should not be limited or constrained by requiring a nexus to the circumstances of the offence or the offender's past history. That ruling was made in the context of a probation order which required the offender to abstain from the consumption of alcohol and from frequenting establishments which serve alcoholic beverages, even though alcohol played no part in the offences for which the offender was being sentenced and even though there was no discernable pattern of alcohol abuse in the offender's criminal record. In short, there was no nexus between the restriction with respect to alcohol and the offence in question or the offender's criminal record. This left the Court to consider whether there was a nexus between the restriction, the protection of the community, and the offender's rehabilitation and reintegration into society. Based on a number of factual matters, the Court held that there was a sufficient basis on which the sentencing judge could have concluded that the impugned restriction was a desirable tool for enhancing the prospects of the offender's rehabilitation, and for protecting society during the period of probation (see also *R. v.*

R.R.M., 2009 BCCA 578, [2009] B.C.J. No. 2528 (QL) and *R. v. Smith*, [2009] O.J. No. 5098 (QL)).

[21] In the present case, it seems clear that there is no nexus between the impugned restriction and the offence or the appellant's past conduct. In short, this is not a case where the offence committed involved harm to a child, nor does the appellant have a criminal record involving a risk of harm or danger to children. This leaves us to consider whether there is a nexus between the impugned restriction, the need to protect society and the appellant's rehabilitation and reintegration into society. In my view, such a nexus can only exist if it is assumed or accepted that the appellant represents a risk of harm or danger to children. The Crown would have us accept that the conviction for possession of child pornography is evidence of such risk. With respect, I disagree. If, for example, the conviction arose in circumstances where the evidence established that the offender received no "sexual gratification" from the images and that the period over which the images were viewed was an isolated incident of curiosity, the imposition of a restriction that precluded a father from being left alone with his small children could well be viewed as an exercise of unprincipled discretion (the hypothetical is alluded to in *R. v. Woroby*, 2003 MBCA 41, [2003] M.J. No. 98 (QL) at para. 8).

[22] The imposition of reasonable conditions that the court believes are desirable requires the court to consider whether there is an evidential basis for their need or appropriateness. I have concluded that the impugned restriction must be deleted unless there is some evidence, other than the conviction itself, that the offender poses a risk of harm to children. In my view, however, the threshold test should not be onerous. In the absence of a pre-sentencing psychological report, most courts are not in a position to understand the true implications of child pornography and its relationship to pedophilia and other psychological disorders that surround the culture of deviant sexual behaviour. As stated at the outset, assessment and counseling programs undertaken by professionals provide better opinions as to whether an offender represents an unacceptable risk of harm to children.

[23] Accepting that the impugned restriction must be supported by some evidence that the offender represents a risk of harm to children, the question is whether such evidence is present in this case. Before addressing that question, I wish to acknowledge that there is nothing in the record before this Court to suggest that the sentencing judge imposed Condition 12 on the understanding that anyone convicted of possession of child pornography poses a risk of harm to children and, therefore, all such offenders must be prohibited from being left alone with children. True, there is no evidence of the appellant having harmed a child. But the sentencing judge had other concerns.

[24] The sentencing judge's immediate concern was tied to two facts: the nature of the images and the lack of a record to explain why the appellant had kept the pictures for so long. As stated earlier, the images are disturbing. They say a picture is worth a thousand words. But for the fact this Court was asked to view the child images, I would not have predicted that a cartoon-like drawing would leave me with the impression that a voluntary collector of such images may, indeed, pose a risk of harm to children. The nature of the images, together with the absence of an explanation for the appellant's accumulation and retention of them, suggests caution. Furthermore, because the images in question portray toddlers, the same age as the appellant's daughter, engaged in sexual acts with adults, there is, in my view, sufficient evidence on the record to support the inference that the appellant may pose a risk of harm. That being so, the decision to impose "reasonable conditions" of probation is owed deference.

[25] As noted at the outset, it is also important to recognize that Condition 12 is not a stand-alone provision of the probation order. Condition 7 requires the appellant to undergo a mental assessment, and to participate in counseling deemed appropriate as a result of this assessment. Condition 8 requires the appellant to attend and actively participate in any counseling or rehabilitation programs which the probation officer directs and deems appropriate to assist in the appellant's rehabilitation and reintegration into society. The significance of the latter two conditions is obvious. They provide the means to assess objectively the extent to which the appellant poses a risk of harm to

children and, if he is assessed as a risk, to pursue a course of action that hopefully reduces or eliminates the risk. If the professional assessment reveals that the appellant has never posed an unacceptable risk of harm to children, or no longer does, s. 732.2(3) of the *Criminal Code* enables the appellant to apply to have the probation order amended on the basis of a “change of circumstances”. When placed in this context, the decision to impose Condition 12 is immune from judicial attack on the ground of unreasonableness. Collectively, the three conditions of probation support the view that it is wiser for sentencing judges to look for a modicum of evidence with respect to the potential for risk of harm, and to leave the task of full assessment to those professionally trained.

V. Section 161 Argument

[26] The sentencing judge also made an order under s. 161(1)(a) of the *Criminal Code*. The provision states that when an offender is convicted of an offence identified in s. 161(1.1) “in respect of a person who is under the age of 16 years” the court “shall” consider making an order that prohibits the offender from “attending” a “public park or public swimming area where persons under the age of 16 years are present or can be reasonably be expected to be present, or a daycare centre, school ground, playground or community centre.” The list of offences under ss. (1.1) includes an offence under s. 163.1. The appellant was convicted of possession of child pornography under s. 163.1(4)(a). In turn, child pornography is defined in s. 163.1(1) as involving visual representations of persons under the age of 18.

[27] The appellant argues s. 161 has no application because the drawings in question do not involve “a person who is under the age of 16 years”. The appellant also relies on an earlier Supreme Court of Canada decision to assert that s. 161 is confined in its application to those who pose a danger to children. *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, [1994] S.C.J. No. 101 (QL), held the predecessor to s. 161 unconstitutional. In that case, the offender had been convicted of sexual assault involving children and subject to what was then a s. 179(1)(b) order which prohibited the offender (convicted sex offenders) from loitering near playgrounds, school yards or public parks. The purpose of

s. 179(1)(b) was to protect children from becoming victims of sexual predators. The majority held the provision unconstitutional as violating s. 7 of the *Charter*. The Court found the provision overly broad in a number of respects, including the fact that it extended to those guilty of offences without regard to whether the offender constitutes a danger to children. In *Heywood*, the Court noted that by the time of the Supreme Court hearing, s. 179 had been repealed and replaced by s. 161, and that under the new provision only those offenders who constitute a danger to children are subject to the prohibition. Specifically, s. 161 refers to those convicted of offences against persons who are under 16. Within this framework, the appellant argues s. 161 is confined in its application to those who pose a danger to children, and there is no evidence that the appellant is such a person.

[28] My response to the above arguments is relatively brief. First, there is some evidence the appellant presents himself as a risk of harm to children, and that, as the applicable test of sufficiency is low, there is no basis for intervening with the sentencing judge's decision to impose the restriction set out in s. 161(1)(a) of the *Criminal Code*. Second, I find no justiciable reason to read down s. 161 so as to perpetuate the understanding that the section only applies if there is an actual victim. True, all of the offences listed in s. 161, other than s. 163.1, involve an actual victim. The fact remains that Parliament chose to make s. 161 apply also to the offence of possessing child pornography. Furthermore, Parliament decided that child pornography would include both photographic and digital images of actual children, and pornographic drawings or illustrations of children. It matters not how the images came into existence; what matters is that the images exist and that they come within the definition of child pornography set out in s. 163.1(1). With great respect, the appellant has not laid the foundation for an interpretative argument that warrants further consideration. However, I would point out that s. 161(3) provides that a s. 161 order may be varied if the variation is desirable because of changed circumstances. In my view, a subsequent finding that the offender does not pose a sufficient risk of harm would fall within this variation provision. It should follow that if the offender seeks a variation of a probation order because of a change of circumstances, so too may he seek a variation of the s. 161 order on the same ground.

VI. Conclusion/Disposition

[29] Although I am prepared to grant the required leave to appeal, I would dismiss the motion for fresh evidence and also the appeal, while noting that the appellant is not left without a remedy should he be able to persuade the sentencing court of a change in circumstances, as contemplated by ss. 732.2(3) and 161(3) of the *Criminal Code*.

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] L'appelant a plaidé coupable à une accusation de possession de pornographie juvénile, infraction prévue à l'al.163.1(4)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et a été condamné à 90 jours d'emprisonnement. Les images pornographiques étaient sous forme d'illustrations du genre bande dessinée et de dessins au crayon de jeunes enfants (des tout-petits) se livrant à ce que la juge chargée de la détermination de la peine a décrit comme étant des actes [TRADUCTION] « ignobles ». En plus de la peine d'emprisonnement, l'appelant a fait l'objet d'une ordonnance de probation de trois ans. La condition n° 12 de l'ordonnance interdit à l'appelant de se trouver seul avec un enfant âgé de moins de 16 ans. L'appelant a une fille de trois ans. En plus de l'ordonnance de probation, une ordonnance prononcée en vertu de l'art. 161 lui interdit de « se trouver » dans des endroits publics précis où il y a généralement des enfants, notamment les garderies, pendant dix ans. Cette dernière ordonnance a pour effet immédiat d'empêcher l'appelant d'emmener et d'aller chercher sa fille à la garderie. C'est à l'égard de ces deux aspects de la sentence que l'appelant demande l'autorisation d'interjeter appel dans le but de faire annuler les interdictions.

[2] En ce qui a trait à la condition n° 12, l'appelant prétend que la juge chargée de la détermination de la peine n'avait pas de motifs raisonnables d'imposer cette interdiction. L'argument s'articule sur l'application et l'interprétation de l'al. 732.1(3)h) qui autorise l'imposition de « conditions raisonnables » que le tribunal considère « souhaitables » pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant. De plus, l'appelant souhaite présenter une nouvelle preuve dans le but d'établir qu'il ne pose pas de risque ni de danger pour les enfants et que, par conséquent, la condition contestée n'aurait pas dû être imposée. En ce qui a trait à l'ordonnance prononcée en vertu de l'art. 161, l'appelant soutient que la disposition, si elle est

interprétée convenablement, ne s'applique pas aux faits de la présente affaire. Selon l'appelant, l'art. 161 s'applique seulement dans les cas où une victime peut être identifiée et non lorsqu'il s'agit de dessins illustrant des enfants ayant au plus 16 ans. L'appelant fait valoir également que l'art. 161 s'applique seulement lorsqu'il est établi que le contrevenant pose un risque pour les enfants et que, corrélativement, il n'existe aucune preuve à l'appui de pareille inférence.

[3] Pour ce qui est de la condition n° 12, le ministère public admet, dans les cas de pornographie juvénile, demander automatiquement une ordonnance interdisant au délinquant de se trouver seul avec un enfant âgé de moins de 16 ans. On peut donc se demander si une condition de probation qui empêche un père de famille de se trouver seul avec ses enfants qui n'ont pas 16 ans est « raisonnable » ou « souhaitable » du seul fait qu'il a été déclaré coupable de possession de pornographie juvénile. Pour répondre à cette question, la règle de droit exige que la Cour examine plus particulièrement s'il existe un « lien » suffisant entre l'interdiction contestée d'une part et l'« infraction » ou le « délinquant » d'autre part. En ce qui a trait aux arguments liés à l'interprétation de l'art. 161 avancés par l'appelant, le ministère public tient à préciser que cette disposition s'applique sans égard à la question de savoir si la pornographie prend la forme de dessins ou de photos d'enfants réels.

[4] Je suis d'avis d'accorder l'autorisation demandée, mais de rejeter la demande de présentation d'une nouvelle preuve principalement parce que cette preuve ne pourrait raisonnablement être considérée comme ayant une incidence sur l'issue de l'appel. Quant au bien-fondé de l'appel de la sentence et l'interdiction prévue dans l'ordonnance de probation, je n'accepte pas la prétention du ministère public suivant laquelle la déclaration de culpabilité est suffisante en soi pour établir le lien requis. À mon avis, il doit exister une preuve corroborant que le contrevenant pose un risque ou un danger pour les enfants. Par ailleurs, le critère préliminaire est peu exigeant et, en l'absence d'une évaluation psychologique présentencielle, les faits en l'espèce permettent d'y satisfaire sans difficulté.

[5] En ce qui a trait à l'interdiction prévue dans l'ordonnance prononcée en vertu de l'art.161, je ne peux souscrire à l'argument interprétatif de l'appelant. Je ne souscris pas non plus à l'argument voulant que rien n'indique qu'il pose un risque ou un danger pour les enfants. Par conséquent, l'interdiction contestée doit être maintenue.

[6] En parvenant à ces conclusions, je n'ai pas oublié que le *Code criminel* laisse la voie ouverte à d'autres mesures réparatoires futures à l'égard des deux interdictions contestées. Les paragraphes 732.2(3) et 161(3) prévoient que le délinquant peut demander la modification ou l'annulation d'une interdiction en raison de « modifications des circonstances ». Compte tenu du fait que l'ordonnance de probation exige que l'appelant se soumette à une évaluation et à des consultations psychologiques, il se peut qu'il soit ainsi démontré que l'appelant ne pose pas un risque important pour les enfants, auquel cas il lui sera loisible de demander le redressement sollicité dans le présent appel. À mon avis, sans rapport psychologique présentiel, il est préférable que l'évaluation du risque soit effectuée par des professionnels en temps et lieu. Cette démarche étaye la décision d'imposer un critère préliminaire peu rigoureux lorsqu'il revient au tribunal de faire, en quelque sorte, une évaluation préliminaire ou provisoire quant à savoir si le contrevenant pose un risque pour les enfants. Compte tenu de ce contexte synoptique, je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Contexte

[7] L'appelant avait téléchargé à partir d'Internet une série d'images de pornographie adulte et juvénile enregistrées sur 100 disques compacts. L'un des disques a été découvert accidentellement dans l'ordinateur de travail de l'appelant. Les autres étaient rangés dans son casier au travail et ont été découverts peu de temps après. En plus des disques contenant des milliers d'images pornographiques d'adultes, environ un millier d'images étaient à la limite entre la pornographie adulte et la pornographie juvénile. La juge chargée de la détermination de la peine a souligné qu'il était difficile de discerner, dans ces cas, si le sujet était âgé de 15 ans ou de 19 ans. Ces images ont été diffusées, par exemple, sur des sites Web sous le mot « Seventeen » suivi d'un

« avertissement » précisant que les sujets étaient âgés d'au moins 18 ans. De plus, on a découvert environ 100 images pornographiques d'enfants; toutes étaient des dessins (des illustrations du genre bande dessinée et des dessins au crayon) qui illustraient des actes sexuels auxquels se livraient des enfants entre eux ou avec des adultes et des actes de bondage, de torture et de bestialité. La juge chargée de la détermination de la peine a décrit les images comme étant des [TRADUCTION] « images ignobles d'enfants faisant l'objet d'abus sexuels... ». Ce qui est également troublant, c'est que les enfants illustrés sont des tout-petits. Les éléments recueillis en matière de pornographie juvénile comprenaient également quatre histoires qui avaient été téléchargées d'un site de clavardage de type messages dédié au thème de l'inceste. Ces histoires semblent louer les relations sexuelles incestueuses entre un père et sa fille, des frères et sœurs et entre les membres d'une même famille.

[8] Il est établi que l'appelant a téléchargé le matériel pornographique vers 1999, soit plusieurs années avant son mariage et la naissance de sa fille aujourd'hui âgée de trois ans. Les disques ont été découverts en 2007. L'appelant est aujourd'hui âgé de 47 ans. À la suite de sa condamnation, sa femme et lui ont convenu qu'il quitterait la résidence familiale pour aller vivre en appartement, afin de préserver la famille du caractère déshonorant de la condamnation et de permettre à son épouse de poursuivre son travail à domicile plus facilement. Parallèlement, l'appelant pourrait rester en contact quotidiennement avec sa famille qui comprend également deux autres enfants issus du mariage antérieur de son épouse. Ces deux enfants ont plus de 16 ans.

[9] À l'audience de détermination de la peine qui a eu lieu le 3 septembre 2009, les deux parties ont présenté leurs arguments juridiques. Le ministère public a plaidé en faveur de la délivrance d'une ordonnance de probation de trois ans, assortie de neuf conditions. Trois d'entre elles entrent en ligne de compte dans le présent appel. L'élément n° 3 enjoint à l'appelant de se soumettre à une évaluation de la santé mentale et de suivre les séances de counseling jugées indiquées à la suite de l'évaluation. L'élément 4 lui enjoint d'assister et de participer aux programmes de counseling et de réadaptation recommandés par l'agent de probation. L'élément n° 9 lui interdit de se

trouver seul avec sa fille ou d'un enfant n'ayant pas 16 ans. Le ministère public a rappelé à la juge que les conditions étaient semblables à celles imposées dans le passé. La juge a fait siennes les trois conditions en question (les conditions 7, 8 et 12 respectivement). L'avocate du ministère public a également demandé la délivrance d'une ordonnance en vertu du par. 161(1).

[10] L'audience du 3 septembre a porté principalement sur la question de savoir si l'appelant devait obtenir un sursis, ce qui a donné lieu à un examen approfondi de la jurisprudence applicable. Par ailleurs, les avocats ont débattu des conditions que le ministère public avait soumises à la Cour et à l'appelant pour la première fois. L'avocat de l'appelant s'est opposé à l'élément n° 9 (maintenant la condition n° 12 de l'ordonnance de la cour) parce que rien n'indiquait que l'appelant posait un risque pour un enfant âgé de moins de 16 ans, et encore moins pour sa fille âgée de trois ans. Il a avancé : [TRADUCTION] « Comment se fait-il qu'il ne peut se trouver seul avec son enfant alors qu'il n'existe aucun antécédent, ni aucun élément laissant croire à la moindre inconduite? » La juge chargée de la détermination de la peine a répondu en disant qu'elle demeurait préoccupée par le fait que l'appelant avait conservé la collection de disques longtemps après son mariage et par le fait qu'une partie des images illustraient des jeunes enfants faisant l'objet d'abus sexuels. Pour ce qui est de l'ordonnance demandée par le ministère public en vertu de l'art. 161, l'argument semble avoir porté principalement sur les mots « se trouver » que contient la disposition. L'avocat de l'appelant s'inquiétait du fait que l'ordonnance aurait pour effet d'empêcher l'appelant de passer près des endroits publics précisés à l'art. 161. Le ministère public semble avoir reconnu que l'art. 161 a été libellé de manière à exclure cette interprétation et qu'il était possible d'ajouter une disposition restrictive prévoyant que l'appelant pourrait se trouver dans ces endroits pourvu qu'il soit accompagné d'un adulte.

[11] La juge chargée de la détermination de la peine a rendu sa décision à l'audience du 24 septembre 2009. Ses motifs offrent une justification complète et convaincante de sa décision d'infliger une peine d'emprisonnement de 90 jours devant être purgée de façon discontinue, au lieu de rendre une ordonnance de sursis. La juge

chargée de la détermination de la peine a également prononcé diverses ordonnances accessoires, y compris l'ordonnance de probation imposée en vertu de l'al. 732.1(3)h) et l'ordonnance d'interdiction imposée en vertu du par. 161(1). L'ordonnance de probation de trois ans comporte 13 conditions, mais seule la condition n° 12 est en cause. Mais, comme nous l'avons vu, elle comporte également deux conditions, les conditions n^{os} 7 et 8, qui exigent que l'appelant se soumette à une évaluation de santé mentale et participe à des programmes de counseling. Une ordonnance interdisant à l'appelant notamment de se trouver dans une garderie, à moins qu'il ne soit accompagné d'un [TRADUCTION] « adulte fiable », a été prononcée en vertu de l'al. 161(1)a). L'interdiction est en vigueur pour dix ans. Après avoir exposé ses motifs, la juge chargée de la détermination de la peine a demandé s'il y avait des questions concernant les conditions. L'avocat de l'appelant a demandé si la condition n° 12 visait les membres de la famille âgés de moins de 16 ans. La juge a répondu par l'affirmative.

III. La motion en présentation d'une nouvelle preuve

[12] Le cadre juridique applicable à l'admission d'une nouvelle preuve en appel d'une peine n'est pas différent de celui qui régit l'admission d'une nouvelle preuve en appel d'un verdict, comme l'a confirmé la Cour suprême du Canada dans *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487, en appliquant le critère formulé dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL). Notre Cour s'est récemment penchée sur le cadre qui régit l'admission d'une nouvelle preuve dans *R. c. Goulette*, 2009 NBCA 49, 350 R.N.-B. (2^e) 152, dont l'analyse intègre les enseignements de la plus récente décision de la Cour suprême en la matière : *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728. Les principes directeurs établis pour admettre une nouvelle preuve sont les suivants :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles [...];

- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive [...];
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi; et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

[13] La Cour suprême a affirmé à plusieurs reprises que la considération primordiale pour admettre une nouvelle preuve est l'« intérêt de la justice ». Quant à l'exigence de diligence raisonnable, elle a soutenu que ce critère devait être appliqué de façon souple et flexible. Elle a d'ailleurs affirmé dans *R. c. Lévesque*, au par. 19 que « [m]ême si la diligence raisonnable n'est pas une condition essentielle à l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel, il s'agit d'un facteur important dont il faut tenir compte pour déterminer s'il est dans l'intérêt de la justice de recevoir ou non une nouvelle preuve ». Dans la présente affaire, la question qui se pose est de savoir si l'appelant aurait dû demander un ajournement à l'audience du 3 septembre 2009 afin d'obtenir une preuve à l'encontre de l'allégation implicite du ministère public selon laquelle l'appelant posait un risque pour les enfants. L'argument opposé veut que l'avocat de l'appelant ait été pris au dépourvu par rapport à la nécessité de présenter une preuve pour réfuter une présomption suivant laquelle l'appelant posait pareil risque. À l'encontre de cet argument, le ministère public a soutenu que l'imposition de la condition n° 12 est invariablement demandée dans toutes les affaires de pornographie juvénile. Bien entendu, en réalité, la responsabilité de tout manquement à l'exigence de diligence raisonnable sera imputée à l'avocat. Comme on pouvait s'y attendre, l'avocat de l'appelant plaide qu'il ne serait pas dans l'intérêt de la justice que son client subisse un préjudice en raison de son défaut de demander un ajournement.

[14] Compte tenu des faits de la présente affaire, je préfère ne pas attribuer la faute à l'avocat de l'appelant pour plutôt examiner de façon particulière le

quatrième élément de l'analyse de *Palmer* : peut-on raisonnablement penser que la preuve, si admise, ajoutée aux autres éléments de preuve présentés au procès, aurait influé sur le résultat? La nouvelle preuve que l'appelant souhaite faire admettre consiste en un rapport psychologique rédigé par un psychologue clinicien et judiciaire. Le rapport se fonde sur une entrevue de 3 h 15 min avec l'appelant, une entrevue de 20 minutes avec l'épouse de l'appelant et une entrevue téléphonique de suivi avec l'appelant qui a duré 45 minutes. De plus, le psychologue a reçu une copie du rapport présentiel et une transcription des motifs de la décision de la juge chargée de la détermination de la peine. Le rapport comporte un certain nombre de conclusions, dont trois sont pertinentes quant aux points litigieux en appel. Premièrement, le psychologue a conclu que l'appelant ne souffre pas de pédophilie ou d'un autre trouble mental. Deuxièmement, le psychologue a affirmé que le risque que l'appelant adopte pareille conduite [TRADUCTION] « est si faible, à mon avis, qu'empêcher le père d'interagir normalement avec sa fille peut en fait nuire à la dynamique familiale et, en bout de ligne, à l'enfant également ». Troisièmement, le psychologue a conclu que l'appelant n'a pas besoin d'une intervention thérapeutique particulière pour la pédophilie ou d'autres formes de paraphilie sexuelle.

[15] Je suis d'accord avec le ministère public pour dire que le rapport est déficient sous plusieurs aspects importants. Premièrement, le rapport se fonde sur des déclarations que l'appelant a faites au psychologue relativement à des faits dont la juge chargée de la détermination de la peine n'a pas été saisie. L'appelant a affirmé qu'il n'était pas sciemment en possession de la pornographie juvénile en question et que les images et les histoires avaient été téléchargées à l'aveuglette. Il a ajouté qu'il s'intéressait seulement à la pornographie adulte. Ces affirmations nient un élément essentiel de l'infraction de possession de pornographie juvénile, élément dont l'appelant a reconnu l'existence en inscrivant un plaidoyer de culpabilité. Deuxièmement, le psychologue n'a pas cherché à savoir comment on pouvait s'y prendre pour télécharger des images pornographiques « à l'aveuglette ». Troisièmement, l'appelant n'a pas donné au psychologue de réponse à la question posée par la juge chargée de la détermination de la peine : pourquoi avait-il conservé sa vaste collection d'images pornographiques longtemps après son mariage? Quatrièmement, le psychologue n'a pas eu accès aux

images en question et, par conséquent, il a reconnu qu'il n'était pas en mesure de donner une opinion directe sur le degré de déviance des dessins. La juge chargée de la détermination de la peine a qualifié ces images d' [TRADUCTION] « ignobles ». Après avoir examiné ces images, j'ajouterais qu'elles sont choquantes et alarmantes. Il n'y a pas de mots pour traduire la perversion exhibée par des dessins illustrant des enfants de trois ans qui se livrent à des actes sexuels avec des adultes. Compte tenu des lacunes du rapport du psychologue, je ne peux pas conclure que la nouvelle preuve n'aurait pas influé sur le résultat. Par conséquent, je ne suis pas disposé à accueillir la motion de l'appelant.

IV. Condition 12 de l'ordonnance de probation

[16] Le paragraphe 732.1 du *Code criminel* autorise le tribunal à prononcer une ordonnance de probation qui enjoint au délinquant d'observer les autres « conditions raisonnables » qu'il considère « souhaitables » pour assurer la protection de la société et faciliter sa réinsertion sociale. L'appelant soutient que rien n'indiquait que la condition n° 12 était nécessaire pour assurer la protection du public ou de sa fille ou pour faciliter sa réadaptation. Par exemple, rien n'indique que l'appelant avait déjà eu une conduite répréhensible ou inacceptable avec un enfant. Le ministère public, par ailleurs, a adopté la position selon laquelle quiconque est déclaré coupable de possession de pornographie juvénile doit faire l'objet d'une ordonnance de probation lui interdisant de se trouver seul avec des enfants âgés de moins de 16 ans. Ainsi, la Cour a été informée que cette interdiction est invariablement incluse dans la liste des conditions présentées par le ministère public à l'audience de détermination de la peine.

[17] Je commence mon analyse en reconnaissant deux principes juridiques. Premièrement, le pouvoir discrétionnaire résiduel d'établir des conditions de probation individualisées, prévu au par. 732.1(3) du *Code criminel*, est effectivement très large : *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399. Deuxièmement, il faut généralement faire preuve de retenue à l'égard de la décision d'imposer des « conditions raisonnables » de probation. Les principes doctrinaux de la retenue judiciaire dans le contexte du droit

criminel ont été entièrement exposés par notre Cour dans la décision *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, [2010] A.N.-B. n° 265 (QL) : la peine (l'interdiction contestée) est-elle manifestement déraisonnable compte tenu de l'objet et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine? Toutefois, lorsque le point en litige porte sur une question de droit, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue judiciaire. Ce dernier point m'amène à examiner la validité de l'allégation du ministère public selon laquelle l'interdiction contestée (la condition n° 12) peut se justifier sans preuve démontrant que le délinquant pose un risque ou un danger pour les enfants. Le ministère public cite deux décisions à l'appui de son argument. La première est une décision de la Cour suprême du Canada. La deuxième est une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

[18] La principale décision de la Cour suprême du Canada concernant le pouvoir résiduel des tribunaux d'imposer des conditions facultatives dans une ordonnance de probation en vertu de l'al. 732.1(3)*h* du *Code criminel* est l'arrêt *R. c. Shoker*. Dans cette affaire, le délinquant avait été déclaré coupable d'introduction par effraction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre une agression sexuelle. Rendue en vertu de l'al. 732.1(3)*c*), l'ordonnance de probation exigeait que le délinquant s'abstienne de consommer de l'alcool et des drogues non vendues sur ordonnance. Toutefois, l'ordonnance exigeait également que le délinquant se soumette à diverses analyses à la demande de l'agent de probation pour s'assurer qu'il respecterait les interdictions. L'obligation de se soumettre à des analyses sur demande a été imposée en vertu de l'al. 732.1(3)*h*) qui décrit le pouvoir discrétionnaire résiduel d'imposer d'autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé l'exigence relative aux analyses. La Cour suprême, à la majorité, a confirmé la décision de la Cour d'appel. Il a été soutenu que les conditions obligeant l'accusé à fournir des échantillons de substances corporelles pour faciliter l'obtention d'éléments de preuve aux fins d'exécution sont différentes de par leur nature et soulèvent des questions d'ordre constitutionnel. En rendant sa décision, la majorité a formulé les observations générales qui suivent concernant la portée générale et résiduelle de l'al. 732.1(3)*h*) :

Avant d'aborder la question qui se pose en l'espèce, je tiens à formuler quelques observations générales au sujet du pouvoir d'imposer des conditions facultatives en vertu du par. 732.1(3). Le pouvoir résiduel prévu à l'al. 732.1(3)h) fait état d'« autres conditions raisonnables » destinées à « assurer la protection de la société et [à] faciliter la réinsertion sociale du délinquant ». Un tel libellé est intéressant non seulement en ce qui concerne les conditions conçues en vertu de ce pouvoir résiduel, mais également en ce qui a trait aux conditions facultatives énumérées au par. 732.1(3) : la condition imposée doit être « raisonnable » dans les circonstances et viser à assurer la protection de la société et à faciliter la réinsertion sociale du délinquant en question. Les conditions raisonnables sont généralement, mais pas nécessairement, liées à l'infraction en cause. Il doit y avoir un lien entre le délinquant, la protection de la société et la réinsertion sociale de ce délinquant [..] [Par. 13]

[Je souligne.]

[19] Cet extrait a été interprété comme signifiant que les conditions raisonnables de probation sont celles où il existe un lien entre la condition et l'infraction ou entre la condition, la protection de la société et la réinsertion sociale du délinquant.

[20] Cela m'amène à la deuxième décision citée à l'appui de l'argument du ministère public. Dans *R. c. Hardenstine*, 2008 BCCA 474, [2008] B.C.J. No. 2325 (QL), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué l'arrêt *Shoker* en statuant que les conditions de probation ne devraient pas être limitées ou entravées par l'exigence d'un lien avec les circonstances de l'infraction ou les antécédents du délinquant. Cette décision a été rendue dans le contexte d'une ordonnance de probation qui imposait au délinquant de s'abstenir de consommer de l'alcool et de fréquenter des établissements où l'on sert des boissons alcoolisées, même si l'alcool n'avait joué aucun rôle dans la perpétration des infractions pour lesquelles le délinquant se voyait imposer une peine et même si le casier judiciaire du délinquant ne révélait aucun profil évident de consommation excessive d'alcool. Bref, il n'y avait aucun lien entre l'interdiction de consommation d'alcool et l'infraction en question ou le casier judiciaire du délinquant. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait alors à examiner la question de savoir s'il existait un lien

entre l'interdiction, la protection de la société et la réadaptation et la réinsertion sociale du délinquant. En tenant compte d'un certain nombre de questions factuelles, elle a statué qu'il existait suffisamment de motifs pour permettre au juge chargé de la détermination de la peine de conclure que l'interdiction contestée était un outil souhaitable pour augmenter les chances de réadaptation du délinquant et pour assurer la protection de la société durant la période de probation (voir également *R. c. R.R.M.*, 2009 BCCA 578, [2009] B.C.J. No. 2528 (QL) et *R. c. Smith*, [2009] O.J. No. 5098 (QL)).

[21] Dans la présente affaire, il semble évident qu'il n'existe aucun lien entre l'interdiction contestée et l'infraction ou la conduite de l'appelant par le passé. Bref, cette affaire n'en est pas une où l'infraction commise comportait un préjudice pour un enfant et l'appelant n'a pas non plus de casier judiciaire démontrant qu'il pose un risque ou un danger pour les enfants. Il nous reste donc à examiner la question de savoir s'il existe un lien entre l'interdiction contestée, le besoin d'assurer la protection de la société et la réadaptation et la réinsertion sociale de l'appelant. À mon avis, ce lien ne peut exister que s'il est présumé ou tenu pour acquis que l'appelant pose un risque ou un danger pour les enfants. Le ministère public voudrait que la Cour reconnaisse que la déclaration de culpabilité pour possession de pornographie juvénile constitue la preuve de ce risque. En toute déférence, je ne peux souscrire à cet argument. Si, par exemple, la déclaration de culpabilité était survenue dans des circonstances où la preuve établissait que le délinquant n'avait retiré aucun « plaisir sexuel » des images et que la période durant laquelle les images ont été visionnées constitue un incident isolé de curiosité, l'imposition d'une condition interdisant à un père de famille de se trouver seul avec ses jeunes enfants aurait bien pu être assimilée à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non fondé (il est fait allusion à cette hypothèse dans l'arrêt *R. c. Woroby*, 2003 MBCA 41, [2003] M.J. No. 98 (QL), au par. 8).

[22] L'imposition de conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables exige que celui-ci se penche sur la question de savoir s'il existe une preuve à l'appui de leur nécessité ou de leur pertinence. J'ai conclu que l'interdiction contestée doit être annulée à moins qu'il n'y ait des éléments de preuve, autres que la déclaration

de culpabilité elle-même, démontrant que le contrevenant pose un risque pour les enfants. À mon avis, toutefois, le critère préliminaire ne devrait pas être rigoureux. Sans rapport psychologique présentiel, la plupart des tribunaux ne sont pas en mesure de comprendre les véritables conséquences de la pornographie juvénile et son lien avec la pédophilie et d'autres troubles d'ordre psychologique associés à la culture du comportement sexuel déviant. Tel qu'il a été mentionné au début, les programmes d'évaluation et de counseling encadrés par des professionnels permettent d'obtenir de meilleures opinions sur la question de savoir si un contrevenant pose un risque inacceptable pour les enfants.

[23] Si l'on reconnaît que l'interdiction contestée doit être étayée par une preuve démontrant que le contrevenant pose un risque pour les enfants, la question qui se pose est celle de savoir si pareille preuve existe en l'espèce. Avant d'examiner cette question, je tiens à souligner que rien dans le dossier dont la Cour dispose ne porte à croire que la juge chargée de la détermination de la peine a imposé la condition n° 12 en tenant pour acquis que quiconque est déclaré coupable de possession de pornographie juvénile pose un risque pour les enfants et que, par conséquent, il doit être interdit à tous ces contrevenants de se trouver seul avec des enfants. Certes, il n'existe aucune preuve que l'appelant a causé du tort à un enfant, mais la juge chargée de la détermination de la peine avait d'autres préoccupations.

[24] La première préoccupation de la juge chargée de la détermination de la peine était liée à deux faits : la nature des images et l'absence d'éléments pour expliquer pourquoi l'appelant avait gardé ces images pendant aussi longtemps. Comme je l'ai mentionné précédemment, les images sont choquantes. Comme le dit l'adage, une image vaut mille mots. Si la Cour n'avait pas été invitée à regarder les images en question, je ne me serais pas attendu à ce qu'un dessin du genre d'une bande dessinée me laisse l'impression qu'un collectionneur volontaire de ces images puisse effectivement poser un risque pour les enfants. La nature des images, à laquelle s'ajoute l'absence d'une raison pour expliquer l'accumulation et la conservation de ces images par l'appelant, incite à la prudence. Qui plus est, compte tenu du fait que les images en question illustrent des

tout-petits, du même âge que la fille de l'appelant, se livrant à des actes sexuels avec des adultes, la preuve au dossier est, à mon avis, suffisante pour étayer l'inférence selon laquelle l'appelant peut poser un risque pour les enfants. Cela étant, il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la décision d'imposer des « conditions raisonnables ».

[25] Tel qu'il a été souligné au début, il est également important de reconnaître que la condition n° 12 n'est pas une condition indépendante de l'ordonnance de probation. La condition n° 7 exige que l'appelant se soumette à une évaluation de la santé mentale et suive les séances de counseling indiquées à la suite de cette évaluation. La condition n° 8 exige que l'appelant assiste et participe activement aux programmes de counseling et de réadaptation recommandés et jugés appropriés par l'agent de probation pour faciliter sa réadaptation et sa réinsertion sociale. L'importance de ces deux dernières conditions est évidente. Elles constituent le moyen d'évaluer objectivement dans quelle mesure l'appelant pose un risque pour les enfants et d'entreprendre, s'il est considéré comme posant un risque à la suite de l'évaluation, un plan d'action qui, espérons-le, réduira ou éliminera ce risque. Si l'évaluation professionnelle révèle que l'appelant n'a jamais posé un risque inacceptable pour les enfants, ou n'en pose plus un, le par. 732.2(3) du *Code criminel* lui permet de demander que l'ordonnance de probation soit changée eu égard aux « modifications des circonstances ». Dans ce contexte, la décision d'imposer la condition n° 12 est à l'abri de toute contestation judiciaire au motif qu'elle serait déraisonnable. Considérées ensemble, les trois conditions corroborent l'opinion suivant laquelle il est plus sage, pour les juges chargés de la détermination de la peine, d'essayer de trouver un minimum de preuve relativement au risque possible et de laisser la tâche de l'évaluation complète aux professionnels formés à cet égard.

V. Argument relatif à l'article 161

[26] La juge chargée de la détermination de la peine a également prononcé une ordonnance en vertu de l'al. 161(1)a) du *Code criminel* qui prévoit que dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable d'une infraction mentionnée au par. 161(1.1) « à

l'égard d'une personne âgée de moins de seize ans », le tribunal « peut » lui interdire 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 ». Parmi les infractions énumérées au par. 161(1.1), on trouve les infractions prévues à l'art. 163.1. L'appelant a été déclaré coupable de possession de pornographie juvénile en vertu de l'al. 163.1(4)a). Par ailleurs, la pornographie juvénile est définie au par. 163.1(1) comme une représentation visuelle où figurent des personnes âgées de moins de 18 ans.

[27] L'appelant avance que l'article 161 ne s'applique pas parce que les dessins en question ne présentent pas une « personne âgée de moins de seize ans ». L'appelant a également invoqué une décision antérieure de la Cour suprême du Canada pour soutenir que l'application de l'art. 161 est limitée à ceux qui posent un danger pour les enfants. La version antérieure de l'art. 161 a été déclarée inconstitutionnelle dans *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, [1994] A.C.S. n° 101 (QL). Dans cette affaire, le contrevenant avait été déclaré coupable d'agression sexuelle à l'endroit d'enfants et avait fait l'objet de ce qui était alors une ordonnance fondée sur l'al. 179(1)b) qui interdisait au contrevenant (aux contrevenants déclarés coupables d'infractions sexuelles) de flâner à proximité des terrains de jeu, des terrains d'école ou des parcs publics. L'alinéa 179(1)b) avait pour objet d'empêcher que les enfants ne deviennent les victimes des prédateurs sexuels. La Cour a soutenu, à la majorité, que la disposition était inconstitutionnelle parce qu'elle violait l'art. 7 de la *Charte*. La Cour a conclu qu'elle avait une portée excessive à bien des égards, y compris le fait qu'elle s'appliquait à ceux déclarés coupables de ces infractions, peu importe s'ils présentaient ou non un danger pour les enfants. Dans *Heywood*, la Cour suprême a noté que, avant la tenue de l'audience devant elle, l'art. 179 avait été abrogé et remplacé par l'art. 161 et que, en vertu de la nouvelle disposition, seuls les contrevenants qui présentent un danger pour les enfants sont visés par l'interdiction. Plus particulièrement, l'art. 161 vise ceux qui ont été déclarés coupables d'infractions à l'endroit de personnes âgées de moins de 16 ans. Compte tenu de ces principes, l'appelant soutient que l'application de l'art. 161 est limitée à ceux qui posent un danger pour les enfants et que rien ne démontre que l'appelant est une telle personne.

[28] Ma réponse à ces arguments est relativement brève. Premièrement, il existe une preuve qui démontre que l'appelant se présente lui-même comme posant un risque pour les enfants et, comme le critère applicable du caractère suffisant est peu rigoureux, rien ne fonde à modifier la décision de la juge chargée de la détermination de la peine d'imposer l'interdiction prévue à l'al. 161(1)a) du *Code criminel*. Deuxièmement, je ne vois rien qui justifie que l'art. 161 reçoive une interprétation restrictive de manière à perpétuer l'idée qu'il s'applique seulement s'il y a une victime réelle. Certes, toutes les infractions énumérées à l'art. 161, abstraction faite de celles de l'art. 163.1, comportent une victime réelle, mais il n'en demeure pas moins que le Parlement a voulu que l'infraction de possession de pornographie juvénile tombe sous le coup de l'art. 161. De plus, le Parlement a décidé que la pornographie juvénile incluait tant les images photographiques ou numériques d'enfants réels que les dessins ou illustrations d'enfants. La manière dont les images ont été créées importe peu; ce qui importe, c'est que les images existent et qu'elles répondent à la définition de pornographie juvénile énoncée au par. 163.1(1). En toute déférence, l'appelant n'a pas jeté les bases d'un argument interprétatif qui justifie un examen plus approfondi. Toutefois, je tiens à souligner que le par. 161(3) prévoit qu'une ordonnance prononcée en vertu de l'art. 161 peut être modifiée si cela est souhaitable en raison d'un changement de circonstances. À mon avis, une conclusion ultérieure portant que le contrevenant ne pose pas suffisamment de risque pourrait s'inscrire dans le cadre de cette disposition. Il s'ensuivrait que, si le contrevenant sollicite une modification de l'ordonnance de probation en raison de modifications des circonstances, il pourra alors solliciter également une modification de l'ordonnance prononcée en vertu de l'art. 161 pour le même motif.

VI. Conclusion et dispositif

[29] Bien je sois disposé à accorder l'autorisation d'interjeter appel, je suis d'avis de rejeter la motion en présentation d'une nouvelle preuve ainsi que l'appel, tout en soulignant que l'appelant n'est pas dépourvu de tout recours le cas advenant qu'il soit en mesure de convaincre le tribunal chargé de la détermination de la peine qu'il y a eu un

changement dans les circonstances, comme le prévoient les par. 732.2(3) et 161(3) du *Code criminel*.