

Her Majesty The Queen *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

Douglas Morrison *Respondent/Appellant on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta and Criminal
Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MORRISON

2019 SCC 15

File No.: 37687.

2018: May 24; 2019: March 15.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and
Martin J.J.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Child luring — Police sting operation — Presumption of belief regarding age — Accused charged with child luring after communicating online with police officer posing as 14-year-old girl — Accused contesting constitutionality of Criminal Code provision establishing presumption that if person with whom he was communicating was represented to him as being underage, he believed representation absent evidence to the contrary — Whether presumption infringes accused's right to be presumed innocent — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Child luring — Police

Sa Majesté la Reine *Appelante/Intimée au
pourvoi incident*

c.

Douglas Morrison *Intimé/Appelant au pourvoi
incident*

et

**Procureur général du Canada,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Colombie-
Britannique, procureur général de
la Saskatchewan, procureur général de
l'Alberta et Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MORRISON

2019 CSC 15

N° du greffe : 37687.

2018 : 24 mai; 2019 : 15 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et
Martin.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Leurre — Opération d'infiltration policière — Présomption de croyance relative à l'âge — Accusations de leurre portées contre l'accusé après qu'il a communiqué en ligne avec une policière se faisant passer pour une fille de 14 ans — Contestation par l'accusé de la constitutionnalité de la disposition du Code criminel établissant la présomption selon laquelle, si la personne avec qui il communiquait lui a été présentée comme n'ayant pas atteint l'âge fixé, il est présumé l'avoir crue telle, sauf preuve contraire — La présomption viole-t-elle le droit de l'accusé d'être présumé innocent? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 172.1(3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Leurre — Opération

sting operation — Accused charged with child luring after communicating online with police officer posing as 14-year-old girl — Accused contesting constitutionality of Criminal Code provision barring him from raising as defence that he believed person with whom he was communicating was of legal age unless he took reasonable steps to ascertain person's age — Whether reasonable steps requirement deprives accused of liberty in violation of principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1(4).

M posted an advertisement online in the “Casual Encounters” section on Craigslist, with the title “Daddy looking for his little girl — m4w — 45 (Brampton)”. A police officer, posing as a 14-year-old girl named Mia, responded to the ad. In conversations taking place over the span of more than two months, M invited “Mia” to touch herself sexually and proposed that they meet to engage in sexual activity. These communications led to M being charged with child luring under s. 172.1(1)(b) of the *Criminal Code*, which prohibits communicating, by means of telecommunication, with a person who is, or who the accused believes is, under the age of 16 for the purposes of facilitating the commission of certain designated offences against that person — here, the offence of invitation to sexual touching directed at a person under the age of 16 contrary to s. 152 of the *Criminal Code*.

At trial, M challenged the constitutionality of three subsections of the child luring provisions: s. 172.1(2)(a), (3), and (4) of the *Criminal Code*. First, he argued that s. 172.1(3) (which provides that if the person with whom the accused was communicating (“other person”) was represented to the accused as being underage, then the accused is presumed to have believed that representation absent evidence to the contrary) violated his right to be presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter*. Second, he argued that s. 172.1(4) (which bars an accused from raising, as a defence, that he or she believed the other person was of legal age, unless the accused took reasonable steps to ascertain the other person’s age) violated his rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Third, he argued that s. 172.1(2)(a) (which prescribes a mandatory minimum sentence of one year’s imprisonment if the Crown proceeds by way of indictment) violated his right not to be subjected to cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*. The trial judge accepted M’s submission

d’infiltration policière — Accusations de leurre portées contre l’accusé après qu’il a communiqué en ligne avec une policière se faisant passer pour une fille de 14 ans — Contestation par l’accusé de la constitutionnalité de la disposition du Code criminel l’empêchant d’invoquer en défense qu’il croyait que la personne avec qui il communiquait avait atteint l’âge légal sauf s’il a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de son âge — L’obligation de prendre des mesures raisonnables porte-t-elle atteinte au droit à la liberté de l’accusé d’une manière qui contrevient aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 172.1(4).

M a publié une annonce en ligne sur Craigslist dans la section « Brèves rencontres », portant le titre « Papa recherche sa petite fille — H ch F — 45 (Brampton) ». Une policière, se faisant passer pour une fille de 14 ans dénommée Mia, a répondu à l’annonce. Lors de conversations qui ont eu lieu sur une période de plus de deux mois, M a invité « Mia » à se toucher de manière sexuelle et lui a proposé qu’ils se rencontrent pour se livrer à des activités sexuelles. Ces communications ont conduit à des accusations de leurre portées contre M au titre de l’al. 172.1(1)b du *Code criminel*, qui interdit à quiconque de communiquer, par un moyen de télécommunication, avec une personne âgée de moins de 16 ans ou qu’il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard de certaines infractions énumérées — en l’espèce, l’infraction d’incitation à des contacts sexuels visant un enfant âgé de moins de 16 ans en contravention de l’art. 152 du *Code criminel*.

Au procès, M a contesté la constitutionnalité de trois dispositions de l’article portant sur le leurre : l’al. 172.1(2)a) et les par. 172.1(3) et (4) du *Code criminel*. Premièrement, il a fait valoir que le par. 172.1(3) (qui prévoit que, si la personne avec qui l’accusé communiquait (« l’autre personne ») a été présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, ce dernier est présumé l’avoir crue telle, sauf preuve contraire) violait son droit à la présomption d’innocence garanti par l’al. 11d) de la *Charte*. Deuxièmement, il a affirmé que le par. 172.1(4) (qui interdit à l’accusé d’invoquer en défense qu’il croyait que l’autre personne avait atteint l’âge légal, à moins d’avoir pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne) violait ses droits garantis par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*. Troisièmement, il a soutenu que l’al. 172.1(2)a) (qui fixe une peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an si la Couronne procède par mise en accusation) violait son droit à la protection contre toutes peines cruelles et inusitées garanti

with respect to s. 172.1(3) and held it to be of no force and effect. However, he held that s. 172.1(4) complied with the *Charter* and was constitutionally valid, and he convicted M on the basis that he had not taken reasonable steps to ascertain “Mia’s” age. At sentencing, he concluded that the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) was grossly disproportionate when applied to M and therefore violated s. 12 of the *Charter*. He sentenced M to four months’ imprisonment and probation for a year. The Ontario Court of Appeal unanimously upheld M’s conviction and sentence and each of the trial judge’s conclusions on the three constitutional questions. The Crown appeals the Court of Appeal’s decision with respect to s. 172.1(2)(a) and (3). M cross-appeals, now submitting that s. 172.1(4) is unconstitutional because it allows for a conviction on the basis of objective fault, notwithstanding the high stigma and severe punishment attached to a conviction for child luring, thereby violating the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

Held (Abella J. dissenting in part): The appeal and cross-appeal should be allowed in part. Section 172.1(3) of the *Criminal Code* should be declared to be of no force or effect. The accused’s conviction should be set aside and a new trial should be ordered.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.: Section 172.1(3) of the *Criminal Code* infringes s. 11(d) of the *Charter*, and that infringement cannot be saved under s. 1. It is therefore of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Section 172.1(4) of the *Criminal Code* does not infringe s. 7 of the *Charter*. However, the lower courts erred in their reading of the reasonable steps requirement under s. 172.1(4), and therefore M’s conviction should be set aside and a new trial should be ordered. In view of the lower courts’ errors with respect to the reasonable steps requirement, any final determination as to the constitutionality of s. 172.1(2)(a) should be remitted to the presiding judge at M’s new trial, should he be convicted again.

par l’art. 12 de la *Charte*. Le juge du procès a retenu l’argument de M relatif au par. 172.1(3) et a conclu que ce paragraphe était inopérant. Cependant, il a conclu que le par. 172.1(4) était conforme à la *Charte* et donc constitutionnel, et il a déclaré M coupable au motif qu’il n’avait pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de « Mia ». Lors de la détermination de la peine, le juge du procès a conclu que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a) était exagérément disproportionnée dans le cas de M et violait ainsi l’art. 12 de la *Charte*. Il a condamné M à une peine d’emprisonnement de quatre mois et à une probation d’un an. La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé à l’unanimité la déclaration de culpabilité et la peine de M ainsi que chacune des conclusions du juge du procès sur les trois questions constitutionnelles. La Couronne se pourvoit contre l’arrêt de la Cour d’appel concernant l’al. 172.1(2)a) et le par. 172.1(3). M interjette un pourvoi incident, dans lequel il fait maintenant valoir que le par. 172.1(4) est inconstitutionnel parce qu’il permet de déclarer l’accusé coupable sur le fondement d’une faute objective, sans égard à la forte stigmatisation et à la peine sévère associées à une déclaration de culpabilité pour leurre, violant ainsi les principes de justice fondamentale consacrés par l’art. 7 de la *Charte*.

Arrêt (la juge Abella est dissidente en partie) : Le pourvoi et le pourvoi incident sont accueillis en partie. Le paragraphe 172.1(3) du *Code criminel* est déclaré inopérant. La déclaration de culpabilité de l’accusé est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin : Le paragraphe 172.1(3) du *Code criminel* contrevient à l’al. 11d) de la *Charte*, et cette contravention ne peut être justifiée au regard de l’article premier. Il est donc inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 172.1(4) du *Code criminel* ne contrevient pas à l’art. 7 de la *Charte*. Toutefois, les tribunaux de juridictions inférieures ont commis une erreur lorsqu’ils ont interprété l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4), et par conséquent, la déclaration de culpabilité prononcée contre M est annulée et la tenue d’un nouveau procès est ordonnée. Compte tenu des erreurs commises par les tribunaux de juridictions inférieures concernant l’obligation de prendre des mesures raisonnables, il vaut mieux laisser au juge présidant le nouveau procès de M le soin de trancher définitivement la question de la constitutionnalité de l’al. 172.1(2)a), dans le cas où il serait à nouveau déclaré coupable.

The presumption under s. 172.1(3) of the *Criminal Code* offends s. 11(d) of the *Charter*. In the context of a sting operation where there is no underage person, s. 172.1(1)(b) of the *Criminal Code* stipulates that in order to secure a conviction, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that, among other things, the accused believed the other person was under the age of 16. Subsection 172.1(3), however, creates a presumption that proof that the other person was represented to the accused as being under 16 will, absent evidence to the contrary, stand in for proof of the essential element that the accused believed the other person was under 16. A presumption will comply with s. 11(d) of the *Charter* solely if proof of the substituted fact leads inexorably to the existence of the essential element it replaces. The nexus requirement for demonstrating that a statutory presumption does not offend the presumption of innocence is strict: the connection between proof of the substituted fact and the existence of the essential element it replaces must be nothing less than inexorable. An inexorable link is one that necessarily holds true in all cases. Here, the mere fact that a representation of age was made to the accused does not lead inexorably to the conclusion that the accused believed that representation, even absent evidence to the contrary. Where a representation of age is made online, the trier of fact could still be left with a reasonable doubt at the close of the Crown's case as to whether the accused believed the other person was underage — despite this, the accused's belief that the other person was underage would be deemed to be established beyond a reasonable doubt by virtue of s. 172.1(3). This contravenes the presumption of innocence.

The infringement of s. 11(d) of the *Charter* by s. 172.1(3) of the *Criminal Code* cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The parties agree that s. 172.1(3) has a pressing and substantial objective and the *Charter* limit it creates is rationally connected to that objective. However, it fails the minimal impairment test. The Crown has failed to establish that, absent the presumption, the child luring provision cannot operate effectively. Where the other person is represented to the accused as being underage, the trier of fact can, on the basis of evidence, draw a logical, common sense inference that the accused believed that representation. In addition, the deleterious effects of the presumption outweigh its salutary effects. Although the presumption may ease the Crown's burden of proving its case, prosecutorial convenience and

La présomption établie au par. 172.1(3) du *Code criminel* contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*. Dans le contexte d'une opération d'infiltration où il n'y a pas réellement une personne n'ayant pas atteint l'âge fixé, l'al. 172.1(1)b) du *Code criminel* dispose que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable, entre autres, que l'accusé croyait que l'autre personne était âgée de moins de 16 ans. Toutefois, le par. 172.1(3) établit une présomption selon laquelle la preuve que l'autre personne a été présentée à l'accusé comme ayant moins de 16 ans remplacera, sauf preuve contraire, la preuve de l'élément essentiel que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas encore 16 ans. Une présomption ne sera conforme à l'al. 11d) de la *Charte* que si la preuve du fait substitué mène inexorablement à l'existence de l'élément essentiel qu'il remplace. L'exigence d'établir un lien pour démontrer qu'une présomption législative ne contrevient pas à la présomption d'innocence est stricte : le lien entre la preuve du fait substitué et l'existence de l'élément essentiel qu'il remplace ne doit être rien de moins qu'inexorable. Un lien inexorable est un lien qui demeure nécessairement valable dans tous les cas. En l'espèce, le simple fait qu'une personne ait été présentée à l'accusé comme ayant un certain âge ne conduit pas inexorablement à la conclusion que ce dernier l'a crue telle, même en l'absence d'une preuve contraire. Lorsqu'une personne se présente en ligne comme ayant un certain âge, la question de savoir si l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé pourrait toujours soulever un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits à la clôture de la preuve de la Couronne — malgré cela, la croyance de l'accusé que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé serait réputée établie hors de tout doute raisonnable par application du par. 172.1(3), ce qui contrevient à la présomption d'innocence.

La contravention de l'al. 11d) de la *Charte* par le par. 172.1(3) du *Code criminel* ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Les parties conviennent que le par. 172.1(3) sert un objectif urgent et réel et que la restriction au droit garanti par la *Charte* qu'il crée a un lien rationnel avec cet objectif. Toutefois, il ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. La Couronne n'a pas démontré que, en l'absence de la présomption, la disposition en matière de lurre ne peut être efficace. Lorsque l'autre personne est présentée à l'accusé comme n'ayant pas atteint l'âge fixé, le juge des faits peut, en se fondant sur la preuve, tirer une inférence logique et conforme au bon sens que l'accusé la croyait telle. De plus, les effets préjudiciables de la présomption l'emportent sur ses effets bénéfiques. Bien que la présomption puisse

expediency cannot justify the risk of convicting the innocent that it creates.

The reasonable steps requirement under s. 172.1(4) of the *Criminal Code* does not violate s. 7 of the *Charter*. This requirement does not, in the absence of the presumption under s. 172.1(3), allow for a conviction where the Crown has only proven that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age, contrary to the approach taken by the trial judge and endorsed by the Court of Appeal. Rather, there is only one pathway to conviction available: the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. By expressly including a presumption under s. 172.1(3) as to the accused's belief in this regard — albeit a presumption which has been found to be unconstitutional — Parliament signalled that the requirement of proving belief is essential in the context of a police sting operation where there is no underage person. Subsection 172.1(4) does not make this requirement any less essential. In the absence of the presumption under s. 172.1(3), it bars accused persons from raising, as a defence, that they believed the other person was of legal age where they failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age. Consequently, if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused did not take reasonable steps, then the trier of fact is precluded from considering the defence that the accused believed the other person to be of legal age. But that does not relieve the Crown of its ultimate burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. Thus, if the trier of fact can only conclude from the evidence that the accused was negligent or reckless with regard to the other person's age, the Crown has not met its burden, and the accused is entitled to an acquittal, since negligence and recklessness are states of mind that do not entail any concrete belief about the other person's age. An accused cannot be convicted merely for failing to establish a defence; rather, a conviction will be sustained only where the Crown is able to negate a properly raised defence and show, on the evidence as a whole, that all of the essential elements of the offence in question have been proved beyond a reasonable doubt. In the case of child luring, s. 172.1(4) does not create a situation in which an accused may be convicted on the basis of simple negligence — namely, in this context, a failure to take reasonable steps. Rather, only subjective *mens rea* — in this case, belief — will suffice. In the instant case, the trial judge entered a guilty verdict on a basis that was legally unsound — he found

alléger le fardeau de la Couronne quant à sa preuve, la commodité de cette présomption pour le poursuivant et l'efficacité ne peuvent justifier le risque qu'elle crée de déclarer un innocent coupable.

L'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) du *Code criminel* ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Cette obligation ne permet pas, en l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), qu'un accusé soit déclaré coupable lorsque la Couronne a seulement prouvé que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'autre personne, contrairement à la façon de procéder adoptée par le juge du procès et à laquelle a souscrit la Cour d'appel. Il n'existe plutôt qu'une seule voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité : la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. En incluant expressément une présomption au par. 172.1(3) en ce qui a trait à la croyance de l'accusé à cet égard — encore qu'il s'agisse d'une présomption qui a été déclarée inconstitutionnelle — le législateur a signalé que l'exigence de prouver la croyance est essentielle dans le contexte d'une opération d'infiltration policière à laquelle aucune personne n'ayant pas atteint l'âge fixé ne participe. Le paragraphe 172.1(4) ne rend pas cette exigence moins essentielle. En l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), cette disposition a pour effet d'empêcher les accusés de soulever, comme moyen de défense, le fait qu'ils croyaient que l'autre personne avait atteint l'âge légal, dans les cas où ils ont omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de son âge. Par conséquent, si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, le juge des faits ne peut alors pas examiner le moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal. Mais cela ne dispense pas la Couronne de son fardeau ultime consistant à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Ainsi, si le juge des faits peut uniquement conclure, en fonction de la preuve, que l'accusé a fait preuve de négligence ou d'insouciance relativement à l'âge de l'autre personne, la Couronne ne se sera pas acquittée de son fardeau et l'accusé aura droit à un acquittement, parce que la négligence et l'insouciance constituent des états d'esprit qui n'entraînent pas une réelle croyance au sujet de l'âge de l'autre personne. Un accusé ne peut pas être déclaré coupable du simple fait qu'il n'a pas su établir de défense; il ne pourra être déclaré coupable que si la Couronne parvient à renverser une défense dûment invoquée et à établir, au vu de l'ensemble de la preuve, que tous les éléments essentiels de l'infraction en cause ont été prouvés hors de tout doute

M guilty on the basis that he had failed to take reasonable steps to ascertain “Mia’s” age. For the trial judge to have properly convicted M, he would have had to be satisfied beyond a reasonable doubt that M believed “Mia” was under the age of 16.

In the absence of s. 172.1(3), which has been found to be of no force and effect, the Crown can no longer secure a conviction in the context of a police sting where there is no underage person by proving that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the other person’s age once a representation as to age was made. Instead, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. To meet its burden, the Crown must show that the accused either (1) believed the other person was underage or (2) was wilfully blind as to whether the other person was underage. The second alternative is legally equivalent to the first. Conversely, a showing that the accused was merely reckless, rather than wilfully blind, as to whether the other person was underage will not ground a conviction. The “reasonable steps” that the accused is required to take under s. 172.1(4) are steps that a reasonable person, in the circumstances known to the accused at the time, would take to ascertain the other person’s age. The reasonable steps requirement therefore has both objective and subjective dimensions: the steps must be objectively reasonable, and the reasonableness of those steps must be assessed in light of the circumstances known to the accused at the time. Reasonable steps are meaningful steps that provide information reasonably capable of supporting the accused’s belief that the other person was of legal age. Relatedly, if the accused takes some initial steps that could reasonably support a belief that the other person is of legal age, but red flags are subsequently raised suggesting he or she may not be, then the accused may be required to take additional steps to ascertain the other person’s age. The requirement is an ongoing one. Reasonable steps need not be active. There is no compelling reason, whether in a sting context or otherwise, for foreclosing the notion that arguably passive conduct — such as the receipt and consideration of unsolicited information — could provide information reasonably capable of supporting the accused’s belief that the

raisonnable. Dans le cas du leurre, le par. 172.1(4) ne crée pas une situation dans laquelle un accusé peut être déclaré coupable en raison de la simple négligence — en l’espèce, le défaut de prendre des mesures raisonnables. Il n’y a plutôt que la *mens rea* subjective — en l’espèce, la croyance — qui sera suffisante. Dans la présente affaire, le juge du procès a inscrit un verdict de culpabilité à partir d’un fondement non valide en droit — il a déclaré M coupable au motif qu’il n’avait pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de « Mia ». Pour que la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès à l’égard de M ait été valide, il aurait dû avoir été convaincu hors de tout doute raisonnable que M croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans.

En l’absence de la présomption établie au par. 172.1(3), qui a été déclarée inopérante, la Couronne ne peut plus obtenir une déclaration de culpabilité, dans le contexte d’une opération d’infiltration policière à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe, en démontrant que l’accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne dès que cette dernière a été présentée comme ayant un certain âge. La Couronne doit plutôt prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé. Pour s’acquitter de son fardeau, la Couronne doit démontrer (1) que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé ou (2) qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire quant à savoir si l’autre personne avait ou non atteint l’âge fixé. Les deux possibilités s’équivalent en droit. À l’inverse, le fait de démontrer que l’accusé a fait preuve de simple insouciance, plutôt que d’aveuglement volontaire, quant à savoir si l’autre personne avait atteint ou non l’âge fixé, ne pourra servir de fondement à une déclaration de culpabilité. Les « mesures raisonnables » que l’accusé doit prendre pour l’application du par. 172.1(4) sont les mesures qu’une personne raisonnable prendrait, dans les circonstances dont l’accusé avait alors connaissance, pour s’assurer de l’âge de l’autre personne. L’obligation de prendre des mesures raisonnables comporte donc à la fois une dimension objective et une dimension subjective : les mesures doivent être objectivement raisonnables, et le caractère raisonnable de ces mesures doit être apprécié au regard des circonstances dont l’accusé avait alors connaissance. Les mesures raisonnables sont les mesures valables qui permettent l’obtention de renseignements pouvant raisonnablement appuyer la croyance de l’accusé selon laquelle l’autre personne avait atteint l’âge légal. Dans le même ordre d’idées, si l’accusé prend quelques mesures initiales qui pourraient raisonnablement appuyer une croyance selon laquelle l’autre personne a atteint l’âge légal, mais que

other person was of legal age. Further, the accused is not required to exhaust all potential reasonable steps in order to invoke the defence. The reasonable steps requirement should be applied with a healthy dose of common sense. The approach to assessing reasonable steps is a highly contextual one that accounts for the setting in which the communications take place: the Internet.

Accordingly, the defence that the accused believed the other person was of legal age operates in practice as follows: (1) in order to raise the defence, the accused bears the evidentiary burden of pointing to some evidence from which it may be found that he or she took reasonable steps and honestly believed the other person was of legal age — the accused must show that the defence has an air of reality; (2) if the accused discharges his or her evidentiary burden, the defence is left with the trier of fact, and the Crown then bears the persuasive burden of disproving the defence beyond a reasonable doubt; and (3) regardless of whether the defence can be considered, the trier of fact must ultimately determine whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. Thus, whether the accused is convicted or acquitted does not hinge on whether the accused took reasonable steps; it hinges on whether the Crown can prove culpable belief beyond a reasonable doubt. Where an accused has failed to take reasonable steps, the trial judge must instruct the jury that the accused's evidence that he or she believed the other person was of legal age cannot be considered in determining whether the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt. Where reasonable steps have not been taken, an accused's evidence that he or she believed the other person was of legal age is without any value, and the jury cannot rely on that evidence when assessing the strength of the Crown's case. In that event, the sole question the jury must consider is whether — on the whole of the evidence, including the evidence relating to the accused's failure to take reasonable steps — the Crown has established,

des signaux d'alarme donnant à penser que ce n'est pas le cas apparaissent subséquemment, l'accusé pourrait alors devoir prendre des mesures additionnelles pour s'assurer de l'âge de l'autre personne. L'obligation est donc continue. Les mesures raisonnables ne sont pas nécessairement des mesures actives. Aucune raison impérieuse ne commande de limiter, dans un contexte d'infiltration policière ou autre, la notion suivant laquelle les mesures que l'on pourrait qualifier de passives — comme la réception et l'examen de renseignements non sollicités — peuvent se solder par l'obtention de renseignements pouvant raisonnablement appuyer la croyance de l'accusé que l'autre personne avait atteint l'âge légal. De plus, l'accusé n'a pas l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables possibles pour invoquer le moyen de défense. L'obligation de prendre des mesures raisonnables doit être appliquée avec une généreuse dose de bon sens. La méthode pour apprécier les mesures raisonnables dépend largement du contexte et tient compte du cadre dans lequel les communications ont lieu : Internet.

Par conséquent, le moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal fonctionnerait, en pratique, de la manière suivante : (1) pour que l'accusé puisse soulever le moyen de défense, il lui incombe de faire ressortir en preuve certains éléments qui permettraient de conclure qu'il a pris des mesures raisonnables et qu'il croyait honnêtement que l'autre personne avait atteint l'âge légal — l'accusé doit démontrer que le moyen de défense est vraisemblable; (2) si l'accusé s'acquitte de son fardeau de présentation, le moyen de défense est soumis au juge des faits, et la Couronne a alors le fardeau de persuasion de réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense; et (3) sans égard à la question de savoir si le moyen de défense peut être examiné, le juge des faits doit ultimement juger si la Couronne a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Ainsi, au bout du compte, le fait que l'accusé soit déclaré coupable ou acquitté ne dépend pas de la question de savoir s'il a pris des mesures raisonnables; cela repose sur celle de savoir si la Couronne peut prouver la croyance coupable hors de tout doute raisonnable. Lorsque l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, le juge de première instance doit donner comme directive au jury de ne pas prendre en compte la preuve de l'accusé tendant à montrer qu'il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal pour décider si la Couronne a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Dans les cas où l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, la preuve selon laquelle ce dernier croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal n'a aucune valeur, et le jury ne peut s'en

beyond a reasonable doubt, that the accused believed the other person was underage.

It would be unwise to rule on the constitutional validity of the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) of the *Criminal Code* in this appeal since the courts below proceeded on the mistaken understanding that M could be convicted on the basis of his failure to take reasonable steps, and their conclusions on the s. 12 issue rested, at least in part, on this mistaken understanding. Furthermore, the parties did not have the opportunity to make submissions on this matter with the benefit of a clear statement from the Court as to the *mens rea* required for a conviction.

Per Karakatsanis J.: There is agreement with the majority regarding the proper interpretation and constitutionality of ss. 172.1(3) and (4) of the *Criminal Code* and that the conviction should be set aside and a new trial ordered. However, it is incumbent on the Court to address the issue of the constitutionality of the mandatory minimum punishment set out in s. 172.1(2)(a) of the *Criminal Code* in this case. Otherwise M, as well as other individuals convicted of a child luring offence by way of indictment, may find themselves subject to a mandatory minimum sentence that is constitutionally unsound.

The mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) violates s. 12 of the *Charter* and is not saved by s. 1. Section 172.1(2)(a) should therefore be declared to be of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. To determine whether a mandatory minimum sentence imposes a grossly disproportionate punishment and thereby qualifies as cruel and unusual punishment, the mandatory minimum sentence for the relevant offence is compared to the fit and proportionate sentence that would otherwise be mandated by the sentencing principles found in the *Criminal Code*. If, in a reasonably foreseeable case, imposing the mandatory minimum would result in a grossly disproportionate sentence, then the mandatory minimum violates s. 12. When assessing a mandatory minimum in the context of reasonably foreseeable cases, it will often be helpful to consider previously reported cases. In addition, judges should be guided by their judicial experience and need not limit their inquiry to only the facts

servir pour évaluer la solidité de la preuve de la Couronne. Dans ce cas, la seule question que le jury doit examiner est de savoir si — selon l'ensemble de la preuve, y compris les éléments de preuve relatifs au défaut de l'accusé de prendre des mesures raisonnables — la Couronne a établi, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé.

Il serait peu judicieux de statuer sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a) du *Code criminel* dans le cadre du présent pourvoi parce que les cours de juridictions inférieures sont parties du principe erroné que M pouvait être déclaré coupable sur le fondement de son défaut de prendre des mesures raisonnables, et leurs conclusions sur la question de l'art. 12 reposaient, du moins en partie, sur ce raisonnement erroné. De plus, les parties n'ont pas eu l'occasion de présenter des observations sur cette question en disposant d'un énoncé clair de la Cour quant à la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité.

La juge Karakatsanis : Il y a accord avec les juges majoritaires sur l'interprétation à donner aux par. 172.1(3) et (4) du *Code criminel* et la constitutionnalité de ces dispositions, ainsi que sur la conclusion selon laquelle la déclaration de culpabilité devrait être annulée et la tenue d'un nouveau procès ordonnée. Il incombe cependant à la Cour d'examiner la question de la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a) du *Code criminel*, à défaut de quoi M, comme d'autres individus reconnus coupables de l'infraction de leurre punissable par voie de mise en accusation, pourrait se voir condamné à une peine minimale obligatoire invalide sur le plan constitutionnel.

La peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a) viole l'art. 12 de la *Charte* et ne peut être justifiée au regard de l'article premier. L'alinéa 172.1(2)a) devrait par conséquent être déclaré inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour juger si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée et, partant, peut être qualifiée de cruelle et inusitée, la peine minimale obligatoire relative à l'infraction en cause est comparée à la peine juste et proportionnée que commanderait l'application des principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Si l'infliction de la peine minimale obligatoire donnait lieu à une peine exagérément disproportionnée dans un cas raisonnablement prévisible, la peine minimale obligatoire viole l'art. 12. Lorsqu'on évalue une peine minimale obligatoire au regard des cas raisonnablement prévisibles, il est souvent utile d'examiner les décisions publiées. Par ailleurs, les juges devraient suivre leur expérience judiciaire, et ils ne

of reported cases. The thrust of the s. 12 inquiry focuses on reasonably foreseeable applications of the law. Courts are required to consider the scope of the offence, the types of activities it penalizes and the reasonably foreseeable circumstances in which it may arise.

Given the gravity of the offence of child luring, there is no doubt that, in many cases, the appropriate sentence will be a term of imprisonment that falls within the range contemplated by s. 172.1(2)(a). However, the offence casts a wide net since it can be committed in various ways, under a broad array of circumstances and by individuals with a wide range of moral culpability. This increases the likelihood of the provision catching individuals whose conduct will not warrant punishment remotely close to that required by the mandatory minimum sentence. Indeed, the s. 172.1(1) jurisprudence demonstrates that the fit and proportionate sentence can be significantly less than the one-year mandatory minimum term of imprisonment required by the *Criminal Code*.

Furthermore, s. 172.1(1) is a hybrid offence with a disparity between the mandatory minimum sentences for individuals guilty of child luring on summary conviction and those guilty on indictment. This strongly suggests that the one-year mandatory minimum for an individual guilty of child luring on indictment violates s. 12 of the *Charter*. The 90-day mandatory minimum for summary conviction offences clearly demonstrates that Parliament understood that, in certain circumstances, a sentence far below that required by the one-year mandatory minimum would be appropriate. Sentencing someone to one year in jail when the fit and proportionate sentence would be 90 days or less is intolerable and would be shocking to Canadians. It is a cruel and unusual punishment that violates s. 12 of the *Charter* and does not represent a justifiable infringement under s. 1 of the *Charter*.

Per Abella J. (dissenting in part): M's conviction should be set aside and an acquittal ordered.

The reasonable steps requirement in s. 172.1(4) constitutes an infringement of the right to make full answer and defence and the presumption of innocence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, eroding these rights in a way that

sont pas tenus de restreindre leur analyse aux faits des décisions publiées. L'idée maîtresse de l'examen fondé sur l'art. 12 porte essentiellement sur les applications raisonnablement prévisibles de la disposition législative. Les tribunaux sont tenus de considérer la portée de l'infraction, les types d'activités qu'elle sanctionne et les circonstances raisonnablement prévisibles dans lesquelles elle peut survenir.

Étant donné la gravité de l'infraction de leurre, il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, la peine appropriée sera une peine d'emprisonnement dont la durée s'inscrira dans le cadre prévu à l'al. 172.1(2)a). Cependant, l'infraction ratisse large, puisqu'elle peut être commise de plusieurs façons, dans des circonstances très variées et par des personnes qui peuvent avoir divers degrés de culpabilité morale, ce qui augmente la probabilité que tombent dans ses mailles des individus dont la conduite ne justifie aucunement l'infliction de la peine minimale obligatoire. En effet, la jurisprudence relative au par. 172.1(1) démontre qu'une peine juste et proportionnée peut être beaucoup moins lourde que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an requise par le *Code criminel*.

De plus, le par. 172.1(1) est une infraction mixte présentant une disparité entre les peines minimales obligatoires pour les personnes coupables de leurre sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou celles coupables sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, ce qui tend fortement à indiquer que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an pour une personne coupable de leurre sur déclaration de culpabilité par mise en accusation viole l'art. 12 de la *Charte*. L'existence de la peine minimale obligatoire de 90 jours pour les infractions punissables par procédure sommaire montre clairement que le législateur comprenait que, dans certaines situations, des peines beaucoup moins lourdes que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an seraient appropriées. Condamner une personne à un an de prison, lorsque la peine juste et appropriée serait un emprisonnement de 90 jours — ou une peine moins lourde encore —, est intolérable et serait choquant pour les Canadiens. Il s'agit d'une peine cruelle et inusitée qui viole l'art. 12 de la *Charte* et cette atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

La juge Abella (dissidente en partie) : La déclaration de culpabilité prononcée contre M devrait être annulée et un acquittement devrait être ordonné.

L'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) constitue une atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et au droit à la présomption d'innocence garantis par l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte*,

risks convicting the innocent. It is therefore unconstitutional. Striking down the presumption under s. 172.1(3) does not eliminate a second, objective path to conviction since under s. 172.1(4), a conviction is available if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the communicant's age.

To constitute child luring, the accused must believe the communicant to be a child. Given the anonymous and unverifiable nature of online identities, the requirement to take "reasonable steps" to ascertain age in s. 172.1(4) may impose a nearly insurmountable barrier to the accused's ability to raise and defend his or her own innocent belief. Moreover, additional communications made in an effort to ascertain age can put the accused at a heightened risk of being inculpated in the offence of child luring because of the inherent similarity between evidence going to reasonable steps and evidence of child luring in the Internet context. The result of the reasonable steps requirement in s. 172.1(4) is therefore to render illusory the accused's ability to allege an honest but mistaken belief in age. This constitutes an interference with the accused's fundamental right to make full answer and defence under s. 7 and the presumption of innocence under s. 11(d). Section 172.1(4) cannot be saved under s. 1 of the *Charter*, since the harmful effects of the reasonable steps requirement outweigh any salutary impact.

Cases Cited

By Moldaver J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; **referred to:** *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171; *R. v. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *R. v. Creighton*, [1993] 3

et elle érode ces droits d'une manière qui risque de faire déclarer coupables des personnes innocentes. Elle est, en conséquence, inconstitutionnelle. L'invalidation de la présomption établie au par. 172.1(3) n'a pas pour effet d'éliminer une seconde voie — objective — pouvant conduire à une déclaration de culpabilité puisque, par application du par. 172.1(4), un accusé peut être déclaré coupable si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'interlocuteur.

Pour que les communications constituent un leurre, il est essentiel que l'accusé croie que l'interlocuteur est un enfant. Compte tenu du caractère anonyme et invérifiable des identités en ligne, l'obligation de prendre des « mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge, visée au par. 172.1(4), peut imposer un obstacle quasiment infranchissable à la capacité de l'accusé d'invoquer en défense sa croyance de bonne foi. Qui plus est, les communications supplémentaires faites dans le but de s'assurer de l'âge peuvent faire courir à l'accusé un risque accru d'être inculpé de l'infraction de leurre en raison de la similitude inhérente de la preuve relative à la prise de mesures raisonnables et de celle du leurre par Internet. L'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) a donc pour conséquence de rendre illusoire la possibilité pour un accusé de faire valoir une croyance honnête, quoiqu'erronée, à l'âge. Il s'agit là d'une atteinte au droit fondamental de présenter une défense pleine et entière que l'art. 7 garantit à l'accusé et à la présomption d'innocence que lui garantit l'al. 11d). Le paragraphe 172.1(4) ne peut être sauvegardé en application de l'article premier de la *Charte* puisque les effets préjudiciables de l'obligation de prendre des mesures raisonnables l'emportent sur tout effet bénéfique qu'elle pourrait avoir.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts examinés :** *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; **arrêts mentionnés :** *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171; *R. c. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *R.*

S.C.R. 3; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Ghotra*, 2016 ONSC 1324, 334 C.C.C. (3d) 222; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. EJB*, 2018 ABCA 239, 72 Alta. L.R. (6th) 29; *R. v. Hood*, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269.

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. v. Jarvis* (2006), 211 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Folino*, 2005 ONCA 258, 77 O.R. (3d) 641; *R. v. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551; *R. v. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193; *R. v. Hood*, 2018 NSCA 18, 409 C.R.R. (2d) 70; *R. v. S. (S.)*, 2014 ONCJ 184, 307 C.R.R. (2d) 147; *R. v. Crant*, 2017 ONCJ 192; *R. v. Read*, 2008 ONCJ 732; *R. v. Dehesh*, [2010] O.J. No. 2817; *R. v. El-Jamel*, 2010 ONCA 575, 261 C.C.C. (3d) 293; *R. v. B. and S.*, 2014 BCPC 94; *R. v. Danielson*, 2013 ABPC 26; *R. v. Pelletier*, 2013 QCCQ 10486.

By Abella J. (dissenting in part)

R. v. Legare, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397; *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R.

c. Creighton, [1993] 3 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. c. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230; *R. c. Ghotra*, 2016 ONSC 1324, 334 C.C.C. (3d) 222; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. EJB*, 2018 ABCA 239, 72 Alta. L.R. (6th) 29; *R. c. Hood*, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. c. Jarvis* (2006), 211 C.C.C. (3d) 20; *R. c. Folino*, 2005 ONCA 258, 77 O.R. (3d) 641; *R. c. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551; *R. c. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193; *R. c. Hood*, 2018 NSCA 18, 409 C.R.R. (2d) 70; *R. c. S. (S.)*, 2014 ONCJ 184, 307 C.R.R. (2d) 147; *R. c. Crant*, 2017 ONCJ 192; *R. c. Read*, 2008 ONCJ 732; *R. c. Dehesh*, [2010] O.J. No. 2817; *R. c. El-Jamel*, 2010 ONCA 575, 261 C.C.C. (3d) 293; *R. c. B. and S.*, 2014 BCPC 94; *R. c. Danielson*, 2013 ABPC 26; *R. c. Pelletier*, 2013 QCCQ 10486.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie)

R. c. Legare, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397; *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S.

1021; *R. v. Saliba*, 2013 ONCA 661, 304 C.C.C. (3d) 133; *R. v. Duran*, 2013 ONCA 343, 306 O.A.C. 301; *R. v. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42; *R. v. Sinclair*, 2013 ABQB 745, 92 Alta. L.R. (5th) 64; *R. v. Malcolm*, 2000 MBCA 77, 148 Man. R. (2d) 143; *R. v. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1; *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. v. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93; *R. v. Osborne* (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 194; *R. v. Mastel*, 2011 SKCA 16, 268 C.C.C. (3d) 224; *R. v. Adams*, 2016 ABQB 648, 45 Alta. L.R. (6th) 171; *R. v. Bayat*, 2011 ONCA 778, 108 O.R. (3d) 420; *R. v. Froese*, 2015 ONSC 1075.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d), 12.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 150.1(4), (5), 152, 172.1, (1) [am. 2012, c. 1, s. 22], (2) [am. 2012, c. 1, s. 22], 273.2(b), 686(1)(b)(iii), 718, 718.1.

Authors Cited

Cairns Way, Rosemary. “Bill C-49 and the Politics of Constitutionalized Fault” (1993), 42 *U.N.B.L.J.* 325.
Manning, Mewett & Sankoff: *Criminal Law*, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
Stewart, Hamish C. “*Legare: Mens Rea Matters*” (2010), 70 C.R. (6th) 12.
Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated March 2018, release 32).
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2014.
Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2018.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (Watt, van Rensburg and Pardu JJ.), 2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161, 385 C.R.R. (2d) 45, 136 O.R. (3d) 545, [2017] O.J. No. 3600 (QL), 2017 CarswellOnt 10363 (WL Can.), affirming the conviction entered and the sentence imposed by Gage J., 2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25, [2015] O.J. No. 4650 (QL), 2015 CarswellOnt 13610 (WL Can.) and 2015 ONCJ 599, [2015] O.J. No. 5620 (QL), 2015 CarswellOnt

1021; *R. c. Saliba*, 2013 ONCA 661, 304 C.C.C. (3d) 133; *R. c. Duran*, 2013 ONCA 343, 306 O.A.C. 301; *R. c. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42; *R. c. Sinclair*, 2013 ABQB 745, 92 Alta. L.R. (5th) 64; *R. c. Malcolm*, 2000 MBCA 77, 148 Man. R. (2d) 143; *R. c. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1; *R. c. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; *R. c. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230; *R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. c. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93; *R. c. Osborne* (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 194; *R. c. Mastel*, 2011 SKCA 16, 268 C.C.C. (3d) 224; *R. c. Adams*, 2016 ABQB 648, 45 Alta. L.R. (6th) 171; *R. c. Bayat*, 2011 ONCA 778, 108 O.R. (3d) 420; *R. c. Froese*, 2015 ONSC 1075.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d), 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1(4), (5), 152, 172.1, (1) [mod. 2012, c. 1, art. 22], (2) [mod. 2012, c. 1, art. 22], 273.2b), 686(1)b)(iii), 718, 718.1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine et autres documents cités

Cairns Way, Rosemary. « Bill C-49 and the Politics of Constitutionalized Fault » (1993), 42 *U.N.B.L.J.* 325.
Manning, Mewett & Sankoff: *Criminal Law*, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff, Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
Stewart, Hamish C. « *Legare : Mens Rea Matters* » (2010), 70 C.R. (6th) 12.
Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated March 2018, release 32).
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 7th ed., Toronto, Carswell, 2014.
Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2018.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Watt, van Rensburg et Pardu), 2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161, 385 C.R.R. (2d) 45, 136 O.R. (3d) 545, [2017] O.J. No. 3600 (QL), 2017 CarswellOnt 10363 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité et la peine prononcées par le juge Gage, 2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25, [2015] O.J. No. 4650 (QL), 2015 CarswellOnt 13610 (WL Can.) et 2015 ONCJ 599, [2015] O.J. No. 5620 (QL), 2015 CarswellOnt 16408

16408 (WL Can.). Appeal and cross-appeal allowed in part, Abella J. dissenting in part.

Andreea Baiasu, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Mark C. Halfyard, Salvatore Caramanna and Breana Vandebek, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sylvain Leboeuf and Julie Dassylva, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Lara Vizsolyi, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

W. Dean Sinclair, Q.C., for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Deborah Alford, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Apple Newton-Smith, Daniel Brown and Colleen McKeown, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] In today's information age, Canadian life is increasingly playing out in the digital realm. The Internet, social media, and sophisticated mobile devices — now fixtures in our everyday lives — have transformed the way in which we live, work, and interact with one another. This opens up a world of new opportunities and allows us to connect instantly with friends and family across the world, whenever and wherever we want, and at relatively little cost.

(WL Can.). Pourvoi et pourvoi incident accueillis en partie, la juge Abella est dissidente en partie.

Andreea Baiasu, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Mark C. Halfyard, Salvatore Caramanna et Breana Vandebek, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sylvain Leboeuf et Julie Dassylva, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Lara Vizsolyi, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

W. Dean Sinclair, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Deborah Alford, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Apple Newton-Smith, Daniel Brown et Colleen McKeown, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] En cette ère de l'information, la vie des Canadiens se déroule de plus en plus dans l'univers numérique. Internet, les médias sociaux et les appareils mobiles perfectionnés — qui font désormais partie de notre quotidien — ont transformé la façon dont nous vivons, travaillons et interagissons les uns avec les autres. Cette technologie ouvre tout un monde de possibilités et nous permet de nous connecter instantanément avec des amis et des membres de la famille partout dans le monde, n'importe quand et n'importe où, à un coût relativement peu élevé.

[2] But the Internet revolution — and the Internet itself — has a darker side. Increasingly, sexual predators are using electronic means to prey upon one of the most vulnerable groups within Canadian society: our children. Access to the Internet among Canadian children is now almost universal, and many are continuously connected, whether through a computer, a smartphone, or another device. This has led to the new and distressing phenomenon of predators lurking in cyberspace, cloaked in anonymity, using online communications as a tool for meeting and grooming children with a view to sexually exploiting them.

[3] In response, Parliament has enacted provisions in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”), aimed at prohibiting child luring through telecommunications and ensuring that those who breach this prohibition receive a punishment that reflects the gravity and seriousness of the offence and the high degree of moral blameworthiness associated with it. These provisions were the subject of this Court’s decisions in *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551, and *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3, although in neither case was their constitutionality in issue. Here, however, the question on appeal is whether these provisions infringe the accused’s rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”).

[4] The respondent, Douglas Morrison, posted an advertisement in the “Casual Encounters” section of Craigslist, with the title “Daddy looking for his little girl – m4w – 45 (Brampton)”. A police officer, posing as a 14-year-old girl named “Mia”, responded to the ad. In conversations taking place over the span of more than two months, Mr. Morrison invited “Mia” to touch herself sexually and proposed that they meet to engage in sexual activity. These communications led to Mr. Morrison being charged with child luring under s. 172.1(1)(b) of the *Code*. That provision prohibits communicating, by means of telecommunication, with a person who is, or who the accused believes is, under the age of 16 for the purpose of facilitating the commission of certain designated

[2] Cependant, la révolution Internet — et Internet lui-même — a également un côté sombre. Les prédateurs sexuels se servent de plus en plus de moyens électroniques pour s’en prendre à l’un des groupes les plus vulnérables de la société canadienne : nos enfants. De nos jours, les enfants canadiens ont pratiquement tous accès à Internet, et bon nombre d’entre eux sont connectés en permanence, que ce soit au moyen d’un ordinateur, d’un téléphone intelligent ou d’un autre appareil. Cette révolution numérique a mené à un nouveau phénomène inquiétant, où des prédateurs qui rôdent dans le cyberspace, sous le couvert de l’anonymat, utilisent les communications en ligne pour rencontrer et manipuler des enfants afin de les exploiter sexuellement.

[3] Pour contrer ce phénomène, le législateur a édicté des dispositions dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *Code* »), visant à interdire le leurre au moyen de télécommunications et à s’assurer que les personnes qui contreviennent à cette interdiction reçoivent une peine qui reflète la gravité et le sérieux de l’infraction, ainsi que le niveau élevé de culpabilité morale qui y est associé. La Cour s’est penchée sur ces dispositions dans les arrêts *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551, et *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3, bien que leur constitutionnalité n’y ait pas été contestée. En l’espèce, toutefois, la Cour doit juger si ces dispositions portent atteinte aux droits garantis à l’accusé par la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »).

[4] L’intimé, Douglas Morrison, a publié une annonce sur Craigslist, dans la section [TRADUCTION] « Brèves rencontres », portant le titre « Papa recherche sa petite fille — H ch F — 45 (Brampton) ». Une policière, se faisant passer pour une fille de 14 ans dénommée « Mia », a répondu à l’annonce. Lors de conversations qui ont eu lieu sur une période de plus de deux mois, M. Morrison a invité « Mia » à se toucher de manière sexuelle et lui a proposé qu’ils se rencontrent pour se livrer à des activités sexuelles. Ces communications ont conduit à des accusations de leurre portées contre M. Morrison au titre de l’al. 172.1(1)b) du *Code*. Cette disposition interdit à quiconque de communiquer, par un moyen de télécommunication, avec une personne âgée de

offences against that person — here, the offence of invitation to sexual touching directed at a person under the age of 16 contrary to s. 152 of the *Code*.

[5] At trial, Mr. Morrison challenged the constitutionality of three subsections of the child luring provisions: s. 172.1(2)(a), (3), and (4). His position on each is set out below in capsule form.

[6] First, s. 172.1(3) provides that if the person with whom the accused was communicating (hereinafter referred to as “the other person”) was represented to the accused as being underage, then the accused is presumed to have believed that representation, absent evidence to the contrary. Mr. Morrison argued that this subsection violated his right to be presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter*.

[7] Second, s. 172.1(4) bars an accused from raising, as a defence, that he or she believed the other person was of legal age, unless the accused took reasonable steps to ascertain the other person’s age. At trial, Mr. Morrison asserted that s. 172.1(4) violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Before the Court of Appeal and this Court, he argued that s. 172.1(4) was unconstitutional because it allows for a conviction on the basis of objective fault, notwithstanding the high stigma and severe punishment attached to a conviction for child luring, thereby violating the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

[8] Third, s. 172.1(2)(a) prescribes a mandatory minimum sentence of one year’s imprisonment if the Crown proceeds by way of indictment — the election made by the Crown in Mr. Morrison’s case. Mr. Morrison argued that this mandatory minimum violated his right not to be subjected to cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*.

[9] The trial judge agreed with Mr. Morrison that the presumption under s. 172.1(3) violated his right to be presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter*. He disagreed, however, that the reasonable steps

moins de 16 ans ou qu’il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard de certaines infractions énumérées — en l’espèce, l’infraction d’incitation à des contacts sexuels visant un enfant âgé de moins de 16 ans en contravention de l’art. 152 du *Code*.

[5] Au procès, M. Morrison a contesté la constitutionnalité de trois dispositions de l’article portant sur le leurre : l’al. 172.1(2)a) et les par. 172.1(3) et (4). Sa position sur chacune des dispositions est énoncée brièvement dans les paragraphes qui suivent.

[6] Premièrement, le par. 172.1(3) prévoit que si la personne avec qui l’accusé communiquait (ci-après, « l’autre personne ») a été présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, ce dernier est présumé l’avoir crue telle, sauf preuve contraire. Monsieur Morrison a fait valoir que cette disposition violait son droit à la présomption d’innocence garanti par l’al. 11d) de la *Charte*.

[7] Deuxièmement, le par. 172.1(4) interdit à l’accusé d’invoquer en défense qu’il croyait que l’autre personne avait atteint l’âge légal, à moins d’avoir pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne. Au procès, M. Morrison a affirmé que le par. 172.1(4) violait l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*. Devant la Cour d’appel et la présente Cour, il a fait valoir que le par. 172.1(4) était inconstitutionnel parce qu’il permettait de déclarer l’accusé coupable sur le fondement d’une faute objective, sans égard à la forte stigmatisation et à la peine sévère associées à une déclaration de culpabilité pour leurre, violant ainsi les principes de justice fondamentale consacrés par l’art. 7 de la *Charte*.

[8] Troisièmement, l’al. 172.1(2)a) fixe une peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an si la Couronne procède par mise en accusation, ce qu’elle a choisi de faire dans le cas de M. Morrison. Ce dernier a soutenu que cette peine minimale obligatoire violait son droit à la protection contre toutes peines cruelles et inusitées garanti par l’art. 12 de la *Charte*.

[9] Le juge du procès était d’accord avec M. Morrison pour dire que la présomption établie au par. 172.1(3) violait son droit à la présomption d’innocence garanti par l’al. 11d) de la *Charte*. Toutefois,

requirement under s. 172.1(4) was constitutionally invalid. Despite being left with a reasonable doubt as to whether Mr. Morrison believed “Mia” was under the age of 16, the trial judge held that subs. (4) provided an independent pathway to conviction and convicted Mr. Morrison on the basis that he had not taken reasonable steps to ascertain “Mia’s” age. At sentencing, the trial judge concluded that the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) was grossly disproportionate when applied to Mr. Morrison and therefore violated s. 12 of the *Charter*. In the result, he sentenced Mr. Morrison to four months’ imprisonment and probation for a year. On appeal, the Ontario Court of Appeal upheld Mr. Morrison’s conviction and sentence and each of the trial judge’s conclusions on the three constitutional questions outlined above.

[10] Before this Court, the Crown appeals from the decision of the Court of Appeal, submitting that the court erred in holding that the presumption under s. 172.1(3) violates s. 11(d) of the *Charter* and that the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) infringes s. 12 of the *Charter*. Mr. Morrison cross-appeals, asserting that the Court of Appeal erred in finding that the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) does not infringe s. 7 of the *Charter*.

[11] For the reasons that follow, I would dismiss the Crown’s appeal on the s. 172.1(3) issue and Mr. Morrison’s cross-appeal on the s. 172.1(4) issue. In my view, the presumption under subs. (3) infringes s. 11(d) of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. Further, I agree with the courts below that subs. (4) does not violate s. 7 of the *Charter*.

[12] However, unlike the courts below, I do not read the reasonable steps requirement under subs. (4), in the absence of the presumption under subs. (3), as providing an independent pathway to conviction.

il n’était pas d’avis que l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) était inconstitutionnelle. Bien que la question de savoir si M. Morrison croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans ait soulevé un doute raisonnable dans son esprit, le juge du procès a conclu que le par. (4) ouvrait à lui seul la voie à une déclaration de culpabilité et a déclaré M. Morrison coupable, au motif qu’il n’avait pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de « Mia ». Lors de la détermination de la peine, le juge du procès a conclu que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a) était exagérément disproportionnée dans le cas de M. Morrison et violait ainsi l’art. 12 de la *Charte*. Par conséquent, il a condamné M. Morrison à une peine d’emprisonnement de quatre mois et à une probation d’un an. En appel, la Cour d’appel de l’Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité et la peine de M. Morrison, ainsi que chacune des conclusions du juge du procès sur les trois questions constitutionnelles décrites précédemment.

[10] La Couronne se pourvoit devant la Cour contre l’arrêt de la Cour d’appel, affirmant que celle-ci a commis une erreur en concluant que la présomption établie au par. 172.1(3) viole l’al. 11d) de la *Charte* et que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a) contrevient à l’art. 12 de la *Charte*. Monsieur Morrison interjette un pourvoi incident, dans lequel il fait valoir que la Cour d’appel a commis une erreur en concluant que l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) ne contrevient pas à l’art. 7 de la *Charte*.

[11] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de la Couronne sur la question du par. 172.1(3) et le pourvoi incident de M. Morrison sur la question du par. 172.1(4). À mon sens, la présomption établie au par. (3) contrevient à l’al. 11d) de la *Charte* et ne saurait être justifiée au regard de l’article premier. En outre, je conviens avec les cours de juridictions inférieures que le par. (4) ne viole pas l’art. 7 de la *Charte*.

[12] Toutefois, contrairement aux cours de juridictions inférieures, je ne crois pas que l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. (4), en l’absence de la présomption établie au par. (3),

Instead, it simply bars accused persons from raising, as a defence, that they believed the other person was of legal age when they did not take reasonable steps to ascertain the other person's age.

[13] Consequently, in order to convict Mr. Morrison, the Crown would have had to satisfy the trial judge beyond a reasonable doubt that Mr. Morrison *believed* "Mia" was under the age of 16. But because the trial judge was left with a reasonable doubt in this regard, Mr. Morrison's conviction cannot stand.

[14] As for the question of remedy, given that the trial judge entertained a reasonable doubt on the issue of Mr. Morrison's belief, Mr. Morrison would ordinarily be entitled to an acquittal. But in this case, for reasons I will develop, I am of the view that fairness considerations militate in favour of a new trial — one conducted in accordance with the correct legal framework.

[15] Finally, the courts below proceeded on an incorrect understanding that s. 172.1 allows for a conviction based on a failure to take reasonable steps. The parties' arguments before this Court concerning the constitutionality of the mandatory minimum reflect the erroneous assumption flowing from this: namely, that mere negligence is sufficient to support a conviction (something that the trial judge gave effect to in sentencing Mr. Morrison). In light of this, I am of the view that it would be unwise to decide whether the one-year mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) runs afoul of s. 12 of the *Charter* on this appeal. Accordingly, I would set aside that aspect of the Court of Appeal's decision and remit the matter to the presiding judge at the new trial, should Mr. Morrison be convicted again.

II. Statutory Provisions

[16] Section 172.1 of the *Code* contains four components, each housed in its own subsection. Those

ouvre à elle seule la voie à une déclaration de culpabilité. En fait, elle interdit simplement à l'accusé d'invoquer en défense qu'il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal dans le cas où il n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer de son âge.

[13] Par conséquent, pour que le juge du procès déclare M. Morrison coupable, il aurait fallu que la Couronne le convainque hors de tout doute raisonnable que M. Morrison *croyait* que « Mia » était âgée de moins de 16 ans. Or, comme le juge du procès avait un doute raisonnable à cet égard, la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Morrison ne peut être maintenue.

[14] Pour ce qui est de la réparation, comme le juge du procès avait un doute raisonnable sur la question de la croyance de M. Morrison, ce dernier aurait normalement droit à un acquittement. Toutefois, en l'espèce, pour les motifs que j'aborderai plus loin, je suis d'avis que des considérations d'équité militent en faveur d'un nouveau procès, qui devra se dérouler conformément au bon cadre juridique.

[15] Enfin, les cours de juridictions inférieures sont parties du principe erroné que l'art. 172.1 permet de déclarer l'accusé coupable en raison du fait qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables. Les arguments que les parties ont invoqués devant la Cour concernant la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire reflètent l'hypothèse erronée qui en découle, à savoir que la simple négligence suffit à étayer une déclaration de culpabilité (une hypothèse à laquelle le juge du procès a donné effet dans la détermination de la peine de M. Morrison). Cela étant, je suis d'avis qu'il serait peu judicieux de décider, dans le présent pourvoi, si la peine minimale obligatoire d'un an prévue à l'al. 172.1(2)a) va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte*. Par conséquent, je laisserais de côté cet aspect de l'arrêt de la Cour d'appel et renverrais l'affaire au juge président le nouveau procès, dans l'éventualité où M. Morrison serait de nouveau déclaré coupable.

II. Les dispositions législatives

[16] L'article 172.1 du *Code* comporte quatre éléments, répartis chacun dans leur propre paragraphe.

components, and the corresponding subsections, are: (1) a prohibition against child luring; (2) the punishments available on conviction; (3) a presumption regarding the accused's belief in the other person's age; and (4) a limitation on the defence that the accused believed the other person was of legal age.

Luring a child

172.1 (1) Every person commits an offence who, by a means of telecommunication, communicates with

(a) a person who is, or who the accused believes is, under the age of 18 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence with respect to that person under subsection 153(1), section 155, 163.1, 170, 171 or 279.011 or subsection 279.02(2), 279.03(2), 286.1(2), 286.2(2) or 286.3(2);

(b) a person who is, or who the accused believes is, under the age of 16 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2) or section 271, 272, 273 or 280 with respect to that person; or

(c) a person who is, or who the accused believes is, under the age of 14 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 281 with respect to that person.

Punishment

(2) Every person who commits an offence under subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term of not more than two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

Presumption re age

(3) Evidence that the person referred to in paragraph (1)(a), (b) or (c) was represented to the accused as being under

Ces éléments, et les paragraphes correspondants, sont les suivants : (1) l'interdiction de commettre un leurre; (2) les peines qui peuvent être infligées en cas de déclaration de culpabilité; (3) la présomption concernant la croyance de l'accusé relativement à l'âge de l'autre personne; (4) une restriction imposée au moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal.

Leurre

172.1 (1) Commet une infraction quiconque communique par un moyen de télécommunication 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, 163.1, 170, 171 ou 279.011 ou aux paragraphes 279.02(2), 279.03(2), 286.1(2), 286.2(2) ou 286.3(2);

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 aux articles 271, 272, 273 ou 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.

Peine

(2) Quiconque commet l'infraction visée au paragraphe (1) est coupable :

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

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

Présomption

(3) La preuve que la personne visée aux alinéas (1)a), b) ou c) a été présentée à l'accusé comme ayant moins de

the age of eighteen years, sixteen years or fourteen years, as the case may be, is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused believed that the person was under that age.

No defence

(4) It is not a defence to a charge under paragraph (1)(a), (b) or (c) that the accused believed that the person referred to in that paragraph was at least eighteen years of age, sixteen years or fourteen years of age, as the case may be, unless the accused took reasonable steps to ascertain the age of the person.

III. Facts

[17] In early 2013, Mr. Morrison placed the following ad on the “Casual Encounters” section of Craigslist:

Daddy looking for his little girl – m4w – 45 (Brampton)

Daddy looking for his little girl to meet and have some fun with him during the day next week on Tue. and Wed of this week have the place all to ourselves too, in the Brampton and Knightsbridge area.

(2015 ONCJ 599, at para. 21 (CanLII))

[18] Police Constable Hilary Hutchinson responded to the ad, posing as a 14-year-old girl named “Mia”. From February 5, 2013 until May 21, 2013, Mr. Morrison and “Mia” exchanged messages, as summarized below.

[19] In her initial e-mail response to Mr. Morrison’s ad, “Mia” said she was 14 years old. The conversation soon became sexual in nature, with Mr. Morrison asking “Mia” what sexual acts she had performed and inviting her to touch herself sexually. The sexualized conversation continued over the following months. At various points, Mr. Morrison suggested to “Mia” that she watch pornography and continued to invite her to touch herself sexually. Mr. Morrison also suggested that “Mia” should skip school and meet him in Brampton, where he would

dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, constitue, sauf preuve contraire, la preuve que l’accusé la croyait telle.

Moyen de défense

(4) Le fait pour l’accusé de croire que la personne visée aux alinéas (1)a), b) ou c) était âgée d’au moins dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, ne constitue un moyen de défense contre une accusation fondée sur le paragraphe (1) que s’il a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de la personne.

III. Les faits

[17] Au début 2013, M. Morrison a publié l’annonce suivante sur Craigslist, dans la section [TRADUCTION] « Brèves rencontres » :

[TRADUCTION]

Papa recherche sa petite fille – H ch F – 45 (Brampton)

Papa recherche sa petite fille pour une rencontre et pour avoir du plaisir avec lui durant le jour, mardi de la semaine prochaine et mercredi de cette semaine. On aurait la place à nous tout seuls, dans la région de Brampton et Knightsbridge.

(2015 ONCJ 599, par. 21 (CanLII))

[18] L’agente de police Hilary Hutchinson a répondu à l’annonce, se faisant passer pour une fille de 14 ans dénommée « Mia ». Entre le 5 février 2013 et le 21 mai 2013, M. Morrison et « Mia » ont échangé des messages, qui sont résumés ci-dessous.

[19] Dans son courriel initial en réponse à l’annonce de M. Morrison, « Mia » a dit qu’elle avait 14 ans. La conversation a rapidement pris une tournure sexuelle, M. Morrison demandant à « Mia » de lui dire quels actes sexuels elle avait déjà accomplis et l’invitant à se toucher de manière sexuelle. La conversation à caractère sexuel a continué au cours des mois suivants. À différentes occasions, M. Morrison a suggéré à « Mia » de regarder de la pornographie et a continué de l’inviter à se toucher de manière sexuelle. Monsieur Morrison a également

pick her up so they could engage in sexual activity. This meeting did not occur.

[20] During these conversations, “Mia” repeatedly mentioned that she was 14 years old. She used language consistent with her represented age, including common abbreviations and certain misspellings. She also referred to her classes at school, her mom and grandma, and her recreational activities — playing sports, hanging out with her friends, and listening to music. Her messages were sent before and after school hours on weekdays.

[21] On more than one occasion, Mr. Morrison asked “Mia” to send him a photo, but she never did. He also asked for her phone number, which she provided. After a missed call on April 26, 2013, Mr. Morrison ceased contact with “Mia”. On May 10, 2013, “Mia” texted Mr. Morrison, “R U Mad at me?”: 2015 ONCJ 599, at para. 21. Almost two weeks later, he replied, “Who are you?”: para. 21.

[22] Mr. Morrison was arrested on May 23, 2013 and charged with child luring under s. 172.1(1)(b) of the *Code* — the relevant secondary offence being invitation to sexual touching directed at a person under the age of 16 contrary to s. 152 of the *Code*.

[23] At the time of arrest, Constable Hutchinson informed Mr. Morrison that a complaint had been received from the guardian of a 14-year-old child. In response, Mr. Morrison stated: “I was only talking to one girl” (2015 ONCJ 599, at para. 17 (emphasis deleted)). When he was later interviewed by Constable Hutchinson and told that the police had received a complaint that he was speaking to a 14-year-old girl for a sexual purpose on the Internet, he responded: “So that means you can’t talk to anybody then? OK” (para. 21). When Constable Hutchinson told him that talking to people under a certain age about sexual acts is prohibited, Mr. Morrison replied: “I don’t know whether she was or not so” (para. 21).

suggéré à « Mia » de faire l’école buissonnière et de le rencontrer à Brampton, où il viendrait la chercher afin qu’ils puissent se livrer à des activités sexuelles. Cette rencontre n’a jamais eu lieu.

[20] Durant ces conversations, « Mia » a mentionné à plusieurs reprises qu’elle avait 14 ans. Elle utilisait un langage qui correspondait à celui des jeunes de cet âge, notamment en utilisant des abréviations communes et en faisant certaines fautes d’orthographe. Elle faisait également référence à ses cours à l’école, à sa mère et à sa grand-mère, ainsi qu’à ses loisirs — faire du sport, fréquenter ses amis et écouter de la musique. Ses messages étaient envoyés les jours de semaine, avant et après les heures de classe.

[21] Monsieur Morrison a plus d’une fois demandé à « Mia » de lui envoyer une photo, mais elle ne l’a jamais fait. Il lui a également demandé son numéro de téléphone, qu’elle lui a donné. Après un appel manqué le 26 avril 2013, M. Morrison a cessé tout contact avec « Mia ». Le 10 mai 2013, « Mia » a envoyé à M. Morrison le message texte suivant : [TRADUCTION] « Tes fâché contre moi? » : 2015 ONCJ 599, par. 21. Près de deux semaines plus tard, il a répondu : « Qui es-tu? » : par. 21.

[22] Monsieur Morrison a été arrêté le 23 mai 2013 et accusé de leurre au titre de l’al. 172.1(1)(b) du *Code* — l’infraction sous-jacente en l’espèce étant l’incitation à des contacts sexuels visant une personne âgée de moins de 16 ans en contravention de l’art. 152 du *Code*.

[23] Au moment de l’arrestation, l’agente Hutchinson a informé M. Morrison qu’une plainte avait été reçue de la part du tuteur d’une enfant de 14 ans. En réponse, M. Morrison a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Je parlais juste à une fille » (2015 ONCJ 599, par. 17 (italique omis)). Plus tard, lorsqu’il a été interrogé par l’agente Hutchinson et informé que quelqu’un s’était plaint à la police du fait qu’il discutait en ligne avec une fille de 14 ans à des fins sexuelles, il a répondu ce qui suit : « Alors, ça veut dire qu’on ne peut plus parler à personne? D’accord » (par. 21). Lorsque l’agente Hutchinson lui a dit qu’il est interdit de parler à des personnes âgées de moins d’un certain âge à propos d’actes

Mr. Morrison also stated that he was unsure of “Mia’s” age and that, on the Internet, “you don’t really know” whether you are speaking to a child or an adult: 2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161, at para. 20.

[24] At his trial, Mr. Morrison testified that he believed he was communicating with an adult female engaged in role-play who was determined to stay in character. He also emphasized that the section of Craigslist in which he posted his ad requires users to confirm they are at least 18 years of age. On cross-examination, however, he admitted that this requirement is effectively useless because persons under 18 can get around it simply by clicking a button. He also admitted that he asked “Mia” for a photo to assess her level of attractiveness, not to determine her age.

IV. Decisions Below

A. *Ontario Court of Justice (Gage J.)*

(1) Reasons for Charter Ruling (2014 ONCJ 673)

[25] Mr. Morrison brought an application challenging the constitutional validity of the combined operation of s. 172.1(3) and (4) of the *Code* under ss. 11(d) and 7 of the *Charter*.

[26] The trial judge, Gage J., accepted Mr. Morrison’s submission that the presumption under s. 172.1(3) violated the presumption of innocence under s. 11(d) of the *Charter*. In his view, a statutory presumption establishing an essential element of the offence will be unconstitutional “unless there exists an inexorable connection between the fact that engages the presumption (here, a representation as to age) and the existence of the essential element (the accused’s belief as to the [other person]’s age)”: para. 25 (CanLII). Applying this principle, he found no such inexorable connection between the

sexuels, M. Morrison a répondu : « Je ne sais pas si elle avait l’âge ou pas » (par. 21). Monsieur Morrison a également déclaré qu’il n’était pas certain de l’âge de « Mia » et que, sur Internet, [TRADUCTION] « on ne sait pas vraiment » si la personne à qui on parle est un enfant ou un adulte : 2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161, par. 20.

[24] À son procès, M. Morrison a déclaré qu’il croyait communiquer avec une femme adulte qui s’adonnait à un jeu de rôle et qui était déterminée à rester dans son personnage. Il a également souligné que la section de Craigslist dans laquelle il avait publié son annonce exige que les utilisateurs confirment qu’ils sont âgés d’au moins 18 ans. En contre-interrogatoire, toutefois, il a avoué que cette exigence était inutile, parce que les personnes ayant moins de 18 ans pouvaient la contourner simplement en cliquant sur un bouton. Il a également reconnu qu’il avait demandé à « Mia » de lui donner une photo pour apprécier sa beauté et non pour déterminer son âge.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour de justice de l’Ontario (le juge Gage)*

(1) Les motifs du jugement sur la Charte (2014 ONCJ 673)

[25] Monsieur Morrison a déposé une demande dans laquelle il contestait la constitutionnalité de l’effet combiné des par. 172.1(3) et (4) du *Code*, sur le fondement de l’al. 11d) et de l’art. 7 de la *Charte*.

[26] Le juge du procès, le juge Gage, a convenu avec M. Morrison que la présomption établie au par. 172.1(3) violait la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte*. À son avis, une présomption législative établissant un élément essentiel de l’infraction sera inconstitutionnelle [TRADUCTION] « à moins qu’il existe un lien inexorable entre le fait qui entraîne l’application de la présomption (en l’espèce, la présentation d’une personne comme ayant un certain âge) et l’existence de l’élément essentiel (la croyance de l’accusé quant à l’âge de [l’autre personne]) » : par. 25 (CanLII). Appliquant

representation and the accused's belief: para. 26. The Crown made no attempt to justify the s. 11(d) infringement. Accordingly, the trial judge held s. 172.1(3) to be of no force and effect in the case before him.

[27] On the other hand, the trial judge held that the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) complied with the *Charter*. He concluded that the effect of subs. (4) was merely to impose a tactical burden on the accused; it did not reverse the burden of proof or criminalize innocent behaviour. He therefore found s. 172.1(4) to be constitutionally valid.

(2) Reasons for Conviction (2015 ONCJ 599)

[28] The trial judge then turned to whether Mr. Morrison could be convicted under s. 172.1(1)(b) in the absence of the presumption under s. 172.1(3). He took the view that s. 172.1(1)(b) contemplated two independent pathways to conviction: the Crown had to establish beyond a reasonable doubt that the accused either (1) believed the other person was under the age of 16 or (2) failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age.

[29] Beginning with the first potential pathway to conviction, the trial judge stated that he was "satisfied beyond a reasonable doubt that [Mr. Morrison] was at least indifferent to the age of the person he was communicating with": para. 26. He clarified that by "indifferent" he meant "simply not turning his mind to the question in any meaningful way": para. 27. He added, however, that indifference is "not the equivalent of belief", and he clarified that he did not find Mr. Morrison to have been wilfully blind: paras. 26-27. Rather, he considered Mr. Morrison's state of mind to be "closer to negligence rather than the sort of advertence necessary to sustain a finding of an actual belief [o]n his part that Mia was underage": para. 27. In his view, Mr. Morrison's

ce principe, il a conclu qu'il n'existait aucun lien inexorable de la sorte entre le fait que la personne ait été présentée comme ayant un certain âge et la croyance de l'accusé : par. 26. La Couronne n'a pas tenté de justifier la contravention à l'al. 11d). Par conséquent, le juge du procès a conclu que le par. 172.1(3) était inopérant dans l'affaire dont il était saisi.

[27] En revanche, le juge du procès a conclu que l'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) était conforme à la *Charte*. Il a conclu que le par. (4) visait simplement à imposer un fardeau tactique à l'accusé; il n'avait pas pour effet de renverser le fardeau de la preuve ni de criminaliser un comportement innocent. Il a donc conclu que le par. 172.1(4) était constitutionnel.

(2) Les motifs de la déclaration de culpabilité (2015 ONCJ 599)

[28] Le juge du procès s'est ensuite penché sur la question de savoir si M. Morrison pouvait être déclaré coupable de l'infraction visée à l'al. 172.1(1)(b) en l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3). Il était d'avis que, suivant l'al. 172.1(1)(b), deux voies distinctes pouvaient conduire à une déclaration de culpabilité : la Couronne devait établir hors de tout doute raisonnable (1) que l'accusé croyait que l'autre personne était âgée de moins de 16 ans ou (2) qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'autre personne.

[29] Examinant d'abord la première voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité, le juge du procès a affirmé qu'il était [TRADUCTION] « convaincu hors de tout doute raisonnable que, à tout le moins, [M. Morrison] avait fait preuve d'indifférence à l'égard de l'âge de la personne avec qui il communiquait » : par. 26. Il a précisé que, par « indifférent », il voulait dire que M. Morrison « ne s'était tout simplement jamais penché sur la question avec sérieux » : par. 27. Il a toutefois ajouté que l'indifférence n'était « pas l'équivalent d'une croyance » et a précisé que, selon lui, M. Morrison n'avait pas fait preuve d'aveuglement volontaire : par. 26-27. Il était plutôt d'avis que l'état d'esprit de M. Morrison s'apparentait « davantage à de la négligence qu'au

evidence that he believed he was communicating with an adult woman was “sufficient, if barely so, to inspire a reasonable doubt concerning his subjective belief regarding the age of the person with whom he was communicating”: para. 28. He reached this conclusion despite his earlier observation that “[Mr.] Morrison’s stated assumption that he was dealing with an adult determined to remain in character is an assumption without any supporting foundation”: para. 23.

[30] Turning to the second potential pathway to conviction, the trial judge concluded that Mr. Morrison had failed to take reasonable steps to ascertain “Mia’s” age, which in his view was sufficient to enter a conviction. He found that none of the steps Mr. Morrison pointed to as constituting reasonable steps — including posting the ad in an adult-only section of Craigslist, using a specific term of art allegedly relating to a known and popular form of adult role-play (daddy/little girl), asking “Mia” for her age and photos, and the nature of the initial exchange of e-mails being such that only adult persons interested in role-play would continue the dialogue — qualified as reasonable steps. On that basis, he entered a guilty verdict.

(3) Reasons for Charter Ruling and Sentence (2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25)

[31] Following his conviction, Mr. Morrison renewed his attack on the constitutionality of the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) and, in addition, challenged the mandatory minimum of one year’s imprisonment under s. 172.1(2)(a) as infringing s. 12 of the *Charter*.

[32] The trial judge again dismissed the *Charter* challenge to the reasonable steps requirement. However, he concluded that the mandatory minimum

genre de connaissance nécessaire pour conclure qu’il croyait réellement que Mia n’avait pas atteint l’âge fixé » : par. 27. De l’avis du juge du procès, le témoignage de M. Morrison selon lequel il croyait qu’il communiquait avec une femme adulte « suffisait, quoiqu’à peine, pour susciter un doute raisonnable concernant sa croyance subjective quant à l’âge de la personne avec qui il communiquait » : par. 28. Le juge du procès est parvenu à cette conclusion, bien qu’il ait précédemment fait remarquer que « l’hypothèse formulée par [M.] Morrison selon laquelle il avait affaire à une adulte déterminée à demeurer dans son personnage n’[était] aucunement fondée » : par. 23.

[30] Se penchant ensuite sur la deuxième voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité, le juge du procès a conclu que M. Morrison n’avait pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de « Mia », ce qui était suffisant, à son avis, pour conclure à sa culpabilité. Il a conclu qu’aucune des mesures que M. Morrison avait invoquées comme mesures raisonnables — notamment publier l’annonce dans une section de Craigslist réservée aux adultes, utiliser une terminologie consacrée prétendument liée à une forme connue et populaire de jeu de rôle entre adultes (papa/petite fille), demander à « Mia » de lui dire son âge et de lui montrer des photos, et le fait que la nature des courriels initiaux était telle que seuls des adultes intéressés dans les jeux de rôle continueraient la conversation — ne constituait une mesure raisonnable. Pour cette raison, il a inscrit un verdict de culpabilité.

(3) Les motifs de la décision fondée sur la Charte et peine (2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25)

[31] Après avoir été déclaré coupable, M. Morrison a une fois de plus contesté la constitutionnalité de l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4). De plus, il a remis en cause la peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an prévue à l’al. 172.1(2)(a), au motif qu’elle contrevenait à l’art. 12 de la *Charte*.

[32] Là encore, le juge du procès a rejeté la contestation, fondée sur la *Charte*, de l’obligation de prendre des mesures raisonnables. Toutefois, il a

under s. 172.1(2)(a) violated s. 12 of the *Charter*. In his view, a four-month sentence followed by a year of probation was a fit sentence in Mr. Morrison's case, having regard to the circumstances of the offence, including the fact that Mr. Morrison was merely indifferent or negligent as to "Mia's" age, and Mr. Morrison's personal situation. In light of this determination, he held that a sentence of one year would be grossly disproportionate and that the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) was of no force or effect in the case before him.

B. *Court of Appeal for Ontario (Watt, van Rensburg and Pardu J.J.A.) (2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161)*

[33] Justice Pardu, writing for a unanimous panel of the Ontario Court of Appeal, upheld the trial judge's conclusions on all three constitutional issues.

[34] First, the Court of Appeal agreed with the trial judge that s. 172.1(3) infringed s. 11(d) of the *Charter*. It reasoned that, even absent evidence to the contrary, it "does not follow inexorably from proof that the [other person] represented that he or she is underage that the accused believed the representation", emphasizing that representations on the Internet are "notoriously unreliable" and deception is "rampant": paras. 59-60. Further, the Court of Appeal concluded that this infringement could not be justified under s. 1 because it was neither minimally impairing nor proportionate. Thus, relying on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, it declared s. 172.1(3) to be of no force and effect.

[35] Second, the Court of Appeal agreed with the trial judge that s. 172.1(4) did not infringe s. 7 of the *Charter*. In its view, "if the Crown fails to prove that the accused believed that the other person was underage, the Crown will still obtain a conviction if it proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age": para. 79. The court acknowledged that

conclu que la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a violait l'art. 12 de la *Charte*. Selon lui, une peine de quatre mois suivie d'une probation d'un an était adaptée au cas de M. Morrison, compte tenu des circonstances de l'infraction, notamment du fait que M. Morrison avait simplement fait preuve d'indifférence ou de négligence à l'égard de l'âge de « Mia », ainsi que de sa propre situation. À la lumière de cette conclusion, il a statué qu'une peine d'emprisonnement d'un an serait exagérément disproportionnée et que la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a était inopérante dans l'affaire dont il était saisi.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Watt, van Rensburg et Pardu) (2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161)*

[33] La juge Pardu, s'exprimant au nom d'une formation unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, a confirmé les conclusions du juge du procès sur les trois questions constitutionnelles.

[34] Premièrement, la Cour d'appel a convenu avec le juge du procès que le par. 172.1(3) contrevenait à l'al. 11d) de la *Charte*. Elle a expliqué que, même en l'absence d'une preuve contraire, [TRADUCTION] « la preuve que [l'autre personne] s'est présentée comme n'ayant pas atteint l'âge fixé ne veut pas inexorablement dire que l'accusé l'a crue telle », soulignant que les représentations projetées sur Internet ne sont « manifestement pas fiables » et que la tromperie est « endémique » : par. 59-60. En outre, la Cour d'appel a conclu que cette contravention ne saurait être justifiée au regard de l'article premier, parce qu'elle ne constituait pas une atteinte minimale et n'était pas proportionnée. Par conséquent, se fondant sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle a déclaré le par. 172.1(3) inopérant.

[35] Deuxièmement, la Cour d'appel a convenu avec le juge du procès que le par. 172.1(4) ne contrevenait pas à l'art. 7 de la *Charte*. À son avis, [TRADUCTION] « si la Couronne ne réussit pas à prouver que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé, elle obtiendra tout de même une déclaration de culpabilité si elle prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris

the reasonable steps requirement added an “objective dimension” to the fault requirement for child luring: para. 95. It reasoned, however, that although child luring was an offence that carried a high degree of stigma and a severe punishment, it was not one of those exceptional offences that requires a purely subjective standard of fault. For that reason, it found s. 172.1(4) to be constitutionally sound.

[36] Third, the Court of Appeal agreed with the trial judge that the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) was grossly disproportionate when applied to Mr. Morrison. Accordingly, relying on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the Court of Appeal declared the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) to be of no force and effect.

[37] Before this Court, the Crown appeals from the decision of the Court of Appeal, submitting that the court erred in holding that the presumption under s. 172.1(3) and the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) are constitutionally invalid. Mr. Morrison cross-appeals, challenging the Court of Appeal’s conclusion that the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) is constitutionally valid.

V. Issues

[38] The parties raise three main issues:

- (1) Does the presumption under s. 172.1(3) of the *Code* violate s. 11(d) of the *Charter*?
- (2) Does the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) of the *Code* violate s. 7 of the *Charter*?
- (3) Does the mandatory minimum sentence of one year’s imprisonment under s. 172.1(2)(a) of the *Code* violate s. 12 of the *Charter*?

de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne » : par. 79. La Cour d’appel a reconnu que l’obligation de prendre des mesures raisonnables ajoutait une « dimension objective » à l’exigence en matière de faute applicable au leurre : par. 95. Toutefois, selon ses explications, même si le leurre était une infraction qui présentait un risque élevé de stigmatisation et qui emportait une peine sévère, il ne s’agissait pas d’une infraction exceptionnelle exigeant une norme de faute purement subjective. Pour ce motif, la Cour d’appel a conclu que le par. 172.1(4) était constitutionnel.

[36] Troisièmement, la Cour d’appel a convenu avec le juge du procès que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a) était exagérément disproportionnée dans le cas de M. Morrison. Par conséquent, se fondant sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour d’appel a déclaré inopérante la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a).

[37] La Couronne se pourvoit devant la Cour contre l’arrêt de la Cour d’appel, affirmant que celle-ci a commis une erreur en concluant que la présomption établie au par. 172.1(3) et la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a) étaient inconstitutionnelles. Monsieur Morrison interjette un pourvoi incident, dans lequel il conteste la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) est constitutionnelle.

V. Les questions en litige

[38] Les parties soulèvent trois questions principales :

- (1) La présomption établie au par. 172.1(3) du *Code* viole-t-elle l’al. 11d) de la *Charte*?
- (2) L’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) du *Code* viole-t-elle l’art. 7 de la *Charte*?
- (3) La peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement prévue à l’al. 172.1(2)a) du *Code* viole-t-elle l’art. 12 de la *Charte*?

VI. Analysis

A. *The Offence of Child Luring*

[39] Before turning to the three issues raised on appeal, I find it useful to first describe the nature and purpose of the child luring offence. Parliament created this offence to combat the very real threat posed by adult predators who attempt to groom or lure children by electronic means. As this Court explained in *Levigne*, the offence seeks to protect children by “identify[ing] and apprehend[ing] predatory adults who, generally for illicit sexual purposes, troll the Internet to attract and entice vulnerable children and adolescents”: para. 24.

[40] To achieve this purpose, s. 172.1 criminalizes conduct that precedes the commission, or even the attempted commission, of certain designated offences, most of which involve sexual exploitation of children. It thereby creates an essentially inchoate offence — that is, a preparatory crime that captures conduct intended to culminate in the commission of a completed offence: see *Legare*, at para. 25; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, at para. 20, citing A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (5th ed. 2006), at pp. 468-70. There is no requirement that the accused meet or even intend to meet with the other person with a view to committing any of the designated offences: see *Legare*, at para. 25. The offence reflects Parliament’s desire to “close the cyberspace door before the predator gets in to prey”: para. 25.

[41] This Court considered the child luring offence most recently in *Levigne*. There, the accused communicated by computer for a sexual purpose with an undercover officer posing as a 13-year-old boy and was subsequently charged with child luring under s. 172.1 of the *Code*. At trial, he admitted that he had taken no steps to ascertain the other person’s age, despite repeated representations by the person that he was underage. The trial judge nevertheless entered an acquittal on the basis that he was left

VI. Analyse

A. *L’infraction de leurre*

[39] Avant de me pencher sur les trois questions soulevées dans le présent pourvoi, j’estime utile de décrire en premier lieu la nature et l’objectif de l’infraction de leurre. Le législateur a créé cette infraction pour lutter contre la menace bien réelle que présentent les prédateurs adultes qui tentent de manipuler ou de leurrer des enfants par des moyens électroniques. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Levigne*, l’infraction vise à protéger les enfants en « démasqu[ant] et [en] arrê[ant] les prédateurs adultes qui rôdent dans l’Internet pour appâter des enfants et des adolescents vulnérables, généralement à des fins sexuelles illi-cites » : par. 24.

[40] Pour atteindre cet objectif, l’art. 172.1 criminalise les actes qui précèdent la perpétration, et même la tentative de perpétration, de certaines infractions énumérées, dont la plupart impliquent l’exploitation sexuelle d’enfants. Cet article crée donc une infraction essentiellement inchoative — c’est-à-dire un crime préparatoire constitué d’actes visant à mener à la perpétration d’un crime complet : voir *Legare*, par. 25; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, par. 20, citant A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (5^e éd. 2006), p. 468-470. Il n’est pas nécessaire que l’accusé rencontre ou ait même l’intention de rencontrer l’autre personne en vue de perpétrer l’une des infractions énumérées : voir *Legare*, par. 25. L’infraction reflète l’objectif du législateur de « fermer la porte du cyberspace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie » : par. 25.

[41] La Cour s’est penchée sur l’infraction de leurre plus récemment dans l’arrêt *Levigne*. Dans cette affaire, l’accusé a communiqué au moyen d’un ordinateur, dans un but sexuel, avec un agent d’infiltration qui se faisait passer pour un garçon de 13 ans et a été subséquemment accusé de leurre au titre de l’art. 172.1 du *Code*. Au procès, il a reconnu n’avoir pris aucune mesure pour s’assurer de l’âge de l’autre personne, malgré le fait que celle-ci s’était présentée à maintes reprises comme n’ayant pas atteint l’âge

with a reasonable doubt as to whether the accused believed the other person was underage.

[42] The question on appeal was whether the trial judge was bound by the combined effect of s. 172.1(3) and (4) to convict the accused notwithstanding his state of reasonable doubt as to whether the accused believed the other person was underage. The Alberta Court of Appeal held that he was. This Court did the same.

[43] Fish J., for a unanimous Court, explained that the offence of child luring has three essential elements: (1) an intentional communication by means of telecommunication;¹ (2) with a person who is, or who the accused believes is, under the requisite age; (3) for the purpose of facilitating the commission of a designated offence with respect to that person: para. 23.

[44] He then turned to s. 172.1(3) and (4), which he characterized as “close companion[s]”: para. 3. He noted that under subs. (3), where the person is represented to the accused as being underage, the accused is presumed to have believed that representation, absent evidence to the contrary. The purpose of this provision, he stated, was to “facilitat[e] the prosecution of child luring offences while leaving intact the burden on the Crown to prove guilt beyond a reasonable doubt”: para. 30.

[45] Under subs. (4), he observed, accused persons could not raise the defence that they believed the other person was of legal age unless they “took reasonable steps to ascertain the age of the person”. He characterized the purpose of this provision as being “to foreclose exculpatory claims of ignorance or mistake that are entirely devoid of an objective evidentiary basis”: para. 31.

¹ At the time *Levine* was decided, the provision referred to communications “by means of a computer system”. However, as noted above, the provision now refers to communications “by a means of telecommunication”.

fixé. Le juge du procès a néanmoins acquitté l’accusé, au motif que la question de savoir s’il croyait réellement que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé avait soulevé un doute raisonnable dans son esprit.

[42] En appel, il fallait trancher la question de savoir si le juge du procès était tenu, en raison de l’effet combiné des par. 172.1(3) et (4), de déclarer l’accusé coupable, même s’il avait un doute raisonnable quant à savoir si l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé. La Cour d’appel de l’Alberta a conclu par l’affirmative, de même que la présente Cour.

[43] Rédigeant l’arrêt unanime de la Cour, le juge Fish a expliqué que l’infraction de leurre comportait trois éléments essentiels : (1) une communication intentionnelle par un moyen de télécommunication¹; (2) avec une personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ou que l’accusé croit telle; (3) dans le dessein de faciliter la perpétration à son égard d’une infraction énumérée : par. 23.

[44] Le juge Fish a ensuite examiné les par. 172.1(3) et (4), qu’il a qualifiés d’« accolé[s] » : par. 3. Il a fait remarquer que, aux termes du par. (3), lorsqu’une personne est présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, l’accusé est présumé l’avoir crue telle, sauf preuve contraire. Il a déclaré que cette disposition avait pour but de « facilite[r] les poursuites pour leurre, mais ne dispens[ait] aucunement le ministère public de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable » : par. 30.

[45] Le juge Fish a fait observer que, aux termes du par. (4), l’accusé ne pouvait faire valoir pour sa défense qu’il croyait que l’autre personne avait atteint l’âge légal « que s’il a[vait] pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de la personne ». Selon lui, cette disposition vise à « faire obstacle aux allégations disculpatoires d’ignorance ou d’erreur dénuées de tout fondement probatoire objectif » : par. 31.

¹ Au moment où l’arrêt *Levine* a été rendu, la disposition faisait référence à des communications « au moyen d’un ordinateur ». Toutefois, comme nous l’avons indiqué précédemment, la disposition fait désormais référence à des communications « par un moyen de télécommunication ».

[46] Fish J. held, at para. 32, that the combined effect of these two subsections “should be understood and applied” in the following manner:

1. Where it has been represented to the accused that the person with whom he or she is communicating by computer (the “interlocutor”) is underage, the accused is presumed to have believed that the interlocutor was in fact underage.

2. This presumption is rebuttable: It will be displaced by evidence to the contrary, which must include evidence that the accused took steps to ascertain the real age of the interlocutor. Objectively considered, the steps taken must be reasonable in the circumstances.

3. The prosecution will fail where the accused took reasonable steps to ascertain the age of his or her interlocutor and believed that the interlocutor was not underage. In this regard, the evidential burden is on the accused but the persuasive burden is on the Crown.

4. Such evidence will at once constitute “evidence to the contrary” under s. 172.1(3) and satisfy the “reasonable steps” requirement of s. 172.1(4).

5. Where the evidential burden of the accused has been discharged, he or she must be acquitted if the trier of fact is left with a reasonable doubt whether the accused in fact believed that his or her interlocutor was not underage.

[47] In this passage, Fish J. reads subs. (3) and (4) together. He interprets the former to prohibit an accused from rebutting the presumption of belief if the accused did not take reasonable steps to ascertain the other person’s age. In other words, Fish J. reads the reasonable steps requirement in subs. (4) into subs. (3) so as to cohere with the intention of Parliament as he understood it.

[48] From the foregoing — *constitutional considerations aside* — I understand the presumption under subs. (3) and the defence under subs. (4) to operate together as follows. Where the other person is represented to the accused as being underage, the presumption that the accused believed the other person was underage applies. However, this presumption is

[46] Le juge Fish a décrit comme suit, au par. 32, le « résultat » que devrait avoir l’effet combiné de ces deux paragraphes :

1. Lorsque la personne avec laquelle l’accusé communique au moyen d’un ordinateur (l’« interlocuteur ») lui a été présentée comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, l’accusé est présumé l’avoir cru telle.

2. Cette présomption est réfutable : elle sera écartée par une preuve contraire établissant notamment que l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge réel de l’interlocuteur. Les mesures prises, considérées objectivement, doivent être raisonnables dans les circonstances.

3. La poursuite échouera si l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de son interlocuteur et croyait que celui-ci avait atteint l’âge fixé. À cet égard, le fardeau de présentation de la preuve incombe à l’accusé, mais le fardeau de persuasion repose sur le ministère public.

4. Ces éléments de preuve vont à la fois constituer une « preuve contraire » au sens du par. 172.1(3) et établir que les « mesures raisonnables » exigées au par. 172.1(4) ont été prises.

5. Lorsque l’accusé s’est déchargé de son fardeau, il doit être acquitté s’il subsiste un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits quant à savoir si l’accusé croyait en réalité que son interlocuteur avait atteint l’âge fixé.

[47] Dans ce passage, le juge Fish rapproche les par. (3) et (4). Il interprète le premier comme interdisant à l’accusé de réfuter la présomption de croyance s’il n’a pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne. En d’autres termes, le juge Fish interprète l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. (4) dans le cadre du par. (3), de façon à ce qu’elle corresponde à l’intention du législateur telle qu’il l’a comprise.

[48] D’après ce qui précède — *et abstraction faite des considérations constitutionnelles* —, je comprends que la présomption établie au par. (3) et le moyen de défense prévu au par. (4) s’appliquent conjointement de la manière suivante : lorsque l’autre personne est présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, la présomption que l’accusé croyait

rebuttable — it will be displaced by evidence to the contrary: para. 32(2). Evidence to the contrary *must* include evidence that the accused took reasonable steps to ascertain the other person's age: para. 32(2). By virtue of subs. (4), to raise this defence, the accused bears an initial evidentiary burden of pointing to some evidence capable of showing that he or she took reasonable steps: para. 32(3). The Crown then bears the persuasive burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused failed to take such steps: para. 32(3). If the accused fails to discharge his or her evidentiary burden under subs. (4) or if the Crown proves that the accused failed to take reasonable steps, then the presumption under subs. (3) is not rebutted and the accused is conclusively deemed to have believed that the other person was underage: para. 32(2) and (3). In that scenario, the Crown will have met its burden of proving the second element of the offence: that the accused *believed* the other person was underage.

[49] Therefore, under *Levigne*, the combined effect of subss. (3) and (4) is to create two pathways to conviction where the other person is represented as being underage to the accused: the Crown must prove that the accused either (1) believed the other person was underage or (2) failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age. In the context of child luring cases involving police sting operations, such as in *Levigne*, where it can be assumed that the undercover police officer posing as a child will represent that he or she is underage, these two pathways to conviction would have been available to the trier of fact.

[50] Importantly, however, the constitutionality of s. 172.1(3) and (4) was not in issue in *Levigne*: see para. 3. In the present appeal, the circumstances are different. This Court is now asked to rule upon the constitutionality of s. 172.1(3) and (4), as well as the constitutionality of the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a), for the first time. I will now consider those issues in turn, beginning with s. 172.1(3) and

l'autre personne telle s'applique. Toutefois, cette présomption est réfutable; elle sera écartée par une preuve contraire : par. 32(2). La preuve contraire *doit* notamment établir que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'autre personne : par. 32(2). Suivant le par. (4), pour invoquer ce moyen de défense, l'accusé a d'abord le fardeau de présenter des éléments de preuve pouvant démontrer qu'il a pris des mesures raisonnables : par. 32(3). La Couronne doit ensuite s'acquitter du fardeau de persuasion consistant à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de telles mesures : par. 32(3). Si l'accusé ne réussit pas à s'acquitter de son fardeau de présentation pour l'application du par. (4) ou si la Couronne prouve que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, la présomption établie au par. (3) n'est donc pas réfutée et l'accusé est définitivement réputé avoir cru que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé : par. 32(2) et (3). Dans ce cas, la Couronne se sera acquittée de son fardeau consistant à prouver le deuxième élément de l'infraction : que l'accusé *croyait* que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé.

[49] Par conséquent, suivant l'arrêt *Levigne*, l'application combinée des par. (3) et (4) a pour effet de créer deux voies pouvant conduire à une déclaration de culpabilité lorsque l'autre personne est présentée à l'accusé comme n'ayant pas atteint l'âge fixé : la Couronne doit prouver (1) que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé ou (2) qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'autre personne. Dans les cas de leurre comportant des opérations d'infiltration, comme dans l'affaire *Levigne*, lorsque l'on peut présumer que l'agent d'infiltration se faisant passer pour un enfant se présentera comme n'ayant pas atteint l'âge fixé, le juge des faits pourrait emprunter ces deux voies pour conclure à la culpabilité de l'accusé.

[50] Toutefois, il est important de souligner que la constitutionnalité des par. 172.1(3) et (4) n'était pas contestée dans l'arrêt *Levigne* : voir par. 3. Dans le présent pourvoi, les circonstances sont différentes. Pour la première fois, la Cour est aujourd'hui appelée à statuer sur la constitutionnalité des par. 172.1(3) et (4), de même que sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a).

(4) and assessing how a finding of unconstitutionality in respect of either or both impacts on the analysis in *Levigne*.

B. *The Presumption Under Section 172.1(3)*

(1) Does the Presumption Under Section 172.1(3) Violate Section 11(d) of the Charter?

[51] Section 11(d) of the *Charter* protects the accused's right to be presumed innocent until proven guilty. Before an accused can be convicted of an offence, the trier of fact must be satisfied beyond a reasonable doubt that all of the essential elements of the offence have been proved: see *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 654. This is one of the principal safeguards for ensuring, so far as possible, that innocent persons are not convicted: see *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 13. The right to be presumed innocent is violated by any provision whose effect is to allow for a conviction despite the existence of a reasonable doubt: see *Vaillancourt*, at pp. 654-56; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, at para. 24.

[52] Various provisions of the *Code* establish presumptions whereby proof of one fact is presumed to be proof of one of the essential elements of an offence. Any such presumption will comply with s. 11(d) solely if proof of the substituted fact leads “inexorably” to the existence of the essential element that it replaces: see *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at pp. 18-19; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10, at pp. 29-30; *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171, at para. 44. Only then will there be no possibility that the substitution might result in the accused being convicted despite the existence of a reasonable doubt: see *Audet*, at para. 44.

[53] To be clear, the nexus requirement for demonstrating that a statutory presumption does not offend the presumption of innocence is strict. It is not one

Je me pencherai sur ces questions à tour de rôle, en commençant par les par. 172.1(3) et (4) ainsi qu'en déterminant quelles répercussions une conclusion d'inconstitutionnalité à l'égard de l'un ou l'autre, ou des deux, peut avoir sur l'analyse effectuée dans l'arrêt *Levigne*.

B. *La présomption établie au par. 172.1(3)*

(1) La présomption établie au par. 172.1(3) viole-t-elle l'al. 11d) de la Charte?

[51] L'alinéa 11d) de la *Charte* protège le droit de l'accusé d'être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie. Pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'une infraction, le juge des faits doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que preuve a été faite de l'existence de tous les éléments essentiels de l'infraction : voir *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 654. Il s'agit de l'une des principales mesures de protection visant à éviter, dans la mesure du possible, qu'un innocent soit déclaré coupable : voir *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 13. La disposition dont l'effet est de permettre qu'un accusé soit déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable viole le droit à la présomption d'innocence : voir *Vaillancourt*, p. 654-656; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, par. 24.

[52] Diverses dispositions du *Code* établissent des présomptions par lesquelles la preuve d'un fait est présumée être la preuve de l'un des éléments essentiels d'une infraction. Une telle présomption ne sera conforme à l'al. 11d) que si la preuve du fait substitué mène « inexorablement » à l'existence de l'élément essentiel qu'il remplace : voir *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, p. 18-19; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10, p. 29-30; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171, par. 44. Ce n'est que dans ce cas qu'il n'y aura aucune possibilité que l'accusé soit déclaré coupable du fait de la substitution, malgré l'existence d'un doute raisonnable : voir *Audet*, par. 44.

[53] En termes clairs, l'exigence d'établir un lien pour démontrer qu'une présomption législative ne contrevient pas à la présomption d'innocence est

of mere “likelihood” or “probability”, nor is it one satisfied by a “common sense” or “rational” inference. Rather, this Court’s jurisprudence demonstrates that the connection between proof of the substituted fact and the existence of the essential element it replaces must be nothing less than “inexorable”. An “inexorable” link is one that necessarily holds true in all cases.

[54] Given the stringency of this test, for reasons that follow, I am satisfied that the presumption under s. 172.1(3) offends s. 11(d) of the *Charter*.

[55] In the context of a sting operation where there is no underage person — which, to be clear, is the specific context to which these reasons are restricted — s. 172.1(1)(b) stipulates that in order to secure a conviction, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that, among other things, the accused *believed* the other person was under the age of 16. Subsection 172.1(3), however, creates a presumption that proof that the other person was represented to the accused as being under 16 will, absent evidence to the contrary, stand in for proof of the essential element that the accused believed the other person was under 16.

[56] The Crown maintains that the presumption under s. 172.1(3) does not infringe s. 11(d) because the presumption is rebuttable where there is evidence to the contrary. With respect, I cannot agree. A basic fact presumption will infringe s. 11(d) if proof of the basic fact is not capable, *in itself*, of satisfying the trier of fact beyond a reasonable doubt of the presumed fact. (This is another way of articulating the “inexorable connection” test). The accused’s opportunity to raise or identify evidence to the contrary does not resolve or attenuate the s. 11(d) problem created when proof of a basic fact does not lead inexorably to acceptance of the presumed fact. This is because the presumption of innocence requires that the Crown “establi[sh] the guilt of the accused beyond a reasonable

stricte. Il ne s’agit pas d’une exigence où il faut établir une simple « vraisemblance » ou « probabilité », ni d’une exigence à laquelle on peut satisfaire par une inférence « conforme au bon sens » ou « rationnelle ». La jurisprudence de la Cour démontre plutôt que le lien entre la preuve du fait substitué et l’existence de l’élément essentiel qu’il remplace ne doit être rien de moins qu’« inexorable ». Un lien « inexorable » est un lien qui demeure nécessairement valable dans tous les cas.

[54] Compte tenu de la rigueur de ce critère, pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que la présomption établie au par. 172.1(3) contrevient à l’al. 11d) de la *Charte*.

[55] Dans le contexte d’une opération d’infiltration où il n’y a pas réellement une personne n’ayant pas atteint l’âge fixé — contexte qui, précisons-le, est expressément celui auquel les présents motifs sont restreints —, l’al. 172.1(1)b) dispose que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable, entre autres, que l’accusé *croyait* que l’autre personne était âgée de moins de 16 ans. Toutefois, le par. 172.1(3) établit une présomption selon laquelle la preuve que l’autre personne a été présentée à l’accusé comme ayant moins de 16 ans remplacera, sauf preuve contraire, la preuve de l’élément essentiel que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas encore 16 ans.

[56] Selon la Couronne, la présomption établie au par. 172.1(3) ne contrevient pas à l’al. 11d), puisqu’elle peut être réfutée lorsqu’il existe une preuve contraire. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette proposition. Une présomption fondée sur un fait établi contreviendra à l’al. 11d) si la preuve du fait établi n’est pas, *en soi*, capable de convaincre le juge des faits hors de tout doute raisonnable du fait présumé. (Il s’agit d’une autre façon de formuler le critère du « lien inexorable ».) La possibilité qu’a l’accusé de présenter ou de relever des éléments de preuve contraire ne résout pas ou n’atténue pas le problème lié à l’al. 11d) lorsque la preuve d’un fait établi ne mène pas inexorablement à l’acceptation du fait présumé. Il en est ainsi parce que la présomption d’innocence exige que la Couronne « [établis] hors

doubt before the accused must respond”: *St-Onge Lamoureux*, at para. 24 (emphasis added); see also *Downey*, at p. 23.

[57] The mere fact that a representation of age was made to the accused does not lead “inexorably” to the conclusion that the accused believed that representation, even absent evidence to the contrary. To be sure, a trier of fact may well infer, on the evidence, that the accused believed the representation. But that is not the test. The test is whether the connection between the proven fact and the existence of the essential element it replaces is “inexorable”. That test is not met here.

[58] Deception and deliberate misrepresentations are commonplace on the Internet: see *R. v. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93, at para. 17. As the Court of Appeal in this case aptly put it:

There is simply no expectation that representations made during internet conversations about sexual matters will be accurate or that a participant will be honest about his or her personal attributes, including age. Indeed, the expectation is quite the opposite, as true personal identities are often concealed in the course of online communication about sexual matters. [para. 60]

[59] Here, for example, there is evidence that Mr. Morrison himself made a misrepresentation about his age on the ad he posted: he claimed to be 45 when he was really in his sixties. On the Internet, it may simply be expected that true personal identities are concealed, even when there is no evidence suggesting a misrepresentation in the particular case.

[60] It follows that where a representation of age is made online, the trier of fact could still be left with a reasonable doubt at the close of the Crown’s case as to whether the accused believed the other person was underage. Yet, despite the trier of fact’s own reasonable doubt, the accused’s belief that the other person was underage would be deemed to be established

de tout doute raisonnable la culpabilité de la personne accusée avant que celle-ci n’ait à répondre » : *St-Onge Lamoureux*, par. 24 (je souligne); voir aussi *Downey*, p. 23.

[57] Le simple fait qu’une personne ait été présentée à l’accusé comme ayant un certain âge ne conduit pas « inexorablement » à la conclusion que ce dernier l’a crue, même en l’absence d’une preuve contraire. Certes, le juge des faits pourrait bien inférer, au vu de la preuve, que l’accusé l’avait crue. Mais il ne s’agit pas là du critère applicable. Le critère consiste plutôt à savoir si le lien entre le fait prouvé et l’existence de l’élément essentiel qu’il remplace est « inexorable ». Ce critère n’est pas rempli en l’espèce.

[58] La tromperie et les fausses déclarations délibérées sont monnaie courante sur Internet : voir *R. c. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93, par. 17. Comme la Cour d’appel l’a si bien dit en l’espèce :

[TRADUCTION] On ne peut tout simplement pas s’attendre à ce que des déclarations faites au cours d’une conversation en ligne à caractère sexuel soient exactes ou à ce qu’un participant soit honnête au sujet de ses attributs personnels, y compris son âge. En fait, il faut plutôt s’attendre tout à fait à l’inverse, puisque la véritable identité personnelle des participants est souvent cachée lors de communications en ligne de nature sexuelle. [par. 60]

[59] En l’espèce, par exemple, la preuve démontre que M. Morrison lui-même a fait une fausse déclaration au sujet de son âge dans l’annonce qu’il a publiée : il prétendait avoir 45 ans alors qu’il était dans la soixantaine. Sur Internet, nous pouvons simplement nous attendre à ce que la véritable identité personnelle soit cachée, même lorsque rien ne donne à penser qu’il y a eu une fausse déclaration dans le cas particulier.

[60] Il s’ensuit que, lorsqu’une personne se présente en ligne comme ayant un certain âge, la question de savoir si l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé pourrait toujours soulever un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits à la clôture de la preuve de la Couronne. Pourtant, malgré le doute raisonnable du juge des

beyond a reasonable doubt by virtue of s. 172.1(3) *unless the accused did something* to rebut the presumption. The presumption in s. 172.1(3) therefore contravenes s. 11(d); it will only be acceptable for an accused to bear a tactical burden to rebut a basic fact presumption where proof of the basic fact leads inexorably to acceptance of the presumed fact.

[61] I pause to note that “evidence to the contrary” under subs. (3) would not include the inherent unreliability of representations made over the Internet; it refers instead to evidence which is specific to the particular circumstances of the accused and indicates that he or she did not believe the other person was underage. As Fish J. noted in *Levigne*, “evidence to the contrary” must include steps to ascertain the other person’s age: para. 32(2). Further, if “evidence to the contrary” were to be read so broadly as to include the dubious nature of Internet communications or other forms of telecommunication, then the presumption would be rendered meaningless. Since an offence under s. 172.1 necessarily includes some form of telecommunication, the Crown would *never* be able to rely on the presumption because there would *always* be some evidence to the contrary. In my view, this was plainly not Parliament’s intent.

[62] In sum, because proof of a representation as to age does not lead inexorably to the existence of the essential element that the accused believed the other person was underage — even absent evidence to the contrary — the presumption under s. 172.1(3) violates the presumption of innocence under s. 11(d) of the *Charter*.

(2) Can the Infringement Be Saved Under Section 1 of the Charter?

[63] Under the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), a *Charter* infringement can be justified

faits, la croyance de l’accusé que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé serait réputée établie hors de tout doute raisonnable par application du par. 172.1(3), *à moins que l’accusé n’ait fait quelque chose* pour réfuter la présomption. La présomption établie au par. 172.1(3) contrevient donc à l’al. 11d); nous ne pourrions accepter qu’un accusé supporte le fardeau tactique de réfuter une présomption fondée sur un fait établi que lorsque la preuve du fait établi mènera inexorablement à l’acceptation du fait présumé.

[61] Je souligne au passage que le caractère intrinsèquement peu fiable des déclarations faites sur Internet ne constitue pas une « preuve contraire » pour l’application du par. (3); cela renvoie plutôt à une preuve qui est propre à la situation particulière de l’accusé et qui indique qu’il ne croyait pas que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé. Comme le juge Fish l’a indiqué dans l’arrêt *Levigne*, la « preuve contraire » doit notamment établir que l’accusé a pris des mesures pour s’assurer de l’âge de l’autre personne : par. 32(2). En outre, si la « preuve contraire » était interprétée largement au point d’englober les communications en ligne ou autres formes de télécommunication douteuses, la présomption perdrait tout son sens. Comme l’infraction visée à l’art. 172.1 comprend nécessairement une forme de télécommunication, la Couronne ne pourrait *jamais* invoquer la présomption, parce qu’il y aurait *toujours* des éléments de preuve contraire. À mon sens, ce n’était clairement pas l’intention du législateur.

[62] En résumé, puisque la preuve que l’autre personne a été présentée comme ayant un certain âge ne mène pas inexorablement à l’existence de l’élément essentiel que l’accusé croyait qu’elle n’avait pas atteint l’âge fixé — même en l’absence d’une preuve contraire —, la présomption établie au par. 172.1(3) viole la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte*.

(2) La contravention peut-elle être justifiée au regard de l’article premier de la Charte?

[63] Selon le test établi dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, une contravention à la *Charte*

under s. 1 where the party seeking to justify that infringement can demonstrate that:

- (1) the law creating the infringement has a pressing and substantial objective; and
- (2) the means chosen are proportionate in that:
 - (a) they are rationally connected to the law’s objective;
 - (b) they limit the *Charter* right in question as little as reasonably possible in order to achieve the law’s objective; and
 - (c) the law’s salutary effects are proportionate to its deleterious effects on the affected *Charter* right.

[64] The Crown did not attempt to justify the s. 11(d) infringement under s. 1 at trial. Nonetheless, I will consider the Crown’s submissions and explain why, in my view, the *Charter* violation here cannot be justified.

- (a) *Pressing and Substantial Objective and Rational Connection*

[65] The purpose of the child luring prohibition as a whole is, as identified above, to protect children by “identify[ing] and apprehend[ing] predatory adults who, generally for illicit sexual purposes, troll the Internet to attract and entice vulnerable children and adolescents”: *Levigne*, at para. 24; see also *Alicandro*, at para. 36 (stating that s. 172.1 “was enacted to protect children against the very specific danger posed by certain kinds of communications via computer systems”). It seeks to “close the cyberspace door before the predator gets in to prey”: *Legare*, at para. 25. This overarching purpose is undoubtedly pressing and substantial: see *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 66.

[66] The main purpose of s. 172.1(3) in particular — which is the focus of the inquiry at this stage

peut se justifier au regard de l’article premier lorsque la partie qui cherche à la justifier peut démontrer les éléments suivants :

- (1) la règle de droit qui porte atteinte sert un objectif urgent et réel;
- (2) les moyens choisis sont proportionnés, c’est-à-dire :
 - a) qu’ils ont un lien rationnel avec l’objectif de la règle de droit;
 - b) qu’ils restreignent le droit en question garanti par la *Charte* aussi peu que cela est raisonnablement possible pour atteindre son objectif;
 - c) que les effets bénéfiques de la règle de droit sont proportionnels à ses effets préjudiciables sur le droit garanti par la *Charte*.

[64] Au procès, la Couronne n’a pas tenté de justifier la contravention à l’al. 11 d) au regard de l’article premier. J’examinerai néanmoins ses observations et expliquerai pourquoi, à mon sens, la violation de la *Charte* en l’espèce ne peut être justifiée.

- a) *L’objectif urgent et réel, et le lien rationnel*

[65] Comme il a déjà été mentionné, le but d’interdire le leurre dans son ensemble est de protéger les enfants en « démasqu[ant] et [en] arrêt[ant] les prédateurs adultes qui rôdent dans l’Internet pour appâter des enfants et des adolescents vulnérables, généralement à des fins sexuelles illicites » : *Levigne*, par. 24; voir également *Alicandro*, par. 36 (où le juge a affirmé que l’art. 172.1 avait été [TRADUCTION] « édicté afin de protéger les enfants contre le danger bien précis que présentent certains types de communications électroniques »). Il vise à « fermer la porte du cyberspace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie » : *Legare*, par. 25. Il ne fait aucun doute que cet objectif primordial est urgent et réel : voir *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 66.

[66] L’objectif principal du par. 172.1(3) en particulier — l’aspect central de l’examen à cette étape-ci

(see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144 (“*RJR-MacDonald*”)) — is to facilitate prosecution of the child luring offence: see *Levigne*, at para. 30. The prosecution of child luring offences is connected to the broader objective of protecting children from on-line sexual predators: see *Alicandro*, at para. 36. The parties agree that s. 172.1(3) has a pressing and substantial objective and that the *Charter* limit it creates is rationally connected to that objective. For present purposes, without finally deciding the issue, I am prepared to accept their concessions in this regard.

(b) *Minimal Impairment*

[67] In my view, however, the presumption under s. 172.1(3) fails the minimal impairment test.

[68] To show minimal impairment, the party seeking to justify the infringement must demonstrate that the impugned measure impairs the right in question “as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective”: *RJR-MacDonald*, at para. 160. The impairment must be “minimal” in the sense that it impairs the right in question “no more than necessary”: para. 160.

[69] Here, the presumption under s. 172.1(3) is designed to facilitate prosecution of the child luring offence, which is connected to the broader objective of protecting children from online sexual predators. But the Crown has failed to establish that, absent the presumption, the child luring provision cannot operate effectively. Where the other person is represented to the accused as being underage, the trier of fact can, on the basis of evidence (including the record generated by police), draw a logical, common sense inference that the accused believed that representation. The Court of Appeal captured this point well:

At trial, the Crown can ask the trier of fact to infer that the accused believed the [other person] was underage based on all the facts in the record, including: the content of the communication; whether representations as to age were made; the tone of the communications; the nature of the

(voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144 (« *RJR-MacDonald* »)) — est de faciliter les poursuites pour leurre : voir *Levigne*, par. 30. Les poursuites pour leurre ont un lien avec l’objectif plus vaste de protéger les enfants des prédateurs sexuels en ligne : voir *Alicandro*, par. 36. Les parties conviennent que le par. 172.1(3) sert un objectif urgent et réel et que la restriction au droit garanti par la *Charte* qu’il crée a un lien rationnel avec cet objectif. Pour les fins qui nous occupent, sans trancher définitivement la question, je suis disposé à accepter leurs concessions à cet égard.

b) *L’atteinte minimale*

[67] À mon sens, toutefois, la présomption établie au par. 172.1(3) ne satisfait pas au critère de l’atteinte minimale.

[68] Pour démontrer que l’atteinte est minimale, la partie qui cherche à justifier la contravention doit établir que la mesure contestée restreint le droit en question « aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif » : *RJR-MacDonald*, par. 160. L’atteinte au droit en question doit être « minimale », en ce qu’elle « ne dépasse pas ce qui est nécessaire » : par. 160.

[69] En l’espèce, la présomption établie au par. 172.1(3) vise à faciliter les poursuites pour leurre, un objectif qui a un lien avec l’objectif plus vaste de protéger les enfants des prédateurs sexuels en ligne. Toutefois, la Couronne n’a pas démontré que, en l’absence de la présomption, la disposition en matière de leurre ne peut être efficace. Lorsque l’autre personne est présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, le juge des faits peut, en se fondant sur la preuve (notamment le dossier de la police), tirer une inférence logique et conforme au bon sens que l’accusé la croyait telle. La Cour d’appel l’a bien expliqué :

[TRADUCTION] Au procès, la Couronne peut demander au juge des faits d’inférer que l’accusé croyait que [l’autre personne] n’avait pas atteint l’âge fixé au vu de l’ensemble des faits au dossier, y compris : le contenu de la communication, la question de savoir si la personne a été

forum used; the frequency of communications; whether photographs were exchanged; and all of the other infinitely variable circumstances surrounding the exchange. This approach is routinely part of the work of trial courts. It need not involve limiting the accused's right to be presumed innocent by means of the presumption of belief in s. 172.1(3) of the *Code*. The absence of the presumption would not undermine the prosecution of the child luring offence. [para. 72]

[70] Put simply, a less intrusive means of achieving the state's overarching objective would be to do away with the presumption under s. 172.1(3) and instead rely on the prosecution's ability to secure convictions by inviting the trier of fact to find, based on a logical, common sense inference drawn from the evidence, that the accused believed the other person was underage. Indeed, this process of inferential reasoning is not unfamiliar to judges and juries, who engage in this type of reasoning day in and day out.

[71] Because the Crown has not shown that the presumption under s. 172.1(3) infringes the right to be presumed innocent "as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective" of prosecuting child luring offences and thereby protecting children from online sexual predators, it cannot be saved under s. 1: *RJR-MacDonald*, at para. 160.

(c) *Balancing*

[72] In addition, I am of the view that the deleterious effects of the presumption under s. 172.1(3) outweigh its salutary effects. As alluded to above, the Crown has not shown that the salutary effects of the presumption are significant, even in the context of an offence as serious as child luring. And to the extent, if any, that the presumption actually results in additional convictions, it does so only by sweeping in accused persons whose belief as to the other person's age may be the subject of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact. Although the presumption may ease the Crown's burden of proving its case,

présentée comme ayant un certain âge, le ton des communications, la nature de la tribune utilisée, la fréquence des communications, la question de savoir si des photos ont été échangées, ainsi que toutes les autres circonstances infiniment variables entourant la conversation. Les cours de première instance sont habituellement appelées à le faire. Il n'est pas nécessaire de limiter le droit à la présomption d'innocence de l'accusé en ayant recours à la présomption de croyance établie au par. 172.1(3) du *Code*. L'absence de la présomption n'aurait pas pour effet de nuire aux poursuites pour leurre. [par. 72]

[70] En termes simples, un moyen moins envahissant d'atteindre l'objectif primordial de l'État serait d'écartier la présomption établie au par. 172.1(3) et de se fonder plutôt sur la capacité du poursuivant à obtenir une déclaration de culpabilité en invitant le juge des faits à conclure, en fonction d'une inférence logique et conforme au bon sens tirée de la preuve, que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. En effet, ce processus de raisonnement par déduction n'est pas étranger aux juges et jurés, qui appliquent ce type de raisonnement quotidiennement.

[71] Puisque la Couronne n'a pas démontré que la présomption établie au par. 172.1(3) porte atteinte au droit à la présomption d'innocence « aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif » consistant à faciliter les poursuites pour leurre et ainsi protéger les enfants des prédateurs sexuels en ligne, l'atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier : *RJR-MacDonald*, par. 160.

c) *La mise en balance*

[72] De plus, je suis d'avis que les effets préjudiciables de la présomption établie au par. 172.1(3) l'emportent sur ses effets bénéfiques. Comme je l'ai déjà dit, la Couronne n'a pas démontré que les effets bénéfiques de la présomption étaient importants, même dans le contexte d'une infraction aussi grave que le leurre. Et dans la mesure, le cas échéant, où la présomption permet d'inscrire davantage de verdicts de culpabilité, elle le fait uniquement en visant également des accusés dont la croyance quant à l'âge de l'autre personne peut soulever un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits. Bien que la

prosecutorial convenience and expediency cannot justify the risk of convicting the innocent created by subs. (3).

(3) Conclusion

[73] In sum, the presumption under s. 172.1(3) infringes s. 11(d) of the *Charter*, and that infringement cannot be justified under s. 1. I therefore agree with the Court of Appeal that s. 172.1(3) should be declared to be without force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

C. *The Reasonable Steps Requirement Under Section 172.1(4)*

(1) Does the Reasonable Steps Requirement Under Section 172.1(4) Violate Section 7 of the *Charter*?

[74] Section 7 of the *Charter* establishes that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”. Mr. Morrison submits that the reasonable steps requirement of s. 172.1(4) violates s. 7 of the *Charter* by allowing for a conviction, and resulting imprisonment, where the accused has simply been negligent in failing to take reasonable steps to ascertain the other person’s age. This, in his view, would deprive him of his liberty in violation of the principles of fundamental justice.

[75] To accord with the principles of fundamental justice, the mental element of an offence must “maintain a proportionality between the stigma and punishment attached to a [conviction for the offence] and the moral blameworthiness of the offender”: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 646; see also *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, at p. 743; H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (loose-leaf), at p. 4-27. This Court has recognized

présomption puisse alléger le fardeau de la Couronne quant à sa preuve, la commodité de cette présomption pour le poursuivant et l’efficacité ne peuvent justifier le risque que crée le par. (3) de déclarer un innocent coupable.

(3) Conclusion

[73] En somme, la présomption établie au par. 172.1(3) contrevient à l’al. 11d) de la *Charte*, et cette contravention ne peut être justifiée au regard de l’article premier. Par conséquent, je conviens avec la Cour d’appel que le par. 172.1(3) devrait être déclaré inopérant, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

C. *L’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4)*

(1) L’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) viole-t-elle l’art. 7 de la *Charte*?

[74] L’article 7 de la *Charte* énonce que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Monsieur Morrison soutient que l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) viole l’art. 7 de la *Charte*, car elle ouvre la porte au prononcé d’une déclaration de culpabilité, et à l’emprisonnement qui en résulte, dans une situation où l’accusé a simplement fait preuve de négligence en omettant de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne. Selon lui, cela porterait atteinte à son droit à la liberté d’une manière qui contrevient aux principes de justice fondamentale.

[75] L’élément moral d’une infraction doit, pour être conforme aux principes de justice fondamentale, « maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité [relativement à l’infraction] et la culpabilité morale du délinquant » : *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, p. 646; voir aussi *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, p. 743; H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 4-27. La

that a small group of offences, including murder and attempted murder, carry such stigma and punishment that they require a purely subjective standard of fault: see *Vaillancourt*, at pp. 653-54; *Martineau*, at p. 646; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 18. However, “an objective fault requirement is constitutionally sufficient for a broad range of offences” beyond this limited class: *Creighton*, at p. 18.

[76] As discussed above, in *Levigne*, this Court implicitly held that the combined effect of subs. (3) and (4) was to create two pathways to conviction where the other person is represented to the accused as being underage. In such circumstances, the accused is presumed under subs. (3) to have believed that the other person was underage *unless* there is evidence that the accused took reasonable steps to ascertain the other person’s age. In effect, therefore, the required *mens rea* is established where the Crown proves that the accused either (1) believed the other person was underage or (2) failed to take reasonable steps to ascertain the other person’s age.

[77] The trial judge proceeded on the basis that although s. 172.1(3) infringed s. 11(d) of the *Charter* and as such was of no force or effect in the case before him, these two pathways to conviction nonetheless remained available. Having been left with a reasonable doubt as to whether Mr. Morrison believed “Mia” was underage, he pursued the second pathway to conviction, finding Mr. Morrison guilty on the basis that he had failed to take reasonable steps to ascertain “Mia’s” age as required under s. 172.1(4). The Court of Appeal endorsed this approach.

[78] Mr. Morrison submits that the courts below erred in failing to find that s. 172.1(4) infringes s. 7 of the *Charter*. He maintains that in allowing for a

Cour a reconnu qu’un petit groupe d’infractions, dont le meurtre et la tentative de meurtre, donnent lieu à de tels stigmates et à une telle peine qu’il est nécessaire d’adopter à leur égard une norme de faute purement subjective : voir *Vaillancourt*, p. 653-654; *Martineau*, p. 646; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 18. Cependant, « du point de vue constitutionnel, une exigence objective en matière de faute suffit pour une large gamme d’infractions » au-delà de ce groupe restreint : *Creighton*, p. 18.

[76] Comme il a été mentionné précédemment, la Cour a implicitement conclu dans l’arrêt *Levigne* que l’effet combiné des par. (3) et (4) était de créer deux voies distinctes pouvant conduire à une déclaration de culpabilité dans les situations où l’autre personne est présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé. Dans de telles circonstances, par application du par. (3), l’accusé est présumé avoir cru que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé, à moins que la preuve ne démontre que l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne. En fait, la *mens rea* requise est donc établie lorsque la Couronne prouve (1) que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé ou (2) qu’il n’a pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne.

[77] Le juge du procès s’est prononcé en se fondant sur le fait que, même si le par. 172.1(3) contrevient à l’al. 11d) de la *Charte* et, de ce fait, qu’il était inopérant dans l’affaire dont il était saisi, ces deux voies pouvant conduire à une déclaration de culpabilité étaient néanmoins ouvertes. Comme un doute raisonnable subsistait dans son esprit quant à savoir si M. Morrison croyait que « Mia » n’avait pas atteint l’âge fixé, il a choisi la deuxième voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité, en déclarant M. Morrison coupable au motif qu’il n’avait pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de « Mia », comme l’exigeait le par. 172.1(4). La Cour d’appel a souscrit à cette façon de procéder.

[78] Monsieur Morrison soutient que les tribunaux de juridictions inférieures ont commis une erreur en ne concluant pas que le par. 172.1(4) contrevient

conviction based on a failure to take reasonable steps, subs. (4) makes the child luring offence an objective *mens rea* offence, allowing for convictions based on mere negligence. This, he says, violates the principles of fundamental justice because the stigma and punishment associated with the child luring offence are so serious that subjective *mens rea* alone will suffice to sustain a conviction.

[79] I agree with Mr. Morrison that a conviction for child luring carries a high degree of stigma and a potentially severe punishment. The offence of child luring is punishable by up to 14 years' imprisonment, and the offender is also subject to a lengthy registration as a sex offender. Child luring is a serious crime that undermines the safety of our children and preys on their vulnerability. The stigma and punishment that attach to a conviction are thus rightfully high and severe. That said, I am very doubtful that this stigma and punishment rise to the level of requiring purely subjective *mens rea*. In any event, for reasons that will become apparent, I find it unnecessary to decide that issue here.

[80] In short, I reject Mr. Morrison's submission that s. 172.1(4) breaches s. 7 of the *Charter*.² In reaching this conclusion, I part ways with the courts below in the following key respect: in my view, the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) does *not*, in the absence of the presumption under s. 172.1(3), provide a second pathway

² No argument was made before this Court on whether the limit on the accused's ability to raise the defence that he believed the other person was of legal age violates the presumption of innocence under s. 11(d) of the *Charter*. Importantly, we do not have the benefit of the Crown's arguments on this point, making it inappropriate for this Court to pronounce on the matter: see *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, at para. 28. Mr. Morrison argued that s. 172.1(4) is unconstitutional on the basis that it allows for conviction on the basis of mere negligence.

à l'art. 7 de la *Charte*. Il prétend qu'en laissant la porte ouverte à une déclaration de culpabilité fondée sur le défaut de prendre des mesures raisonnables, le par. (4) confère à l'infraction de leurre la qualité d'infraction à *mens rea* objective, ouvrant ainsi la porte à des déclarations de culpabilité fondées sur la simple négligence. Il affirme que cela contrevient aux principes de justice fondamentale, parce que les stigmates et la peine rattachés à l'infraction de leurre sont si graves que seule une *mens rea* subjective sera suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité.

[79] Je conviens avec M. Morrison qu'un haut niveau de stigmatisation et une peine potentiellement sévère sont rattachés à une déclaration de culpabilité pour leurre. L'infraction de leurre est passible d'un emprisonnement maximal de 14 ans, et le délinquant est aussi assujéti à une longue période d'inscription au registre des délinquants sexuels. Le leurre est un crime grave qui sape la sécurité des enfants et qui s'attaque à leur vulnérabilité. Les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité sont donc, à juste titre, élevés et sévères. Cela dit, je doute fortement que cette stigmatisation et que cette peine soient importantes au point d'exiger une *mens rea* purement subjective. Quoi qu'il en soit, pour des motifs qui ressortiront de l'analyse qui suit, je conclus qu'il est inutile de trancher cette question en l'espèce.

[80] En somme, je rejette l'argument de M. Morrison selon lequel le par. 172.1(4) viole l'art. 7 de la *Charte*.² En parvenant à cette conclusion, je diverge d'opinion avec les tribunaux de juridictions inférieures au sujet de l'aspect fondamental suivant : à mon avis, l'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) *ne* fournit pas, en

² Aucun argument n'a été soumis à la Cour quant à savoir si la restriction imposée relativement à la capacité de l'accusé de soulever le moyen de défense selon lequel il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal viole la présomption d'innocence garantie par l'al. 11(d) de la *Charte*. Fait important, nous ne bénéficions pas des arguments de la Couronne à cet égard, ce qui fait en sorte qu'il n'est pas approprié que la Cour se prononce sur cette question : voir *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 28. Monsieur Morrison a fait valoir que le par. 172.1(4) était inconstitutionnel parce qu'il ouvrirait la porte aux déclarations de culpabilité fondées sur la simple négligence.

to conviction. Instead, as I will explain, it simply limits a defence.

[81] As noted above, in the context of a police sting operation where there is no underage person, s. 172.1(1) makes it an offence for a person to communicate, by means of telecommunication, with a person who the accused *believes* is underage for the purpose of facilitating the commission of a designated offence against that person. By expressly including a presumption under s. 172.1(3) as to the accused's belief in this regard — albeit a presumption which I have found to be unconstitutional — Parliament signalled that the requirement of proving belief is essential in this context.

[82] Subsection 172.1(4) does not make this requirement any less essential. Rather, in the absence of the presumption under s. 172.1(3), what it does is bar accused persons from raising, as a defence, that they believed the other person was of legal age where they failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age. Put differently, it does not provide an independent pathway to conviction; it merely limits a defence. This proposition is made clear by the opening words of subs. (4): “It is not a defence . . .”. To be clear, while the word “defence” can be understood more broadly or more narrowly depending on the context, I am of the view that “defence” here is referring to an *affirmative* defence advanced by the accused as to the accused's belief that would entitle him or her to an acquittal if believed or if it were to leave the trier of fact in a state of reasonable doubt.

[83] Consequently, if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused did not take reasonable steps, then the trier of fact is precluded from considering the defence that the accused believed the other person to be of *legal age*. But that does not

l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), une deuxième voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité. Comme je l'expliquerai plus loin, elle ne fait plutôt que restreindre un moyen de défense.

[81] Comme il a été mentionné plus tôt, dans le contexte d'une opération d'infiltration policière à laquelle aucune personne n'ayant pas atteint l'âge fixé ne participe, le par. 172.1(1) constitue en infraction pour une personne le fait de communiquer, par un moyen de télécommunication, avec quelqu'un que l'accusé *croit* ne pas avoir atteint l'âge fixé en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction énumérée. En incluant expressément une présomption au par. 172.1(3) en ce qui a trait à la croyance de l'accusé à cet égard — encore qu'il s'agisse d'une présomption que j'ai déclarée inconstitutionnelle —, le législateur a signalé que l'exigence de prouver la croyance était essentielle dans ce contexte.

[82] Le paragraphe 172.1(4) ne rend pas cette exigence moins essentielle. En réalité, en l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), cette disposition a pour effet d'empêcher les accusés de soulever, comme moyen de défense, le fait qu'ils croyaient que l'autre personne avait atteint l'âge légal dans les cas où ils ont omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de son âge. Autrement dit, cette disposition n'offre pas une voie indépendante pouvant conduire à une déclaration de culpabilité; elle ne fait que restreindre un moyen de défense. Cela ressort clairement du par. (4), avec le passage ainsi libellé : « . . . ne constitue un moyen de défense . . . ». Pour être clair, bien que le mot « défense » puisse être interprété de façon plus générale ou plus précise selon le contexte, je suis d'avis que ce mot renvoie ici à une défense *affirmative* avancée par l'accusé, quant à la croyance de ce dernier, qui lui donnerait droit à un acquittement si le juge des faits y ajoutait foi ou si elle devait laisser ce dernier dans un état de doute raisonnable.

[83] Par conséquent, si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, le juge des faits ne peut alors pas examiner le moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait *atteint*

relieve the Crown of its ultimate burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was *underage*. Thus, to illustrate, if the trier of fact can only conclude from the evidence that the accused was negligent or reckless with regard to the other person's age, the Crown would not have met its burden, and the accused would be entitled to an acquittal. This is because negligence and recklessness are states of mind that do not entail any concrete belief about the other person's age. In short, there is but one pathway to conviction: proof beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was *underage*. Nothing less will suffice.

[84] To the extent my colleague Justice Abella concludes otherwise, I respectfully disagree. In the sting context where there is no actual *underage* person, the notion that “s. 172.1(4) allows for a conviction if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain age (the objective path to liability)” simply does not hold up: Abella J.'s reasons, at para. 214. If proving the absence of reasonable steps were sufficient to ground a conviction in this context, there would have been no need for the presumption under subs. (3) in the first place. As explained above, absent that presumption, subs. (4) does nothing more than limit a defence. The main effect of subs. (4), discussed in further detail below, is to impose an evidentiary burden on the accused regarding reasonable steps where the accused asserts he or she believed the other person was of legal age: see *Levigne*, at para. 32(3). It is the Crown, however, that bears the persuasive burden: see para. 32(3). In my respectful view, nothing in this arrangement prevents an accused from making full answer and defence.

[85] It is trite that an accused's failure to discharge an evidentiary burden vis-à-vis a defence does not, in

l'âge légal. Mais cela ne dispense pas la Couronne de son fardeau ultime consistant à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Ainsi, à titre d'illustration, si le juge des faits peut uniquement conclure, en fonction de la preuve, que l'accusé a fait preuve de négligence ou d'insouciance relativement à l'âge de l'autre personne, la Couronne ne se sera pas acquittée de son fardeau et l'accusé aura droit à un acquittement. Il en est ainsi parce que la négligence et l'insouciance constituent des états d'esprit qui n'entraînent pas une réelle croyance au sujet de l'âge de l'autre personne. En somme, il n'existe qu'une seule voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité : la preuve hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Rien de moins ne saurait suffire.

[84] En toute déférence, dans la mesure où ma collègue la juge Abella arrive à une conclusion différente, je ne saurais y souscrire. Dans le contexte d'une opération d'infiltration à laquelle aucune personne n'ayant pas atteint l'âge fixé ne participe réellement, la notion selon laquelle « le par. 172.1(4) permet le prononcé d'une déclaration de culpabilité si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge (la voie objective vers la responsabilité) » ne tient tout simplement pas : motifs de la juge Abella, par. 214. S'il suffisait de prouver l'absence de mesures raisonnables pour étayer une déclaration de culpabilité dans ce contexte, la présomption établie au par. (3) n'aurait, au départ, aucune raison d'être. Comme il a été expliqué précédemment, en l'absence de cette présomption, le par. (4) ne fait rien de plus que restreindre un moyen de défense. Le principal effet du par. (4), qui sera analysé en détail plus loin, est d'imposer à l'accusé un fardeau de présentation relativement aux mesures raisonnables prises lorsqu'il affirme qu'il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal : voir *Levigne*, par. 32(3). Toutefois, le fardeau de persuasion repose sur la Couronne : voir par. 32(3). À mon humble avis, rien dans ces dispositions n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

[85] Il est bien établi que le défaut de l'accusé de s'acquitter du fardeau de présentation qui lui incombe

and of itself, provide a freestanding basis for conviction, irrespective of whether the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt. If it were otherwise, a bedrock principle of criminal law — namely, that in order to secure a conviction, the Crown must prove all of the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt — would be stripped of any meaning: see *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, at p. 532. In the sting context where there is no actual underage person, which is the context with which we are concerned, that principle requires that the Crown prove beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage.

[86] In so concluding, I am not unmindful of the comments in *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at para. 8, upon which Justice Abella relies by way of analogy to hold that in the present context the Crown can obtain a “conviction if [it] proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain age (the objective path to liability)”: paras. 213-14. Paragraph 8 of *George* reads as follows:

At common law, “true crimes” — like those at issue here — would have a purely subjective fault element. However, through statutory intervention, Parliament has imported an objective element into the fault analysis to enhance protections for youth (Stewart, at pp. 4-23 and 4-24). As a result, to convict an accused person who demonstrates an “air of reality” to the mistake of age defence, the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, either that the accused person (1) did not honestly believe the complainant was at least 16 (the subjective element); or (2) did not take “all reasonable steps” to ascertain the complainant’s age (the objective element) (Stewart, at p. 4-24; M. Manning, Q.C., and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at p. 1113 (“*Manning, Mewett & Sankoff*”)).

[87] With respect, I am unable to adopt my colleague’s analysis. In *George*, Ms. George was

relativement à un moyen de défense ne peut, à lui seul, servir de fondement à une déclaration de culpabilité, dans les cas où la Couronne n’a pas fait la preuve de l’infraction hors de tout doute raisonnable. S’il en était autrement, l’un des principes fondamentaux du droit criminel — à savoir que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver tous les éléments essentiels de l’infraction hors de tout doute raisonnable — serait dénué de tout sens : voir *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, p. 532. Dans le contexte d’une opération d’infiltration à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe réellement, soit le contexte qui nous intéresse en l’espèce, ce principe exige que la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé.

[86] En concluant ainsi, je ne fais pas abstraction des commentaires formulés dans l’arrêt *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 8, sur lesquels s’appuie par analogie la juge Abella pour conclure que dans la cadre de l’affaire qui nous intéresse, la Couronne peut obtenir une « déclaration de culpabilité si [elle] prouve hors de tout doute raisonnable que l’accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge (la voie objective vers la responsabilité) » : par. 213-214. Le paragraphe 8 de l’arrêt *George* est ainsi rédigé :

En common law, les [TRADUCTION] « crimes véritables » — du genre de ceux en cause dans la présente affaire — comportent un élément de faute purement subjectif. Toutefois, par voie de dispositions législatives, le Parlement a importé dans l’analyse de la faute un élément objectif afin d’accorder une protection accrue aux jeunes personnes (Stewart, p. 4-23 et 4-24). Par conséquent, pour que soit déclaré coupable un accusé qui démontre que sa défense d’erreur sur l’âge possède une « apparence de vraisemblance », le ministère public doit alors prouver hors de tout doute raisonnable soit que l’accusé (1) ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d’au moins 16 ans (l’élément subjectif), soit que l’accusé (2) n’a pas pris « toutes les mesures raisonnables » pour s’assurer de l’âge du plaignant (l’élément objectif) (Stewart, p. 4-24; M. Manning, c.r., et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 1113 (« *Manning, Mewett & Sankoff* »)).

[87] En toute déférence, je ne puis souscrire à l’analyse de ma collègue. Dans l’arrêt *George*,

charged with sexual interference and sexual assault of a person under the age of 16. Given that the complainant was legally incapable of consenting, Ms. George's sole defence was that she believed, albeit mistakenly, that the 14-year-old complainant was at least 16 years old. In those circumstances, if the trier of fact were to find or have a reasonable doubt that Ms. George honestly believed the complainant was at least 16, she would be entitled to an acquittal. Put differently, if the Crown hoped to obtain a conviction, it had to overcome her defence of mistaken belief.

[88] Against this backdrop, the passage in question at para. 8 of *George* explains that there were two alternate ways by which the Crown could negate the defence of mistaken belief in age once the air of reality test had been met. First, the Crown could prove that the accused did not honestly believe the complainant was at least 16; or, second, the Crown could prove that the accused did not take "all reasonable steps" to ascertain the complainant's age. While the Crown had to prove at least one of these propositions to negate the defence of mistaken belief, doing so would not, from a legal perspective, inevitably lead to a conviction. As a legal matter, to obtain a conviction for sexual interference or sexual assault of a person under the age of 16, the Crown had to go further and prove beyond a reasonable doubt that the accused believed the complainant was under 16. As a practical matter, once Ms. George's sole defence was negated, her conviction was a virtual certainty.

[89] These same legal principles apply in respect of the offence of child luring. The best evidence of this is found in the s. 172.1(3) presumption, which Parliament built into the child luring provision. As I have pointed out above at para. 84, if proving the absence of reasonable steps and thereby disproving the defence of honest belief in age were sufficient to ground a conviction in this context, there would have been no need for Parliament to include the presumption under s. 172.1(3) in the first place. This

M^{me} George était accusée de contacts sexuels et d'agression sexuelle à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans. Puisque le plaignant ne pouvait pas légalement consentir, la seule défense que pouvait faire valoir M^{me} George était qu'elle croyait — bien qu'erronément — que le plaignant âgé de 14 ans avait au moins 16 ans. Ainsi, si le juge avait conclu que M^{me} George croyait honnêtement que le plaignant était âgé d'au moins 16 ans, ou s'il avait un doute raisonnable en ce sens, M^{me} George aurait eu droit à un acquittement. Autrement dit, pour que la Couronne obtienne une déclaration de culpabilité, il lui fallait réfuter la défense de croyance erronée.

[88] C'est dans ce contexte que le passage précité du par. 8 de l'arrêt *George* explique que la Couronne disposait de deux façons différentes de renverser la défense de croyance erronée quant à l'âge, une fois qu'il avait été satisfait au test de la vraisemblance. Ou bien la Couronne pouvait prouver que l'accusée ne croyait pas honnêtement que le plaignant avait au moins 16 ans; ou bien elle pouvait prouver que l'accusée n'avait pas pris « toutes les mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge du plaignant. Même si la Couronne devait prouver au moins l'un de ces deux éléments afin de renverser la défense de croyance erronée, le simple fait d'y parvenir n'aurait pas, en droit, mené inévitablement à une déclaration de culpabilité. Sur le plan juridique, pour que l'accusée soit déclarée coupable de contacts sexuels ou d'agression sexuelle à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans, la Couronne devait en faire davantage et prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusée croyait le plaignant âgé de moins de 16 ans. Sur le plan pratique, une fois sa seule défense renversée, il était presque certain que M^{me} George allait être déclarée coupable.

[89] Les mêmes principes juridiques s'appliquent à l'infraction de leurre. La présomption établie au par. 172.1(3), que le législateur a intégré à la déposition en matière de leurre, en est la plus belle preuve. Comme je l'ai indiqué au par. 84, si, pour obtenir une déclaration de culpabilité dans un tel contexte, il suffisait de prouver l'absence de mesures raisonnables et d'ainsi réfuter la défense de la croyance honnête à l'âge légal, le législateur n'aurait pas eu à ajouter, au départ, la présomption du par. 172.1(3). Une

goes against the presumption that Parliament does not speak in vain: see *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 87.

[90] Put simply, as a matter of law, an accused cannot be convicted merely for failing to establish a defence; rather, a conviction will be sustained only where the Crown is able to negate a properly raised defence *and* show, on the evidence as a whole, that all of the essential elements of the offence in question have been proved beyond a reasonable doubt.

[91] I offer this clarification, bearing in mind that the comments enunciated in para. 8 of *George* were clearly not central to the resolution of that case. The issue of whether an accused could be convicted for failing to show that he or she took all reasonable steps to ascertain the complainant's age was in fact neither raised nor argued by the parties. In the absence of full argument and a considered analysis, the passage in question ought not to be interpreted in a way that would sweep aside a bedrock principle of our criminal law.

(2) Conclusion

[92] It follows from the foregoing analysis that s. 172.1(4) does not infringe s. 7 of the *Charter*. This is because even if we were to assume, for the sake of argument, that child luring forms part of the very narrow class of offences requiring purely subjective *mens rea*, s. 172.1(4) does not depart from this standard: it does not create a situation in which an accused may be convicted on the basis of simple negligence — namely, in this context, a failure to take reasonable steps. Rather, only subjective *mens rea* — in this case, belief — will suffice.

[93] It also follows that the trial judge entered a guilty verdict on a basis that was legally unsound. For the trial judge to have properly convicted Mr. Morrison, he would have to have been satisfied beyond a

telle situation contreviendrait à la présomption selon laquelle le législateur ne parle pas pour rien dire : voir *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 87.

[90] Dit simplement, en droit, un accusé ne peut pas être déclaré coupable du simple fait qu'il n'a pas su établir de défense; il ne pourra être déclaré coupable que si la Couronne parvient à renverser une défense dûment invoquée *et* à établir, au vu de l'ensemble de la preuve, que tous les éléments essentiels de l'infraction en cause ont été prouvés hors de tout doute raisonnable.

[91] J'apporte cette précision tout en notant que les commentaires formulés au par. 8 de l'arrêt *George* n'étaient clairement pas déterminants pour régler cette affaire. En réalité, la question de savoir si un accusé pouvait être déclaré coupable parce qu'il n'a pas été en mesure de prouver qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant n'a pas été soulevée ni débattue par les parties. En l'absence d'un débat exhaustif et d'une analyse réfléchie, le passage en question ne devrait pas être interprété de façon à écarter un principe fondamental du droit criminel.

(2) Conclusion

[92] Il s'ensuit, d'après l'analyse qui précède, que le par. 172.1(4) ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Il en est ainsi parce que, même en tenant pour acquis, pour les besoins de la discussion, que le leurre fait partie du groupe d'infractions très restreint exigeant une *mens rea* purement subjective, le par. 172.1(4) ne s'éloigne pas de cette norme : il ne crée pas une situation dans laquelle un accusé peut être déclaré coupable en raison de la simple négligence — en l'espèce, le défaut de prendre des mesures raisonnables. Il n'y a plutôt que la *mens rea* subjective — en l'espèce, la croyance — qui sera suffisante.

[93] Il s'ensuit aussi que le juge du procès a inscrit un verdict de culpabilité à partir d'un fondement non valide en droit. Pour que la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès à

reasonable doubt that Mr. Morrison believed “Mia” was under the age of 16. He was not. This demands a remedy.

[94] But before turning to the question of remedy, it is first necessary to describe how s. 172.1 is to be applied in future cases in the absence of the presumption under s. 172.1(3), which I have found to be of no force and effect.

D. *The Operation of Section 172.1 Without Section 172.1(3)*

(1) Belief Regarding Age

[95] In the context of a police sting where there is no underage person, the offence of child luring has three essential elements: (1) an intentional communication by means of telecommunication; (2) with a person who the accused believes is under the requisite age; (3) for the purpose of facilitating the commission of a designated offence with respect to that person (see *Levigne*, at para. 23; *Legare*, at para. 36). The Crown must prove each of these elements beyond a reasonable doubt: see *Legare*, at para. 37. The discussion below will focus on the second element.

[96] Because the presumption under s. 172.1(3) is no longer of any force or effect, the Crown cannot secure a conviction by proving that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the other person’s age once a representation as to age was made. Instead, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused *believed* the other person was underage.

[97] To meet this burden, the Crown must show that the accused either (1) believed the other person was underage or (2) was wilfully blind as to whether the other person was underage. The second alternative is legally equivalent to the first.

l’égard de M. Morrison ait été valide, il aurait dû avoir été convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Morrison croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans. Il n’était pas convaincu d’une telle chose. Cela commande une réparation.

[94] Mais avant d’analyser la question de la réparation, il est nécessaire de décrire tout d’abord comment l’art. 172.1 doit être appliqué dans les dossiers ultérieurs en l’absence de la présomption établie au par. 172.1(3), présomption que j’ai déclarée inopérante.

D. *L’application de l’art. 172.1 sans le par. 172.1(3)*

(1) La croyance quant à l’âge

[95] Dans le contexte d’une infiltration policière à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe, l’infraction de leurre comporte trois éléments essentiels : (1) une communication intentionnelle par un moyen de télécommunications; (2) avec une personne dont l’accusé croit qu’elle n’a pas atteint l’âge exigé par la loi; (3) dans le dessein de faciliter la perpétration à son égard d’une infraction énumérée (voir *Levigne*, par. 23; *Legare*, par. 36). La Couronne doit établir chacun de ces éléments hors de tout doute raisonnable : voir *Legare*, par. 37. L’analyse ci-dessous sera axée sur le deuxième élément.

[96] La présomption établie au par. 172.1(3) étant désormais inopérante, la Couronne ne peut pas obtenir une déclaration de culpabilité en démontrant que l’accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne dès que cette dernière a été présentée comme ayant un certain âge. La Couronne doit plutôt prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé *croyait* que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé.

[97] Pour s’acquitter de ce fardeau, la Couronne doit démontrer (1) que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé ou (2) qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire quant à savoir si l’autre personne avait ou non atteint l’âge fixé. Les deux possibilités s’équivalent en droit.

[98] Wilful blindness exists where an accused’s “suspicion is aroused to the point where he or she sees the need for further inquiries, but *deliberately chooses* not to make those inquiries”: *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 21 (emphasis in original). Wilful blindness has been characterized as “deliberate ignorance” because it connotes “an actual process of suppressing a suspicion”: D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (7th ed. 2014), at p. 261. “A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew”: *Briscoe*, at para. 23, citing G. Williams, *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at p. 159. This Court has repeatedly held that if an accused is found to be wilfully blind, that state of mind may substitute for actual knowledge: *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at pp. 584-85; *Briscoe*, at para. 21. Indeed, it is “equivalent to knowledge”: *Briscoe*, at para. 23, citing Williams, at p. 159.

[99] Further, where a person *knows* something, then for legal purposes they necessarily *believe* it: *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 69. If wilful blindness is sufficient to establish knowledge, then it follows logically that wilful blindness can stand in for belief as well. Therefore, if the trier of fact is satisfied that the accused was *wilfully blind* as to whether the other person was underage, then the trier of fact will necessarily be satisfied that the accused *believed* the other person was underage.

[100] For greater clarity, I pause here to note that although the two concepts are often conflated, recklessness is distinct from wilful blindness: *Sansregret*, at pp. 584-85; *Briscoe*, at para. 23. Recklessness refers to the state of mind of a person who, “aware that there is danger that his conduct could bring about the result prohibited by the criminal law, nevertheless persists, despite the risk”: *Sansregret*, at p. 582. By contrast, wilful blindness “arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not

[98] Il y a aveuglement volontaire lorsqu’un accusé « a des doutes au point de vouloir se renseigner davantage, mais [. . .] choisit délibérément de ne pas le faire » : *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 21 (en italique dans l’original). L’aveuglement volontaire a été décrit comme une forme d’« ignorance délibérée », étant donné qu’elle évoque l’idée [TRADUCTION] « d’un processus réel de suppression des soupçons » : D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (7^e éd. 2014), p. 261. « Une cour peut valablement conclure à l’ignorance volontaire seulement lorsqu’on peut presque dire que le défendeur connaissait réellement le fait » : *Briscoe*, par. 23, citant G. Williams, *Criminal Law : The General Part* (2^e éd. 1961), p. 159. La Cour a statué à maintes reprises que, s’il est conclu que l’accusé a fait preuve d’aveuglement volontaire, cet état d’esprit peut se substituer à la connaissance réelle : *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 584-585; *Briscoe*, par. 21. En fait, l’aveuglement volontaire « équivaut à la connaissance » : *Briscoe*, par. 23, citant Williams, p. 159.

[99] En outre, pour les besoins de l’application du droit, lorsqu’une personne *sait* quelque chose, elle y *croit* nécessairement : *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 69. Si l’aveuglement volontaire est suffisant pour établir la connaissance, il s’ensuit alors logiquement qu’il peut aussi se substituer à la croyance. Par conséquent, si le juge des faits est convaincu que l’accusé avait fait preuve d’*aveuglement volontaire* quant à savoir si l’autre personne avait ou non atteint l’âge fixé, il sera alors nécessairement convaincu que l’accusé *croyait* que l’autre personne n’avait pas atteint cet âge.

[100] Pour une meilleure compréhension, je m’arrête ici pour faire remarquer que, bien que les deux concepts soient souvent confondus, l’insouciance est distincte de l’aveuglement volontaire : *Sansregret*, p. 584-585; *Briscoe*, par. 23. L’insouciance renvoie à l’état d’esprit de celui qui, « conscient que sa conduite risque d’engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque » : *Sansregret*, p. 582. Par contraste, l’aveuglement volontaire « se produit lorsqu’une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le

wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant”: p. 584.

[101] In the context of a police sting where there is no underage person, a showing that the accused was merely reckless, rather than wilfully blind, as to whether the other person was underage will not ground a conviction. In a sense, this distinguishes the child luring offence from the offence of sexual assault. The required *mens rea* for sexual assault is established where the accused is reckless with regard to a lack of consent on the part of the person sexually touched: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 42; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at para. 24. An accused’s awareness that there is a risk that the complainant has not consented to the sexual touching, and the accused’s persistence despite this risk, is sufficient to make out the requisite mental element. In the child luring context, however, proving that the accused had a mere awareness of a risk that the other person was underage does not establish that the accused *believed* the person was underage, which is what s. 172.1(1) requires in the context of a police sting where there is no underage person.

[102] In sum, in order to establish the second element outlined above in the context of a police sting where there is no underage person, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused (1) believed the other person was underage or (2) was wilfully blind as to whether the other person was underage.

(2) The Defence of Belief That the Other Person Was of Legal Age

[103] In *Levigne*, this Court affirmed that if the trier of fact is left in a state of reasonable doubt as to whether the accused believed the other person was of legal age, then the accused is entitled to an acquittal: see para. 32(5). Subsection 172.1(4), however,

faire, parce qu’elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l’ignorance » : p. 584.

[101] Dans le contexte d’une infiltration policière à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe, le fait de démontrer que l’accusé a fait preuve de simple insouciance, plutôt que d’aveuglement volontaire, quant à savoir si l’autre personne avait atteint ou non l’âge fixé, ne pourra servir de fondement à une déclaration de culpabilité. Dans un sens, cela distingue l’infraction de leurre de celle d’agression sexuelle. La *mens rea* nécessaire pour l’agression sexuelle est établie lorsque l’accusé a fait preuve d’insouciance relativement à l’absence de consentement de la part de la personne qui subit les attouchements sexuels : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 42; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 24. Le fait qu’un accusé soit au courant de l’existence d’un risque que la personne ayant porté plainte n’a pas consenti aux attouchements sexuels, ainsi que la persistance de l’accusé malgré ce risque, suffisent pour établir l’élément moral requis. Cependant, dans le contexte du leurre, le fait de prouver que l’accusé avait une simple connaissance du risque que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé n’établit pas que l’accusé *croyait* que la personne n’avait pas atteint l’âge fixé, ce que nécessite le par. 172.1(1) dans le contexte d’une infiltration policière à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe.

[102] En résumé, pour établir le deuxième élément énoncé ci-dessus dans le contexte d’une infiltration policière à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable (1) que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé ou (2) qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire quant à cette question.

(2) Le moyen de défense fondé sur la croyance selon laquelle l’autre personne avait atteint l’âge légal

[103] Dans l’arrêt *Levigne*, la Cour a affirmé que, s’il subsiste un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits quant à savoir si l’accusé croyait que l’autre personne avait atteint l’âge légal, l’accusé a alors droit à un acquittement : voir par. 32(5).

stipulates that the defence that the accused believed the other person was of legal age can be raised only if the accused took reasonable steps to ascertain the other person's age. To be clear, this provision does not require that the accused's belief be both honest *and* reasonable; rather, it simply requires that there be some objective evidence capable of supporting an honest belief.

[104] With this in mind, the novel issue before us is how this defence operates in the absence of the presumption under s. 172.1(3), which, again, is no longer of any force or effect.

(a) *What Are Reasonable Steps Under Section 172.1(4)?*

[105] In my view, the “reasonable steps” that the accused is required to take under subs. (4) are steps that a reasonable person, in the circumstances known to the accused at the time, would take to ascertain the other person's age: see *R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481, at paras. 31-32. The reasonable steps requirement therefore has both objective and subjective dimensions: the steps must be objectively reasonable, and the reasonableness of those steps must be assessed in light of the circumstances known to the accused at the time. Although the words “in the circumstances known to the accused at the time” do not appear in s. 172.1(4), courts have drawn an analogy between s. 172.1(4) and the requirement under s. 273.2(b) that the accused take “reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time” in order to make out the defence of mistaken belief in consent against a charge of sexual assault: see *Dragos*, at paras. 39-41. In my view, it is appropriate to incorporate this qualifier because the reasonable steps requirement is highly contextual, and what may qualify as reasonable steps in one case may not in another: see *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230, at para. 37; *Dragos*, at paras. 32 and 41; *Pengelly*, at para. 9.

Cependant, le par. 172.1(4) prévoit que le moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal peut uniquement être soulevé si l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de la personne. En clair, cette disposition n'exige pas que la croyance de l'accusé soit à la fois honnête *et* raisonnable; en fait, il suffit que l'accusé présente des éléments de preuve objectifs pouvant démontrer que sa croyance était honnête.

[104] Dans cette perspective, la question nouvelle que la Cour est appelée à trancher est la manière dont ce moyen de défense fonctionne en l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), laquelle, faut-il le répéter, est désormais inopérante.

a) *Quelles sont les mesures raisonnables visées au par. 172.1(4)?*

[105] Je suis d'avis que les « mesures raisonnables » que l'accusé doit prendre pour l'application du par. (4) sont les mesures qu'une personne raisonnable prendrait, dans les circonstances dont l'accusé avait alors connaissance, pour s'assurer de l'âge de l'autre personne : voir *R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481, par. 31-32. L'obligation de prendre des mesures raisonnables comporte donc à la fois une dimension objective et une dimension subjective : les mesures doivent être objectivement raisonnables, et le caractère raisonnable de ces mesures doit être apprécié au regard des circonstances dont l'accusé avait alors connaissance. Bien que l'expression « dans les circonstances dont il avait alors connaissance » ne soit pas employée au par. 172.1(4), les tribunaux ont dressé une analogie entre cette disposition et l'exigence prévue à l'al. 273.2b) selon laquelle l'accusé doit prendre les « mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance » pour pouvoir établir le moyen de défense de croyance erronée au consentement relativement à une accusation d'agression sexuelle : voir *Dragos*, par. 39-41. Selon moi, il est approprié d'intégrer ce critère, parce que l'obligation de prendre des mesures raisonnables est fortement liée au contexte et que ce qui peut constituer une mesure raisonnable dans un cas peut ne pas l'être dans un autre : voir *R. c. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230, par. 37; *Dragos*, par. 32 et 41; *Pengelly*, par. 9.

[106] In *Levigne*, this Court stated that the purpose of the reasonable steps requirement in s. 172.1(4) is to bar the accused from claiming a defence based on an asserted belief that is “entirely devoid of an objective evidentiary basis”: para. 31. Taking into account this purpose, in my view, reasonable steps are steps that provide information reasonably capable of supporting the accused’s belief that the other person was of legal age. Put simply, reasonable steps must be *meaningful*. For example, relying on the fact that a *public* chat room is monitored by moderators who may remove children cannot constitute a reasonable step when the accused was using a *private* chat room to make the relevant communications: see *Levigne*, at para. 42. Such a step is entirely meaningless.

[107] In the same vein, a step that solicits information that does not in fact reasonably support a belief that the other party is of legal age cannot constitute a reasonable step. If the accused asked for the other person’s age — which might, depending on the response, form evidence of reasonable steps — but was told she was 13, that inquiry cannot constitute a reasonable step: see *Levigne*, at para. 43. Again, such a step is not meaningful. It cannot support a belief that the other person is of legal age. The same applies where the accused receives an ambiguous response or no response at all. Thus, one must consider not only the nature of the steps taken, but also the information — or lack thereof — that they solicit: see *R. v. Ghotra*, 2016 ONSC 1324, 334 C.C.C. (3d) 222, at paras. 106 and 108.

[108] Relatedly, if the accused takes some initial steps that could reasonably support a belief that the other person is of legal age, but “red flags” are subsequently raised suggesting he or she may not be, then the accused may be required to take additional

[106] Dans l’arrêt *Levigne*, la Cour a statué que l’objectif de l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) est d’empêcher l’accusé de soulever un moyen de défense fondé sur l’allégation de croyances « dénuées de tout fondement probatoire objectif » : par. 31. Si l’on tient compte de cet objectif, les mesures raisonnables sont, selon moi, celles qui permettent l’obtention de renseignements pouvant raisonnablement appuyer la croyance de l’accusé selon laquelle l’autre personne avait atteint l’âge légal. En termes simples, les mesures raisonnables doivent être *valables*. Par exemple, se fonder sur le fait qu’un clavardoir *public* est surveillé par des modérateurs qui peuvent en expulser les enfants ne peut pas constituer une mesure raisonnable lorsque l’accusé utilisait un clavardoir *privé* pour procéder aux communications en cause : voir *Levigne*, par. 42. Une telle mesure n’est nullement valable.

[107] Dans la même veine, une mesure se soldant par l’obtention de renseignements n’appuyant pas de façon raisonnable la croyance selon laquelle l’autre personne a atteint l’âge légal ne peut constituer une mesure raisonnable. Si l’accusé a demandé à l’autre personne de lui donner son âge — ce qui, selon la réponse, pourrait constituer une preuve de la prise de mesures raisonnables —, mais que l’autre personne lui a mentionné qu’elle était âgée de 13 ans, cette demande de renseignements ne peut constituer une mesure raisonnable : voir *Levigne*, par. 43. Là aussi, une telle mesure n’est pas valable. Elle ne peut appuyer une croyance selon laquelle l’autre personne a atteint l’âge légal. La même chose s’applique lorsque l’accusé reçoit une réponse ambiguë ou qu’il ne reçoit aucune réponse. Par conséquent, on ne doit pas uniquement tenir compte de la nature des mesures prises, mais aussi des renseignements qu’elles permettent d’obtenir, ou de l’absence de renseignements : voir *R. c. Ghotra*, 2016 ONSC 1324, 334 C.C.C. (3d) 222, par. 106 et 108.

[108] Dans le même ordre d’idées, si l’accusé prend quelques mesures initiales qui pourraient raisonnablement appuyer une croyance selon laquelle l’autre personne a atteint l’âge légal, mais que des [TRADUCTION] « signaux d’alarme » donnant à penser

steps to ascertain the other person's age: see *Dragos*, at paras. 62-64 and 66. If the accused takes no such additional steps, then he or she may be found not to have satisfied the reasonable steps requirement. The requirement is thus an ongoing one.

[109] Reasonable steps need not be “active”: see *Dragos*, at para. 62; *Ghotra*, at paras. 105, 139 and 153. The line between active and passive steps is not always easily drawn and may amount to little more than semantics. Whether we characterize certain steps as “passive” or “active” is of no moment. In my view, there is no compelling reason, whether in a sting context or otherwise, for foreclosing the notion that arguably “passive” conduct — such as the receipt and consideration of unsolicited information — could provide information reasonably capable of supporting the accused's belief that the other person was of legal age.

[110] Further, Parliament has not required the accused to take “all” reasonable steps: see *Pengelly*, at para. 11; *Ghotra*, at para. 139. Accordingly, the accused is not required to exhaust all potential reasonable steps in order to invoke the defence. There is no magic number of steps that the accused must take. In some cases, a single, decisive step may suffice; in others, multiple steps may be required. As with all legal tests that apply across a broad range of factual circumstances, context is crucial.

[111] It is also worth emphasizing that the reasonable steps requirement should be applied with a healthy dose of common sense. Trial judges and juries should adopt a practical, common sense approach to the reasonable steps requirement, bearing in mind its overarching purpose: to bar an accused from raising a defence based on an asserted belief

que ce n'est pas le cas apparaissent subséquemment, l'accusé pourrait alors devoir prendre des mesures additionnelles pour s'assurer de l'âge de l'autre personne : voir *Dragos*, par. 62-64 et 66. Si l'accusé ne prend pas de telles mesures additionnelles, nous pourrions alors conclure qu'il ne s'est pas acquitté de son obligation de prendre des mesures raisonnables. L'obligation est donc continue.

[109] Les mesures raisonnables ne sont pas nécessairement des mesures [TRADUCTION] « actives » : voir *Dragos*, par. 62; *Ghotra*, par. 105, 139 et 153. Il n'est pas toujours facile d'établir la distinction entre une mesure active et une mesure passive, et cette distinction peut ne constituer guère plus qu'une question de sémantique. Que nous disions de certaines mesures qu'elles sont « passives » ou « actives » importe peu. À mon avis, aucune raison impérieuse ne commande de limiter, dans un contexte d'infiltration policière ou autre, la notion suivant laquelle les mesures que l'on pourrait qualifier de « passives » — comme la réception et l'examen de renseignements non sollicités — peuvent se solder par l'obtention de renseignements pouvant raisonnablement appuyer la croyance de l'accusé que l'autre personne avait atteint l'âge légal.

[110] En outre, le législateur n'a pas enjoint à l'accusé de prendre « toutes » les mesures raisonnables : voir *Pengelly*, par. 11; *Ghotra*, par. 139. Par conséquent, l'accusé n'a pas l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables possibles pour invoquer le moyen de défense. Il n'existe pas de nombre magique de mesures que l'accusé doit prendre. Dans certains cas, une seule mesure décisive pourra suffire; dans d'autres, de multiples mesures peuvent être nécessaires. Comme c'est le cas pour tous les critères juridiques qui s'appliquent à l'échelle d'un vaste ensemble de circonstances factuelles, le contexte est d'une importance capitale.

[111] Il convient aussi de mettre l'accent sur le fait que l'obligation de prendre des mesures raisonnables doit être appliquée avec une généreuse dose de bon sens. Les juges de première instance et les jurys doivent se pencher sur l'obligation de prendre des mesures raisonnables dans une démarche pratique et empreinte de bon sens, en gardant à l'esprit son

that is “entirely devoid of an objective evidentiary basis” (*Levigne*, at para. 31).

[112] Without purporting to offer an exhaustive list, reasonable steps may, depending on the circumstances, include: asking for the other person’s age and receiving a response that supports that accused’s asserted belief; noting the other person’s representation, whether solicited or unsolicited, that he or she is of legal age; asking for and receiving proof of identification indicating that the other person is of legal age; asking for and receiving a photograph or reviewing profile pictures suggesting the other person is of legal age; observing conduct or behaviour suggesting the other person is of legal age; choosing to communicate through a website that enforces age restrictions; and, in the case of a personal ad, including language indicating that the accused is looking to speak only with adults. The ultimate question is whether, in the totality of the circumstances, the accused’s steps to ascertain the other person’s age were sufficient to constitute “reasonable steps” — namely, those that provide information that is reasonably capable of supporting the accused’s belief that the other person was of legal age.

[113] In sum, the approach to assessing reasonable steps is a highly contextual one that accounts for the setting in which the communications take place: the Internet.

[114] To the extent that my colleague Justice Abella maintains that the reasonable steps requirement “may prove impossible to meet” (Abella J. reasons, at para. 196), I cannot agree. As I have explained, the words “reasonable steps” are to be given broad scope. As such, they come nowhere close to creating a “nearly insurmountable barrier to the accused’s ability to raise and defend his or her innocent belief”: Abella J.’s reasons, at para. 217. My colleague poses the question, “What steps can an accused possibly take on the Internet to reasonably

objectif premier : empêcher un accusé de soulever un moyen de défense fondé sur une allégation de croyances « dénuées de tout fondement probatoire objectif » (*Levigne*, par. 31).

[112] Sans prétendre que la liste ci-après est exhaustive, voici, selon les circonstances, des mesures raisonnables qui peuvent être prises : demander à l’autre personne son âge et recevoir une réponse qui appuie sa croyance alléguée; prendre note du fait que l’autre personne a été présentée comme ayant atteint l’âge légal ou non, que ce renseignement ait été sollicité ou non; demander et recevoir une preuve d’identité selon laquelle l’autre personne a atteint l’âge légal; demander et recevoir une photo donnant à penser que l’autre personne a atteint l’âge légal, ou examiner des photos de profil indiquant une telle chose; observer une conduite ou un comportement donnant à penser que l’autre personne a atteint l’âge légal; choisir de communiquer au moyen d’un site Web qui fait respecter les restrictions quant à l’âge; dans le cas d’une annonce personnelle, inclure des informations selon lesquelles on cherche uniquement à parler à des adultes. L’ultime question est de savoir si, selon toutes les circonstances, les mesures prises par l’accusé pour s’assurer de l’âge de l’autre personne étaient suffisantes pour constituer des « mesures raisonnables », à savoir des mesures appelant à l’obtention de renseignements pouvant raisonnablement appuyer la croyance de l’accusé que l’autre personne avait atteint l’âge légal.

[113] En somme, la méthode pour apprécier les mesures raisonnables dépend largement du contexte et tient compte du cadre dans lequel les communications ont lieu : Internet.

[114] Dans la mesure où ma collègue la juge Abella maintient qu’il « peut se révéler impossible » de satisfaire à l’obligation de prendre des mesures raisonnables (motifs de la juge Abella, par. 196), je ne puis être d’accord avec elle. Comme je l’ai expliqué, l’expression « mesures raisonnables » doit être interprétée dans son sens large. Ainsi, elle est bien loin de créer un « un obstacle quasiment infranchissable à la capacité de l’accusé d’invoquer en défense sa croyance de bonne foi » (motifs de la juge Abella, par. 217). Ma collègue pose la question suivante :

verify the communicant was not under the relevant age . . . ?”: para. 217. With respect, the answer is found above at paras. 105-12 of my reasons.

[115] Furthermore, I respectfully do not share my colleague’s concern that good faith communications aimed at ascertaining whether the other person is of legal age might themselves be found to constitute child luring: see paras. 222-23. To be captured under s. 172.1(1), the communication at issue must have been made *for the purpose of facilitating the commission of a designated secondary offence*. Good faith communications aimed at ascertaining whether the other person is of legal age fall outside the scope of this prohibition. To illustrate, a simple request for a photo, when taken as a precautionary measure for ensuring the other person is of legal age, would not be caught by s. 172.1(1) and may qualify as evidence of reasonable steps. By contrast, the same request, when made for the purpose of facilitating the commission of a designated secondary offence, would fall within the ambit of s. 172.1(1). While these two scenarios involve the same act, the different purposes for which the act is performed are worlds apart, and the evidence necessary to support an inference that the request was made to facilitate the commission of a designated secondary offence would be absent where the request was made in good faith.

[116] With all this in mind, the defence that the accused believed the other person was of legal age would operate in practice as follows:

- (1) First, in order to raise the defence, the accused bears the evidentiary burden of pointing to *some* evidence from which it may be found that he or she took reasonable steps and honestly believed the other person was of legal age: see *Levigne*, at para. 32(3). In other words, the accused must show that the defence has an “air of reality”.

« Quelles mesures un accusé peut-il possiblement prendre sur Internet pour s’assurer raisonnablement que l’interlocuteur avait atteint l’âge applicable [. . .]? » (motifs de la juge Abella, par. 217). En toute déférence, je suis d’avis que la réponse se trouve aux par. 105 à 112 de mes motifs.

[115] En outre, en toute déférence, je ne partage pas l’inquiétude de ma collègue pour qui les communications de bonne foi visant à vérifier si l’autre personne a atteint l’âge légal pourraient elles-mêmes être considérées comme constituant un leurre : voir les motifs de la juge Abella, par. 222-223. Pour être visée par le par. 172.1(1), la communication en cause doit avoir été établie *en vue de faciliter la perpétration d’une infraction secondaire énumérée*. Les communications de bonne foi visant à vérifier si l’autre personne a atteint l’âge légal ne sont pas visées par cette interdiction. Par exemple, si on demande simplement une photo par mesure de précaution pour s’assurer que l’autre personne a atteint l’âge légal, cette demande ne serait pas visée par le par. 172.1(1) et pourrait être considérée comme une preuve que l’accusé a pris des mesures raisonnables. En revanche, cette même demande, si elle est faite en vue de faciliter la perpétration d’une infraction secondaire énumérée, tomberait sous le coup du par. 172.1(1). Bien que ces deux scénarios illustrent la même action, les fins pour lesquelles cette action est menée sont complètement opposées, et la preuve nécessaire pour étayer une inférence que la demande a été faite en vue de faciliter la perpétration d’une infraction secondaire énumérée serait absente dans le cas où la demande serait faite de bonne foi.

[116] En gardant tous ces éléments à l’esprit, j’estime que le moyen de défense selon lequel l’accusé croyait que l’autre personne avait atteint l’âge légal fonctionnerait, en pratique, de la manière suivante :

- (1) Premièrement, pour que l’accusé puisse soulever le moyen de défense, il lui incombe de faire ressortir en preuve *certain*s éléments qui permettraient de conclure qu’il a pris des mesures raisonnables et qu’il croyait honnêtement que l’autre personne avait atteint l’âge légal : voir *Levigne*, par. 32(3). En d’autres termes, l’accusé doit démontrer que le moyen de défense est « vraisemblable ».

- (2) Second, if the accused discharges his or her evidentiary burden, the defence is left with the trier of fact, and the Crown then bears the persuasive burden of disproving the defence beyond a reasonable doubt: see *Levigne*, at para. 32(3). However, this does not mean that in order to obtain a conviction, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps.
- (3) Third, regardless of whether the defence can be considered, the trier of fact must ultimately determine whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. Thus, at the end of the day, whether the accused is convicted or acquitted does not hinge on whether the accused took reasonable steps; it hinges on whether the Crown can prove culpable belief beyond a reasonable doubt.
- (2) Deuxièmement, si l'accusé s'acquitte de son fardeau de présentation, le moyen de défense est soumis au juge des faits, et la Couronne a alors le fardeau de persuasion de réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense : voir *Levigne*, par. 32(3). Toutefois, cela ne signifie pas que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables.
- (3) Troisièmement, sans égard à la question de savoir si le moyen de défense peut être examiné, le juge des faits doit ultimement juger si la Couronne a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Ainsi, au bout du compte, le fait que l'accusé soit déclaré coupable ou acquitté ne dépend pas de la question de savoir s'il a pris des mesures raisonnables; cela repose sur celle de savoir si la Couronne peut prouver la croyance coupable hors de tout doute raisonnable.

[117] I will address each of these stages in turn.

[117] Je traiterai de ces étapes à tour de rôle.

- (b) *Step 1: Does the Defence Have an Air of Reality?*

- b) *La première étape : le moyen de défense est-il vraisemblable?*

[118] The first step is for the trial judge to determine whether there is an “air of reality” to the defence. A defence has an air of reality if a properly instructed jury acting reasonably could acquit the accused on the basis of the defence: see *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 2. If the defence has no air of reality — that is, there is no evidentiary basis on which the defence can rest — then it must not be left with the jury: see *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at pp. 126-27; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 648, per McLachlin J. (dissenting, but not on this point); *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at paras. 11-13.

[118] À la première étape, le juge du procès doit décider si le moyen de défense est « vraisemblable ». Un moyen de défense est vraisemblable s'il peut permettre à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement d'acquitter l'accusé : voir *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 2. Si le moyen de défense n'est pas vraisemblable, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe aucun fondement probatoire sur lequel le moyen de défense peut s'appuyer, il ne doit donc pas être soumis au jury : voir *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 126-127; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 648, la juge McLachlin (dissidente, mais non sur ce point); *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 11-13.

[119] In my view, the defence that the accused believed the other person was of legal age has an air of reality only if the trier of fact could find, on the evidence, that the accused took steps capable

[119] Selon moi, le moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal est vraisemblable uniquement si le juge des faits pouvait conclure, selon la preuve, que

of amounting to “reasonable steps” in the circumstances to ascertain the other person’s age and that the accused honestly believed the other person was of legal age. In other words, the accused will only meet the air of reality threshold if he or she can point to evidence capable of supporting findings that:

- (1) the accused took steps to ascertain the other person’s age;
- (2) those steps were reasonable; *and*
- (3) the accused honestly believed the other person was of legal age.

[120] In particular, this means that the defence of honest belief in legal age will not be in play if there is no evidence capable of satisfying the “reasonableness” requirement (2). If the accused cannot discharge this evidentiary burden, then the defence will not be left with the trier of fact. In those circumstances, in the context of a jury trial, the trial judge should provide a limiting instruction that because the accused failed to take reasonable steps to ascertain the other person’s age, the jury is precluded, as a matter of law, from considering the defence of honest belief in legal age. In that event, as described more fully under “Step 3” below, the sole question the jury must consider is whether — on the whole of the evidence, including the evidence relating to the accused’s failure to take reasonable steps — the Crown has established, beyond a reasonable doubt, that the accused believed the other person was underage.

[121] Where the accused has failed to point to any steps capable of amounting to reasonable steps in the circumstances, this may be a good indication that the accused believed the other person was underage or was wilfully blind as to whether the other person was underage. However, even if the defence lacks an air of reality, this is not necessarily determinative of the accused’s belief. The Crown continues to bear the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage.

l’accusé a pris des mesures pouvant constituer des « mesures raisonnables » dans les circonstances pour s’assurer de l’âge de l’autre personne et qu’il croyait honnêtement que l’autre personne avait atteint l’âge légal. En d’autres termes, l’accusé ne satisfera au critère de la vraisemblance que s’il peut produire des éléments de preuve pouvant appuyer des conclusions conformes à *tous* les points qui suivent :

- (1) l’accusé a pris des mesures pour s’assurer de l’âge de l’autre personne;
- (2) ces mesures étaient raisonnables;
- (3) l’accusé croyait honnêtement que l’autre personne avait atteint l’âge légal.

[120] En particulier, cela signifie que le moyen de défense de croyance honnête à l’âge légal n’entrera pas en jeu s’il n’existe pas de preuve susceptible de satisfaire à l’exigence du « caractère raisonnable » (2). Si l’accusé ne peut s’acquitter de ce fardeau de présentation, le moyen de défense ne sera pas soumis au juge des faits. Dans ces circonstances, dans le contexte d’un procès devant jury, le juge du procès devrait donner une directive restrictive selon laquelle, parce que l’accusé n’a pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne, le jury ne peut, en droit, tenir compte du moyen de défense de croyance honnête à l’âge légal. Dans ce cas, comme il est décrit plus en détail à la « troisième étape » ci-dessous, la seule question que le jury doit examiner est de savoir si — selon l’ensemble de la preuve, y compris les éléments de preuve relatifs au défaut de l’accusé de prendre des mesures raisonnables — la Couronne a établi, hors de tout doute raisonnable, que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé.

[121] Lorsque l’accusé n’a pas pu présenter quelque mesure que ce soit pouvant constituer une mesure raisonnable dans les circonstances, cela pourrait être un bon indice que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé ou qu’il avait fait preuve d’aveuglement volontaire quant à ce fait. Cependant, même si le moyen de défense n’est pas vraisemblable, cela n’est pas nécessairement déterminant de la croyance de l’accusé. Il incombe toujours à la Couronne de prouver hors de tout doute

Where the defence is unavailable, even though the trier of fact will be precluded from considering the defence, the evidence as a whole may leave gaps or weaknesses in the Crown's case that could give rise to a reasonable doubt as to whether the Crown has met its burden of showing that the accused believed the other person was underage.

[122] Conversely, if the trial judge determines that the defence has an air of reality, then it will be left with the trier of fact. Meeting this evidentiary burden does not require the accused to take the stand; the accused could instead point to evidence adduced by the Crown, such as the content of the relevant telecommunications or police interviews, demonstrating that there is an air of reality to the defence.

(c) *Step 2: Has the Crown Disproved the Defence?*

[123] If the accused discharges his or her evidentiary burden and the defence that the accused believed the other person was of legal age is left with the trier of fact, then the Crown bears the persuasive burden of disproving the defence: see *Levigne*, at para. 32(3); see also M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at p. 397. This means that in order to rebut the defence, which is one of honest belief in legal age, the Crown must disprove it beyond a reasonable doubt. However, it is important to understand the role played, and not played, by reasonable steps in this analysis.

[124] If the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps, then the accused will be barred from relying on the defence of honest belief in legal age. This is consistent with the wording of subs. (4), which uses the language “[i]t is not a defence”. Therefore, it is only the accused's ability to raise the defence that is affected where the Crown disproves reasonable steps. This does not relieve the Crown of its burden of proving

raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Lorsque ce moyen de défense ne peut pas être invoqué, même si le juge des faits n'aura pas la possibilité d'en tenir compte, l'ensemble de la preuve peut entraîner des lacunes ou des faiblesses dans le dossier de la Couronne qui pourraient soulever un doute raisonnable quant à savoir si la Couronne s'est acquittée de son fardeau de démontrer que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé.

[122] En revanche, si le juge du procès conclut que le moyen de défense est vraisemblable, celui-ci sera alors soumis au juge des faits. L'accusé n'aura pas nécessairement à témoigner pour s'acquitter de ce fardeau de présentation; il peut évoquer les éléments de preuve produits par la Couronne, comme le contenu des télécommunications pertinentes ou les interrogatoires de la police, qui démontrent que le moyen de défense est vraisemblable.

c) *La deuxième étape : la Couronne a-t-elle réfuté le moyen de défense?*

[123] Si l'accusé s'acquitte de son fardeau de présentation et que le moyen de défense selon lequel il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal est soumis au juge des faits, la Couronne a alors le fardeau de persuasion de réfuter le moyen de défense : voir *Levigne*, par. 32(3); voir aussi M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 397. Suivant cette exigence, pour renverser le moyen de défense — celui de la croyance honnête à l'âge légal —, la Couronne doit le réfuter hors de tout doute raisonnable. Toutefois, il est important de comprendre l'incidence qu'ont les mesures raisonnables sur cette analyse ainsi que celle qu'elles n'ont pas.

[124] Si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables, ce dernier ne pourra pas invoquer le moyen de défense de la croyance honnête à l'âge légal. Ceci est conforme au libellé du par. (4), qui utilise l'expression « ne constitue un moyen de défense ». Par conséquent, seule la capacité de l'accusé de soulever le moyen de défense est touchée lorsque la Couronne réfute la prise de mesures

beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage.

[125] Conversely, if the Crown cannot disprove reasonable steps beyond a reasonable doubt, then the accused can raise the defence of honest belief in legal age. However, even where the defence is in play, the Crown will still obtain a conviction if it proves beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. In other words, the Crown is not required to disprove reasonable steps beyond a reasonable doubt to obtain a conviction.

[126] Thus, put simply, whether the accused is convicted or acquitted does not hinge on whether the accused took reasonable steps; it hinges on whether the Crown can prove the accused's belief beyond a reasonable doubt. The presence or absence of reasonable steps is not essential for either conviction or acquittal — in short, it is not the “be-all and end-all”. Instead, the reasonable steps requirement is simply a threshold requirement for raising the defence of honest belief in legal age. That is, it limits a defence that, if believed or found to raise a reasonable doubt, would entitle the accused to an acquittal. Without s. 172.1(4), the defence of honest belief in legal age could be relied upon regardless of whether the accused took reasonable steps.

[127] To illustrate how these principles would apply in practice, if the Crown fails to disprove reasonable steps, then the defence is available to the accused and the trier of fact may — or may not — infer from the evidence, including the evidence of reasonable steps, that the accused believed the other person was of legal age. The mere failure to disprove reasonable steps does not, however, guarantee that the defence of honest belief in legal age will succeed. This is because the trier of fact may disbelieve the accused based on credibility findings or based on

raisonnables, ce qui n'allège pas le fardeau lui incombant de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé.

[125] En revanche, si la Couronne ne peut pas réfuter la prise de mesures raisonnables hors de tout doute raisonnable, l'accusé peut invoquer le moyen de défense de croyance honnête à l'âge légal. Cependant, même lorsque le moyen de défense est en jeu, la Couronne obtiendra quand même une déclaration de culpabilité si elle prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. En d'autres termes, la Couronne n'est pas tenue de réfuter la prise de mesures raisonnables hors de tout doute raisonnable pour obtenir une déclaration de culpabilité.

[126] Ainsi, en termes simples, le fait que l'accusé soit déclaré coupable ou soit acquitté ne dépend pas de la question de savoir s'il a pris des mesures raisonnables, mais bien de savoir si la Couronne peut prouver la croyance de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Que des mesures raisonnables soient prises ou non n'est pas essentiel pour que l'accusé soit déclaré coupable ou acquitté; bref, ce n'est pas la panacée. Plutôt, l'exigence des mesures raisonnables n'est que la condition préalable pour que soit soulevé le moyen de défense de la croyance honnête à l'âge légal. Pour ainsi dire, elle limite un moyen de défense qui, si on y ajoutait foi ou s'il soulevait un doute raisonnable, justifierait l'acquiescement de l'accusé. Sans le par. 172.1(4), il serait possible d'invoquer le moyen de défense de croyance honnête à l'âge légal, que l'accusé ait pris ou non des mesures raisonnables.

[127] Pour illustrer la façon dont ces principes s'appliqueraient dans la pratique, si la Couronne ne parvient pas à réfuter la prise de mesures raisonnables, ce moyen de défense est alors à la disposition de l'accusé, et le juge des faits peut — ou non — inférer de la preuve, y compris des éléments de preuve relatifs aux mesures raisonnables, que l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal. Le simple fait de ne pas réfuter la prise de mesures raisonnables ne garantit pas, cependant, que le moyen de défense de la croyance honnête à l'âge

a consideration of the totality of the evidence. For example, where the accused has taken reasonable steps, but the evidence shows that the accused made statements to a third party that he or she was in a relationship with a 14-year-old, the Crown may well succeed in establishing that the accused had the requisite belief to sustain a conviction.

[128] By contrast, if the Crown does succeed in disproving reasonable steps, then the defence of honest belief in legal age will fail. In that event, in the context of a jury trial, the trial judge should provide the limiting instruction set out at para. 120 above.

- (d) *Step 3: Has the Crown Proven That the Accused Believed the Other Person Was Underage?*

[129] As explained above, where the Crown establishes that the accused failed to take reasonable steps, s. 172.1(4) bars accused persons from raising, as a defence, that they believed the other person was of legal age. But a conviction cannot rest *solely* on this basis; without the presumption under subs. (3), the reasonable steps requirement under subs. (4) does not provide an independent pathway to conviction. Therefore, the inquiry does not end if and when the Crown establishes that the accused did not take reasonable steps. Instead, the trier of fact would then be required to consider the whole of the evidence, including the evidence relating to the accused's failure to take reasonable steps, not to reintroduce the defence of honest belief in legal age, but in determining whether the Crown has discharged its legal burden of establishing that the accused *believed* the other person was *underage*. Only if that element is proven can a conviction be entered.

[130] With this in mind, where an accused has failed to take reasonable steps, the trial judge must

légal sera retenu. En effet, le juge des faits peut ne pas croire l'accusé en se fondant sur des conclusions quant à la crédibilité ou sur l'examen de l'ensemble de la preuve. Par exemple, lorsque l'accusé a pris des mesures raisonnables, mais que la preuve démontre qu'il a déclaré à un tiers être en relation avec une personne de 14 ans, la Couronne pourrait bien réussir à établir que l'accusé avait la croyance nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité.

[128] En revanche, si la Couronne réussit à réfuter la prise de mesures raisonnables, le moyen de défense de la croyance honnête à l'âge légal échouera. Dans ce cas, dans le contexte d'un procès devant jury, le juge du procès devrait donner la directive restrictive énoncée au par. 120, ci-dessus.

- d) *La troisième étape : la Couronne a-t-elle prouvé que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé?*

[129] Comme il a été expliqué précédemment, lorsque la Couronne établit que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables, le par. 172.1(4) empêche les personnes accusées de soulever, à titre de moyen de défense, le fait qu'elles croyaient que l'autre personne avait atteint l'âge légal. Toutefois, une déclaration de culpabilité ne peut pas reposer *uniquement* sur ce fondement; en l'absence de la présomption établie au par. (3), l'obligation de prendre des mesures raisonnables prévue au par. (4) n'ouvre pas à elle seule la voie à une déclaration de culpabilité. Par conséquent, l'analyse ne prend pas fin dès lors que la Couronne établit que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables. Le juge des faits devra plutôt examiner l'ensemble de la preuve, y compris les éléments de preuve relatifs au défaut de l'accusé de prendre des mesures raisonnables, non pas en vue de soulever de nouveau le moyen de défense de la croyance honnête à l'âge légal, mais bien pour juger si la Couronne s'est acquittée de son fardeau consistant à établir que l'accusé *croyait* que l'autre personne n'avait *pas atteint l'âge fixé*. Ce n'est que si cet élément est établi qu'une déclaration de culpabilité peut être inscrite.

[130] Cela étant posé, lorsque l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, le juge de première

instruct the jury that the accused's evidence that he or she believed the other person was of legal age *cannot* be considered in determining whether the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt. This instruction is essential — it guards against the risk that an acquittal may result based on an assertion that is devoid of any objective basis in the evidence. Thus, put simply, where reasonable steps have not been taken, an accused's evidence that he or she believed the other person was of legal age is without any value, and the jury cannot rely on that evidence when assessing the strength of the Crown's case.

[131] There are circumstances in which, despite the absence of reasonable steps, the Crown may nonetheless fail to prove beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. For example, the trier of fact may determine that the accused was merely aware of a risk that the other person was underage (i.e., was reckless), or was merely negligent. Neither of these findings could ground a conviction.

[132] Equally, there are circumstances in which, despite the reasonable steps requirement having been satisfied, the Crown may still succeed in proving beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. For example, as illustrated above, there may be evidence that the accused made statements to a third party that indicate he or she had the belief necessary to sustain a conviction.

[133] In sum, it is the third step in the analysis — whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage — that is the question of ultimate consequence.

E. *Application and Remedy*

[134] Having outlined the proper approach to interpreting and applying s. 172.1 in the absence of the

instance doit donner comme directive au jury *de ne pas* prendre en compte la preuve de l'accusé tendant à montrer qu'il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal pour décider si la Couronne a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cette directive est essentielle : elle permet d'éviter le risque qu'un acquittement soit prononcé sur la foi d'une affirmation dénuée de tout fondement probatoire objectif. Par conséquent, en clair, dans les cas où l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, la preuve selon laquelle ce dernier croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal n'a aucune valeur, et le jury ne peut s'en servir pour évaluer la solidité de la preuve de la Couronne.

[131] Il existe des circonstances dans lesquelles, malgré l'absence de mesures raisonnables, la Couronne peut néanmoins échouer à établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Par exemple, le juge des faits peut conclure que l'accusé avait simplement connaissance du risque que l'autre personne n'ait pas atteint l'âge fixé (c'est-à-dire, que l'accusé a fait preuve d'insouciance), ou qu'il était simplement négligent. Une déclaration de culpabilité ne peut s'appuyer sur ni l'une ni l'autre de ces conclusions.

[132] De même, il y a des circonstances dans lesquelles, même s'il est satisfait à l'exigence relative aux mesures raisonnables, la Couronne peut toujours réussir à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Par exemple, comme il a été précédemment illustré, il peut y avoir des éléments de preuve selon lesquels l'accusé a fait des déclarations à un tiers qui indiquent qu'il avait la croyance nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité.

[133] Bref, c'est la troisième étape de l'analyse — la question de savoir si la Couronne a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé — qui entraîne la conséquence ultime.

E. *Application et réparation*

[134] Après cette description de l'approche qu'il convient d'adopter en ce qui a trait à l'interprétation

presumption under s. 172.1(3), I return to Mr. Morrison's case.

[135] As indicated, although the trial judge was left with a reasonable doubt as to whether Mr. Morrison believed "Mia" was under the age of 16, he nonetheless convicted Mr. Morrison on the basis that he failed to take reasonable steps. However, as I have pointed out, this conclusion was legally unsound. A failure to take reasonable steps does not constitute an independent pathway to conviction in the absence of the presumption under subs. (3). To support a conviction, the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that Mr. Morrison believed "Mia" was under 16. The trial judge found that it did not. Accordingly, Mr. Morrison's conviction cannot stand.

[136] This leaves the question of remedy — namely, whether Mr. Morrison is entitled to an acquittal or instead must face a new trial, should the Crown choose to retry him.³ For reasons that follow, I would order a new trial, despite the trial judge's finding that the evidence was "sufficient, if barely so, to inspire a reasonable doubt concerning [Mr. Morrison's] subjective belief regarding the age of the person with whom he was communicating": 2015 ONCJ 599, at para. 28.

[137] As I have explained, the trial judge proceeded on the erroneous understanding that Mr. Morrison could be convicted on the basis that he failed to take reasonable steps. The legal framework the trial judge applied was therefore incorrect. It follows, in my

³ Technically, there is a third option: Mr. Morrison's conviction could be upheld on the basis of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. However, I am of the view that it would be inappropriate to do so here, as the Crown has not requested that this Court apply the curative proviso and Mr. Morrison has not had the opportunity to make submissions based on how the correct legal framework should be applied to his case.

et à l'application de l'art. 172.1 en l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), je reviens au dossier de M. Morrison.

[135] Comme il a été mentionné, malgré le doute raisonnable qui subsistait dans son esprit quant à savoir si M. Morrison croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans, le juge du procès a néanmoins déclaré M. Morrison coupable au motif que ce dernier avait omis de prendre des mesures raisonnables. Cependant, comme je l'ai signalé, cette conclusion n'était pas valide en droit. Le défaut de prendre des mesures raisonnables ne constitue pas une voie indépendante pouvant conduire à la déclaration de culpabilité en l'absence de la présomption établie au par. (3). Pour appuyer une déclaration de culpabilité, la Couronne devait prouver, hors de tout doute raisonnable, que M. Morrison croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans, ce qu'elle n'a pas fait, selon le juge du procès. La déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de M. Morrison ne peut donc pas être maintenue.

[136] Il reste donc à trancher la question de la réparation, c'est-à-dire celle de savoir si M. Morrison a droit à un acquittement ou s'il doit subir un nouveau procès, dans l'éventualité où la Couronne opte pour une telle solution³. Pour les motifs qui suivent, j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès, et ce, même si le juge du procès a conclu que la preuve était [TRADUCTION] « suffisante, quoiqu'à peine, pour susciter un doute raisonnable concernant la croyance subjective [de M. Morrison] concernant l'âge de la personne avec qui il communiquait » : 2015 ONCJ 599, par. 28.

[137] Comme je l'ai expliqué, le juge du procès est allé de l'avant en se fondant sur l'interprétation erronée qu'il avait selon laquelle M. Morrison pouvait être déclaré coupable au motif qu'il avait omis de prendre des mesures raisonnables. Le cadre

³ Il existe, en fait, une troisième solution : la déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de M. Morrison pourrait être maintenue au titre du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Cependant, je suis d'avis que cette solution serait inappropriée en l'espèce, étant donné que la Couronne n'a pas demandé à la Cour d'appliquer la disposition réparatrice et que M. Morrison n'a pas eu la possibilité de présenter des observations fondées sur la façon dont le bon cadre juridique devrait être appliqué à sa cause.

view, that his conclusion that he was left with a reasonable doubt as to whether Mr. Morrison believed “Mia” was under 16 — a conclusion that would ordinarily result in an acquittal — must be treated with considerable caution, as it may well have been tainted by his erroneous understanding that a conviction could still be entered on another basis. This concern is a very real one here because, as I will explain, the trial judge’s finding that Mr. Morrison was “indifferent” as to “Mia’s” age was not only unsupported by any objective evidence; it also ran contrary to Mr. Morrison’s sworn testimony, the sole basis for the trial judge’s conclusion.

[138] In his reasons, the trial judge observed that Mr. Morrison’s “stated assumption that he was dealing with an adult determined to remain in character” was “an assumption without any supporting foundation”: para. 23 (emphasis added). He further acknowledged that Mr. Morrison’s testimony in this regard was the “only thing standing in the way” of finding that he believed “Mia” was underage: para. 24 (emphasis added). The remainder of the evidence “suggest[ed] that Morrison believed he was in fact communicating with a fourteen-year-old female”: para. 23.

[139] Despite having made these observations, the trial judge nevertheless went on to conclude, based solely on Mr. Morrison’s unsupported testimony, that Mr. Morrison was “indifferent” to “Mia’s” age, in the sense of “simply not turning his mind to the question in any meaningful way”: paras. 26-27. As such, he was left in a state of reasonable doubt as to Mr. Morrison’s belief: paras. 27-28.

[140] The trial judge’s crucial finding that Mr. Morrison was indifferent to “Mia’s” age had no basis in Mr. Morrison’s testimony, the sole evidence

juridique appliqué par le juge du procès était donc incorrect. Selon moi, il s’ensuit que sa conclusion selon laquelle il subsistait chez lui un doute raisonnable quant à savoir si M. Morrison croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans — une conclusion qui se solderait en temps normal par un acquittement — doit être traitée avec une prudence considérable, puisqu’elle pourrait bien avoir été viciée par son interprétation erronée du droit quant à la possibilité qu’une déclaration de culpabilité puisse néanmoins être inscrite pour un autre motif. Cette préoccupation est bien réelle en l’espèce, car, comme je l’expliquerai plus loin, non seulement la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Morrison avait fait preuve [TRADUCTION] « d’indifférence » à l’égard de l’âge de « Mia » reposait-elle sur aucun élément de preuve objectif, mais elle allait aussi à l’encontre du témoignage sous serment de M. Morrison, qui constituait la seule assise à la conclusion du juge du procès.

[138] Dans ses motifs, le juge du procès a fait remarquer que [TRADUCTION] « la supposition formulée par [M. Morrison] selon laquelle il avait affaire à une adulte déterminée à demeurer dans son personnage » n’était « aucunement fondée » : par. 23 (je souligne). Il a aussi reconnu que le témoignage de M. Morrison à cet égard était la « seule chose faisant obstacle » à la conclusion portant que ce dernier croyait que « Mia » n’avait pas atteint l’âge fixé : par. 24 (je souligne). Le reste de la preuve « donn[ait] à penser que [M.] Morrison croyait qu’il communiquait effectivement avec une personne de sexe féminin âgée de quatorze ans » : par. 23.

[139] Bien qu’il ait formulé ces observations, le juge du procès a néanmoins conclu, en se fondant uniquement sur le témoignage non étayé de M. Morrison, que ce dernier avait fait preuve [TRADUCTION] « d’indifférence » à l’égard de l’âge de « Mia », en ce sens qu’il « ne s’était tout simplement jamais penché sur la question avec sérieux » : par. 26-27. Par conséquent, il subsistait chez lui un doute raisonnable quant à la croyance de M. Morrison : par. 27-28.

[140] La conclusion fondamentale du juge du procès portant que M. Morrison avait fait preuve d’indifférence à l’égard de l’âge de « Mia » ne

upon which he purported to rely. At no point did Mr. Morrison testify that he did not turn his mind to “Mia’s” age. Nor did he make any concession to that effect in cross-examination. Mr. Morrison consistently affirmed that he believed “Mia” was an adult woman — a belief that the trial judge found to be without any supporting foundation. Thus, in concluding that Mr. Morrison was indifferent to “Mia’s” age, the trial judge not only relied exclusively on evidence he found to be unsupported; he used that evidence to ground a conclusion it could not logically sustain and, in fact, directly contradicted. In determining the appropriate remedy, this gap in logic cannot be overlooked.

[141] If this were a situation in which the Crown’s case was weak, an order for a new trial would arguably be unwarranted. But here, the Crown’s case was anything but weak. Without commenting further on the matter, I note that the record discloses evidence strongly indicating that a trier of fact could find beyond a reasonable doubt that Mr. Morrison believed “Mia” was underage or was wilfully blind as to whether she was underage. For example, as detailed in paras. 19-24 above:

- “Mia” indicated on numerous occasions that she was 14 years old.
- She used language and discussed topics consistent with her represented age.
- Mr. Morrison offered to pick “Mia” up near her school to engage in sexual activity.
- Upon arrest, Mr. Morrison made several statements that could reasonably be interpreted as demonstrating that he believed “Mia” was underage.

trouvait aucun fondement dans le témoignage de M. Morrison, soit le seul élément de preuve sur lequel il a dit s’être fondé. Monsieur Morrison n’a en aucun temps, lors de son témoignage, affirmé ne pas s’être attardé à l’âge de « Mia ». Il n’a pas non plus fait de concessions en ce sens en contre-interrogatoire. Monsieur Morrison a constamment affirmé qu’il croyait que « Mia » était une adulte, et le juge du procès a conclu que cette croyance était dépourvue de fondement. Donc, en concluant que M. Morrison avait fait preuve d’indifférence à l’égard de l’âge de « Mia », non seulement le juge du procès s’est fondé exclusivement sur une preuve qui, d’après lui, n’était pas étayée, mais il s’est servi de cette preuve comme fondement d’une conclusion qu’elle ne pouvait pas, en toute logique, soutenir et que, dans les faits, elle contredisait directement. Il est impossible de faire fi de cette lacune en matière de logique lorsque vient le temps d’établir la réparation appropriée.

[141] S’il s’agissait d’une situation dans laquelle le dossier de la Couronne était faible, on pourrait prétendre qu’il ne serait pas justifié d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Toutefois, le dossier de la Couronne en l’espèce était tout sauf faible. Je remarque, sans en dire davantage, que le dossier révèle une preuve indiquant fortement qu’un juge des faits pourrait conclure, hors de tout doute raisonnable, que M. Morrison croyait que « Mia » n’avait pas atteint l’âge fixé ou qu’il avait fait preuve d’aveuglement volontaire quant à cette question. À titre d’exemple, comme il est mentionné aux par. 19-24 ci-dessus :

- « Mia » a mentionné à de nombreuses reprises qu’elle était âgée de 14 ans.
- Elle utilisait un langage et discutait de sujets qui correspondaient à celui des jeunes de cet âge.
- Monsieur Morrison a offert d’aller chercher « Mia » près de son école pour qu’ils se livrent à des actes sexuels.
- Une fois arrêté, M. Morrison a formulé plusieurs déclarations qui pourraient raisonnablement être interprétées comme démontrant qu’il croyait que « Mia » n’avait pas atteint l’âge fixé.

- In cross-examination, Mr. Morrison admitted that the requirement that users must indicate that they are over 18 years old in order to access the relevant section of Craigslist is effectively useless.
- Mr. Morrison further admitted that he asked “Mia” for a photo to assess her level of attractiveness, not to determine her age.
- En contre-interrogatoire, M. Morrison a admis que l’obligation pour les usagers de la partie du site de Craigslist qui est en cause d’indiquer qu’ils sont âgés de plus de 18 ans afin d’y avoir accès est en réalité inutile.
- Monsieur Morrison a aussi reconnu qu’il avait demandé à « Mia » de lui donner une photo pour apprécier sa beauté, et non pour déterminer son âge.

[142] For these reasons, considerations of fairness — including fairness to the public and the integrity of the justice system — favour a new trial, one that is conducted using a correct legal framework. Accordingly, I would order a new trial.

[142] Pour ces motifs, les considérations relatives à l’équité — dont l’équité envers le public et l’intégrité du système de justice — favorisent la tenue d’un nouveau procès, lequel devra se dérouler conformément au bon cadre juridique. Par conséquent, j’ordonnerais la tenue d’un nouveau procès.

F. *The One-Year Mandatory Minimum Sentence Under Section 172.1(2)(a)*

F. *La peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an prévue à l’al. 172.1(2)a)*

[143] Finally, Mr. Morrison challenges the mandatory minimum sentence of one year’s imprisonment under s. 172.1(2)(a) as infringing the right not to be subjected to cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*. There is a high bar to establishing cruel and unusual punishment under s. 12: *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 39; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 24. A mandatory minimum sentence infringes s. 12 if it imposes a grossly disproportionate sentence — that is, a sentence that is “so excessive as to outrage standards of decency” and “abhorrent or intolerable” to society, but not one that is merely excessive: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072, citing *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 688; *Lloyd*, at para. 24, citing *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 26.

[143] Enfin, M. Morrison conteste la peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an prévue à l’al. 172.1(2)a), au motif qu’elle porte atteinte au droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées que lui garantit l’art. 12 de la *Charte*. La barre est haute lorsqu’il s’agit d’établir qu’une peine est cruelle et inusitée pour l’application de l’art. 12 : *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 39; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 24. Une peine minimale obligatoire contrevient à l’art. 12 si elle inflige une peine exagérément disproportionnée — c’est-à-dire une peine qui est « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine », de même qu’« odieuse ou intolérable » socialement. Il ne s’agit pas d’une peine qui est simplement excessive : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072, citant *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 688; *Lloyd*, par. 24, citant *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 26.

[144] As this Court articulated in *Nur*, two questions arise when a mandatory minimum is challenged under s. 12. First, the court must assess whether the provision results in a grossly disproportionate sentence when applied to the offender before the court. If it does not, the second question is whether the

[144] Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Nur*, deux questions se posent lorsqu’une peine minimale obligatoire est contestée sur le fondement de l’art. 12. Premièrement, le tribunal doit se demander si la disposition a pour effet d’infliger une peine exagérément disproportionnée dans le cas du délinquant

provision's reasonably foreseeable applications will impose grossly disproportionate sentences on other offenders: see para. 77.

[145] In my view, it would be unwise to rule on the constitutional validity of the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) in this appeal. The courts below proceeded on the mistaken understanding that Mr. Morrison could be convicted on the basis of mere negligence — that is, his failure to take reasonable steps — and their conclusions on the s. 12 issue rested, at least in part, on this mistaken understanding: see 2015 ONCJ 598, at paras. 70, 72, 91 and 93-94; C.A. reasons, at paras. 121 and 131-34. Similarly, the four-month sentence imposed by the trial judge was influenced by his mistaken understanding that s. 172.1(4) can be read so as to allow for a conviction absent proof of subjective *mens rea*. I would also note that the parties did not have the opportunity to make submissions on the constitutionality of the mandatory minimum with the benefit of a clear statement from this Court as to the *mens rea* required for a conviction. In these circumstances, any final determination of the s. 12 issue is best left to the trial judge at the new trial, should Mr. Morrison be convicted again.

[146] I would, however, offer the following comments. On the one hand, several features of s. 172.1 suggest that the mandatory minimum under subs. (2)(a) is, at the very least, constitutionally suspect. Subsection 172.1(2) “casts its net over a wide range of potential conduct”, making it potentially vulnerable to constitutional challenge given the range of reasonably foreseeable applications of the mandatory minimum: *Nur*, at para. 82; *Lloyd*, at para. 35. The mandatory minimum attaches to any offence committed under s. 172.1(1), and these offences vary in a number of respects. They include child luring in the context of communications with a person who is, or who the accused believes is, of various ages — less than 18 years old under s. 172.1(1)(a),

qui se trouve devant lui. Dans la négative, le tribunal doit ensuite se demander si les applications raisonnablement prévisibles de la disposition infligeront à d'autres délinquants des peines exagérément disproportionnées : voir par. 77.

[145] À mon sens, il serait peu judicieux de statuer sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a) dans le cadre du présent pourvoi. Les cours de juridictions inférieures sont parties du principe erroné que M. Morrison pouvait être déclaré coupable sur le fondement d'une simple négligence, c'est-à-dire son défaut de prendre des mesures raisonnables, et leurs conclusions sur la question de l'art. 12 reposaient, du moins en partie, sur ce raisonnement erroné : voir 2015 ONCJ 598, par. 70, 72, 91 et 93-94, motifs de la C.A., par. 121 et 131-134. De même, la décision du juge du procès d'infliger une peine de quatre mois a été influencée par le fait que ce dernier croyait à tort que le par. 172.1(4) pouvait être interprété de façon à permettre une déclaration de culpabilité en l'absence de la preuve de la *mens rea* subjective. Je souligne également que les parties n'ont pas eu l'occasion de présenter des observations sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire en disposant d'un énoncé clair de la Cour quant à la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité. Dans ces circonstances, il vaut mieux laisser au juge président le nouveau procès le soin de trancher définitivement la question de l'art. 12, dans le cas où M. Morrison serait à nouveau déclaré coupable.

[146] Toutefois, j'aimerais formuler les commentaires suivants. D'une part, plusieurs aspects de l'art. 172.1 semblent, à tout le moins, jeter un doute sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. (2)a). Le paragraphe 172.1(2) « s'applique à une vaste gamme de comportements potentiels », ce qui le rend potentiellement vulnérable sur le plan constitutionnel, compte tenu de l'éventail d'applications raisonnablement prévisibles de la peine minimale obligatoire : *Nur*, par. 82; *Lloyd*, par. 35. La peine minimale obligatoire se rattache à toutes les infractions prévues au par. 172.1(1), et celles-ci varient à un certain nombre d'égards. Elles comprennent le leurre dans le contexte de communications avec des personnes d'âges variés ou que

less than 16 under s. 172.1(1)(b), and less than 14 under s. 172.1(1)(c). Moreover, s. 172.1's scope encompasses situations potentially ranging from a single text message sent by a 21-year-old young adult to a 15-year-old adolescent, to those involving numerous conversations taking place over weeks or months between a middle-aged mature adult and a 13-year-old child.

[147] Subsection 172.1(1) also criminalizes communications sent for the purpose of facilitating a wide array of designated secondary offences. These include, among others, sexual interference with a person under 16 (s. 151), sexual exploitation (s. 153(1)), incest (s. 155), bestiality in the presence of a person under 16 (s. 160(3)), exposure of genitals to a person under 16 (s. 173(2)), aggravated sexual assault (s. 273), and abduction (ss. 280 and 281). The secondary offences vary in terms of their gravity, as evidenced by the fact that Parliament has assigned markedly different sentencing ranges to different offences within this list. For example, a conviction for aggravated sexual assault against a person under 16 carries with it a mandatory minimum of five years' imprisonment and a maximum penalty of lifetime imprisonment (s. 273(2)(a.2)). By contrast, a conviction for exposure of genitals to a person under 16 carries with it a mandatory minimum of 90 days' imprisonment and a maximum of two years' imprisonment where the Crown proceeds by way of indictment (s. 173(2)(a)) and a mandatory minimum of 30 days' imprisonment and a maximum of six months' imprisonment where the Crown proceeds summarily (s. 173(2)(b)) — these two mandatory minimums are in fact less strict than those established under s. 172.1(2). And certain designated secondary offences carry no mandatory minimum at all.

[148] As this brief overview demonstrates, there is considerable variation in terms of the conduct and circumstances that may be caught by s. 172.1(1). Yet, despite this variation, Parliament has not included

l'accusé croit telles — moins de 18 ans dans le cas de l'al. 172.1(1)a), moins de 16 ans dans le cas de l'al. b), et moins de 14 ans dans le cas de l'al. c). En outre, la portée de l'art. 172.1 englobe différentes situations, lesquelles peuvent aller d'un seul message texte envoyé par un jeune adulte de 21 ans à un adolescent de 15 ans aux nombreuses conversations qui durent des semaines ou des mois entre un adulte d'âge mûr et un enfant de 13 ans.

[147] Le paragraphe 172.1(1) criminalise également les communications envoyées en vue de faciliter la perpétration d'un large éventail d'infractions secondaires énumérées. Il s'agit notamment des contacts sexuels avec une personne âgée de moins de 16 ans (art. 151), de l'exploitation sexuelle (par. 153(1)), de l'inceste (art. 155), de la bestialité en présence d'une personne âgée de moins de 16 ans (par. 160(3)), de l'exhibitionnisme devant une personne âgée de moins de 16 ans (par. 173(2)), de l'agression sexuelle grave (art. 273) et de l'enlèvement (art. 280 et 281). La gravité des infractions secondaires diffère, comme le démontre la grande variété de peines que le législateur a prévu pour les diverses infractions figurant sur cette liste. Par exemple, une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle grave sur une personne âgée de moins de 16 ans emporte une peine d'emprisonnement minimale obligatoire de cinq ans et une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité (al. 273(2)a.2)). En revanche, une déclaration de culpabilité pour exhibitionnisme devant une personne âgée de moins de 16 ans emporte une peine d'emprisonnement minimale obligatoire de 90 jours et une peine d'emprisonnement maximale de deux ans lorsque la Couronne procède par mise en accusation (al. 173(2)a)), ainsi qu'une peine d'emprisonnement minimale obligatoire de 30 jours et une peine d'emprisonnement maximale de six mois lorsque la Couronne opte pour la procédure sommaire (al. 173(2)b)) — ces deux peines minimales obligatoires étant moins strictes que celles prévues au par. 172.1(2). De plus, certaines infractions secondaires énumérées ne sont assorties d'aucune peine minimale obligatoire.

[148] Comme le démontre cet aperçu, le comportement et les circonstances que vise le par. 172.1(1) varient considérablement. Pourtant, malgré cette variation, le législateur n'a pas prévu de « mécanisme »

a “safety valve” in the provision that would allow judges to exempt outlier cases where a significantly lower sentence might be appropriate, making the mandatory minimum provision vulnerable to constitutional challenge: see *Lloyd*, at para. 36.

[149] Moreover, the fact that child luring is a hybrid offence may present additional concerns from a s. 12 perspective. If the Crown proceeds by way of indictment, then the mandatory minimum is one year’s imprisonment (s. 172.1(2)(a)). If, however, the Crown proceeds summarily, then the mandatory minimum is six months’ imprisonment (s. 172.1(2)(b)). By creating a hybrid offence, Parliament has acknowledged that the offence can occur in circumstances where considerably lower sentences are appropriate.⁴

[150] Importantly, in *Nur*, a majority of this Court rejected the argument that in determining whether a mandatory minimum is grossly disproportionate, a court should take into account the prosecutor’s discretion to proceed summarily rather than by way of indictment, thereby avoiding the mandatory minimum attaching to the latter form of proceeding: see paras. 85-86 and 92. Accordingly, based on this Court’s jurisprudence, it is not open to a court to assume that the Crown will seek the higher mandatory minimum only where proceeding summarily would be inappropriate in light of the gravity of the conduct alleged.

[151] From a s. 12 perspective, then, hybrid offences raise the following key concern: If we assume — as Parliament evidently did — that the sentencing floor embodied by the summary conviction mandatory minimum represents a fit sentence in at least *some* reasonably foreseeable cases, and this Court

⁴ Before it was amended in July 2015, and at the time Mr. Morrison was charged, s. 172.1(2)(b) prescribed a mandatory minimum of 90 days’ imprisonment and a maximum of 18 months’ imprisonment where the Crown proceeded summarily. At that time, s. 172.1(2)(a) provided for a minimum of one year’s imprisonment and a maximum of ten years’ imprisonment if the Crown proceeded by way of indictment.

dans la disposition qui permettrait aux juges d’écarter la peine minimale obligatoire dans certains cas précis où une peine nettement moindre conviendrait mieux, rendant ainsi la disposition sur la peine minimale obligatoire vulnérable sur le plan constitutionnel : voir *Lloyd*, par. 36.

[149] De plus, le fait que le leurre soit une infraction mixte peut susciter d’autres préoccupations au regard de l’art. 12. Si la Couronne procède par mise en accusation, la peine d’emprisonnement minimale obligatoire est d’un an (al. 172.1(2)a)). Toutefois, si elle opte pour la procédure sommaire, la peine d’emprisonnement minimale obligatoire est de six mois (al. 172.1(2)b)). En créant une infraction mixte, le législateur a reconnu que les circonstances de l’infraction peuvent commander une peine nettement moindre⁴.

[150] Il est important de souligner que, dans l’arrêt *Nur*, les juges majoritaires de la Cour ont rejeté l’argument selon lequel, lorsqu’il examine la question de savoir si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée, le tribunal devrait tenir compte du pouvoir discrétionnaire du poursuivant de procéder par voie sommaire plutôt que par mise en accusation, pour ainsi éviter la peine minimale obligatoire associée à ce dernier mode de poursuite : voir par. 85-86 et 92. Par conséquent, au vu de la jurisprudence de la Cour, le tribunal ne peut présumer que la Couronne cherchera à obtenir la peine minimale obligatoire la plus sévère uniquement lorsqu’il serait inadéquat d’opter pour la procédure sommaire, compte tenu de la gravité du comportement reproché.

[151] Ainsi, au regard de l’art. 12, les infractions mixtes soulèvent la préoccupation principale suivante : si nous présumons — comme l’a manifestement fait le législateur — que la peine plancher formant la peine minimale obligatoire sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire est une peine

⁴ Avant d’être modifié en juillet 2015, et au moment où M. Morrison a été accusé, l’al. 172.1(2)b) prévoyait une peine d’emprisonnement minimale obligatoire de 90 jours et une peine d’emprisonnement maximale de 18 mois lorsque la Couronne optait pour la procédure sommaire. À cette époque, l’al. 172.1(2)a) prévoyait une peine d’emprisonnement minimale d’un an et une peine d’emprisonnement maximale de 10 ans si la Couronne procédait par mise en accusation.

cannot rely on prosecutorial discretion to ensure that the higher mandatory minimum is invoked only where proceeding summarily would be inappropriate, then it would seem that there will necessarily be *some* reasonably foreseeable cases in which the application of the higher mandatory minimum will be disproportionate (i.e., too severe). Put differently, by identifying a sentencing floor embodied by the summary conviction minimum sentence, Parliament has openly acknowledged that there will be circumstances in which the application of the higher mandatory minimum will be harsher than necessary. Yet, following *Nur*, the court is precluded from relying on prosecutorial discretion to eliminate the risk that the higher mandatory minimum will be applied where the lower mandatory minimum ought to be applied.

[152] In the context of a hybrid offence, then, where a two-tier mandatory minimum is challenged on the basis that the higher tier is grossly disproportionate, an important question to be answered is whether the difference between the summary conviction sentencing floor (i.e., the lower mandatory minimum) and the mandatory minimum for a conviction on indictment (i.e., the higher mandatory minimum) is so great as to render the higher mandatory minimum “grossly” disproportionate in cases where the summary conviction sentencing floor would be fit.

[153] With that in mind, certain considerations may militate in favour of a finding that the one-year mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) does not infringe s. 12. Applying this Court’s guidance in *Lloyd*, the ultimate question is whether a sentence of one year’s imprisonment would be grossly disproportionate, having regard to the nature of the offence and the circumstances of the offender and, if need be, other persons in reasonably foreseeable situations: para. 22. It may well be that a one-year sentence for offenders in reasonably foreseeable scenarios

appropriée dans au moins *certain*s cas raisonnablement prévisibles, et que la Cour ne peut se fonder sur le pouvoir discrétionnaire du poursuivant pour s’assurer que la peine minimale obligatoire la plus lourde n’est invoquée que lorsqu’il ne conviendrait pas d’opter pour la procédure sommaire, il semblerait donc que, dans *certain*s cas raisonnablement prévisibles, l’application de la peine minimale obligatoire la plus lourde sera forcément disproportionnée (c.-à-d. trop sévère). Autrement dit, en prévoyant une peine plancher consacrée par une peine minimale sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, le législateur a ouvertement reconnu que, dans certaines circonstances, l’application de la peine minimale obligatoire la plus lourde sera plus sévère que nécessaire. Pourtant, suivant l’arrêt *Nur*, le tribunal ne peut se fonder sur le pouvoir discrétionnaire du poursuivant pour écarter le risque que la peine minimale obligatoire la plus lourde soit appliquée dans un cas où la peine minimale obligatoire la moins sévère aurait dû être appliquée.

[152] Dans le contexte d’une infraction mixte, lorsqu’une peine minimale obligatoire à deux niveaux est contestée au motif que le niveau le plus sévère est exagérément disproportionné, il est important de juger si la différence entre la peine plancher sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire (c.-à-d. la peine minimale obligatoire la moins sévère) et la peine minimale obligatoire sur déclaration de culpabilité par mise en accusation (c.-à-d. la peine minimale obligatoire la plus sévère) est importante au point de rendre la peine minimale obligatoire la plus sévère « exagérément » disproportionnée dans les cas où la peine plancher sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire serait appropriée.

[153] Cela étant posé, certains facteurs peuvent inciter à conclure que la peine minimale obligatoire d’un an prévue à l’al. 172.1(2)a) ne contrevient pas à l’art. 12. Suivant les directives énoncées par la Cour dans l’arrêt *Lloyd*, il faut se demander en définitive si une peine d’un an d’emprisonnement serait exagérément disproportionnée, eu égard à la nature de l’infraction et à la situation du délinquant et, au besoin, à celle d’autres personnes dans des situations raisonnablement prévisibles : para. 22. Dans certaines situations hypothétiques raisonnables, il se

would not be “so excessive as to outrage standards of decency” or “abhorrent or intolerable” to society and that the Crown’s decision to seek a lesser punishment by proceeding summarily — which, in a sense, might be viewed as granting the accused a form of leniency — has no impact on that conclusion: see *Lloyd*, at para. 24. Child luring is a serious offence that targets one of the most vulnerable groups within Canadian society — our children. It requires a high level of *mens rea* and involves a high degree of moral blameworthiness. And while the offence may be committed in various ways and in a broad array of circumstances — which is generally the case with most criminal offences — the simple fact remains that in order to secure a conviction, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused intentionally communicated with a person who is, or who the accused believed to be, underage, with specific intent to facilitate the commission of a sexual offence or the offence of abduction against that person. Thus, it is at least arguable that a mandatory minimum sentence of one year’s imprisonment is not grossly disproportionate in its reasonably foreseeable applications.

[154] Returning to the potential significance of the fact that s. 172.1 is a hybrid offence, I would add that this Court in *Nur* did not go so far as to state that in the context of a hybrid offence where a summary conviction carries a lesser mandatory minimum or no minimum at all, every mandatory minimum attaching to a conviction on indictment is necessarily grossly disproportionate and therefore contrary to s. 12. In this regard, without commenting on the merits of the decision, I note that the Alberta Court of Appeal recently upheld the constitutionality of a one-year mandatory minimum that is triggered following a conviction on indictment for sexual exploitation under s. 153(1) of the *Code*, which, like child luring, is a hybrid offence: see *R. v. EJB*, 2018 ABCA 239, 72 Alta. L.R. (6th) 29. On the other hand, and again without commenting on the merits, there is recent appellate authority going the other way: see, e.g., *R. v.*

peut bien qu’une peine d’un an d’emprisonnement pour un délinquant ne soit pas « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » ni « odieuse ou intolérable » socialement, et que la décision de la Couronne de demander une peine moindre en procédant par voie sommaire — ce qui, dans un sens, pourrait être perçu comme une forme de clémence envers l’accusé — n’ait aucune incidence sur cette conclusion : voir *Lloyd*, par. 24. Leurre est une infraction grave qui cible l’un des groupes les plus vulnérables au sein de la société canadienne : nos enfants. Elle requiert un niveau élevé de *mens rea* et suppose un degré élevé de culpabilité morale. Et bien que l’infraction puisse être commise de différentes façons et dans un large éventail de circonstances — ce qui est généralement le cas pour la plupart des infractions criminelles — il n’en demeure pas moins que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé a communiqué intentionnellement avec une personne qui n’avait pas atteint l’âge fixé, ou qu’il croyait telle, avec l’intention précise de faciliter la perpétration à l’égard de l’autre personne d’une infraction à caractère sexuel ou de l’infraction d’enlèvement. Ainsi, il est à tout le moins possible de soutenir que la peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an n’est pas exagérément disproportionnée en ce qui concerne ses applications raisonnablement prévisibles.

[154] Retournant à l’importance que peut revêtir le fait pour l’art. 172.1 d’être une infraction mixte, j’ajouterais que, dans l’arrêt *Nur*, la Cour n’est pas allée jusqu’à déclarer que, dans le contexte d’une infraction mixte où une déclaration de culpabilité par procédure sommaire emporte une peine minimale obligatoire moindre ou aucune peine minimale, toutes les peines minimales obligatoires rattachées à une déclaration de culpabilité par mise en accusation sont forcément exagérément disproportionnées et, donc, contraires à l’art. 12. À cet égard, sans me prononcer sur le bien-fondé de l’arrêt, je remarque que la Cour d’appel de l’Alberta a récemment confirmé la constitutionnalité d’une peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an sur déclaration de culpabilité par mise en accusation pour exploitation sexuelle, une infraction visée au par. 153(1) du *Code* qui, comme le leurre, est une infraction mixte : voir

Hood, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269, where the Nova Scotia Court of Appeal struck down the one-year mandatory minimums for sexual exploitation, sexual interference, and child luring, all of which are hybrid offences.

[155] A proper consideration of the constitutionality of the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) should take into account the various factors I have identified. Few, if any, were considered in the courts below or fully argued before this Court. As such, on the record before us and the arguments presented, in my respectful view, it would be unwise, if not inappropriate, for the Court to finally determine the s. 12 issue on this appeal.

VII. Disposition

[156] For the above reasons, I reach the following conclusions.

[157] The Crown's appeal concerning the constitutionality of s. 172.1(3) of the *Code* is dismissed. Subsection (3) infringes s. 11(d) of the *Charter*, and that infringement cannot be saved under s. 1. It is therefore without force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[158] Mr. Morrison's cross-appeal is allowed in part. His submissions regarding the constitutionality of s. 172.1(4) of the *Code* are dismissed. Subsection (4) does not infringe s. 7 of the *Charter*.

[159] However, in light of the trial judge's errors, I would set aside Mr. Morrison's conviction and order a new trial.

R. c. EJB, 2018 ABCA 239, 72 Alta. L.R. (6th) 29. D'un autre côté, et encore une fois sans faire de commentaires sur le fond, il y a des arrêts récents de cours d'appel qui vont dans l'autre sens : voir, p. ex., *R. c. Hood*, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269, où la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a déclaré inconstitutionnelles les peines d'emprisonnement minimales obligatoires d'un an pour l'exploitation sexuelle, les contacts sexuels et le leurre, qui sont tous des infractions mixtes.

[155] Pour bien apprécier la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a), il faut tenir compte des divers facteurs que j'ai énumérés. Peu de ces facteurs, s'il en est, ont été examinés par les cours de juridictions inférieures ou débattus à fond devant la Cour. Ainsi, au vu du dossier dont nous disposons et des arguments qui ont été présentés, je suis d'avis qu'il serait peu judicieux, voire inapproprié, pour la Cour de trancher définitivement la question de l'art. 12 dans le présent pourvoi.

VII. Dispositif

[156] Pour les motifs qui précèdent, j'arrive aux conclusions qui suivent.

[157] Le pourvoi de la Couronne concernant la constitutionnalité du par. 172.1(3) du *Code* est rejeté. Le paragraphe (3) contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*, et cette contravention ne peut être justifiée au regard de l'article premier. Il est donc inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[158] Le pourvoi incident de M. Morrison est accueilli en partie. Les arguments de ce dernier concernant la constitutionnalité du par. 172.1(4) du *Code* sont rejetés. Le paragraphe (4) ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*.

[159] Toutefois, à la lumière des erreurs commises par le juge du procès, j'annule la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Morrison et j'ordonne la tenue d'un nouveau procès.

[160] Finally, I would decline to rule on whether the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) infringes s. 12 of the *Charter*. To that extent, I would allow the Crown's appeal and set aside the Court of Appeal's conclusion to the contrary.

The following are the reasons delivered by

[161] KARAKATSANIS J. — I have read the reasons of my colleague Moldaver J. and concur with his analysis and conclusions regarding the proper interpretation and constitutionality of s. 172.1(3) and (4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I also agree with Moldaver J. that the conviction should be set aside and a new trial ordered.

[162] I write only with respect to the constitutionality of the mandatory minimum punishment set out in s. 172.1(2)(a). This provision requires courts to impose a minimum prison sentence of one year on every person who commits an indictable offence under s. 172.1(1). Douglas Morrison has challenged the constitutionality of this provision throughout the proceedings and, in my view, it is incumbent on this Court to address this issue. Both courts below determined that this provision is unconstitutional. If this Court declines to decide this issue and Morrison is retried and found guilty, he may be put in the unfortunate position of having to re-argue a constitutional challenge that was decided in his favour throughout these proceedings but not addressed on final appeal. Morrison — as well as other individuals convicted of a child luring offence by way of indictment — may find themselves subject to a mandatory minimum sentence that is constitutionally unsound.

[163] For the reasons that follow, I would find that the mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) violates s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not saved by s. 1.

[160] Enfin, je refuse de statuer sur la question de savoir si la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a contrevient à l'art. 12 de la *Charte*. Dans cette mesure, j'accueille le pourvoi de la Couronne et j'annule la conclusion contraire de la Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

[161] LA JUGE KARAKATSANIS — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Moldaver et je souscris à son analyse et à ses conclusions sur l'interprétation à donner aux par. 172.1(3) et (4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et la constitutionnalité de ces dispositions. Je suis aussi d'accord avec lui pour dire que la déclaration de culpabilité devrait être annulée et la tenue d'un nouveau procès ordonnée.

[162] Mes motifs portent uniquement sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a, qui exige que les tribunaux infligent une peine d'emprisonnement minimale d'un an à quiconque commet un acte criminel visé au par. 172.1(1). Douglas Morrison a contesté la constitutionnalité de cette disposition au fil des instances et, à mon avis, il incombe à la Cour d'examiner cette question. Les deux cours de juridictions inférieures ont déclaré la disposition inconstitutionnelle. Si la Cour refuse de trancher cette question et que M. Morrison est déclaré coupable à l'issue d'un nouveau procès, il pourrait se trouver dans la fâcheuse situation de devoir plaider à nouveau une question constitutionnelle qui a déjà été tranchée en sa faveur devant les cours de juridictions inférieures, mais qui n'a pas été examinée dans le cadre du pourvoi final. Monsieur Morrison, comme d'autres individus reconnus coupables de l'infraction de leurre punissable par voie de mise en accusation, pourrait se voir condamné à une peine minimale obligatoire invalide sur le plan constitutionnel.

[163] Pour les motifs qui suivent, je conclurais que la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a viole l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut être justifiée au regard de l'article premier.

A. *Determining Whether a Provision Violates Section 12 of the Charter*

[164] Section 12 of the *Charter* states that “[e]veryone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.” In order to qualify as “cruel and unusual” punishment, a mandatory minimum sentence must be *grossly disproportionate* (*R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at paras. 22-23; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at pp. 1072-73).

[165] The standard of gross disproportionality is a high bar. A grossly disproportionate sentence must be more than merely excessive. It must be so excessive as to outrage our society’s standards of decency and must be disproportionate to the extent that Canadians would find it abhorrent or intolerable (*Smith*, at p. 1072; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 26; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 14).

[166] To determine whether a mandatory minimum sentence imposes a grossly disproportionate punishment, the court engages in a comparative exercise. This involves comparing the mandatory minimum sentence for the relevant offence to the fit and proportionate sentence that would otherwise be mandated by the sentencing principles found in the *Criminal Code*. Ultimately, if the mandatory minimum forces courts to impose a sentence that is grossly disproportionate to the otherwise fit and proportionate sentence, then the mandatory minimum is inconsistent with s. 12 (*Lloyd*, at para. 23).

[167] This inquiry often occurs in two stages. First, the judge determines whether the mandatory minimum represents a grossly disproportionate sentence when applied to the circumstances of the *specific offender* before the court. If so, then the mandatory minimum sentence violates s. 12 (*Smith*, at p. 1073; *Ferguson*, at paras. 13-14; *Morrissey*, at paras. 27-29 and 41; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 39).

[168] Second, even if the mandatory minimum does not violate s. 12 on the facts of the case before the court, the judge must consider whether the

A. *Juger si une disposition viole l’art. 12 de la Charte*

[164] Aux termes de l’art. 12 de la *Charte*, « [c]hacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. » Pour être qualifiée de « cruelle et inusitée », la peine minimale obligatoire doit être *exagérément disproportionnée* (*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 22-23; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072-1073).

[165] La norme de la disproportion exagérée est exigeante. Une peine exagérément disproportionnée doit être plus que simplement excessive. Elle doit être excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine et tellement disproportionnée que les Canadiens la considéreraient comme odieuse ou intolérable (*Smith*, p. 1072; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 26; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 14).

[166] Pour juger si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée, les tribunaux se livrent à un exercice comparatif qui consiste à comparer la peine minimale obligatoire relative à l’infraction en cause à la peine juste et proportionnée que commanderait l’application des principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Au bout du compte, si elle contraint le tribunal à infliger une peine qui est exagérément disproportionnée au regard de ce que constituerait une peine juste et proportionnée, la peine minimale obligatoire est incompatible avec l’art. 12 (*Lloyd*, par. 23).

[167] Cette analyse comporte souvent deux étapes. Premièrement, le juge établit si la peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée en tenant compte de la situation particulière du *délinquant concerné*. Dans l’affirmative, la peine minimale obligatoire viole l’art. 12 (*Smith*, p. 1073; *Ferguson*, par. 13-14; *Morrissey*, par. 27-29 et 41; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 39).

[168] Deuxièmement, même si la peine minimale obligatoire ne viole pas l’art. 12 au regard des faits propres à l’affaire qui lui a été présentée, le juge doit

mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate in other reasonably foreseeable cases. The rule of law requires certainty; no one should serve time in custody because of an unconstitutional provision (see *Nur*, at paras. 51, 63-64). The court must therefore consider whether it is reasonably foreseeable that the mandatory minimum sentence will violate s. 12 when applied to *others*. This involves evaluating the scope of the offence, the nature of the offenders and circumstances that it may capture, and the resulting range of fit and proportionate sentences. Based on this analysis, if, in a reasonably foreseeable case, imposing the mandatory minimum would result in a grossly disproportionate sentence, then the mandatory minimum violates s. 12 (*R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at pp. 505-6; *Ferguson*, at para. 30; *Nur*, at para. 51; *Lloyd*, at paras. 25-37).

[169] When assessing a mandatory minimum in the context of reasonably foreseeable cases, it will often be helpful to begin by considering previously reported cases. Past cases provide examples of the range of real-life conduct captured by the offence, as well as the characteristics of those who have been convicted (see *Nur*, at paras. 72-76). In turn, these factual scenarios help demonstrate the range of fit and proportionate sentences for the offence. As always, judges should be guided by their common sense and judicial experience when examining the scope of an offence provision and the resulting range of proportionate sentences that it would give rise to (para. 75). Moreover, judges need not limit their inquiry to only the facts of reported cases (*Morrisey*, at para. 33).

[170] In the past, this Court has referred to “reasonable hypothetical” circumstances in which a given provision would apply in determining whether a corresponding mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate (see *Morrisey*, at paras. 2 and 30-33; *Goltz*, at p. 515). However, as the Court recently noted, the word “hypothetical” has created confusion and often overwhelmed the analysis, leading to unhelpful debates over how general or realistic

chercher à savoir si elle serait exagérément disproportionnée dans d’autres cas raisonnablement prévisibles. La primauté du droit commande la certitude; personne ne devrait purger une peine d’emprisonnement en raison d’une disposition inconstitutionnelle (voir *Nur*, par. 51 et 63-64). Le tribunal doit par conséquent se demander s’il est raisonnablement prévisible que l’application de la peine minimale obligatoire à d’autres personnes violera l’art. 12. Pour ce faire, il faut évaluer la portée de l’infraction, le genre de délinquants et de situations qu’elle peut viser, ainsi que la gamme de peines justes et proportionnées qui pourraient donc être infligées. Il découle de cette analyse que si l’infliction de la peine minimale obligatoire donnait lieu à une peine exagérément disproportionnée dans un cas raisonnablement prévisible, la peine minimale obligatoire viole l’art. 12 (*R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, p. 505-506; *Ferguson*, par. 30; *Nur*, par. 51; *Lloyd*, par. 25-37).

[169] Lorsqu’on évalue une peine minimale obligatoire au regard des cas raisonnablement prévisibles, il est souvent utile de commencer par examiner les décisions publiées. Ces décisions nous donnent des exemples de l’étendue des actes susceptibles de tomber concrètement sous le coup de l’infraction, ainsi que des caractéristiques des personnes qui ont été reconnues coupables de cette infraction (voir *Nur*, par. 72-76). Les scénarios factuels servent à leur tour à démontrer la gamme de peines justes et proportionnées pour l’infraction. Comme toujours, les juges devraient suivre leur bon sens et leur expérience judiciaire lorsqu’ils examinent la portée d’une disposition créatrice d’infraction et la gamme de peines proportionnées qui peuvent y être associées (par. 75). Par ailleurs, les juges ne sont pas tenus de restreindre leur analyse aux faits des décisions publiées (*Morrisey*, par. 33).

[170] Dans le passé, la Cour a renvoyé aux circonstances « hypothétiques raisonnables » dans lesquelles une disposition donnée s’appliquerait pour juger si la peine minimale obligatoire qui y est associée serait exagérément disproportionnée (voir *Morrisey*, par. 2 et 30-33; *Goltz*, p. 515). Or, comme la Cour l’a récemment fait observer, le mot « hypothétique » créait de la confusion et a souvent dominé l’analyse, ce qui a mené à des débats inutiles quant à savoir à quel point

the hypothetical must be (see *Nur*, at paras. 57 and 61). Therefore, in *Lloyd*, the majority emphasized “reasonably foreseeable applications” of the law (see paras. 22 and 25).

[171] I find this shift in terminology helpful. In my view, discussing “reasonable hypotheticals” does not accurately capture the thrust of the s. 12 inquiry. Evaluating the conduct that an offence captures and the range of appropriate sentences that may arise does not involve a novel application of judicial imagination. Rather, s. 12 requires courts to consider the scope of the offence, the types of activities it penalizes and the reasonably foreseeable circumstances in which it may arise. As Chief Justice McLachlin outlined in *Nur*: “What is the reach of the law? What kind of conduct may the law reasonably be expected to catch? What is the law’s reasonably foreseeable impact? Courts have always asked these questions in construing the scope of offences and in determining their constitutionality” (para. 61).

B. *Does the One Year Mandatory Minimum Sentence in Section 172.1(2)(a) Violate Section 12 of the Charter?*

[172] Morrison argues that the mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) is grossly disproportionate, both in his case and in other reasonably foreseeable applications. The courts below found that Morrison should be sentenced to four months imprisonment. Therefore, they both concluded that sentencing him to the mandatory minimum prison term of one year would be grossly disproportionate (2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25, at paras. 89 and 98; 2017 ONCA 582, at paras. 129-30).

[173] Given the unique circumstances of this case, it is no longer appropriate to determine whether imposing the mandatory minimum sentence on him would represent a grossly disproportionate punishment. As my colleague Moldaver J. notes, Morrison

la situation hypothétique devrait être générale ou réaliste (voir *Nur*, par. 57 et 61). Par conséquent, dans l’arrêt *Lloyd*, les juges majoritaires ont mis l’accent sur les « applications raisonnablement prévisibles » de la disposition législative (voir par. 22 et 25).

[171] Je trouve ce changement terminologique utile. À mon avis, discuter des « hypothèses raisonnables » ne reflète pas l’idée maîtresse de l’examen fondé sur l’art. 12. Évaluer la conduite visée par une infraction et la gamme des peines appropriées qui peuvent en découler ne requiert pas que les juges se livrent à un nouvel exercice imaginatif. L’article 12 exige plutôt des tribunaux qu’ils examinent la portée de l’infraction, les types d’activités qu’elle sanctionne et les circonstances raisonnablement prévisibles dans lesquelles elle peut survenir. Comme la juge en chef McLachlin l’a souligné dans l’arrêt *Nur* : « Quelle est la portée de la loi? Quels actes pourraient raisonnablement tomber sous le coup de la loi? Quelle est l’incidence raisonnablement prévisible de la loi? Telles sont les questions que les tribunaux se posent toujours pour délimiter la portée d’une disposition créant une infraction et se prononcer sur sa constitutionnalité » (par. 61).

B. *La peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an prévue à l’al. 172.1(2)a viole-t-elle l’art. 12 de la Charte?*

[172] Monsieur Morrison soutient que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a est exagérément disproportionnée, tant dans son cas qu’au regard d’autres applications raisonnablement prévisibles de cette disposition. Les cours de juridictions inférieures ont conclu que M. Morrison devrait être condamné à un emprisonnement de quatre mois. Par conséquent, elles ont toutes deux conclu qu’il serait exagérément disproportionné de le condamner à une peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an (2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25, par. 89 et 98; 2017 ONCA 582, par. 129-130).

[173] Vu les circonstances particulières de la présente affaire, il ne convient plus de juger si l’infliction de la peine minimale obligatoire à l’égard de M. Morrison constituerait une peine exagérément disproportionnée. Comme le souligne mon collègue

was convicted based on the trial judge’s misapprehension of how the offence in s. 172.1 operates and its requisite *mens rea* (see para. 135).

[174] Because Morrison may face a retrial, it is not prudent to determine whether those errors affected either his conviction or the fit sentence in this case. In these circumstances — given my conclusion that the mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) represents a grossly disproportionate punishment in other reasonably foreseeable applications — it is not necessary to assess the proportionality of the mandatory minimum against the fit and proportionate sentence that would be imposed on Morrison.

[175] The constitutional law principles mandating an inquiry into the nature and scope of the law beyond one particular accused are especially relevant in this case. As the Court noted in *Nur*, “[l]ooking at whether the mandatory minimum has an unconstitutional impact on others avoids the chilling effect of unconstitutional laws remaining on the statute books” (para. 64). In this case, Morrison himself could face these chilling effects. As I have stated, he could be subjected to the mandatory minimum sentence if retried and convicted *despite* twice succeeding in his s. 12 challenge in the courts below. More broadly, the decisions below raise a spectre of unconstitutionality over s. 172.1(2)(a). No one should be subject to an unconstitutional law and “[t]esting the law against reasonably foreseeable applications will prevent people from suffering cruel and unusual punishment in the interim until the mandatory minimum is found to be unconstitutional” (para. 63). These concerns militate in favour of considering the reasonably foreseeable applications of the law even absent a convicted offender before the Court in this particular case. I now turn to the issue of reasonably foreseeable applications of s. 172.1(2)(a).

le juge Moldaver, la déclaration de culpabilité de M. Morrison repose sur la mauvaise compréhension par le juge du procès de l’infraction décrite à l’art. 172.1 et de la *mens rea* requise (voir par. 135).

[174] Comme M. Morrison pourrait avoir à subir un nouveau procès, il n’est pas prudent de juger si ces erreurs ont eu une incidence sur sa déclaration de culpabilité ou la peine juste qui peut être infligée en l’espèce. Dans ces circonstances, et comme je conclus que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a serait exagérément disproportionnée dans d’autres cas raisonnablement prévisibles, il n’est pas nécessaire d’évaluer la proportionnalité de la peine minimale obligatoire au regard de la peine juste et proportionnée qui serait infligée à M. Morrison.

[175] Les principes de droit constitutionnel exigeant un examen de la nature et de la portée d’une disposition allant au-delà de la situation d’un simple accusé sont particulièrement pertinents en l’espèce. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Nur*, « [s]e demander si une peine minimale obligatoire se révèle inconstitutionnelle pour d’autres personnes permet d’éviter que des dispositions inconstitutionnelles ne demeurent malencontreusement en vigueur » (par. 64). Dans l’affaire qui nous occupe, M. Morrison pourrait lui-même vivre ces conséquences malencontreuses. Comme je l’ai déjà indiqué, s’il est déclaré coupable au terme d’un éventuel nouveau procès, M. Morrison pourrait se voir infliger cette peine minimale obligatoire *même* s’il a réussi par deux fois à la contester sur le fondement de l’art. 12 devant les juridictions inférieures. D’une manière plus générale, les décisions des juridictions inférieures mettent en doute la constitutionnalité de l’al. 172.1(2)a. Personne ne devrait être assujéti à une disposition inconstitutionnelle et « [c]ontrôler la loi au regard d’applications raisonnablement prévisibles permet d’éviter que des justiciables ne soient condamnés à des peines cruelles et inusitées avant que la peine minimale obligatoire ne soit déclarée inconstitutionnelle » (par. 63). Ces préoccupations nous invitent fortement à examiner les applications raisonnablement prévisibles de la disposition législative même si, dans l’affaire qui nous intéresse, la Cour n’a pas affaire à un délinquant ayant été déclaré coupable. J’examinerai maintenant la question des applications raisonnablement prévisibles de l’al. 172.1(2)a.

[176] Child luring is a very serious offence. It requires the accused to subjectively believe that he or she is communicating with an underage individual for the purpose of facilitating one of the offences enumerated in s. 172.1(1)(a), (b) or (c). This section was adopted by Parliament “to identify and apprehend predatory adults who, generally for illicit sexual purposes, troll the Internet to attract and entice vulnerable children and adolescents” (*R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3, at para. 24). It protects potential child victims by allowing the criminal law to intervene before the harm caused by the commission of the secondary offences actually occurs (*R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, at para. 20).

[177] Given the gravity of this offence, there is no doubt that, in many cases, the appropriate sentence will be a term of imprisonment that falls within the range contemplated by s. 172.1(2)(a). For example, the Ontario Court of Appeal has determined that in most child luring cases, the sentencing goals of denunciation and deterrence require a sentence of institutional incarceration (*R. v. Jarvis* (2006), 211 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.), at paras. 27 and 31; *R. v. Folino*, 2005 ONCA 258, 77 O.R. (3d) 641, at para. 25; *Alicandro*, at para. 49; but see *R. v. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81, at para. 58). In most cases proceeding by indictment, the appropriate range will be from 12 to 24 months (*Jarvis*, at para. 31).

[178] However, this does not mean that such a sentence will be appropriate in other reasonably foreseeable cases (see *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at paras. 57-61). Nor does it mean that this mandatory minimum provision is consistent with s. 12 of the *Charter*. For the following reasons, I would find that it is not.

[179] The offence of child luring can be committed in various ways, under a broad array of circumstances and by individuals with a wide range of moral culpability. This alone makes the provision vulnerable to constitutional challenge because such laws almost inevitably capture cases where the mandatory

[176] Le leurre est une infraction très grave qui requiert que l'accusé croie subjectivement qu'il communique avec une personne n'ayant pas atteint l'âge fixé par la loi afin de faciliter la perpétration à son égard de l'une des infractions énumérées aux al. 172.1(1)a, b) ou c). L'article 172.1 a été adopté par le législateur « en vue de démasquer et d'arrêter les prédateurs adultes qui rôdent dans l'Internet pour appâter des enfants et des adolescents vulnérables, généralement à des fins sexuelles illicites » (*R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3, par. 24). Il protège les enfants susceptibles de devenir victimes en permettant l'application de dispositions pénales avant qu'un préjudice ne soit réellement causé par la perpétration des infractions sous-jacentes (*R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, par. 20).

[177] Étant donné la gravité de l'infraction en cause, il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, la peine appropriée sera une peine d'emprisonnement dont la durée s'inscrira dans le cadre prévu à l'al. 172.1(2)a). Par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que, pour la plupart des infractions de leurre, les objectifs de dénonciation et de dissuasion qui sous-tendent la peine commandent une incarcération en établissement (*R. c. Jarvis* (2006), 211 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.), par. 27 et 31; *R. c. Folino*, 2005 ONCA 258, 77 O.R. (3d) 641, par. 25; *Alicandro*, par. 49; mais voir *R. c. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81, par. 58). Dans la plupart des poursuites intentées par voie de mise en accusation, la durée de peine appropriée variera entre 12 et 24 mois (*Jarvis*, par. 31).

[178] Cela ne veut toutefois pas dire qu'une telle peine sera appropriée dans d'autres cas raisonnablement prévisibles (voir *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 57-61), ni que cette disposition établissant une peine minimale obligatoire est compatible avec l'art. 12 de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, je concluais qu'elle ne l'est pas.

[179] L'infraction de leurre peut être commise de plusieurs façons, dans des circonstances très variées et par des personnes qui peuvent avoir divers degrés de culpabilité morale. Ces caractéristiques suffisent à rendre la disposition en cause vulnérable sur le plan constitutionnel parce qu'il est presque inévitable

minimum sentence will be grossly disproportionate (see, e.g., *Lloyd*, at para. 35; *Nur*, at para. 82; *Smith*, at p. 1078). Simply put, if the offence casts a wide net, this increases the likelihood of it catching individuals whose conduct will not warrant punishment remotely close to that required by the mandatory minimum sentence.

[180] The three essential elements of child luring under s. 172.1(1) are: (a) intentional communication by means of telecommunication; (b) with an individual who is — or the accused believes is — under 18, 16, or 14 years of age (depending on the subsection at issue); (c) for the purpose of facilitating one of the enumerated secondary offences (here, invitation to sexual touching contrary to s. 152 of the *Criminal Code*) (see *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551, at para. 3).

[181] The range of conduct that constitutes an offence under this section is extremely broad. As this Court stated in *Legare*, to be convicted of child luring, the accused need not commit the secondary offence on which the child luring charge is based or even intend to meet the victim. Rather, the accused need only communicate for the purpose of *facilitating* the secondary offence — helping to bring it about or making it easier or more likely to occur (paras. 25 and 28). The impugned communications need not be sexually explicit or objectively capable of facilitating the secondary offence (paras. 29 and 42). Furthermore, there is significant variation in the nature and gravity of the designated secondary offences (see Moldaver J.'s reasons, at para. 147).

[182] As outlined above, s. 172.1(1) captures a wide variety of communications. The offence can be committed by individuals who use the Internet to target children for the purpose of physically exploiting them or, conversely, by individuals who have no intention of meeting their victims in person. Similarly, the duration of the communication may vary significantly. While, in some cases, the offender will have

qu'il existera des situations tombant sous le coup de telles dispositions législatives où la peine minimale obligatoire sera exagérément disproportionnée (voir, p. ex., *Lloyd*, par. 35; *Nur*, par. 82; *Smith*, p. 1078). En termes simples, une infraction qui ratisse large augmente la probabilité que tombent dans ses mailles des individus dont la conduite ne justifie aucunement l'infliction de la peine minimale obligatoire.

[180] Les trois éléments essentiels du leurre pour l'application du par. 172.1(1) sont : a) une communication intentionnelle par un moyen de télécommunication; b) avec une personne qui est âgée — ou dont l'accusé croit qu'elle est âgée — de moins de 18, 16 ou 14 ans (selon l'alinéa en cause); c) en vue de faciliter la perpétration de l'une des infractions sous-jacentes énumérées (en l'espèce, l'incitation à des contacts sexuels en contravention de l'art. 152 du *Code criminel*) (voir *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551, par. 3).

[181] L'éventail des comportements qui constituent une infraction pour l'application de cet article est extrêmement vaste. Comme l'a déclaré la Cour dans *Legare*, pour être reconnu coupable de leurre, le prévenu n'a pas besoin d'avoir commis l'infraction sous-jacente sur laquelle repose l'accusation de leurre ni même avoir eu l'intention de rencontrer la victime. En effet, il n'a qu'à communiquer avec la victime en vue de *faciliter* la perpétration de l'infraction sous-jacente, en aidant à provoquer la perpétration de l'infraction ou en la rendant plus facile ou plus probable (par. 25 et 28). Il n'est pas nécessaire que les communications en question soient sexuellement explicites ni objectivement susceptibles de faciliter la perpétration de l'infraction sous-jacente (par. 29 et 42). De plus, la nature et la gravité des infractions secondaires énumérées varient énormément (voir les motifs du juge Moldaver, par. 147).

[182] Comme nous l'avons vu, le par. 172.1(1) vise une grande variété de communications. L'infraction peut être commise par des personnes qui utilisent Internet pour cibler des enfants en vue de les exploiter physiquement ou, à l'inverse, par des personnes qui n'ont aucune intention de rencontrer leurs victimes en personne. De même, la durée de la communication peut considérablement varier. Alors que, dans

engaged in an extended dialogue with the victim in order to “groom” him or her, the offence can equally be made out through a short series of messages lasting only a few minutes. As my colleague points out, it can capture a single text sent by a 21-year-old adult to a 15-year-old adolescent or multiple conversations taking place over a long period between a mature adult and a 13-year-old child (Moldaver J.’s reasons, at para. 146). Finally, the communication can actually be with an underage child or, as in this case, with a police officer posing as one (see *R. v. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193, at paras. 47-49). These factors may impact the level of harm caused by the offence, thereby informing what constitutes a fit and proportionate sentence (see s. 718 of the *Criminal Code*).

[183] The personal circumstances of the offender and the relationship between the offender and the victim may also vary significantly. Past cases demonstrate that child luring offences are sometimes committed by individuals who are close in age to their victims, by those who suffer from cognitive difficulties or mental illness, and by individuals who were themselves abused in the past (see, e.g., *R. v. Hood*, 2018 NSCA 18, 409 C.R.R. (2d) 70; *R. v. S. (S.)*, 2014 ONCJ 184, 307 C.R.R. (2d) 147; *R. v. Crant*, 2017 ONCJ 192). These factors may diminish the moral blameworthiness associated with the offence (see s. 718.1 of the *Criminal Code*).

[184] Given the variety of circumstances captured by the offence, it is not surprising that the s. 172.1(1) jurisprudence demonstrates that the fit and proportionate sentence can be significantly less than the one-year mandatory minimum term of imprisonment required by the *Criminal Code*. Courts applying the *Criminal Code*’s sentencing principles have determined that, in certain child luring cases, a fit and proportionate sanction included lesser penalties: a short period of institutional incarceration of 90 days or less (*Alicandro*, at paras. 2 and 49; *R. v. Read*, 2008 ONCJ 732 at para. 29 (CanLII); see also *R. v. Dehesh*, [2010] O.J. No. 2817 (S.C.J.), at

certaines affaires, le délinquant peut avoir engagé un long dialogue avec la victime pour la manipuler, dans d’autres affaires, l’infraction peut être commise en quelques minutes à peine lors d’un échange d’une série de courts messages. Comme le souligne mon collègue, il peut s’agir d’un unique message texte envoyé par un adulte de 21 ans à un adolescent de 15 ans, comme de multiples conversations qui se déroulent sur une longue période entre un adulte mûr et un enfant de 13 ans (motifs du juge Moldaver, par. 146). Enfin, la communication peut aussi avoir lieu avec un enfant qui n’a pas atteint l’âge fixé par la disposition ou, comme en l’espèce, avec un policier qui se fait passer pour un mineur de cet âge (voir *R. c. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193, par. 47-49). Ces facteurs peuvent avoir une incidence sur le niveau de préjudice causé par la perpétration de l’infraction et nous éclairent donc sur ce qui constitue une peine juste et proportionnée (voir l’art. 718 du *Code criminel*).

[183] La situation personnelle du délinquant et sa relation avec la victime peuvent aussi grandement varier. Il ressort de la jurisprudence que les infractions de leurre sont parfois commises par des personnes qui n’ont pas une grande différence d’âge avec leurs victimes, qui ont des troubles cognitifs ou des maladies mentales ou encore qui ont elles-mêmes déjà été agressées (voir, p. ex., *R. c. Hood*, 2018 NSCA 18, 409 C.R.R. (2d) 70; *R. c. S. (S.)*, 2014 ONCJ 184, 307 C.R.R. (2d) 147; *R. c. Crant*, 2017 ONCJ 192). Ces facteurs peuvent atténuer la culpabilité morale associée à l’infraction (voir art. 718.1 du *Code criminel*).

[184] Vu la diversité des situations tombant sous le coup de l’infraction, il n’est pas surprenant que la jurisprudence relative au par. 172.1(1) démontre qu’une peine juste et proportionnée puisse être beaucoup moins lourde que la peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an requise par le *Code criminel*. Les tribunaux qui appliquent les principes de détermination de la peine du *Code criminel* ont jugé que la peine juste et proportionnée dans certains cas de leurre devait être moins lourde; elle pourrait consister en une brève incarcération de 90 jours ou moins en établissement (*Alicandro*, par. 2 et 49; *R. c. Read*, 2008 ONCJ 732, par. 29 (CanLII); voir

para. 9; *S. (S.)*, at para. 91); a conditional sentence (*R. v. El-Jamel*, 2010 ONCA 575, 261 C.C.C. (3d) 293, at paras. 2 and 20; *Folino*, at para. 33; *R. v. B. and S.*, 2014 BCPC 94, at para. 42 (CanLII); *R. v. Danielson*, 2013 ABPC 26, at para. 89 (CanLII)); or even a conditional discharge (*R. v. Pelletier*, 2013 QCCQ 10486 at para. 73 (CanLII)). Although some of these cases (*Dehesh*; *S. (S.)*; *Danielson*) proceeded by way of summary conviction, they demonstrate that the offence can warrant such sentences. And, as the Nova Scotia Court of Appeal recently noted, in certain reasonably foreseeable cases, a suspended sentence would be appropriate (*Hood*, at para. 154).

[185] The fact that s. 172.1(1) is a hybrid offence is also an important consideration. During the period at issue, the mandatory minimum sentence for an individual guilty of child luring on summary conviction was 90 days imprisonment, while the mandatory minimum for an individual guilty on indictment was one year (s. 172.1(2)).⁵ The 90-day mandatory minimum for summary conviction offences clearly demonstrates that Parliament understood that, in certain circumstances, a sentence far below that required by the one-year mandatory minimum would be appropriate.

[186] Here, the disparity between these two mandatory minimum sentences strongly suggests that s. 172.1(2)(a) violates s. 12 of the *Charter*. The fact that the provision itself indicated that a 90-day sentence — that is, a jail sentence *one quarter* the length of the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) — would sometimes be appropriate strongly supports the assertion that the one-year mandatory minimum is grossly disproportionate. And, as this Court has made clear, an unconstitutional mandatory minimum

aussi *R. c. Dehesh*, [2010] O.J. No. 2817 (C.S.J.), par. 9; *S. (S.)*, par. 91), en une peine d'emprisonnement avec sursis (*R. c. El-Jamel*, 2010 ONCA 575, 261 C.C.C. (3d) 293, par. 2 et 20; *Folino*, par. 33; *R. c. B. and S.*, 2014 BCPC 94, par. 42 (CanLII); *R. c. Danielson*, 2013 ABPC 26, par. 89 (CanLII)), voire en une absolution sous condition (*R. c. Pelletier*, 2013 QCCQ 10486, par. 73 (CanLII)). Bien que la Couronne ait procédé par voie sommaire dans certaines de ces affaires (*Dehesh*; *S. (S.)*; *Danielson*), ces décisions démontrent que l'infraction peut commander de telles peines. Comme la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse l'a récemment indiqué, dans certains cas raisonnablement prévisibles, il pourrait même être indiqué de surseoir au prononcé de la peine (*Hood*, par. 154).

[185] Le fait que le par. 172.1(1) prévoit une infraction mixte est aussi une considération importante. Lors de la période visée par le présent pourvoi, la peine minimale obligatoire pour une personne reconnue coupable de leurre sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire consistait en un emprisonnement de 90 jours, alors que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire pour la personne reconnue coupable d'un acte criminel était d'un an (par. 172.1(2)).⁵ L'existence de la peine minimale obligatoire de 90 jours pour les infractions punissables par procédure sommaire montre clairement que le législateur comprenait que, dans certaines situations, des peines beaucoup moins lourdes que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an seraient appropriées.

[186] En l'espèce, la disparité entre les deux peines minimales obligatoires tend fortement à indiquer que l'al. 172.1(2)a viole l'art. 12 de la *Charte*. Le fait que la disposition elle-même prévoyait qu'une peine d'emprisonnement de 90 jours, soit une peine d'emprisonnement équivalant au *quart* de la durée de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a, puisse parfois être appropriée étaye solidement l'affirmation selon laquelle la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an est exagérément

⁵ The provision was subsequently amended to change the mandatory minimum sentence on summary conviction to a term of imprisonment of six months (s. 172.1(2)).

⁵ La disposition a ensuite été modifiée pour que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire sur déclaration sommaire de culpabilité soit une peine d'emprisonnement de six mois (par. 172.1(2)).

cannot be saved by the fact that prosecutors can elect to proceed summarily, thereby preventing the grossly disproportionate effects of the provision (*Nur*, at paras. 85-98).

[187] For these reasons, I would conclude that s. 172.1(2)(a) violates s. 12 of the *Charter*. Given the broad scope and hybrid nature of the child luring provision, it encompasses situations that can vary dramatically in the moral blameworthiness of the offender and the potential harm inflicted on the victim. An examination of the scope and potential applications of the offence, as informed by lower court jurisprudence, clearly demonstrates that short periods of imprisonment — or even conditional sentences, conditional discharges or suspended sentences — are sometimes fit and proportionate in the circumstances. Further, during the period at issue, Parliament itself contemplated that a 90-day period of incarceration would sometimes be appropriate for this offence. Sentencing someone to one year in jail when the fit and proportionate sentence would be 90 days or less is intolerable and would be shocking to Canadians. It is a cruel and unusual punishment and violates s. 12 of the *Charter*.

C. *Is This Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

[188] The Crown has not argued that the mandatory minimum sentence required by s. 172.1(2)(a) is demonstrably justified in a free and democratic society. Indeed, it is difficult to imagine how a mandatory minimum sentence which is found to be grossly disproportionate because it outrages our society's standards of decency could represent a justifiable infringement under s. 1 of the *Charter* (see *Nur*, at para. 111). I would therefore conclude that the mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) is unconstitutional.

disproportionnée. Par ailleurs, comme la Cour l'a clairement dit, une peine minimale obligatoire inconstitutionnelle ne peut être sauvegardée par le fait que les poursuivants peuvent opter pour la procédure sommaire et ainsi écarter les effets exagérément disproportionnés de la disposition (*Nur*, par. 85-98).

[187] Pour ces motifs, je conclurais que l'al. 172.1(2)a viole l'art. 12 de la *Charte*. Étant donné sa grande portée et sa nature mixte, la disposition relative au leurre englobe des situations qui peuvent être radicalement différentes en ce qui concerne la culpabilité morale du délinquant et le préjudice susceptible d'être causé à la victime. Il ressort clairement de l'examen de la portée de l'infraction et de ses possibles applications, effectué à la lumière de la jurisprudence élaborée par les tribunaux de juridictions inférieures, que des courtes périodes d'emprisonnement — voire des peines d'emprisonnement avec sursis, des absolutions sous condition ou des sursis au prononcé de la peine — peuvent constituer, dans certaines situations, des peines justes et proportionnées. À l'époque, le législateur a par ailleurs lui-même considéré qu'une incarcération de 90 jours serait parfois appropriée pour l'infraction. Condamner une personne à un an de prison, lorsque la peine juste et proportionnée serait un emprisonnement de 90 jours — ou une peine moins lourde encore —, est intolérable et serait choquant pour les Canadiens. Une telle peine est cruelle et inusitée et viole l'art. 12 de la *Charte*.

C. *La violation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[188] La Couronne n'a pas soutenu que la justification de la peine minimale obligatoire requise par l'al. 172.1(2)a peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il est effectivement difficile de concevoir comment une peine minimale obligatoire qui a été jugée exagérément disproportionnée parce qu'elle est incompatible avec le principe de la dignité humaine cher à la société canadienne pourrait constituer une atteinte justifiable au regard de l'article premier de la *Charte* (voir *Nur*, par. 111). Je conclurais par conséquent que la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a est inconstitutionnelle.

D. *Remedy*

[189] The Crown argues that instead of declaring s. 172.1(2)(a) to be of no force and effect, the Court should read into the indictable offence the mandatory minimum sentence associated with summary conviction. This, it is argued, would represent a less intrusive remedy and more closely accord with the will of Parliament.

[190] I disagree. In *Ferguson*, this Court re-iterated that the normal remedy for a mandatory sentencing provision that imposes cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter* is a declaration that the law is of no force and effect (para. 36).

[191] Here, there is no indication that Parliament would have passed a provision with an identical mandatory minimum sentence for both summary conviction and indictable offences had it known that the one-year mandatory minimum associated with the indictable offence under s. 172.1(2)(a) was unconstitutional. Indeed, Parliament has other options to address this type of constitutional infirmity. For example, Parliament could build judicial discretion into the provision to account for those cases where the mandatory minimum would not be constitutional. It is not the role of this Court to rewrite the provision to make it *Charter*-compliant. As in *Ferguson*, I would find that applying such a remedy in these circumstances would represent an inappropriate judicial incursion into the legislative role.

E. *Conclusion*

[192] For the reasons outlined above, I would not disturb the Court of Appeal's conclusion that s. 172.1(2)(a) is of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[193] As this Court has previously recognized, and as evidenced by this case, the wider the range

D. *Réparation*

[189] La Couronne fait valoir qu'au lieu de déclarer inopérant l'al. 172.1(2)a), la Cour devrait intégrer dans l'acte criminel la peine d'emprisonnement minimale associée à une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Elle ajoute qu'une telle interprétation serait une réparation moins intrusive qui se rapprocherait davantage de la volonté du législateur.

[190] Je ne suis pas d'accord. Dans l'arrêt *Ferguson*, la Cour a réitéré que, lorsqu'une disposition prévoit une peine obligatoire cruelle et inusitée en contravention de l'art. 12 de la *Charte*, la réparation consiste habituellement en un jugement déclaratoire portant que cette disposition est inopérante (par. 36).

[191] Dans le cas qui nous occupe, rien ne donne à penser que le législateur aurait adopté une disposition prévoyant la même peine d'emprisonnement minimale obligatoire pour les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et pour les actes criminels, s'il avait su que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an associée aux actes criminels, prévue à l'al. 172.1(2)a), était inconstitutionnelle. Le législateur a en effet à sa disposition d'autres façons de remédier à ce type de vice constitutionnel. Il pourrait, par exemple, accorder un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux pour qu'ils puissent prévoir des peines adaptées dans les cas où la peine minimale obligatoire ne serait pas constitutionnelle. Il n'appartient pas à la Cour de réécrire la disposition pour qu'elle soit conforme à la *Charte*. Conformément à l'arrêt *Ferguson*, je suis d'avis de conclure que, si la Cour accordait une telle réparation, elle empiéterait de façon injustifiée sur le rôle du législateur.

E. *Conclusion*

[192] Pour les motifs qui précèdent, je ne modifierais pas la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'al. 172.1(2)a) est inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[193] Comme la Cour l'a reconnu précédemment et comme le démontre la présente affaire, plus

of conduct to which a mandatory minimum sentence applies, the more likely that it will be found to be grossly disproportionate in certain circumstances and therefore inconsistent with s. 12 of the *Charter* (*Lloyd*, at para. 35; *Nur*, at paras. 82-83).

[194] Such constitutional defects, however, are avoidable. The harms associated with unconstitutional mandatory minimum sentences stem from their rigidity. They rob judges of the flexibility necessary to avoid imposing grossly disproportionate sentences. Building a safety valve — residual discretion — into mandatory minimum provisions would remedy this by allowing judges to make an exception in cases where the mandatory minimum would prove unconstitutional. This approach would allow legislators to send a clear and unequivocal signal that minimum sentences are presumptively appropriate, while permitting judges to depart from those guidelines in cases where the mandatory minimum would constitute excessive and unacceptable punishment.

The following are the reasons delivered by

[195] ABELLA J. (dissenting in part) — This appeal concerns what the Crown must show to prove the offence of luring a child through telecommunication under s. 172.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and, more importantly, how an accused may defend against such a charge. I agree that the presumption of belief regarding age under s. 172.1(3) of the *Criminal Code* is a violation of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In my respectful view, however, the reasonable steps requirement in s. 172.1(4) provides a second path to conviction by importing an objective element into the *mens rea* of the offence when mistake of age is in issue. As a result, it too is unconstitutional.

[196] Although the offence is premised on the accused's belief that he or she was communicating

l'éventail de comportements auxquels s'applique une peine minimale obligatoire est grand, plus cette peine risque d'être jugée exagérément disproportionnée dans certaines situations, et, partant, contraire à l'art. 12 de la *Charte* (*Lloyd*, par. 35; *Nur*, par. 82-83).

[194] Il est cependant possible d'éviter de tels vices constitutionnels. Le préjudice associé aux peines minimales obligatoires inconstitutionnelles découle de la rigidité des dispositions, qui enlèvent aux juges la flexibilité nécessaire qui leur permettrait d'éviter d'infliger des peines exagérément disproportionnées. La construction d'une soupape — l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire résiduel — pour les dispositions prévoyant une peine minimale obligatoire remédierait au problème en permettant aux juges de faire une exception dans les cas où la peine minimale obligatoire s'avérerait inconstitutionnelle. Une telle approche permettrait au législateur d'envoyer le message clair et sans équivoque suivant : les peines minimales sont présumées être appropriées, mais les juges peuvent néanmoins s'écarter des balises qu'elles donnent dans les cas où la peine minimale obligatoire serait excessive et inacceptable.

Version française des motifs rendus par

[195] LA JUGE ABELLA (dissidente en partie) — Le présent pourvoi porte sur la preuve que doit faire la Couronne pour établir l'infraction de leurre par un moyen de télécommunication, prévue à l'art. 172.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et, surtout, comment un accusé peut se défendre contre une telle accusation. Je suis d'accord pour dire que la présomption de croyance à l'âge établie au par. 172.1(3) du *Code criminel* est une violation de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, soit dit en tout respect, j'estime que l'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) offre une deuxième voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité en introduisant un élément objectif dans la *mens rea* de l'infraction lorsque l'erreur sur l'âge est en cause. En conséquence, cette disposition est inconstitutionnelle elle aussi.

[196] Bien que l'infraction repose sur la croyance de l'accusé qu'il communiquait avec un enfant,

with a child, the accused is barred from relying on his or her innocent belief where no reasonable steps were taken to ascertain the communicant's age. In the context of the Internet, this obligation to take reasonable steps may prove impossible to meet, and evidence going to "reasonable steps" may in fact ensnare the accused in the web of liability created by the offence. The result is an infringement of the right to make full answer and defence and the presumption of innocence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

[197] Internet child luring refers to the deliberate and methodical process in which a predator "aspire[s] to gain the trust of [the] targeted victims" online before attempting to "entice them into sexual activity, over the Internet or, still worse, in person" (*R. v. Legare*, [2009] 3 S.C.R. 551, at para. 2). Predators use the anonymity of the Internet to contact and interact with children in ways that would not be possible in the real world. Typically, the predatory adult will use private messaging to establish a degree of familiarity with the child before gradually sexualizing the relationship through the use of pornography, sexual conversation online, phone conversations, and, in some cases, the arrangement of a physical encounter.

[198] The goal of criminalizing child luring is to prevent predators from using these methods to lure children into situations where they can be exploited sexually. Under s. 172.1, it is an offence to communicate by means of telecommunication with someone the accused knows or believes to be under an age specified by s. 172.1 for the purpose of facilitating the commission of a listed secondary offence with respect to that person, namely, abduction or a specified sexual offence. The three essential elements are first, an online communication; second, the accused's knowledge or belief that the communicant was under the relevant age; and third, the accused's intention to facilitate a secondary offence (*Legare*, at para. 3; *R. v. Levigne*, [2010] 2 S.C.R. 3, at para. 23).

l'accusé est empêché de s'appuyer sur sa croyance de bonne foi lorsqu'aucune mesure raisonnable n'a été prise pour déterminer l'âge de l'interlocuteur. Dans le contexte d'Internet, cette obligation de prendre des mesures raisonnables peut se révéler impossible à satisfaire et la preuve concernant ces « mesures raisonnables » peut même avoir pour effet de prendre l'accusé au piège dans la toile de responsabilité créée par l'infraction. Il en résulte une atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et au droit à la présomption d'innocence garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

[197] Le leurre par Internet désigne le processus délibéré et méthodique par lequel un prédateur « espère [e] gagner la confiance de [ses] proies » en ligne avant de tenter « de les amener, par [. . .] la ruse, à se livrer à des activités sexuelles sur Internet ou, pire encore, en personne » (*R. c. Legare*, [2009] 3 R.C.S. 551, par. 2). Les prédateurs ont recours à l'anonymat dans l'Internet pour entrer en rapport et interagir avec des enfants par des façons qui ne seraient pas possibles dans le monde réel. Généralement, l'adulte prédateur emploie une messagerie privée pour établir un degré de familiarité avec l'enfant avant de graduellement sexualiser la relation par l'utilisation de pornographie, de conversations sexuelles en ligne, de conversations téléphoniques et, dans certains cas, par l'organisation d'un rendez-vous en personne.

[198] La criminalisation du leurre a pour but d'empêcher les prédateurs d'employer ces méthodes pour attirer les enfants dans des situations où ces derniers sont susceptibles d'être exploités sexuellement. Suivant l'art. 172.1, commet une infraction quiconque communique par un moyen de télécommunication avec une personne dont l'accusé sait ou croit qu'elle n'a pas atteint l'un des âges précisés à l'art. 172.1 en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction sous-jacente énumérée, à savoir l'enlèvement ou l'une des infractions sexuelles mentionnées. Les trois éléments essentiels sont, premièrement, une communication en ligne, deuxièmement, le fait pour l'accusé de savoir ou de croire que l'interlocuteur n'avait pas atteint l'âge applicable et, troisièmement, l'intention de l'accusé de faciliter la perpétration d'une infraction sous-jacente (*Legare*, par. 3; *R. c. Levigne*, [2010] 2 R.C.S. 3, par. 23).

[199] In *Legare*, Fish J. noted that attempting to classify these elements into *actus reus* and *mens rea* may prove unhelpful in reaching an appropriate verdict (para. 39). For the purpose of assessing guilt, it is enough that the three elements set out above accurately convey the prohibited conduct that constitutes the child luring offence (paras. 40-41). But in this appeal, to fully understand whether the contours of the offence are consistent with the rights guaranteed in the *Charter*, it is necessary to go further.

[200] Beginning with the conduct element, the *actus reus* of child luring will be established where the accused communicates with another person using a method of telecommunication. This clearly implicates a wide range of legal conduct, since the vast majority of people use various means of telecommunication on a daily basis for a multitude of legitimate purposes. But the broadly defined conduct element is essential because a fundamental aspect of child luring is the predator's ability to form a relationship with the victim through ostensibly innocuous conversation about the child's home life and personal interests (*Legare*, at para. 29). Child luring is an "inchoate" or "incipient" offence which criminalizes conduct *preceding* the commission or attempted commission of a substantive sexual offence. Allowing law enforcement to intervene early and "close the cyberspace door before the predator gets in to prey" (para. 25) protects children by preventing the harms of sexual exploitation that manifest themselves when the accused has completed the substantive offence or taken actions sufficient to establish the inchoate offences of attempt or counselling (H. C. Stewart, "*Legare: Mens Rea Matters*" (2010), 70 C.R. (6th) 12, at p. 13).

[201] Online communications become criminal child luring when coupled with the requisite mental elements: the accused's *belief* that he or she is communicating with a child, and the accused's *intention* to facilitate a specified offence against that child. The further an offence is removed from the actual harms sought to be avoided, the more important the subjective component becomes in order

[199] Dans l'arrêt *Legare*, le juge Fish a souligné que tenter de classer ces éléments comme s'inscrivant soit dans l'*actus reus* soit dans la *mens rea* pouvait se révéler peu utile pour rendre le verdict qui convient (par. 39). Pour apprécier la culpabilité, il suffit que les trois éléments énoncés ci-dessus expriment fidèlement l'acte interdit qui constitue l'infraction de leurre (par. 40-41). Toutefois, dans le présent pourvoi, pour bien comprendre si les paramètres de l'infraction sont conformes aux droits garantis par la *Charte*, il faut pousser l'analyse plus loin.

[200] En ce qui concerne d'abord l'élément du comportement, l'*actus reus* du leurre sera établi si l'accusé communique avec une autre personne par un moyen de télécommunication. Ceci inclut manifestement un vaste ensemble d'actes légaux, puisque la grande majorité des gens ont recours à des moyens de télécommunication tous les jours pour une multitude de fins légitimes. Toutefois, la définition large de l'élément du comportement est essentielle, parce qu'un aspect fondamental du leurre est la capacité du prédateur d'établir une relation avec la victime par des conversations apparemment anodines sur la vie familiale et les intérêts personnels de l'enfant (*Legare*, par. 29). Le leurre est une infraction « inchoative » ou « préliminaire » qui criminalise un comportement qui *précède* la perpétration ou la tentative de perpétration d'une infraction substantielle d'ordre sexuel. Permettre aux autorités policières d'intervenir en amont et de « fermer la porte du cyberespace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie » (par. 25) protège les enfants en empêchant les préjudices de l'exploitation sexuelle qui se manifestent lorsque l'accusé a commis l'infraction substantielle ou a commis des actes qui suffisent à établir les infractions inchoatives de tentative ou de conseil (H. C. Stewart, « *Legare : Mens Rea Matters* » (2010), 70 C.R. (6th) 12, p. 13).

[201] Les communications en ligne deviennent un leurre criminel lorsqu'elles s'accompagnent des éléments moraux exigés : la *croyance* de l'accusé qu'il communique avec un enfant et l'*intention* de l'accusé de faciliter la perpétration d'une infraction mentionnée contre cet enfant. Plus une infraction est éloignée de l'infliction des préjudices réels que l'on veut prévenir, plus l'élément subjectif devient

to justify criminalization (*Legare*, at paras. 32-33, quoting A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (6th ed. 2009), at p. 456; Stewart (2010), at p. 15). As a result, to constitute child luring, it is essential that the communications online be done *for the purpose of facilitating* a subsequent offence and that the accused *believe* the communicant to be a child. These elements form the *mens rea* of the offence (Stewart (2010), at pp. 16-17). As a preparatory crime, child luring captures otherwise legal conduct — communications online — where it is subjectively intended to culminate in the commission of a completed crime (*Legare*, at paras. 25 and 32).

[202] A key part of this subjective intention is the accused's belief, which is expressly identified as the sufficient fault element. This means that the Crown can prove its case based on the accused's subjective understanding that the victim was under the relevant age, regardless of whether that belief is true (Stewart (2010), at p. 16; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at paras. 68-71). Specifying the fault element to be “belief” allows for sting operations, in which law enforcement officers pose as children to “identify and apprehend predatory adults” who “troll the Internet to attract and entice vulnerable children and adolescents” (*Levigne*, at paras. 24-25). These sting operations are crucial in the enforcement of child luring laws since, as Doherty J.A. cogently put it, “Children cannot be expected to police the Internet” (*R. v. Alicandro* (2009), 95 O.R. (3d) 173 (C.A.), at para. 38).

[203] It is clear then that the offence of child luring is almost entirely grounded in the accused's intention and belief. And although both must be established to make out the offence, belief will often be central to proving intention. This is because the exercise of inferring intention from the record of communications conducted online depends almost entirely on the context. Conversations between adults take on a different colour when one adult believes that he or she is communicating with a child. As a result, where

important pour que la criminalisation soit justifiée (*Legare*, par. 32-33, citant A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (6^e éd. 2009), p. 456; Stewart (2010), p. 15). En conséquence, pour constituer un leurre, il est essentiel que les communications en ligne soient faites *en vue de faciliter* la perpétration d'une infraction subséquente et que l'accusé *croie* que l'interlocuteur est un enfant. Ces éléments constituent la *mens rea* de l'infraction (Stewart (2010), p. 16-17). En tant que crime préparatoire, le leurre est constitué d'actes par ailleurs légaux — les communications en ligne — qui sont subjectivement censés mener à la perpétration d'un crime complet (*Legare*, par. 25 et 32).

[202] Un élément clé de cette intention subjective est la croyance de l'accusé, qui est expressément identifiée comme l'élément de faute suffisant. De ce fait, la Couronne peut établir sa preuve en fonction de la compréhension subjective de l'accusé que la victime n'avait pas atteint l'âge applicable, que la croyance soit conforme à la réalité ou non (Stewart (2010), p. 16; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 68-71). En précisant que l'élément de faute est la « croyance », on permet les opérations d'infiltration, dans lesquelles les policiers se font passer pour des enfants « en vue de démasquer et d'arrêter les prédateurs adultes » qui « rôdent dans l'Internet pour appâter des enfants et des adolescents vulnérables » (*Levigne*, par. 24-25). Ces opérations d'infiltration jouent un rôle essentiel dans l'application des lois relatives au leurre, car, comme l'a exprimé de façon convaincante le juge Doherty, [TRADUCTION] « [o]n ne peut s'attendre à ce que les enfants assurent le maintien de l'ordre dans Internet » (*R. c. Alicandro* (2009), 95 O.R. (3d) 173 (C.A.), par. 38).

[203] Il est donc clair que l'infraction de leurre est presque entièrement fondée sur l'intention et la croyance de l'accusé. Et, bien que les deux éléments doivent être prouvés pour établir l'infraction, il arrivera souvent que la croyance joue un rôle essentiel dans la preuve de l'intention. Il en est ainsi parce que l'exercice qui consiste à inférer l'intention à partir du dossier des communications faites en ligne dépend presque entièrement du contexte. Les conversations entre adultes prennent un ton différent lorsqu'un

it is shown that the accused believed the communicant was under the specified age, communications that can be read as cultivating a relationship of trust or that are sexual in nature will almost inevitably support an intention to facilitate a secondary offence. The accused's belief that the communicant is a child often constitutes the sole difference between innocent online discourse and criminal child luring. It is for that reason that belief is the only issue in dispute for the vast majority of child luring cases.

[204] Although belief is at the centre of the child luring offence, how this element can be proven by the Crown (and defended by the accused) is affected by two additional provisions, both of which are at issue in this appeal. The first is the presumption of age under s. 172.1(3), which states:

Presumption re age

(3) Evidence that the person referred to in paragraph (1)(a), (b) or (c) was represented to the accused as being under the age of eighteen years, sixteen years or fourteen years, as the case may be, is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused believed that the person was under that age.

[205] Section 172.1(3) creates a basic fact presumption which allows the Crown to discharge its burden to prove beyond a reasonable doubt that the accused believed that he or she was communicating with a child by simply proving that the communicant was represented as being under one of the specified ages in s. 172.1. In this case, for example, “Mia Andrews”, in her initial email response to Mr. Morrison, asserted that she was fourteen years old. By operation of s. 172.1(3), this assertion would constitute proof that Mr. Morrison believed he was communicating with a person who was only fourteen years of age.

[206] The presumption is rebuttable by “evidence to the contrary”. Generally, this requires “evidence that is capable of raising a reasonable doubt as to the

des adultes croit communiquer avec un enfant. En conséquence, lorsqu’il est établi que l’accusé croyait que l’interlocuteur n’avait pas atteint l’âge précisé, les communications qui peuvent être interprétées comme cultivant une relation de confiance ou qui revêtent un caractère sexuel témoigneront presque inévitablement d’une intention de faciliter la perpétration d’une infraction sous-jacente. La croyance de l’accusé selon laquelle l’interlocuteur est un enfant constitue souvent la seule différence entre une discussion anodine en ligne et le leurre criminel. C’est pour cette raison que la croyance est la seule question en litige dans la vaste majorité d’affaires de leurre.

[204] Bien que la croyance soit au cœur de l’infraction de leurre, deux autres dispositions, toutes deux en cause dans le présent pourvoi, ont une incidence sur la manière dont cet élément peut être prouvé par la Couronne (et faire l’objet d’une défense par l’accusé). La première est la présomption relative à l’âge, établie au par. 172.1(3), qui édicte ce qui suit :

Présomption

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

[205] Le paragraphe 172.1(3) crée une présomption fondée sur des faits établis qui permet à la Couronne de s’acquitter de son fardeau consistant à prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé croyait communiquer avec un enfant en prouvant simplement que l’interlocuteur avait été présenté comme n’ayant pas atteint l’un des âges précisés à l’art. 172.1. En l’espèce, par exemple, « Mia Andrews », dans sa première réponse par courriel à M. Morrison, a affirmé être âgée de quatorze ans. Par application du par. 172.1(3), cette affirmation constituerait une preuve que M. Morrison croyait communiquer avec une personne qui n’était âgée que de quatorze ans.

[206] La présomption est réfutable par une « preuve contraire ». Généralement, il faut une « preuve capable de susciter un doute raisonnable quant au

presumed fact” (*R. v. Gibson*, [2008] 1 S.C.R. 397, at para. 53; *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, at para. 15). However, this is further modified by the second provision at issue, s. 172.1(4), which states:

No defence

(4) It is not a defence to a charge under paragraph (1)(a), (b) or (c) that the accused believed that the person referred to in that paragraph was at least eighteen years of age, sixteen years or fourteen years of age, as the case may be, unless the accused took reasonable steps to ascertain the age of the person.

[207] In *Levigne*, Fish J. interpreted the combined effect of ss. 172.1(3) and (4). Where the accused communicates with someone who represents himself or herself as being under one of the specified ages, the accused is presumed under s. 172.1(3) to have believed that he or she was communicating with a person under that age. This presumption is rebuttable by evidence to the contrary, which, by the terms of s. 172.1(4), *must include* evidence that the accused took reasonable steps to ascertain the person’s age (*Levigne*, at para. 32). Where the presumption of belief is rebutted by evidence to the contrary, and the accused has taken reasonable steps, the trier of fact must consider whether, based on all the evidence, the accused believed the person to be under the stated age, and acquit if left with a reasonable doubt of the accused’s guilty belief (para. 32). If no reasonable steps were taken then, all other elements being proven, the accused will be convicted.

[208] I agree, for the reasons of the majority, that the presumption of age violates s. 11(d) of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. With respect, I do not share the view that striking down the presumption under s. 172.1(3) eliminates a second path to conviction under s. 172.1(4), whereby a conviction is available if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the communicant’s age. What makes such a conviction possible is the interplay between the wording of the provision and the way this Court

fait présumé » (*R. c. Gibson*, [2008] 1 R.C.S. 397, par. 53; *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, par. 15). Toutefois, cette réalité est modifiée par la deuxième disposition en cause, le par. 172.1(4), qui est ainsi libellé :

Moyen de défense

(4) Le fait pour l’accusé de croire que la personne visée aux alinéas (1)a), b) ou c) était âgée d’au moins dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, ne constitue un moyen de défense contre une accusation fondée sur le paragraphe (1) que s’il a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de la personne.

[207] Dans l’arrêt *Levigne*, le juge Fish a interprété l’effet combiné des par. 172.1(3) et (4). Lorsque l’accusé communique avec une personne qui se présente comme n’ayant pas atteint l’un des âges précisés, l’accusé est présumé, en application du par. 172.1(3), avoir cru communiquer avec une personne n’ayant pas atteint cet âge. Cette présomption est réfutable par une preuve contraire qui, suivant le libellé du par. 172.1(4), *doit notamment établir* que l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne (*Levigne*, par. 32). Lorsque la présomption de croyance est réfutée par une preuve contraire et que l’accusé a pris des mesures raisonnables, le juge des faits doit se demander si, sur le fondement de l’ensemble de la preuve, l’accusé croyait que la personne n’avait pas atteint l’âge mentionné et prononcer l’acquittement s’il subsiste dans son esprit un doute raisonnable quant à la croyance coupable de l’accusé (par. 32). Si aucune mesure raisonnable n’a été prise et que tous les autres éléments ont été prouvés, l’accusé sera déclaré coupable.

[208] Je conviens, pour les motifs exposés par les juges majoritaires, que la présomption relative à l’âge viole l’al. 11d) de la *Charte* et qu’elle ne peut être sauvegardée en application de l’article premier. En toute déférence, je ne partage pas l’avis selon lequel l’invalidation de la présomption établie au par. 172.1(3) a pour effet d’éliminer une deuxième voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité par application du par. 172.1(4), voie suivant laquelle un accusé peut être déclaré coupable si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable

has interpreted mistake of fact. I would, as a result, find that s. 172.1(4) is also unconstitutional.

[209] The requirement to take reasonable steps under s. 172.1(4), on its face, limits the accused's ability to rely on the defence of mistake of fact. As the Court recognized in the pre-*Charter* case of *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, however, mistake of fact is not a true "defence" but rather the absence of (or, more accurately, a reasonable doubt as to) *mens rea*. In order to raise a reasonable doubt as to *mens rea*, the contours of the mistake must parallel the fault element of the offence. This means that subjective *mens rea* may be negated by an honest mistake, while objective *mens rea* may only be negated by an honest and reasonable mistake (D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (7th ed. 2014), at pp. 311 and 317; K. Roach, *Criminal Law* (7th ed. 2018), at pp. 18-19 and 202-4; *Pappajohn*, at p. 152). Given the symbiotic relationship between *mens rea* and mistake of fact, the *mens rea* is necessarily affected where the availability of a mistake of fact "defence" is legislatively constrained by an objective aspect which, in this case, is the requirement to take reasonable steps to ascertain age.

[210] Criminal law jurisprudence has recognized the effect of reasonable steps provisions on the fault element of an offence. Offences which include such limits have been described as "subjective-objective", since the determination of whether an accused took "reasonable steps" to ascertain age is based on what steps a reasonable person would take in light of the circumstances known to the accused at the time (*R. v. George*, [2017] 1 S.C.R. 1021, at para. 9; *R. v. Saliba* (2013), 304 C.C.C. (3d) 133 (Ont. C.A.), at paras. 27-28; *R. v. Duran* (2013), 306 O.A.C. 301 (C.A.), at paras. 53-54; *R. v. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42 (B.C.C.A.), at para. 20; H.C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (loose-leaf), at

que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'interlocuteur. Un tel verdict de culpabilité est possible en raison de l'interaction entre le libellé de la disposition et la manière dont la Cour a interprété l'erreur de fait. Je serais donc d'avis de conclure que le par. 172.1(4) est lui aussi inconstitutionnel.

[209] À première vue, l'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) limite la capacité de l'accusé d'invoquer le moyen de défense d'erreur de fait. Toutefois, comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, rendu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, l'erreur de fait n'est pas une « défense » à proprement parler, mais plutôt l'absence de *mens rea* (ou, plus exactement, un doute raisonnable quant à la *mens rea*). Pour soulever un doute raisonnable quant à la *mens rea*, les paramètres de l'erreur doivent correspondre à l'élément de faute de l'infraction. Ceci signifie que la *mens rea* subjective peut être renversée par une erreur honnête, alors que la *mens rea* objective ne peut être renversée que par une erreur honnête et raisonnable (D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (7^e éd. 2014), p. 311 et 317; K. Roach, *Criminal Law* (7^e éd. 2018), p. 18-19 et 202-204, *Pappajohn*, p. 152). En raison de la relation symbiotique entre la *mens rea* et l'erreur de fait, la *mens rea* est nécessairement influencée lorsque la loi limite la possibilité d'invoquer la « défense » d'erreur de fait par un aspect objectif, à savoir, en l'espèce, l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge.

[210] La jurisprudence en droit criminel a reconnu l'effet des dispositions exigeant la prise de mesures raisonnables sur l'élément de faute d'une infraction. Les infractions qui présentent de telles limites ont été décrites comme étant « subjectives et objectives », puisque la réponse à la question de savoir si un accusé a pris des « mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge de l'autre personne repose sur les mesures que prendrait une personne raisonnable dans les circonstances dont avait alors connaissance l'accusé (*R. c. George*, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 9; *R. c. Saliba* (2013), 304 C.C.C. (3d) 133 (C.A. Ont.), par. 27-28; *R. c. Duran* (2013), 306 O.A.C. 301 (C.A.), par. 53-54; *R. c. P. (L.T.)*

p. 4-26.2). Although the analysis depends on the information subjectively known to the accused, it remains an objective inquiry because it is assessed from the perspective of a reasonable person: the accused is “held up to a standard of reasonable conduct” (*R. v. Sinclair*, 92 Alta. L.R. (5th) 64 (Q.B.), at para. 40; *R. v. Malcolm* (2000), 148 Man. R. (2d) 143 (C.A.), at para. 13; *R. v. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1 (C.A.), at pp. 24-25, aff’d on other grounds, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117 (C.A.), at paras. 19 and 30-34; *Duran*, at paras. 51-55; R. Cairns Way, “Bill C-49 and the Politics of Constitutionalized Fault” (1993), 42 *U.N.B.L.J.* 325, at pp. 329-30).

[211] We can see how the reasonable steps requirement adds objectivity to the *mens rea* by looking at how this “defence” works in practice. To raise an air of reality for the mistake defence when there is a reasonable steps requirement, whether the mistake is one of age or consent, there must be evidence which supports both the accused’s honest belief that the complainant was over the relevant age/consenting, and that the accused took all reasonable steps to ascertain age, or reasonable steps to ascertain consent. As a result, once mistake of fact is put in issue, the Crown can succeed by proving either that the accused believed the complainant to be under the relevant age/not consenting, or that the accused failed to take all reasonable steps to ascertain age, or reasonable steps to ascertain consent (*George*, at para. 8; Stewart (loose-leaf), at pp. 4-26.2 to 4-26.3; M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at p. 1113). The result is that the *mens rea* of the offence can be established solely on the accused’s failure to take reasonable steps.

[212] Acknowledging that s. 172.1(4) affects the *mens rea* of the offence aligns with the interpretation of analogous limits elsewhere in the *Criminal Code*, which also inject objectivity into the fault element

(1997), 113 C.C.C. (3d) 42 (C.A. C.-B.), par. 20; H.C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 4-26.2). Bien que l’analyse dépende de l’information dont disposait subjectivement l’accusé, l’analyse demeure objective puisqu’elle est réalisée du point de vue d’une personne raisonnable : l’accusé est [TRADUCTION] « tenu à la norme du comportement raisonnable » (*R. c. Sinclair*, 92 Alta L.R. (5th) 64 (B.R.), par. 40; *R. c. Malcolm* (2000), 148 Man. R. (2d) 143 (C.A.), par. 13; *R. c. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1 (C.A.), p. 24-25, confirmé pour d’autres motifs par [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117 (C.A.), par. 19 et 30-34; *Duran*, par. 51-55; R. Cairns Way, « Bill C-49 and the Politics of Constitutionalized Fault » (1993), 42 *U.N.B.L.J.* 325, p. 329-330).

[211] Nous pouvons voir comment l’obligation de prendre des mesures raisonnables ajoute une certaine objectivité à la *mens rea* en examinant comment cette « défense » s’applique en pratique. Pour établir la vraisemblance de la défense d’erreur de fait lorsqu’il y a une obligation de prendre des mesures raisonnables, que l’erreur porte sur l’âge ou le consentement, il doit exister une preuve qui appuie la croyance sincère de l’accusé que le plaignant avait atteint l’âge applicable/était consentant et que l’accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge ou des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement. En conséquence, dès que l’erreur de fait est invoquée, la Couronne peut avoir gain de cause en prouvant soit que l’accusé croyait que le plaignant n’avait pas atteint l’âge applicable/n’était pas consentant, soit que l’accusé a omis de prendre toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge ou des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement (*George*, par. 8; Stewart (feuilles mobiles), p. 4-26.2 à 4-26.3; M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 1113). Il s’ensuit que la *mens rea* de l’infraction peut être établie sur le seul fondement du défaut pour l’accusé de prendre des mesures raisonnables.

[212] Reconnaître que le par. 172.1(4) a une incidence sur la *mens rea* de l’infraction s’accorde avec l’interprétation des limites analogues prévues ailleurs dans le *Code criminel*, qui incorporent elles

of the offence (with respect to mistake of age, see s. 150.1(4) and (5) of the *Criminal Code*; *George*, at para. 8; Roach, at pp. 233-34; Stewart (loose-leaf), at pp. 4-26.2 to 4-26.3; with respect to mistaken belief in consent, see s. 273.2(b) of the *Criminal Code*; *Malcolm*, at para. 13; *Darrach*, at pp. 24-25; *Cornejo*, at paras. 19 and 30-34).

[213] This Court recently recognized that a reasonable steps requirement adds objectivity to the fault element of the offence in its unanimous decision in *George*, which discussed how limits on mistake of age under s. 150.1(4) of the *Criminal Code* affect the available pathways to conviction in the context of general sexual offences. Gascon J., writing for the Court, said:

... [The accused's] only available defence — or, more accurately, her only available means of negating her criminal intent (*mens rea*) to have sex with a minor — was “mistake of age”, i.e. [the accused] believing that C.D. was at least 16. However, the *Criminal Code* limits the availability of the mistake of age defence by requiring that “all reasonable steps” be taken to ascertain the complainant’s age:

150.1 ...

Mistake of age

(4) It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 16 years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant.

At common law, “true crimes” — like those at issue here — would have a purely subjective fault element. However, through statutory intervention, Parliament has imported an objective element into the fault analysis to enhance protections for youth. As a result, to convict an

aussi une certaine objectivité dans l’élément de faute de l’infraction (pour ce qui est de l’erreur sur l’âge, voir les par. 150.1(4) et (5) du *Code criminel*; *George*, par. 8; Roach, p. 233-234; Stewart (feuilles mobiles), p. 4-26.2 à 4-26.3; pour ce qui est de la croyance erronée au consentement, voir l’al. 273.2b) du *Code criminel*; *Malcolm*, par. 13; *Darrach*, p. 24-25; *Cornejo*, par. 19 et 30-34).

[213] La Cour a récemment reconnu qu’une obligation en matière de prise de mesures raisonnables ajoute une certaine objectivité à l’élément de faute de l’infraction, dans la décision qu’elle a rendue à l’unanimité dans l’affaire *George*, qui portait sur la manière dont les limites apportées à l’erreur sur l’âge par le par. 150.1(4) du *Code criminel* ont une incidence sur les voies disponibles pouvant conduire à une déclaration de culpabilité dans le contexte des infractions sexuelles générales. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Gascon a affirmé ce qui suit :

... le seul moyen de défense [que l’accusée] pouvait invoquer — ou, pour être plus précis, le seul moyen dont elle disposait pour réfuter qu’elle avait eu l’intention criminelle (*mens rea*) d’avoir des rapports sexuels avec un mineur — était de faire valoir qu’elle avait commis une « erreur sur l’âge », c’est-à-dire qu’elle croyait que C.D. avait au moins 16 ans. Cependant, le *Code criminel* limite l’ouverture de la défense d’erreur sur l’âge en exigeant d’un accusé qu’il ait pris « toutes les mesures raisonnables » pour s’assurer de l’âge du plaignant :

150.1 ...

Inadmissibilité de l’erreur

(4) Le fait que l’accusé croyait que le plaignant était âgé de seize ans au moins au moment de la perpétration de l’infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l’accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge du plaignant.

En common law, les [TRADUCTION] « crimes véritables » — du genre de ceux en cause dans la présente affaire — comportent un élément de faute purement subjectif. Toutefois, par voie de dispositions législatives, le Parlement a importé dans l’analyse de la faute un élément

accused person who demonstrates an “air of reality” to the mistake of age defence, the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, either that the accused person (1) did not honestly believe the complainant was at least 16 (the subjective element); or (2) did not take “all reasonable steps” to ascertain the complainant’s age (the objective element). [Emphasis added; citations omitted; paras. 7-8.]

[214] These words are clear and unambiguous, confirming that reasonable steps requirements import objectivity into the *mens rea* of criminal offences. *George*’s discussion of reasonable steps requirements applies with equal force to s. 172.1(4). When mistake of age is in issue, s. 172.1(4) allows for a conviction if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain age (the objective path to liability), *or* if it proves that the accused subjectively believed that the complainant was under the relevant age (the subjective path to liability). Because statutorily defining the parameters of a permissible mistake of fact also necessarily transforms the fault element of the offence, the Crown, by proving *either* the subjective or objective path to conviction beyond a reasonable doubt, will also have established the *mens rea* beyond a reasonable doubt.

[215] I see nothing constitutionally suspect about reasonable steps requirements generally. These requirements are intended to “enhance protections for youth” in the mistake of age context (*George*, at para. 8) and preclude reliance on stereotypes and assumptions in the consent context (see, e.g., *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 95, per L’Heureux-Dubé J., concurring). In the unique context of Internet child luring, however, the limitations on the accused’s ability to allege mistaken belief in age in s. 172.1(4) are, in my view, inconsistent with

objectif afin d’accorder une protection accrue aux jeunes personnes. Par conséquent, pour que soit déclaré coupable un accusé qui démontre que sa défense d’erreur sur l’âge possède une « apparence de vraisemblance », le ministère public doit alors prouver hors de tout doute raisonnable soit que l’accusé (1) ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d’au moins 16 ans (l’élément subjectif), soit que l’accusé (2) n’a pas pris « toutes les mesures raisonnables » pour s’assurer de l’âge du plaignant (l’élément objectif). [Italiques ajoutés; références omises; par. 7-8.]

[214] Ces mots sont clairs et sans équivoque, et ils confirment que les obligations en matière de prise de mesures raisonnables introduisent une certaine objectivité dans la *mens rea* des infractions criminelles. L’analyse dans l’arrêt *George* au sujet des obligations en matière de prise de mesures raisonnables s’applique avec autant de vigueur au par. 172.1(4). Lorsque l’erreur sur l’âge est en cause, le par. 172.1(4) permet le prononcé d’une déclaration de culpabilité si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l’accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge (la voie objective vers la responsabilité) *ou* si elle prouve que l’accusé croyait subjectivement que l’interlocuteur n’avait pas atteint l’âge applicable (la voie subjective vers la responsabilité). Parce que la définition par voie législative des paramètres de l’erreur de fait acceptable a nécessairement pour effet, en outre, de transformer l’élément de faute de l’infraction, la Couronne, en prouvant hors de tout doute raisonnable *l’une ou l’autre* de ces voies pouvant conduire à une déclaration de culpabilité — objective ou subjective —, se trouvera également à avoir établi la *mens rea* hors de tout doute raisonnable.

[215] Les obligations en matière de prise de mesures raisonnables ne me paraissent pas suspectes sur le plan constitutionnel d’une manière générale. Ces obligations ont pour objectif « d’accorder une protection accrue aux jeunes personnes » dans le contexte de l’erreur sur l’âge (*George*, par. 8) et d’interdire le recours aux stéréotypes et aux suppositions dans le contexte du consentement (voir, p. ex., *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 95, la juge L’Heureux-Dubé, dans des motifs concordants). Cependant, dans le contexte particulier du lurre par

the guarantees under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, which provide:

Life, liberty and security of person

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Proceedings in criminal and penal matters

11. Any person charged with an offence has the right

...

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

[216] It is a principle of fundamental justice under s. 7 that the accused has the right to present full answer and defence to a criminal charge (*R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, at paras. 41 and 43). This depends on the accused's ability to establish a defence and challenge the case presented by the prosecution. The right to full answer and defence in turn upholds the right of the innocent not to be convicted, itself enshrined under s. 11(d) of the *Charter*. Where a provision has the effect of obstructing an accused's ability to present full answer and defence to the charge leveled against him or her, it will constitute a violation of both ss. 7 and 11(d).

[217] Under s. 172.1(4), the accused is barred from arguing that he or she did not believe that the online communicant was a child unless he or she took steps to ascertain the communicant's age that were objectively reasonable in the circumstances. In my view, any defence will be largely illusory for an accused who believed that he or she was communicating with an adult. What steps can an accused possibly take on the Internet to reasonably verify the communicant was not under the relevant age in order to escape objective liability?

Internet, les restrictions sur la capacité de l'accusé d'alléguer la croyance erronée à l'âge qui est visée au par. 172.1(4) sont, à mon avis, incompatibles avec les garanties prévues à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, dont le texte suit :

Vie, liberté et sécurité

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Affaires criminelles et pénales

11. Tout inculpé a le droit :

...

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

[216] Il est un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 selon lequel l'accusé a le droit de présenter une défense pleine et entière contre une accusation criminelle (*R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 41 et 43). Pour être en mesure de le faire, l'accusé doit pouvoir établir sa défense et contester la preuve présentée par la poursuite. À son tour, le droit à une défense pleine et entière maintient le droit de la personne innocente de ne pas être déclarée coupable, un droit qui est lui-même consacré à l'al. 11d) de la *Charte*. Lorsqu'une disposition a pour effet de nuire à la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière contre l'accusation portée contre lui, elle constituera une violation à la fois de l'art. 7 et de l'al. 11d).

[217] Le paragraphe 172.1(4) empêche l'accusé de plaider qu'il ne croyait pas que l'interlocuteur en ligne était un enfant, à moins qu'il ait pris des mesures pour s'assurer de l'âge de l'interlocuteur qui étaient objectivement raisonnables dans les circonstances. À mon avis, toute défense sera largement illusoire dans le cas où l'accusé croyait communiquer avec un adulte. Quelles mesures un accusé peut-il possiblement prendre sur Internet pour s'assurer raisonnablement que l'interlocuteur avait atteint l'âge applicable afin d'échapper à la responsabilité

The effect is a nearly insurmountable barrier to the accused's ability to raise and defend his or her innocent belief.

[218] The requirement to take "reasonable steps" to ascertain age under s. 172.1(4) has been interpreted, in my view appropriately, in a way that parallels the substantially similar requirement to take "all reasonable steps" to ascertain the complainant's age under s. 150.1(4) and (5) of the *Criminal Code* in order to rely on a mistaken belief in age defence in relation to a general sexual offence (*R. v. Thain* (2009), 243 C.C.C. (3d) 230 (Ont. C.A.), at paras. 36-37; *R. v. Dragos* (2012), 111 O.R. (3d) 481 (C.A.), at paras. 61-62; *R. v. Pengelley* (2010), 261 C.C.C. (3d) 93 (Ont. S.C.J.), at paras. 10-11). That analysis is based on what steps a reasonable person would take in the circumstances subjectively known to the accused at the time (*George*, at para. 9; *Saliba*, at paras. 27-28; *Duran*, at paras. 53-54; *P. (L.T.)*, at para. 20). The inquiry has been described as a "highly contextual, fact-specific exercise" (*George*, at para. 9; Stewart (loose-leaf), at p. 4-26.3).

[219] Under ss. 150.1(4) and (5), the trier of fact must consider whether, based on the available indicia of age known to the accused, a reasonable person would accept the complainant's age without further inquiry (*P. (L.T.)*, at paras. 20 and 27; *Duran*, at para. 52). The indicia of age include information which the accused may passively observe, such as the complainant's physical appearance, behaviour and conduct, and other outward representations (*R. v. Osborne* (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 194 (Nfld. C.A.), at para. 22). Where some compelling factor exists that obviates the need for further inquiry by the accused, the reasonable steps requirement will be met. But where these factors instead call out for further inquiry, the trier of fact must go on to consider whether the accused took reasonable steps to ascertain age, or whether more was required (*R. v. Mastel* (2011), 268 C.C.C. (3d) 224 (Sask. C.A.), at para. 22). As this Court held in *George*, "the more reasonable an accused's perception of the complainant's age, the fewer steps reasonably required of them" (para. 9). A similar analysis applies in the context of mistaken belief in consent

objective? Il en résulte un obstacle quasiment infranchissable à la capacité de l'accusé d'invoquer en défense sa croyance de bonne foi.

[218] L'obligation de prendre des « mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge, visée au par. 172.1(4), a été interprétée, à bon droit à mon avis, d'une manière qui rappelle l'obligation à peu près semblable de prendre « toutes les mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge du plaignant en application des par. 150.1(4) et (5) du *Code criminel* afin de pouvoir invoquer la défense de la croyance erronée à l'âge en lien avec une infraction sexuelle générale (*R. c. Thain* (2009), 243 C.C.C. (3d) 230 (C.A. Ont.), par. 36-37; *R. c. Dragos* (2012), 111 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 61-62; *R. c. Pengelley* (2010), 261 C.C.C. (3d) 93 (C.S.J. Ont.), par. 10-11). Cette analyse s'appuie sur les mesures qu'une personne raisonnable prendrait dans les circonstances dont l'accusé avait subjectivement connaissance à l'époque (*George*, par. 9; *Saliba*, par. 27-28; *Duran*, par. 53-54; *P. (L.T.)*, par. 20). Cette analyse a été qualifiée d'« éminemment contextuelle et tribunaire des faits » (*George*, par. 9; Stewart (feuilles mobiles), p. 4-26.3).

[219] Sous le régime des par. 150.1(4) et (5), le juge des faits doit se demander si, eu égard aux indices disponibles concernant l'âge et dont l'accusé avait connaissance, une personne raisonnable accepterait l'âge du plaignant sans s'informer davantage (*P. (L.T.)*, par. 20 et 27; *Duran*, par. 52). Les indices concernant l'âge comprennent les renseignements que l'accusé est susceptible d'avoir observés passivement, notamment l'apparence physique, le comportement et la conduite du plaignant et d'autres représentations externes (*R. c. Osborne* (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 194 (C.A.T.-N.), par. 22). S'il existe un facteur concluant qui rend inutile une enquête plus poussée par l'accusé, l'obligation de prendre des mesures raisonnables aura été remplie. Toutefois, lorsque ces facteurs appellent une enquête plus poussée, le juge des faits doit ensuite se demander si l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge, ou s'il devait faire davantage (*R. c. Mastel* (2011), 268 C.C.C. (3d) 224 (C.A. Sask.), par. 22). Comme a conclu la Cour dans l'arrêt *George*, « plus la perception qu'a l'accusé de l'âge du plaignant est raisonnable, moins le nombre de

under s. 273.2(b) (see *Malcolm*, at paras. 21 and 24; *Darrach*, at pp. 24-25; *Cornejo*, at paras. 19 and 30-34).

[220] But it is difficult, if not impossible, to apply such an inquiry in the context of Internet child luring. Unlike the objective indicia of age that are available in an in-person encounter, such as the complainant's appearance or behaviour, the accused is required to rely exclusively on information presented over the Internet, where deception is often undetectable. Online profiles, mannerisms, and appearances are frequently artificially constructed or exaggerated. How can a reasonable person be expected to ascertain a communicant's age when he or she cannot even confirm the communicant's identity?

[221] And even if it would be reasonable for an accused to accept that the information presented online belongs to the communicant, what steps can reasonably be taken to ascertain age? Identification documents or credit card information may be sent electronically, but an individual has no means by which to verify that information. This problem is compounded when dealing with youth who lack access to such reliable documents in the first place. How does one reasonably differentiate online between a 14-year-old and a 45-year-old, let alone between a 15, 16, or 17-year-old? The anonymous and unverifiable nature of online identities is, as the Crown acknowledges, the *very reason* that the offence is based on what the accused believed at the time of the communication, and not on whether that belief was correct.

[222] Moreover, additional communications made in an effort to ascertain age will necessarily put the accused at a heightened risk of being inculpated in the very offence intended to be avoided. Conversations about family, school, and activities designed to assess whether the communicant is of sufficient age

mesures raisonnablement requises de la part du premier sera élevé » (par. 9). Une analyse similaire s'applique dans le contexte de la croyance erronée au consentement pour l'application de l'al. 273.2b) (voir *Malcolm*, par. 21 et 24; *Darrach*, p. 24-25; *Cornejo*, par. 19 et 30-34).

[220] Toutefois, il est difficile, voire impossible, de faire une telle enquête dans le contexte du leurre par Internet. Contrairement aux indices objectifs concernant l'âge qui sont disponibles dans une rencontre en personne, par exemple, l'apparence ou le comportement du plaignant, l'accusé doit s'appuyer exclusivement sur les renseignements présentés dans Internet, où la tromperie est souvent impossible à détecter. Il arrive fréquemment que, en ligne, les profils, les manières et les apparences soient artificiellement construits ou exagérés. Comment peut-on s'attendre à ce qu'une personne raisonnable s'assure de l'âge de son interlocuteur lorsqu'elle ne peut même pas confirmer l'identité de ce dernier?

[221] Et même s'il était raisonnable qu'un accusé accepte que les renseignements présentés en ligne sont ceux de l'interlocuteur, quelles mesures peuvent être raisonnablement prises pour s'assurer de l'âge? Des documents d'identification ou des données de carte de crédit peuvent être envoyés par voie électronique, mais un individu ne dispose d'aucun moyen de vérifier ces renseignements. Ce problème est amplifié lorsque les interlocuteurs sont de jeunes personnes qui, au départ, n'ont pas accès à des documents aussi fiables. Comment fait-on la différence, en ligne, entre une personne âgée de 14 ans et une personne qui en a 45, et a fortiori entre des personnes âgées de 15, 16 ou 17 ans? Le caractère anonyme et invérifiable des identités en ligne est, comme le reconnaît la Couronne, la *raison précise* pour laquelle l'infraction est fondée sur ce que l'accusé croyait au moment de la communication, et non sur la question de savoir si cette croyance était bien fondée.

[222] Qui plus est, les communications supplémentaires faites dans le but de s'assurer de l'âge feront nécessairement courir à l'accusé un risque accru d'être inculpé de l'infraction même qu'il tentait d'éviter. Des conversations sur la famille, l'école et les activités, ayant pour but de vérifier si

are among the same techniques used by predators to identify and groom young people online (see *Legare*, at para. 29; *R. v. Adams* (2016), 45 Alta. L.R. (6th) 171 (Q.B.), at para. 90). Similarly, the accused's request for a photo or video is often associated with child luring (*Legare*, at paras. 10-11; trial decision, at para. 35; *Pengelly*, at para. 54; *R. v. Bayat* (2011), 108 O.R. (3d) 420 (C.A.), at para. 20; *R. v. Froese*, 2015 ONSC 1075, at para. 74 (CanLII)).

[223] The inherent similarity between evidence going to “reasonable steps” and evidence of child luring in the Internet context may make it impossible for an accused to escape objective liability, despite holding an honest belief that the communicant was over the specified age. This is so because attempts to ascertain age may be seen by the trier of fact as evidence that the accused believed that the communicant was a child. The result of the reasonable steps requirement in s. 172.1(4), therefore, is to render illusory the accused's ability to allege an honest but mistaken belief in age. This, in my view, constitutes an interference with the accused's fundamental right to make full answer and defence under s. 7 and the presumption of innocence under s. 11(d).

[224] As Fish J. made clear in *Legare*, what matters is “whether *the evidence as a whole* establishes beyond a reasonable doubt that the accused communicated by computer with an underage victim for the purpose of facilitating the commission of a specified secondary offence with respect to that victim” (para. 42 (emphasis in original)). The Crown must prove each element of the offence beyond a reasonable doubt, including belief, and the accused must have a full and fair opportunity to defend against the charge, whether by arguing that the Crown has failed to meet its burden, or by adducing positive evidence supporting his or her innocence. Any other state of affairs will violate the *Charter*.

l'interlocuteur est suffisamment âgé, figurent parmi les techniques qu'emploient les prédateurs pour identifier de jeunes personnes et exercer sur elles une manipulation psychologique en ligne (voir *Legare*, par. 29; *R. c. Adams* (2016), 45 Alta. L.R. (6th) 171 (B.R.), par. 90). De même, le fait pour l'accusé de demander une photo ou une vidéo, dans bien des cas, est associé au leurre (*Legare*, par. 10-11; jugement de première instance, par. 35; *Pengelly*, par. 54; *R. c. Bayat* (2011), 108 O.R. (3d) 420 (C.A.), par. 20; *R. c. Froese*, 2015 ONSC 1075, par. 74 (CanLII)).

[223] La similitude inhérente de la preuve relative à la prise de « mesures raisonnables » et de celle du leurre par Internet pourrait faire en sorte qu'il est impossible pour un accusé d'échapper à la responsabilité objective, même s'il croit honnêtement que son interlocuteur a atteint l'âge précisé. Il en est ainsi parce que les tentatives visant à s'assurer de l'âge d'une personne peuvent être perçues par le juge des faits comme une preuve selon laquelle l'accusé croyait que son interlocuteur était un enfant. L'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) a donc pour conséquence de rendre illusoire la possibilité pour un accusé de faire valoir une croyance honnête, quoiqu'erronée, à l'âge. À mon avis, il s'agit là d'une atteinte au droit fondamental de présenter une défense pleine et entière que l'art. 7 garantit à l'accusé et à la présomption d'innocence que lui garantit l'al. 11(d).

[224] Comme l'a expliqué clairement le juge Fish dans l'arrêt *Legare*, ce qui importe, « c'est de déterminer si *la preuve dans son ensemble* établit hors de tout doute raisonnable que l'accusé a communiqué au moyen d'un ordinateur avec une victime qui n'a pas atteint l'âge fixé en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction d'ordre sexuel énumérée » (par. 42 (en italique dans l'original)). La Couronne doit prouver chaque élément de l'infraction hors de tout doute raisonnable, y compris la croyance, et l'accusé doit avoir la possibilité pleine et entière de se défendre contre l'accusation, que ce soit en plaidant que la Couronne ne s'est pas acquittée de son fardeau ou en présentant une preuve positive appuyant son innocence. Toute autre situation violera la *Charte*.

[225] Nor do I think that s. 172.1(4) can be saved under s. 1 of the *Charter*, largely for the reasons provided by the majority in relation to s. 172.1(3). I agree that preventing the accused from advancing mistake of age arguments in the absence of an objective basis is rationally connected to the pressing and substantial objective as defined in *Levigne*, namely “to foreclose exculpatory claims of ignorance or mistake that are entirely devoid of an objective evidentiary basis” (para. 31). But in my view the harmful effects of the provision outweigh its salutary effects. The reasonable steps requirement under s. 172.1(4) significantly harms the right to make full answer and defence and the presumption of innocence, rights fundamental to our criminal justice system, and erodes these rights in a manner that risks convicting the innocent. The seriousness of this harm outweighs any salutary impact. Section 172.1(4) is, as a result, unconstitutional.

[226] I would therefore set aside Mr. Morrison’s conviction and order an acquittal.

[227] Finally, I agree with Justice Karakatsanis that the mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) violates s. 12 of the *Charter*.

Appeal and cross-appeal allowed in part, ABELLA J. dissenting in part.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Rusonik, O’Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Caramanna, Friedberg, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

[225] Je ne crois pas non plus que le par. 172.1(4) puisse être sauvegardé en application de l’article premier de la *Charte*, essentiellement pour les motifs exposés par les juges majoritaires en lien avec le par. 172.1(3). Je reconnais que le fait d’empêcher l’accusé de présenter des arguments relatifs à l’erreur sur l’âge en l’absence de fondement objectif a un lien rationnel avec l’objectif urgent et réel, comme le définit l’arrêt *Levigne*, « de faire obstacle aux allégations disculpatoires d’ignorance ou d’erreur dénuées de tout fondement probatoire objectif » (par. 31). Cependant, à mon avis, les effets préjudiciables de la disposition l’emportent sur ses effets bénéfiques. L’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) porte sérieusement atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et à la présomption d’innocence, des droits fondamentaux dans notre système de justice criminelle, et elle érode ces droits d’une manière qui risque de faire déclarer coupables des personnes innocentes. La gravité des préjudices l’emporte sur tout effet bénéfique. En conséquence, le par. 172.1(4) est inconstitutionnel.

[226] Je suis donc d’avis d’annuler la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Morrison et d’ordonner l’acquittal.

[227] Enfin, je suis d’accord avec la juge Karakatsanis pour dire que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a viole l’art. 12 de la *Charte*.

Pourvoi principal et pourvoi incident accueillis en partie, la juge ABELLA est dissidente en partie.

Procureur de l’appelante/intimée au pourvoi incident : Procureure générale de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intimé/appellant au pourvoi incident : Rusonik, O’Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Caramanna, Friedberg, Toronto.

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

Procureur de l’intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Berkes Newton-Smith, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Berkes Newton-Smith, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.