

Sa Majesté la Reine c. Alicandro
[Répertorié : R. c. Alicandro]

95 O.R. (3d) 173
Cour d'appel de l'Ontario,
les juges Doherty, Rosenberg et Cronk
12 février 2009

Droit criminel -- Leurre d'enfants -- Éléments de l'infraction -- Accusé communiquant avec un policier se faisant passer pour une fille de 13 ans dans un bavardoir Internet -- Accusé transmettant à la « fille » une vidéo de lui-même se masturbant -- Accusé déclaré à juste titre coupable, en vertu de [l'al. 172.1\(1\)c](#) du [Code criminel](#), d'avoir communiqué avec une personne qu'il croyait âgée de moins de quatorze ans en vue de faciliter la perpétration d'une action indécente visée au [par. 173\(2\)](#) -- Fait pour l'accusé de croire qu'il communiquait avec une personne âgée de moins de quatorze ans suffisant pour qu'il soit tenu responsable en vertu de [l'al. 172.1\(1\)c](#) malgré le fait que l'infraction visée au [par. 173\(2\)](#) exige d'exhiber ses organes génitaux devant une personne qui est réellement âgée de moins de quatorze ans -- Fait qu'il était impossible de réaliser l'infraction d'exhiber ses organes génitaux devant un enfant ne constituant pas un moyen de défense opposable à l'accusation de leurre d'enfants -- [Paragraphe 173\(2\)](#) n'exigeant pas que l'accusé et la victime se trouvent dans le même lieu -- [Paragraphe 173\(2\)](#) s'appliquant aux images envoyées sur Internet -- [Code criminel](#), [al. 172.1\(1\)c](#), [par. 173\(2\)](#).

Droit criminel -- Sentence -- Leurre d'enfants -- Accusé communiquant avec un policier se faisant passer pour une fille de 13 ans dans un bavardoir Internet, engageant une conversation sexuellement explicite et transmettant une vidéo de lui-même se masturbant -- Accusé n'ayant aucun casier judiciaire -- Peine d'emprisonnement discontinuée de 90 jours suivie d'une probation de deux ans confirmée en appel -- Dissuasion et dénonciation étant les principales considérations dans la détermination de la peine pour les infractions de leurre d'enfants.

Droit criminel -- Action indécente -- Exhibitionnisme -- Infraction d'exhiber ses organes génitaux devant un enfant n'exigeant pas que l'accusé et la victime se trouvent dans le même lieu et s'appliquant aux images envoyées sur Internet -- [Code criminel](#), [L.R.C. \(1985\), ch. C-46, par. 173\(2\)](#).

L'accusé a engagé une conversation avec un policier se faisant passer pour une fille de 13 ans dans un bavardoir Internet, a rapidement orienté la conversation sur le sexe et a transmis à la « fille » une vidéo de lui-même se masturbant jusqu'à l'éjaculation. L'accusé a été déclaré coupable d'avoir communiqué avec une personne qu'il croyait âgée de moins de quatorze ans en vue de faciliter la perpétration de l'infraction d'exhiber ses organes génitaux devant un enfant contrairement à [l'al. 172.1\(1\)c](#) du [Code criminel](#). Il a été condamné à une peine d'emprisonnement discontinuée de 90 jours suivie d'une probation de deux ans. Il a interjeté appel de la déclaration de culpabilité et de la peine.

Arrêt : L'appel est rejeté.

L'accusé a été déclaré à juste titre coupable de leurre d'enfants sur Internet pour avoir communiqué au moyen d'un ordinateur en vue de faciliter la perpétration d'une infraction visée au par. 173(2) du *Code*, malgré le fait qu'une infraction en vertu du par. 173(2) exige d'exhiber ses organes génitaux devant une personne qui est réellement âgée de moins de quatorze ans. L'article 172.1 crée une infraction inchoative. La responsabilité des infractions inchoatives repose sur les faits pertinents tels que l'accusé les croyait et non sur ces faits tels qu'ils s'étaient réellement produits. Si la Couronne prouve qu'une intention coupable existait relativement au comportement interdit, l'infraction visée à l'al. 172.1(1)c) est établie, que le crime désigné soit commis ou non, qu'il y ait eu tentative ou non, ou que le crime soit possible ou non sur le plan des faits.

Le paragraphe 173(2) du *Code* s'applique aux images envoyées sur Internet. L'expression « en quelque lieu que ce soit » figurant au par. 173(2) se rapporte au lieu dans lequel s'exhibe l'auteur de l'infraction. Rien n'exige que l'accusé et la victime se trouvent dans le même lieu lors de la perpétration de l'infraction.

L'accusé n'avait aucun casier judiciaire et, dans les faits, ne s'est pas exhibé devant un jeune. Néanmoins, une courte peine d'emprisonnement était appropriée. La dissuasion et la dénonciation sont les principales considérations dans la détermination de la peine pour une infraction comme celle commise en l'espèce.

APPEL interjeté contre la déclaration de culpabilité pour leurre d'enfants inscrite par le juge J. E. Allen de la Cour de justice de l'Ontario le 12 décembre 2007 et contre la peine infligée le 20 décembre 2007.

Décisions mentionnées : *États-Unis d'Amérique c. Dynar* (1997), [1997 CanLII 359 \(CSC\)](#), 33 O.R. (3d) 478, [1997] 2 R.C.S. 462, [1997] S.C.J. n° 64, 147 D.L.R. (4th) 399, 213 N.R. 321, J.E. 97-1400, 101 O.A.C. 321, 115 C.C.C. (3d) 481, 8 C.R. (5th) 79, 44 C.R.R. (2d) 189, appliquée. **Autres décisions mentionnées** : *R. c. Ancio*, [1984 CanLII 69 \(CSC\)](#), [1984] 1 R.C.S. 225, [1984] S.C.J. n° 12, 6 D.L.R. (4th) 577, 52 N.R. 161, 2 O.A.C. 124, 10 C.C.C. (3d) 385, 39 C.R. (3d) 1, 11 W.C.B. 457; *R. c. Clark*, [2005] 1 R.C.S. 6, [2005] S.C.J. n° 4, [2005 CSC 2 \(CanLII\)](#), 249 D.L.R. (4th) 257, 329 N.R. 10, J.E. 2005-259, 208 B.C.A.C. 6, 193 C.C.C. (3d) 289, 25 C.R. (6th) 197, 8 M.P.L.R. (4th) 289, 63 W.C.B. (2d) 218; *R. v. Folino* (2005), [2005 CanLII 40543 \(ONCA\)](#), 77 O.R. (3d) 641, [2005] O.J. n° 4737, 203 O.A.C. 258, 202 C.C.C. (3d) 353, 67 W.C.B. (2d) 454 (C.A.); *R. v. Jarvis*, [2006 CanLII 27300 \(ONCA\)](#), [2006] O.J. n° 3241, 214 O.A.C. 189, 211 C.C.C. (3d) 20, 41 C.R. (6th) 190 (C.A.); *R. v. Jones*, [2007] 2 Cr. App. R. 21, [2007] E.W.C.A. Crim. 1118, [2007] 4 All E.R. 112 (C.A.); *R. v. Legare*, [2008] A.J. n° 373, [2008 ABCA 138 \(CanLII\)](#), 429 A.R. 271, 89 Alta. L.R. (4th) 1, [2008] 10 W.W.R. 90, 236 C.C.C. (3d) 380, 58 C.R. (6th) 155, 79 W.C.B. (2d) 887 [autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2008] S.C.C.A. n° 406]; *R. v. Shivpuri*, [1987] 1 A.C. 1, [1986] 2 All E.R. 334, [1986] 2 W.L.R. 988, 150 J.P. 353, [1986] Crim L.R. 536 (H.L.). **Lois mentionnées** : *Charte canadienne des droits et libertés*, al. 11b); *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art 150, 172.1 [mod.], (1), c), (3), (4), 173 [mod.], 1a) [mod.], b) [mod.], (2) [mod.], 281, 349 [mod.]; *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, ch. 10. **Doctrine citée** : Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*, 5^e éd. (London : Oxford University Press, 2006) Fitch, Gregory J., c.r., « Child Luring » (document présenté lors du Colloque national sur le droit criminel : Les règles de fond du droit criminel, l'art de plaider et l'administration de la justice, Edmonton, Alberta, 10 juillet 2007) Fédération

des ordres professionnels de juristes du Canada, 2007 Gold, Alan D., « To Dream the Impossible Dream: A Problem in Criminal Attempts (and Conspiracy) Revisited » (1979), 21 Crim. L.Q. 218 Débats de la Chambre des communes, n° 054 (3 mai 2001) Stuart, Don, Canadian Criminal Law: A Treatise, 5^e éd. (Toronto : Carswell, 2007)

Alan D. Gold et Joanne Park, pour l'appelant.

Lisa Joyal et Allison Dellandrea, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

Le juge DOHERTY : --

I. Survol

[1] L'appelant a été accusé de ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] a communiqué au moyen d'un ordinateur au sens du [paragraphe 342.1\(2\)](#) du [Code criminel](#) du Canada avec une personne qu'il croyait âgée de moins de quatorze ans en vue de faciliter la perpétration d'une infraction visée au [paragraphe 173\(2\)](#) [...] contrairement à l'alinéa 172.1(1)c) du [Code criminel](#) du Canada.

[2] Il a été déclaré coupable après un procès à la Cour de justice de l'Ontario et a été condamné à une peine d'emprisonnement discontinuée de 90 jours suivie d'une probation de deux ans. Il s'est aussi vu ordonner de se conformer à la [Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C. 2004, ch. 10](#).

[3] L'appelant interjette appel de sa déclaration de culpabilité et de sa peine. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

[4] L'avocat de l'appelant a présenté cinq motifs d'appel. Le tribunal a demandé des observations à la Couronne à l'égard de deux de ces motifs, qui étaient tous les deux liés à l'interprétation des dispositions applicables du [Code criminel, L.R.C. \(1985\), ch. C-46](#). Les autres arguments présentés par l'appelant concernaient la décision du juge du procès selon laquelle le droit de l'appelant à un procès dans un délai raisonnable n'avait pas été violé, ainsi que les motifs de la déclaration de culpabilité. Nous souscrivons à la décision portant sur l'[al. 11b](#)) [de la [Charte canadienne des droits et libertés](#)] et nous ne constatons aucune erreur dans l'analyse de la preuve par le juge du procès ni dans son application des principes juridiques pertinents au regard de cette preuve. Le reste des présents motifs portera sur les deux questions à l'égard desquelles le tribunal a demandé des observations à la Couronne.

II. Contexte factuel

[5] Il est inutile d'examiner la preuve en détail. Les deux arguments abordés dans les présents motifs sont fondés sur les faits constatés par le juge du procès. L'avocat de

l'appelant soutient qu'à la lumière de ces faits, l'appelant n'a pas commis l'infraction créée par l'al. 172.1(1)c).

[6] Tandis qu'il était à son ordinateur chez lui à Woodbridge, en Ontario, l'appelant est entré dans un bavardoir sous le pseudonyme de « slickman69a ». Il a engagé une conversation avec une personne utilisant le pseudonyme de « two_tongues13 ». Ce que l'appelant ne savait pas, c'est que cette personne était le gendarme-détective Gary Rubie du Groupe de la lutte contre l'exploitation des enfants dans Internet de la police régionale de Peel. L'agent Rubie se faisait passer pour une jeune fille.

[7] L'appelant a rapidement orienté la conversation sur le sexe. Il a offert d'[TRADUCTION] « éjaculer et te faire sentir mieux ». Il a demandé à two_tongues13 si elle avait une photo d'elle et quel âge elle avait. Lorsque two_tongues13 a demandé à l'appelant quel âge il avait, il a répondu par [TRADUCTION] « 69 » et a ensuite dit : [TRADUCTION] « J'aime le 69, et toi? ».

[8] L'agent Rubie a quitté la conversation pendant environ 20 minutes afin de configurer le logiciel nécessaire pour enregistrer complètement le reste de l'interaction entre l'appelant et two_tongues13. Durant son absence, l'appelant a tenté à maintes reprises de reprendre la conversation avec two_tongues13.

[9] Lorsque l'agent Rubie est retourné à la conversation, l'appelant a demandé à two_tongues13 si elle [TRADUCTION] « aimerais[t] voir ma caméra ». L'appelant a ajouté qu'il était nu et a demandé à two_tongues13 si elle « aimerais[t] voir ». Two_tongues13 a dit que sa mère était à la maison et qu'elle ne voulait pas s'attirer des ennuis. L'appelant a répété son offre. Two_tongues13 a ensuite dit : [TRADUCTION] « mais je n'ai que 13 ans ».

[10] L'appelant semble avoir tenté une fois, mais en vain, d'envoyer une image de lui-même, nu, à two_tongues13. Il a ensuite installé sa caméra Web de manière qu'elle soit fixée sur ses organes génitaux et il a transmis à two_tongues13 une vidéo de lui-même se masturbant jusqu'à l'éjaculation.

[11] L'appelant a témoigné en sa propre défense. Au début, il a indiqué qu'il n'était pas certain d'être la personne qui clavardait avec two_tongues13 en se masturbant jusqu'à l'éjaculation. L'appelant a fini par admettre que c'était lui, mais il a soutenu qu'il croyait que two_tongues13 était âgée d'au moins 18 ans. Il a témoigné qu'il avait examiné le profil électronique de two_tongues13, lequel indiquait qu'elle avait 18 ans. De plus, selon lui, l'accès à ce bavardoir particulier était interdit aux personnes âgées de moins de 18 ans.

[12] On a demandé à l'appelant d'indiquer ce qu'il pensait lorsque two_tongues13 avait dit [TRADUCTION] « mais je n'ai que 13 ans ». L'appelant a répondu que tout le monde, lui y compris, mentait au sujet de son âge dans les bavardoirs. L'appelant a ajouté qu'il ne croyait pas que son interlocutrice faisait allusion à son âge lorsqu'elle avait dit [TRADUCTION] « mais je n'ai que 13 ans ».

[13] Il n'est pas surprenant que le juge du procès ait rejeté l'ensemble de la preuve de l'appelant. Il a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je ne crois pas qu'il y ait quoi que ce soit qui ressemble de près ou de loin à une tentative raisonnable de déterminer l'âge véritable de la personne à laquelle il avait affaire ici. Il ne pouvait que penser qu'il envoyait sur Internet des images de lui-même se masturbant à une enfant de 13 ans.

[14] Le langage employé par le juge du procès reflète le contenu des par. 172.1 (3) et (4). Dans le contexte d'une accusation fondée sur l'al. 172.1(1)c), le par. 172.1(3) prévoit que si la personne avec laquelle communique l'accusé est présentée comme ayant moins de quatorze ans, cette présentation constitue, sauf preuve contraire, la preuve que l'accusé la croyait telle. Selon le paragraphe 172.1(4), le fait pour l'accusé de croire que la personne est âgée d'au moins quatorze ans ne constitue un moyen de défense « que s'il a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de la personne ».

[15] Compte tenu de la législation applicable et de la preuve, les conclusions de fait du juge du procès sont pleinement justifiées. Les questions juridiques soulevées par l'avocat doivent être examinées au regard du fait que l'appelant, croyant qu'il communiquait au moyen de son ordinateur avec une fille de 13 ans, s'est masturbé jusqu'à l'éjaculation et a transmis une vidéo de cet acte à la personne qu'il croyait âgée de 13 ans.

III. Analyse

[16] Les parties pertinentes des dispositions du [Code criminel](#) en cause en appel, telles qu'elles se lisaient au moment du procès, sont reproduites ci-dessous :

Leurre

172.1(1) Commet une infraction quiconque communique au moyen d'un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) avec :

- a) une personne âgée de moins de dix-huit ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée au paragraphe 153(1), aux articles 155 ou 163.1, aux paragraphes 212(1) ou (4) ou aux articles 271, 272 ou 273;
- b) une personne âgée de moins de seize ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée aux articles 151 ou 152, aux paragraphes 160(3) ou 173(2) ou à l'article 280;
- c) une personne âgée de moins de quatorze ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée à l'article 281. [Voir la note 1 ci-dessous.]

Actions indécentes ...

Exhibitionnisme

173(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire toute personne qui, en quelque lieu que ce soit, à des fins d'ordre sexuel, exhibe ses organes génitaux devant un enfant âgé de moins de seize ans. [Voir la note 2 ci-dessous.]

(1) L'alinéa 172.1(1)c) peut-il s'appliquer aux communications avec une personne qui n'est pas réellement âgée de moins de quatorze ans?

[17] L'appelant a été accusé, en vertu de l'al. 172.1(1)c) du *Code*, de communication au moyen d'un ordinateur en vue de faciliter la perpétration d'une infraction visée au par. 173(2). Puisque la communication prévue à l'al. 172.1(1)c) doit avoir pour but de faciliter la perpétration de l'infraction désignée « à son égard » et qu'une infraction visée au par. 173(2) exige d'exhiber ses organes génitaux devant une personne qui est réellement âgée de moins de quatorze ans, l'appelant soutient qu'il ne pourrait être déclaré coupable de l'infraction reprochée parce que la personne avec laquelle il communiquait, à savoir l'agent Rubie, n'était pas réellement âgée de moins de quatorze ans. Selon une telle interprétation de l'al. 172.1(1)c), le fait pour l'appelant de croire qu'il s'exhibait devant une enfant de 13 ans ne serait pas suffisant pour qu'il soit tenu responsable. L'infraction ne serait établie que si la personne avec laquelle l'accusé communique en vue de faciliter la perpétration d'une infraction visée au par. 173(2) est réellement âgée de moins de quatorze ans.

[18] L'argument repose sur l'interprétation de l'al. 172.1(1)c). Le processus d'interprétation législative exige qu'une disposition d'une loi soit lue dans son contexte en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi et qui correspond à l'intention du législateur : *R. c. Clark*, [2005 CSC 2 \(CanLII\)](#), [2005] 1 R.C.S. 6, [2005] A.C.S. n° 4, au par. 43. L'exercice d'interprétation a pour but de dégager le sens de la disposition législative, non pas de définir les mots ou phrases individuels employés dans la disposition.

a) La nature des infractions créées par l'art. 172.1

[19] Avant de se pencher sur le libellé précis de l'al. 172.1(1)c), il est utile d'examiner l'art. 172.1 d'une façon plus générale. Les crimes prévus par cet article visent un type de comportement précis, à savoir la communication au moyen d'un ordinateur avec une personne ayant moins d'un certain âge ou dont on croit qu'elle a moins d'un certain âge. En soi, ce comportement n'est pas criminel, illégal ou nécessairement inapproprié. L'article ne criminalise ce comportement que s'il est accompagné de l'intention de faciliter la perpétration d'un des crimes désignés à l'art. 172.1. Tous ces crimes désignés sont des crimes contre les jeunes et tous peuvent éventuellement comprendre l'exploitation sexuelle des jeunes.

[20] En criminalisant le comportement préparatoire à la perpétration des infractions désignées, le législateur a voulu protéger les enfants qui pourraient être victimes des crimes désignés en permettant au droit criminel d'intervenir avant que la perpétration – ou même la tentative de perpétration – d'une des infractions désignées ne cause un préjudice réel. L'article 172.1 crée ce que le professeur Ashworth qualifie de crimes essentiellement inchoatifs, décrits en termes d'infractions matérielles : Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, aux pp. 468-70. [Voir la note 3 ci-dessous.]

[21] Tout comme les crimes inchoatifs de complot, de tentative, et de conseiller la perpétration d'un crime, les infractions prévues à l'art. 172.1 sont prophylactiques, en ce sens qu'elles visent à empêcher la perpétration des crimes désignés en criminalisant le comportement qui mène à la perpétration de ces crimes. De plus, tout comme pour les

infractions inchoatives, la justification de la criminalisation du comportement décrit à l'art. 172.1 se trouve dans la mens rea exigée. C'est l'intention de faciliter la perpétration d'une ou plusieurs des infractions désignées qui rend le comportement par ailleurs licite de l'accusé suffisamment préjudiciable et potentiellement dangereux pour justifier l'imposition d'une sanction pénale. Bien qu'ils traitent du crime de tentative, les mots du juge McIntyre dans *R. c. Ancio*, [1984 CanLII 69 \(CSC\)](#), [1984] 1 R.C.S. 225, [1984] A.C.S. n° 12, aux pp. 247, et 248 R.C.S., s'appliquent aux crimes visés à l'art. 172.1 :

[L]'intention de commettre l'infraction souhaitée est un élément essentiel de l'infraction de tentative. En effet, comme le crime de tentative peut être complet sans la perpétration d'aucune autre infraction et même sans l'accomplissement d'un acte illégal en soi, il est très clair que l'élément criminel de l'infraction de tentative peut résider uniquement dans l'intention. (Soulignement ajouté.)

[22] Le fait de reconnaître que l'art. 172.1 prévoit essentiellement des crimes inchoatifs aide à placer l'observation de l'appelant dans le contexte des principes plus généraux de droit criminel qui traitent de l'étendue de la responsabilité criminelle. Bien qu'elle soit fondée sur la dernière partie de l'al. 172.1(1)c), l'observation de l'appelant est en réalité un argument selon lequel l'impossibilité constitue un moyen de défense opposable à une accusation en vertu de cet article. Il est allégué que, parce que l'appelant a fait tout ce qu'il avait l'intention de faire, à savoir s'exhiber devant two_tongues13, mais qu'il n'a pas commis d'infraction visée au par. 173(2), étant donné que two_tongues13 était en fait un homme adulte, il ne pouvait être déclaré coupable de communication en vue de faciliter la perpétration de cette infraction.

[23] Cette observation fait écho à l'observation présentée et rejetée dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Dynar* (1997), [1997 CanLII 359 \(CSC\)](#), 33 O.R. (3d) 478, [1997] 2 R.C.S. 462, [1997] A.C.S. n° 64. Dans *Dynar*, il a été allégué que l'accusé avait tenté de recycler des produits de la criminalité et de comploter pour recycler des produits de la criminalité. L'accusé croyait que les sommes à recycler étaient le produit du trafic illicite de stupéfiants. En réalité, l'accusé était la cible d'une opération d'infiltration policière, et les sommes provenaient des coffres publics. Il a été allégué que, parce que les sommes que l'accusé avait tenté de recycler n'étaient en fait pas le produit de la criminalité, il ne pouvait être déclaré coupable de tentative de recycler des produits de la criminalité, même s'il croyait que les sommes étaient le produit de la criminalité. Le même argument a été présenté à l'égard de l'allégation de complot.

[24] Les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont reconnu le débat théorique de longue date quant à savoir si l'impossibilité de commettre le crime consommé peut constituer un moyen de défense opposable à une accusation de tentative de commettre ce crime ou de complot pour commettre ce crime. [Voir la note 4 ci-dessous.] Les juges majoritaires ont conclu que le caractère irréalisable de l'infraction ne devrait pas constituer un moyen de défense opposable à une accusation de tentative ou de complot. Ils ont décidé que, dans le contexte d'une accusation de tentative ou de complot, il fallait déterminer la mens rea de l'accusé en fonction des circonstances matérielles telles que l'accusé croyait qu'elles étaient. Par conséquent, dans *Dynar*, ce qui importait aux fins des accusations de tentative et de complot, c'était de savoir si l'accusé croyait que les sommes étaient le produit de la criminalité et non de savoir si les sommes étaient réellement le produit de la criminalité. La majorité a justifié cette conclusion en indiquant qu'elle était compatible tant avec l'objectif de prévention sous-

tendant la responsabilité inchoative qu'avec la nature subjective généralement acceptée de la mens rea dans les affaires criminelles.

[25] Au moment d'examiner l'accusation de complot, la majorité a abordé directement le caractère approprié de la criminalisation des infractions inchoatives dans les cas où le crime complet n'a pu être commis (au par. 91) :

Le fait qu'il était impossible pour les conspirateurs de commettre l'infraction matérielle précise même en prenant toutes les mesures prévues a-t-il une incidence quelconque sur leur responsabilité éventuelle? Autrement dit, les conspirateurs devraient-ils être exonérés parce que, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, ils se sont trompés quant à l'existence d'une circonstance dont dépend le succès de leur entreprise? Pareil résultat défierait la logique et serait injustifiable. (Soulignement ajouté.)

[26] Après *Dynar*, on peut dire sans craindre de se tromper que la responsabilité des infractions inchoatives repose sur les faits pertinents tels que l'accusé croyait qu'ils s'étaient produits et non sur ces faits tels qu'ils s'étaient réellement produits. [Voir la note 5 ci-dessous.] En effet, en réponse à une question de mon collègue, le juge Rosenberg, l'avocat de l'appelant a reconnu que ce dernier aurait pu avoir été déclaré coupable de tentative de s'exhiber contrairement au par. 173(2) s'il en avait été accusé.

[27] Vu la nature des infractions prévues par l'art. 172.1 et les principes énoncés dans l'arrêt *Dynar*, le fait que l'accusé n'a pu réaliser l'infraction qu'il a cherché à faciliter ne devrait pas constituer un moyen de défense opposable à l'accusation. Bien entendu, il est toujours loisible au législateur de prévoir un moyen de défense qui ne serait pas disponible en vertu des principes de droit criminel généralement applicables. Je me pencherai à présent sur le libellé de l'al. 172.1(1)c) pour déterminer si le législateur a agi ainsi à l'égard de l'infraction qui y est prévue.

b) Interprétation du libellé de l'al. 172.1(1)c)

[28] L'infraction décrite à l'al. 172.1(1)c) comporte trois éléments : (i) l'accusé doit communiquer au moyen d'un ordinateur; (ii) il doit communiquer avec une personne âgée de moins de quatorze ans ou qu'il croit telle; et (iii) la communication de l'accusé doit avoir pour but de faciliter la perpétration d'une des infractions désignées à l'égard de la personne avec laquelle il communique.

[29] Le premier de ces éléments, à savoir la communication au moyen d'un ordinateur, décrit une partie du comportement interdit, ou l'actus reus du crime. Conformément aux principes généraux du droit criminel, ce comportement doit être volontaire pour que la responsabilité criminelle soit engagée : Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 2007, aux pp. 107-15.

[30] Le deuxième élément de l'infraction, à savoir l'âge de la personne avec laquelle la communication est engagée, ou la croyance de l'accusé au sujet de l'âge de cette personne, fait aussi partie du comportement interdit par l'infraction. Si la personne avec laquelle la communication est engagée est âgée de moins de quatorze ans, son âge est un état ou une circonstance que la Couronne doit prouver pour que l'actus reus soit

exécuté. Si la personne avec laquelle la communication est engagée est âgée de plus de quatorze ans, mais que l'accusé croit qu'elle a moins de quatorze ans, la croyance de l'accusé est la circonstance ou l'état que la Couronne doit prouver pour établir l'acte interdit. Le libellé de l'article n'établit aucune distinction entre la communication avec un enfant âgé de moins de quatorze ans et la communication avec un enfant dont l'accusé croit qu'il a moins de quatorze ans.

[31] Le troisième élément décrit l'élément de faute, ou la mens rea, de l'infraction prévue à l'al. 172.1(1)c). L'accusé doit engager la communication interdite avec l'intention précise de faciliter la perpétration d'une des infractions énumérées « à son égard ». En l'espèce, la Couronne devait prouver que, lorsque l'accusé a communiqué avec two_tongues13 dans le bavardoir, son but ou son intention était de faciliter l'exhibition de ses organes génitaux devant two_tongues13, une personne qu'il croyait âgée de moins de quatorze ans.

[32] Une interprétation littérale du libellé de l'article n'étaye nullement l'allégation de l'appelant selon laquelle l'infraction n'est commise que si l'exhibition voulue se produit devant une personne qui est réellement âgée de moins de quatorze ans. Cette allégation embrouille les éléments de l'infraction consommée prévue au par. 173(2) et la mens rea que la Couronne doit prouver pour établir l'infraction inchoative décrite à l'al. 172.1(1)c). Les premiers portent sur ce qui est arrivé, la dernière sur ce que l'accusé croyait qu'il pouvait arriver. Si la Couronne prouve que l'intention coupable existait relativement au comportement interdit, l'infraction visée à l'al. 172.1(1)c) est établie, que le crime désigné soit commis ou non, qu'il y ait eu tentative ou non, ou que le crime soit possible ou non sur le plan des faits.

[33] Je conviens qu'au vu du libellé de l'article, l'intention criminelle doit viser la personne avec laquelle communique l'accusé. Cependant, aucune partie de la disposition n'étaye l'allégation selon laquelle l'intention criminelle n'est coupable que si l'accusé est capable de la réaliser et de commettre l'infraction désignée à l'égard de la personne avec laquelle la communication est engagée. Cet élément de l'infraction prévue à l'al. 172.1(1)c) met l'accent sur l'intention avec laquelle l'accusé a engagé la communication. L'intention est un état d'esprit. L'appelant croyait qu'il communiquait avec une enfant de moins de quatorze ans. C'est justement cette croyance, non pas l'âge réel de la personne avec laquelle il communiquait, qui se rapporte à l'intention avec laquelle l'accusé a engagé la communication.

[34] En ce qui concerne l'interprétation de l'al. 172.1(1)c) par l'appelant, je dois évidemment examiner la disposition dans son intégralité. Je suis d'accord avec l'observation de la Couronne selon laquelle l'interprétation de l'appelant vide de son sens une partie importante de l'al. 172.1(1)c). L'article vise expressément à protéger soit une personne âgée de moins de quatorze ans, soit une personne que l'accusé « croit telle ». Si l'observation de l'appelant était juste, la communication avec une personne qui n'est pas âgée de moins de quatorze ans mais dont l'accusé croit qu'elle a moins de quatorze ans ne pourrait jamais mener à la perpétration de l'infraction prévue à l'al. 172.1(1)c). L'interprétation de l'appelant supprime les mots « qu'il croit telle » de l'article et irait à l'encontre de l'intention claire du législateur de viser les communications avec une telle catégorie de personnes.

[35] L'article lu dans son ensemble et le libellé précis de l'al. 172.1(1)c) me portent à rejeter l'allégation de l'appelant selon laquelle l'article ne s'applique que si la personne avec laquelle communique l'accusé est réellement âgée de moins de quatorze ans. L'examen du libellé dans le contexte de l'objectif clair de la disposition renforce ma conclusion.

c) L'objectif de l'art. 172.1

[36] Le libellé de l'art. 172.1 traduit sans ambiguïté l'intention du législateur de protéger les enfants contre le danger bien précis que présentent certains types de communications électroniques. [Voir la note 6 ci-dessous.] Internet est un média qui permet à des adultes d'entrer en contact de façon anonyme, discrète et répétée avec des enfants qui peuvent être vulnérables. La toile peut s'avérer un terrain propice à la manipulation psychologique et à la préparation associées à l'exploitation sexuelle d'enfants par des adultes. Un auteur a ainsi décrit ce danger :

[TRADUCTION]

À ceux qui sont portés à utiliser l'ordinateur comme un outil pour réaliser leurs fins criminelles, Internet offre un moyen puissant, rapide et peu coûteux de commettre ou de tenter de commettre des actes illégaux, ou encore d'en conseiller ou d'en faciliter la perpétration. Le fait qu'Internet donne à une personne la possibilité de diffuser un message à de nombreuses autres personnes permet aux délinquants de lancer leurs filets sur un vaste territoire. Il leur permet aussi de les lancer de façon anonyme ou en taisant leur véritable identité. Trop souvent, ces filets capturent, comme ils sont destinés à le faire, les membres les plus vulnérables de notre société — les enfants et les adolescents. [...]

Le cyberspace fournit en outre aux adultes mal intentionnés des occasions sans précédent d'interagir avec des enfants, qui leur seraient presque certainement inaccessibles dans le monde physique. Le développement rapide et la convergence des nouvelles technologies ne feront qu'aggraver le problème. Les enfants sont à l'avant-garde des nouvelles technologies et de l'exploration d'une vie sociale dans un cadre virtuel. [Voir la note 7 ci-dessous.]

[37] Par son comportement, l'appelant a clairement démontré qu'il est disposé à recourir à la communication sur Internet avec un enfant pour faciliter l'exploitation sexuelle d'un enfant. L'objectif de la disposition serait complètement bafoué si l'appelant pouvait échapper à sa responsabilité au motif que, malgré ses meilleurs efforts visant à s'exhiber devant un enfant, il n'avait pas réussi à le faire parce que, sans qu'il le sache, il communiquait en fait avec un policier.

[38] L'interprétation de l'al. 172.1(1)c) par l'appelant minerait considérablement l'objectif de la disposition d'une deuxième manière. Si son interprétation était acceptée, les communications entre un accusé et un policier dont l'accusé croit qu'il s'agit d'un jeune ne pourraient mener à une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 172.1(1)c). Un examen de la jurisprudence démontre que la disposition est appliquée presque exclusivement en ayant recours à des policiers qui se font passer pour des jeunes. Cela n'est guère surprenant. On ne peut s'attendre à ce que les enfants assurent la

surveillance d'Internet. L'État a la responsabilité de protéger ses enfants. Cette responsabilité exige non seulement que les lois appropriées soient adoptées, mais aussi qu'elles soient appliquées. L'interprétation de l'appelant ferait de l'article presque une lettre morte.

(2) Le paragraphe 173(2) s'applique-t-il aux images envoyées sur Internet?

[39] Par souci de commodité, j'ai reproduit l'art. 173 dans son intégralité :

Actions indécentes

173(1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque volontairement commet une action indécente :

- a) soit dans un endroit public en présence d'une ou de plusieurs personnes;
- b) soit dans un endroit quelconque avec l'intention d'ainsi insulter ou offenser quelqu'un.

Exhibitionnisme

(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire toute personne qui, en quelque lieu que ce soit, à des fins d'ordre sexuel, exhibe ses organes génitaux devant un enfant âgé de moins de seize ans.

[40] L'appelant soutient que l'expression « en quelque lieu que ce soit » figurant au par. 173(2) exige que l'accusé qui s'exhibe se trouve dans le même lieu physique que la victime de l'infraction. Je cite le passage suivant du mémoire de l'avocat :

[TRADUCTION]

[L]'article fait allusion à un lieu physique dans lequel se trouvent la « victime » ainsi que l'accusé. Il est donc respectueusement soumis que l'envoi d'images mobiles ou fixes sur Internet ne constitue pas l'exhibition dans un « lieu » qu'exige le par. 173(2).

[41] Selon l'appelant, il s'ensuivrait qu'il serait impossible d'établir, en vertu de l'al. 172.1(1)c), une infraction de communication en vue de faciliter la perpétration d'une infraction visée au par. 173(2), à moins que la communication ne témoigne d'une certaine forme de contact direct voulu.

a) Interprétation du libellé du par. 173(2)

[42] Rien dans le libellé du par. 173(2) ne donne à penser que l'auteur de l'infraction et la victime doivent se trouver dans le même lieu pour que l'infraction soit commise. L'expression « en quelque lieu que ce soit » se rapporte au lieu dans lequel s'exhibe l'auteur de l'infraction. Elle n'a aucun lien grammatical ou syntaxique avec les mots « une personne âgée de moins de quatorze ans », qui décrivent la victime de l'infraction. Le paragraphe 173(2) ne traite pas du lieu dans lequel se trouve la victime lors de la

perpétration du crime et exige encore moins que la victime se trouve dans le même lieu que l'auteur de l'infraction.

b) L'historique du par. 173(2)

[43] Il est inutile d'aller au-delà du libellé du par. 173(2) pour interpréter correctement l'expression « en quelque lieu que ce soit ». Toutefois, l'historique de l'art. 173 explique pourquoi cette expression figure au par. 173(2). Le paragraphe 173(1) prévoit deux crimes, qui exigent tous les deux la perpétration d'un acte indécent. L'infraction décrite à l'al. 173(1)a exige que l'acte soit perpétré « dans un endroit public ». L'infraction décrite à l'al. 173(1)b traite d'un acte indécent commis « dans un endroit quelconque ». L'expression « endroit public » est définie à l'art. 150 du *Code* et a un sens beaucoup plus restreint que l'expression « dans un endroit quelconque » : voir *R. c. Clark*.

[44] Le *Code criminel* prévoit les deux infractions énoncées au [par. 173\(1\)](#) et les distingue l'une de l'autre au moyen d'expressions comme « endroit public » et « dans un endroit quelconque » depuis l'adoption du premier *Code criminel* en 1892 (L.C. 1892, ch. 29, art. 177). Le paragraphe 173(2) a été adopté beaucoup plus tard (L.R.C. (1985), ch. 19 (3^e suppl.), par. 7(2)). L'expression « en quelque lieu que ce soit » figurant au par. 173(2) avait pour but d'indiquer clairement que le par. 173(2), tout comme l'al. 173(1)b et à la différence de l'al. 173(1)a, ne visait pas seulement les actes commis dans un endroit public ou dans un endroit particulier.

c) L'objectif du par. 173(2)

[45] Tout comme l'art. 172.1, le paragraphe 173(2) a été adopté pour protéger les enfants contre les actes d'exploitation sexuelle. L'interprétation exigeant que la victime se trouve dans le même lieu physique que l'auteur de l'infraction ne permet pas de réaliser cet objectif. Le préjudice causé par le comportement interdit, et le danger que celui-ci constitue pour les jeunes, découlent du comportement et des fins d'ordre sexuel auxquelles les actes sont commis. Ni le préjudice ni le danger ne dépendent du fait que la victime se trouve à proximité immédiate de l'auteur de l'infraction. En effet, on pourrait bien soutenir que l'« exhibitionniste » moderne qui navigue sur Internet à la recherche d'enfants vulnérables pose un risque plus important pour les enfants que son homologue traditionnel vêtu d'un imperméable qui se trouvait au coin d'une rue.

[46] Non seulement l'interprétation du par. 173(2) par l'appelant mine-t-elle l'objectif de cette disposition, mais elle réduirait aussi considérablement la protection que l'al. 172.1(1)c est destiné à accorder aux enfants. Selon l'interprétation de l'appelant, l'al. 172.1(1)c serait incapable de protéger les enfants contre les adultes qui les exploitent sexuellement en recourant uniquement à Internet et en évitant ainsi de se trouver dans le même lieu que leurs victimes. La disposition ne permettrait d'attraper que les adultes dont les actes d'exploitation sexuelle comprennent une certaine forme de contact direct voulu. Une interprétation exigeant un contact direct semble tout à fait incompatible avec une disposition visant expressément à traiter de l'exploitation sexuelle au moyen d'un ordinateur.

[47] Je ne pense pas que le par. 173(2) pose de difficulté d'interprétation à la lumière des faits constatés par le juge du procès. L'appelant était chez lui lorsqu'il a exhibé ses organes génitaux au moyen de sa caméra Web devant two_tongues13. Par conséquent,

ses actes sont clairement visés par la première partie du par. 173(2). Il s'agissait d'une personne « qui, en quelque lieu que ce soit, à des fins d'ordre sexuel, exhibe ses organes génitaux ». Le lieu dans lequel se trouvait l'auditoire de l'appelant, two_tongues13, n'était pas pertinent pour déterminer sa responsabilité en vertu du par. 173(2). Bien entendu, il n'est pas contesté que l'appelant ne pouvait être déclaré coupable de l'infraction complète visée au par. 173(2) puisque, malgré ses meilleurs efforts, il ne s'est pas exhibé devant une personne âgée de moins de quatorze ans.

IV. Appel contre la peine

[48] L'appel contre la peine peut être abordé très brièvement. L'avocat conteste une partie de la peine infligée par le juge du procès. Il soutient que le juge du procès a commis une erreur en imposant une peine d'emprisonnement et qu'une peine avec sursis aurait dû être infligée. L'avocat souligne que l'appelant n'a aucun casier judiciaire, qu'il ne s'est en fait pas exhibé devant une jeune et qu'il n'a aucun antécédent d'un quelconque intérêt sexuel envers les enfants.

[49] Les facteurs atténuants sont pris en considération. Cependant, la dissuasion et la dénonciation sont les principales considérations dans la détermination de la peine pour une infraction comme celle qui a été commise en l'espèce. Une courte peine d'emprisonnement était appropriée dans les circonstances : voir *R. v. Jarvis*, [2006 CanLII 27300 \(ONCA\)](#), [2006] O.J. n° 3241, 211 C.C.C. (3d) 20 (C.A.); *R. v. Folino* (2005), [2005 CanLII 40543 \(ON CA\)](#), 77 O.R. (3d) 641, [2005] O.J. n° 4737 (C.A.). La Cour ne dispose d'aucun motif lui permettant de modifier la peine d'emprisonnement.

V. Décision

[50] Je suis d'avis de rejeter l'appel contre la déclaration de culpabilité et l'appel contre la peine.

Appel rejeté.

Notes

Note 1 : Le paragraphe 172.1(1) a été introduit dans le [Code criminel](#) par L.C. 2002, ch. 13, art. 8. L'alinéa 172.1(1)c) a récemment été modifié par L.C. 2008, ch. 6, art. 14, pour éliminer le renvoi à toutes les infractions, sauf l'art. 281. Cette modification n'était pas en vigueur lors du procès de l'appelant. En vertu des autres modifications de l'art. 172.1, les allégations contre l'appelant relèveraient désormais de l'al. 172.1(1)b).

Note 2 : Le paragraphe 173(2) a été ajouté à l'art. 173 par L.R.C. (1985), ch. 19 (3^e suppl.), par. 7(2). L'âge requis est passé de 14 à 16 ans par suite de l'adoption de L.C. 2008, ch. 6, art. 54. Cette modification a été apportée après le procès de l'appelant.

Note 3 : Il y a de nombreuses dispositions du [Code criminel](#) qui criminalisent des comportements par ailleurs non criminels dont l'intention ou le but est de commettre un

crime (p. ex. l'[art. 349](#), introduction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel). L'[alinéa 172.1\(1\)c](#) diffère de ces infractions en ce sens qu'il n'exige pas que l'acte vise à commettre l'une des infractions désignées, mais qu'il exige plutôt que l'acte vise à faciliter la perpétration d'une des infractions énumérées. Cette différence peut élargir la portée du [par. 172.1\(1\)](#) par rapport à celle de ces autres infractions : voir *R. v. Legare*, [2008 ABCA 138 \(CanLII\)](#), [2008] A.J. n° 373, 429 A.R. 271 (C.A.), aux par. [58-66](#), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2008] C.S.C.R. n° 406. Il n'est pas nécessaire que j'aborde cette question. La portée qu'il convient d'accorder aux mots « en vue de faciliter » ne se rapporte pas à l'issue de l'affaire. Il ne fait aucun doute que la communication de l'appelant avec two_tongues¹³ visait à faciliter l'exhibition de ses organes génitaux devant cette personne.

Note 4 : Le professeur Stuart examine cette controverse dans *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 2007, aux pp. 680-682. L'avocat de l'appelant s'est joint au débat et a présenté un argument de taille – qui n'a finalement pas été retenu – en faveur de la reconnaissance d'un moyen de défense restreint fondé sur l'impossibilité : voir Alan D. Gold, « To Dream the Impossible Dream: A Problem in Criminal Attempts (and Conspiracy) Revisited » (1979), 21 *Crim. L.Q.* 218.

Note 5 : Après avoir emprunté un chemin plutôt long et sinueux, le droit criminel anglais est parvenu à la même conclusion : voir *R. v. Shivpuri*, [1987] A.C. 1, [1986] 2 All E.R. 334 (C.L.). *R. v. Jones*, [2007] 2 Cr. App. R. 21, [2007] E.W.C.A. Crim. 1118 (C.A.), à la p. 282 Cr. App. R., est une affaire récente dans laquelle la Cour d'appel a confirmé une déclaration de culpabilité relativement à une accusation de tentative d'inciter un enfant à se livrer à des activités sexuelles. L'accusé croyait qu'il envoyait des messages textes sur son téléphone cellulaire à un enfant, mais « l'enfant » était en fait un policier se faisant passer pour un enfant. Le tribunal a conclu que ce fait n'avait aucune incidence sur la responsabilité de l'accusé relativement à l'accusation de tentative d'incitation.

Note 6 : L'objectif de l'article ressort de façon évidente de son libellé. Lorsque le projet de loi a été présenté, les commentaires de la ministre de la Justice à l'époque, Anne McLellan, ont confirmé l'objectif de la législation : voir *Débats de la Chambre des communes*, n° 054 (3 mai 2001), au par. 1620.

Note 7 : Gregory J. Fitch, c.r., « Child Luring » (document présenté lors du Colloque national sur le droit criminel : Les règles de fond du droit criminel, l'art de plaider et l'administration de la justice, Edmonton (Alberta), 10 juillet 2007), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 2007, à la section 10.1, pp. 1 et 3.