

Glenn Brian Stevens also known as Glenn Brian Villeneuve *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Alberta *Intervener*

INDEXED AS: R. v. STEVENS

File No.: 17655.

1988: February 2; 1988: June 30.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Retro-spectivity — Fundamental justice — Statutory rape — Defence of mistake as to age statutorily denied — Conduct giving rise to charge arising before proclamation of Charter — Trial held after Charter in effect — Whether Charter can be invoked — Whether s. 146(1) of Criminal Code infringes s. 7 of Charter — If so, whether section justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 146(1).

Criminal law — Statutory rape — Defence of mistake as to age statutorily denied — Conduct giving rise to charge arising before proclamation of Charter — Trial held after Charter in effect — Whether Charter can be invoked — Whether s. 146(1) of Criminal Code infringes s. 7 of Charter — If so, whether section justified under s. 1 of Charter.

The accused had consensual sexual intercourse five times with a thirteen-year-old girl between December 31, 1981 and February 24, 1982 and had himself turned sixteen years of age on January 14, 1982. He was convicted of having sexual intercourse with a female person who was at the time under the age of fourteen years and who was not his wife contrary to s. 146(1) of the *Criminal Code*. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, although not in force when the alleged

Glenn Brian Stevens alias Glenn Brian Villeneuve *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté La Reine** *Intimée*

et

Le procureur général de l'Alberta *Intervenant*

^b RÉPERTORIÉ: R. C. STEVENS

N° du greffe: 17655.

1988: 2 février; 1988: 30 juin.

^c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

^d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Rétroactivité — Justice fondamentale — Présomption légale de viol — Dénéi légal de la défense d'erreur au sujet de l'âge — Acte ayant donné lieu à l'inculpation antérieur à la proclamation de la Charte — Procès postérieur à l'entrée en vigueur de la Charte — La Charte peut-elle être invoquée? — Le paragraphe 146(1) du Code criminel enfreint-il l'art. 7 de la Charte? — En ce cas, le paragraphe est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 146(1).

Droit criminel — Présomption légale de viol — Dénéi légal de la défense d'erreur au sujet de l'âge — Acte ayant donné lieu à l'inculpation antérieur à la proclamation de la Charte — Procès postérieur à l'entrée en vigueur de la Charte — La Charte peut-elle être invoquée? — Le paragraphe 146(1) du Code criminel enfreint-il l'art. 7 de la Charte? — En ce cas, le ^h paragraphe est-il justifié aux termes de l'article premier de la Charte?

L'accusé avait eu des rapports sexuels, de consentement mutuel, à cinq reprises avec une jeune fille de treize ans entre le 31 décembre 1981 et le 24 février 1982, ayant lui-même eu seize ans le 14 janvier 1982. Il a été reconnu coupable d'avoir eu des relations sexuelles avec une personne du sexe féminin qui, à l'époque, était âgée de moins de quatorze ans et n'était pas son épouse, contrairement au par. 146(1) du *Code criminel*. La *Charte canadienne des droits et libertés* n'était pas en

* Estey J. took no part in the judgment.

* Le juge Estey n'a pas pris part au jugement.

criminal conduct took place, was in force at the time of the accused's trial. At trial, the judge dismissed a motion to quash the information based on the statutory denial of a defence based on mistake of fact concerning the girl's age and the accused pleaded guilty. The Court of Appeal upheld the conviction. At issue here is whether (a) the accused can invoke the *Charter* when his conduct took place before the *Charter* came into force; (b) s. 146(1) infringes s. 7 of the *Charter*; and (c) to the extent that s. 146(1) infringes s. 7, whether it is saved by s. 1 of the *Charter*.

Held (Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not applicable to s. 146(1) of the *Criminal Code* because its application in this case would be a retrospective one. The words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in s. 146(1) define, at the time the offence is committed, one of the constituent elements of the offence, the requisite *mens rea*, rather than deny to the accused, at the time of trial, a defence which he might otherwise have had. The so-called "defence" of mistake of fact, which is removed by the above words, serves to raise a reasonable doubt as to the existence of the requisite *mens rea*. Thus the removal of the "defence" of mistake of fact by the words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in s. 146(1) merely indicates that the offence, as defined, does not include that particular mental state in its *mens rea*.

The criminal liability to imprisonment for the offence created by s. 146(1) is imposed at the time the offence is committed. The liability imposed by law would ordinarily be established at trial in a particular case in accordance with the relevant substantive law, including any applicable constitutional provisions, as it existed at the time the offence was committed. It would give a retrospective application to s. 7 of the *Charter* to apply it to s. 146(1) of the *Code* merely because the liability imposed by s. 146(1) continued after the *Charter* came into force. It would be to change the applicable substantive law with retrospective effect.

Per Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The structure of s. 7 of the *Charter* militates against having the protection of that right hinge upon whether the *Charter* was in force at the time of the accused's conduct. Rather, the section is directed to the point of time at which someone is about to be deprived

vigueur au moment où serait intervenu l'acte criminel, mais elle l'était au moment du procès de l'accusé. Au procès, le juge a rejeté une requête en cassation de la dénonciation, fondée sur le déni légal d'une défense d'erreur de fait au sujet de l'âge de la jeune fille; l'accusé a alors plaidé coupable. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité. Il s'agit de déterminer a) si l'accusé peut invoquer la *Charte* alors que son acte précède l'entrée en vigueur de celle-ci; b) si le par. 146(1) enfreint l'art. 7 de la *Charte* et c) si, dans la mesure où le par. 146(1) enfreint l'art. 7, il peut être sauvegardé aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest: L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas applicable au par. 146(1) du *Code criminel* parce que son application en l'espèce serait rétroactive. Les termes «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» au par. 146(1) définissent, au moment où l'infraction est commise, l'un des éléments constitutifs de l'infraction, la *mens rea* requise, plutôt que de dénier à l'inculpé, au moment du procès, une défense qu'autrement il pourrait faire valoir. La «défense» dite d'erreur de fait, que supprime les termes précédents, sert à susciter un doute raisonnable sur l'existence de la *mens rea* requise. Ainsi la suppression de la «défense» d'erreur de fait par les termes «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» au par. 146(1) indique simplement que l'infraction, telle que définie, n'inclut pas cet état mental particulier dans sa *mens rea*.

La responsabilité criminelle entraînant l'emprisonnement pour l'infraction créé par le par. 146(1) est imposée au moment où l'infraction est commise. La responsabilité imposée par la loi s'établit d'ordinaire au procès dans un cas donné conformément aux règles de fond pertinentes, y compris toute disposition constitutionnelle applicable existant au moment où l'infraction est commise. Ce serait donner une application rétroactive à l'art. 7 de la *Charte* que de l'appliquer au par. 146(1) du *Code* simplement parce que la responsabilité imposée par le par. 146(1) demeurerait après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Ce serait modifier les règles de fond applicables et leur donner un effet rétroactif.

Les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidents): L'économie de l'art. 7 de la *Charte* milite à l'encontre de la protection d'un droit selon que la *Charte* est ou non en vigueur au moment où intervient l'acte de l'inculpé. L'article indique plutôt le moment où on est sur le point de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la

of his or her life, liberty or security of the person. It is the projected deprivation, and not the conduct giving rise to the charge, which triggers the application of s. 7.

A distinction is made at common law between matters of substance and matters of procedure for the purpose of determining whether retrospective effect should be given to new or amending legislation. Section 7 presents difficulty in characterization for this purpose because it enshrines both procedural and substantive rights. The appellant, however, in this case is not seeking a retrospective application of the *Charter* but rather a prospective one to determine his rights at trial.

The decision as to whether *Charter* provisions operate retrospectively should mirror the common law. Just as at common law procedural Acts apply to pre-enactment conduct, procedural rights guaranteed by the *Charter* should apply to any post-*Charter* proceeding regardless of when the underlying conduct took place. The rights in issue here are proceeding-oriented and direct an application to post-*Charter* proceedings. Whether this is true of substantive rights guaranteed by the *Charter* will depend on whether these rights expressly direct or necessarily imply that they apply to pre-*Charter* conduct. A blanket rule cannot be adopted for all the provisions of the *Charter*. They must be considered individually.

Section 146(1) violates s. 7 of the *Charter* in that it attaches criminal liability on pain of imprisonment to conduct that is not only lacking in *mens rea* but is also non-negligent. An accused can be convicted under the section even though he can show that he made an honest and reasonable mistake about the victim's age. This is not in accordance with the principles of fundamental justice.

The removal of a *mens rea* requirement from the offence described in s. 146(1) of the *Code* cannot be viewed under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on the accused's s. 7 rights. Any rational connection between absolute liability and the objective of deterrence is tenuous. An absolute liability offence may serve as a deterrent to some but this effect, if it exists, is greatly overstated. The impairment inherent in s. 146(1), on the other hand, is very substantial. The impugned offence allows for the conviction of an individual who is not only morally innocent but who has taken all reasonable steps to determine the age of his sexual partner. This is deeply discordant with the principles of fundamental justice and may have a deleterious impact on the justice system

sécurité de quelqu'un. C'est la menace d'atteinte, et non l'acte qui a donné lieu à l'inculpation, qui déclenche l'application de l'art. 7.

On fait une distinction en *common law* entre les questions de fond et les questions de procédure pour déterminer s'il faut donner un effet rétroactif à une loi nouvelle ou modificatrice. L'article 7 présente des difficultés de qualification à cet égard, parce qu'il enchâsse à la fois des droits procéduraux et fondamentaux. Toutefois, l'appelant en l'espèce ne cherche pas une application rétroactive de la *Charte*, mais plutôt une application prospective pour déterminer quels sont ses droits au procès.

La décision sur la rétroactivité ou non des dispositions de la *Charte* doit refléter la *common law*. Tout comme en *common law* les lois procédurales s'appliquent à un acte antérieur à leur adoption, les droits procéduraux que garantit la *Charte* doivent s'appliquer à toute instance postérieure à la *Charte*, indépendamment du moment auquel remonte l'acte sur lequel elle est fondée. Ces droits en cause ici visent les procédures et leur application à une instance postérieure à la *Charte* s'impose. Quant à savoir si cela est vrai des droits fondamentaux que la *Charte* garantit, cela sera déterminé selon que ces droits exigent expressément ou tacitement qu'ils soient appliqués à des actes antérieurs à la *Charte*. Une règle absolue ne peut être adoptée pour l'ensemble des dispositions de la *Charte*. On doit les considérer individuellement.

Le paragraphe 146(1) viole l'art. 7 de la *Charte* puisqu'il attache une responsabilité criminelle, sous peine d'emprisonnement, à un acte alors qu'il y a non seulement absence de *mens rea*, mais aussi absence de toute négligence. Un accusé peut être reconnu coupable en vertu de cet article même s'il peut démontrer qu'il a commis, en toute honnêteté, une erreur raisonnable au sujet de l'âge de la victime. Cela n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

La suppression de l'élément *mens rea* de l'infraction que décrit le par. 146(1) du *Code* ne peut être considérée, en vertu de l'article premier de la *Charte*, comme une limite raisonnable apportée aux droits conférés à l'accusé par l'art. 7. Tout lien rationnel entre la responsabilité absolue et l'objectif de la dissuasion est ténu. Une infraction de responsabilité absolue peut servir à dissuader certains mais cet effet, s'il existe vraiment, a largement été surévalué. L'atteinte inhérente au par. 146(1), d'autre part, est très importante. L'infraction contestée permet de condamner un individu, non seulement moralement innocent, mais qui a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de son partenaire sexuel. Voilà qui est en profond désaccord

as a whole. A less offensive mechanism was subsequently enacted by Parliament to serve the government's legitimate objective. Finally, the potential benefits flowing from the retention of absolute liability in s. 146(1) are not in any way proportional to the degree of impairment of the s. 7 right.

The words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in s. 146(1) are of no force and effect. Since the trial judge did not allow the accused to make a defence based on the lack of *mens rea*, the conviction should be quashed and a new trial ordered.

Cases Cited

By Le Dain J.

Applied: *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669, aff'g (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; **distinguished:** *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

By Wilson J. (dissenting)

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Thorburn* (1986), 26 C.C.C. (3d) 154; *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, 145 D.L.R. (3d) 164; *R. v. Lucas* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669, aff'g (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 332; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Regional Assessment Commissioner, Region No. 13 v. Downtown Oshawa Property Owners' Association*, [1978] 2 S.C.R. 1030; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Ferguson*, [1987] 6 W.W.R. 481; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 7, 13, 15.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 146(1) (rep. and sub. by ss. 139(4), 140, 141), 508.
Wildlife Act, S.B.C. 1966, c. 55.

avec les principes de justice fondamentale et qui peut avoir des répercussions dommageables pour l'ensemble du système de justice. Un mécanisme moins préjudiciable a subséquentement été adopté par le Parlement pour atteindre l'objectif légitime du gouvernement. Enfin, les bénéfices éventuels découlant du maintien de la responsabilité absolue au par. 146(1) ne sont en aucune manière proportionnels au degré d'atteinte au droit garanti par l'art. 7.

Les termes «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» du par. 146(1) sont inopérants. Comme le juge de première instance n'a pas autorisé l'accusé à faire valoir une défense fondée sur l'absence de *mens rea*, la déclaration de culpabilité doit être cassée et un nouveau procès ordonné.

Jurisprudence

Citée par le juge Le Dain

Arrêt appliqué: *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669, conf. (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; **distinction d'avec l'arrêt:** *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *R. v. Thorburn* (1986), 26 C.C.C. (3d) 154; *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, 145 D.L.R. (3d) 164; *R. v. Lucas* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669, conf. (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; *Jack et Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Le Commissaire régional à l'évaluation, région numéro 13 c. Downtown Oshawa Property Owners' Association*, [1978] 2 R.C.S. 1030; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. v. Ferguson*, [1987] 6 W.W.R. 481; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 7, 13, 15.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 146(1) (abr. & rempl. par art. 139(4), 140, 141), 508.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Wildlife Act, S.B.C. 1966, chap. 55.

Authors Cited

- Black, William. "Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events," [1982] *U.B.C. L.R.* 59, (*Charter Edition*).
- Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 1984.
- Craies, William Feilden. *Craies on Statute Law*, 7th ed. By S. G. G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971.
- Driedger, Elmer. "The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint" (1977), 9 *Ottawa L.R.* 303.
- Mahoney, Richard. "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 1.
- Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.
- Williams, Glanville Llewelyn. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 3 C.C.C. (3d) 198, 145 D.L.R. (3d) 563, 5 C.R.R. 139, dismissing an appeal from conviction pronounced by Davidson Prov. Ct. J. Appeal dismissed, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Alan Gold, for the appellant.

Bruce Duncan, for the respondent.

Jack Watson, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

LE DAIN J.—I would dismiss the appeal on the ground that s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not applicable to s. 146(1) of the *Criminal Code* because its application in this case would be a retrospective one. This Court has recently affirmed, in dismissing the appeal from the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669, that the *Charter* cannot be given retrospective application. In *James*, the Court of Appeal held that s. 8 of the *Charter* could not be applied to seizures carried out before the *Charter* came into force and that in consequence, s. 24 of the *Charter* could not, at the

Doctrines citées

- Black, William. «Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events,» [1982] *U.B.C. L.R.* 59, (*Charter Edition*).
- ^a Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 1982.
- Craies, William Feilden. *Craies on Statute Law*, 7th ed. By S. G. G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971.
- ^b Driedger, Elmer. «The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint» (1977), 9 *Ottawa L.R.* 303.
- Mahoney, Richard. «The Presumption of Innocence: A New Era» (1988), 67 *R. du B. can.* 1.
- ^c Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.
- Williams, Glanville Llewelyn. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.
- ^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 3 C.C.C. (3d) 198, 145 D.L.R. (3d) 563, 5 C.R.R. 139, qui a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Davidson de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

Alan Gold, pour l'appellant.

^f *Bruce Duncan*, pour l'intimée.

Jack Watson, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

^g Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE LE DAIN—Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas applicable au par. 146(1) du *Code criminel* parce que son application en l'espèce serait rétroactive. La Cour a récemment confirmé dans l'arrêt *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669, qui rejette un pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, que la *Charte* ne peut recevoir d'application rétroactive. Dans l'affaire *James*, la Cour d'appel avait jugé que l'art. 8 de la *Charte* ne pouvait être appliqué aux saisies auxquelles on avait procédé avant l'entrée en vigueur de la *Charte* et que, par

trial which took place after the *Charter* came into force, be applied to exclude evidence obtained from such seizures. Tarnopolsky J.A., who delivered the judgment of the Court of Appeal, said that "one applies the law in force at the time when the act that is alleged to be in contravention of a Charter right or freedom occurs" and that "it is important that actions be determined by the law, including the Constitution, in effect at the time of the action": (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, at pp. 21 and 25.

The "act" or "action" that is alleged to infringe s. 7 of the *Charter* in this case is s. 146(1) of the *Criminal Code*, and in particular the words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in that section. Because of those words s. 146(1), which provides for imprisonment, is said to constitute a deprivation of liberty not in accordance with the principles of fundamental justice, contrary to s. 7. The issue of retrospectivity in this appeal, as I perceive it, is how one characterizes the effect of those words and when they must be deemed to have had their effect, in so far as the application of s. 7 is concerned.

In my respectful opinion the effect of the words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in s. 146(1) is to define, at the time the offence is committed, one of the constituent elements of the offence, the requisite *mens rea*, rather than to deny to the accused, at the time of trial, a defence which he might otherwise have had. The so-called "defence" of mistake of fact, which is removed by the above words, serves to raise a reasonable doubt as to the existence of the requisite *mens rea*. See Mahoney, "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 5. Thus the removal of the "defence" of mistake of fact by the words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in s. 146(1) merely serves to indicate that the offence, as defined, does not include that particular mental state in its *mens rea*. The case of *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, is quite different. The "act" or "action" which was alleged to have infringed the

conséquent, l'art. 24 de la *Charte* ne pouvait, au procès qui a eu lieu après l'entrée en vigueur de la *Charte*, être appliqué dans le but d'écarter les preuves réunies grâce à ces saisies. Le juge Tarnopolsky, qui a rédigé l'arrêt de la Cour d'appel, a jugé qu' [TRADUCTION] «on applique la loi en vigueur au moment de l'acte qu'on allègue être en contravention avec un droit ou une liberté garantis par la *Charte*» et qu'«il est important de juger des actions au regard de la loi, y compris la Constitution, en vigueur au moment où elles ont lieu»: (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, aux pp. 21 et 25.

L'acte ou l'action qui aurait enfreint l'art. 7 de la *Charte* en l'espèce, c'est le par. 146(1) du *Code criminel*, et en particulier les mots «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus». En raison de ces mots, le par. 146(1), qui prévoit une peine d'emprisonnement, constituerait une atteinte à la liberté non conforme aux principes de justice fondamentale, contrairement à l'art. 7. La question de la rétroactivité en l'espèce, telle que je la conçois, dépend de la qualification donnée à l'effet de ces mots et du moment où il faut présumer qu'ils ont eu leur effet, en ce qui concerne l'application de l'art. 7.

À mon humble avis, l'effet des mots «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» au par. 146(1) est de définir, au moment où l'infraction est commise, l'un des éléments constitutifs de l'infraction, la *mens rea* requise, plutôt que de dénier à l'inculpé, au moment du procès, une défense qu'autrement il pourrait peut-être faire valoir. La «défense» dite d'erreur de fait, que suppriment les mots précités, sert à susciter un doute raisonnable sur l'existence de la *mens rea* requise. Voir Mahoney, «The Presumption of Innocence: A New Era» (1988), 67 *R. du B. can.* 1, à la p. 5. Ainsi la suppression de la «défense» d'erreur de fait par les mots «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» au par. 146(1) sert simplement à indiquer que l'infraction, telle que définie, n'inclut pas cet état mental particulier dans sa *mens rea*. L'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, est fort différent. L'acte ou l'action qui, alléguait-on, avait enfreint la *Charte* dans

Charter in that case was clearly one that took place at the trial and after the *Charter* had come into force: the introduction at a new trial, contrary to s. 13 of the *Charter*, of self-incriminating evidence adduced at a previous trial.

The criminal liability to imprisonment for the offence created by s. 146(1) was imposed by s. 146(1), in respect of the offence committed by the appellant, at the time the offence was committed. The liability imposed by law would ordinarily be established at trial in a particular case in accordance with the relevant substantive law, including any applicable constitutional provisions, as it existed at the time the offence was committed. It would give a retrospective application to s. 7 of the *Charter* to apply it to s. 146(1) of the *Code* merely because the liability imposed by s. 146(1) continued after the *Charter* came into force. It would be to change the applicable substantive law with retrospective effect.

The reasons of Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting)—The issue in this appeal is whether the statutory denial of a defence of honest belief as to age in s. 146(1) of the *Criminal Code* renders the section constitutionally invalid as an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which is not saved by s. 1.

I The Facts

Between December 31, 1981 and February 24, 1982 the accused had sexual intercourse five times with a thirteen-year-old girl. The accused turned sixteen years of age on January 14, 1982. All the acts of intercourse were consensual.

The accused was charged with having sexual intercourse with a female person who was at the time under the age of fourteen years and who was not his wife contrary to s. 146(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The section at the time of the acts of sexual intercourse read as follows:

cette affaire avait manifestement eu lieu au procès, après l'entrée en vigueur de la *Charte*: la présentation à un nouveau procès, contrairement à l'art. 13 de la *Charte*, de preuves auto-incriminantes produites à un procès antérieur.

La responsabilité criminelle entraînant l'emprisonnement pour l'infraction créée par le par. 146(1) était prévue par le par. 146(1), pour l'infraction commise par l'appellant, au moment où l'infraction a été commise. La responsabilité imposée par la loi s'établit d'ordinaire au procès dans un cas donné, conformément aux règles de fond pertinentes, y compris toute disposition constitutionnelle applicable existant au moment où l'infraction est commise. Ce serait donner une application rétroactive à l'art. 7 de la *Charte* que de l'appliquer au par. 146(1) du *Code* simplement parce que la responsabilité imposée par le par. 146(1) demeurerait après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Cela modifierait les règles de fond applicables en leur donnant un effet rétroactif.

Version française des motifs des juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—La question qui se pose dans ce pourvoi est de savoir si le déni légal de la défense d'erreur de bonne foi au sujet de l'âge, que contient le par. 146(1) du *Code criminel*, rend ce paragraphe invalide sur le plan constitutionnel, parce qu'il porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sans pouvoir être sauvegardé par l'article premier.

I Les faits

Entre le 31 décembre 1981 et le 24 février 1982, l'accusé a eu des rapports sexuels à cinq reprises avec une adolescente de treize ans. L'accusé a eu seize ans le 14 janvier 1982. Il y a eu consentement à tous les rapports sexuels.

L'accusé a été inculpé d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin, âgée de moins de 14 ans à l'époque, qui n'était pas son épouse, en contravention au par. 146(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Le paragraphe, à l'époque des rapports sexuels, se lisait ainsi:

146. (1) Every male person who has sexual intercourse with a female person who

(a) is not his wife, and

(b) is under the age of fourteen years,

whether or not he believes that she is fourteen years of age or more, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

II The Courts Below

The Provincial Court

At trial the accused moved to quash the information. He submitted that the statutory denial of a defence based on mistake of fact concerning the girl's age violated s. 7 of the *Charter*. In a brief oral judgment Davidson Prov. Ct. J. dismissed the motion stating:

I'm reading this Section [s. 146(1)] which, obviously, is directed at the protection of social interest, namely, the protection of young children. Counsel argues that the maximum sentence here is life imprisonment, but, of course, that is not a minimum penalty. It's obviously a maximum penalty, and the judge, of course, in sentencing has the ability to tailor his sentence in accordance with the facts of the case.

As I've indicated, I find that this Section is directed at the protection of social interests and, under these circumstances, I'm ruling that it doesn't offend Section 7 of the *Charter of Rights*

The accused then entered a guilty plea. The trial judge convicted the accused and sentenced him to a suspended sentence with two years probation.

The Court of Appeal

The Court of Appeal (Martin, Houlden and Robins J.J.A.) dismissed the appeal in a brief oral judgment: see (1983), 3 C.C.C. (3d) 198. The Court noted that the *Criminal Code* has contained a similar provision since it was first enacted in 1892. The Court stated that similar legislation exists in the United States, England and Australia, sometimes with a higher age limit than fourteen. Further, the judges noted, the United States Supreme Court has "never held that an honest

146. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans,

que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus.

b

II Les tribunaux d'instance inférieure

La Cour provinciale

Au procès, l'accusé a voulu faire casser la dénonciation. Il a fait valoir que le déni légal d'une défense fondée sur l'erreur de fait au sujet de l'âge de la jeune fille violait l'art. 7 de la *Charte*. Dans un bref jugement rendu à l'audience, le juge Davidson de la Cour provinciale a rejeté la requête en disant:

[TRADUCTION] J'ai à interpréter ce paragraphe [le par. 146(1)] qui, de toute évidence, vise à protéger des intérêts sociaux, savoir, la protection des jeunes enfants.

e L'avocat plaide que la peine maximale dans ce cas est l'emprisonnement à perpétuité mais, bien entendu, ce n'est pas là une peine minimale. C'est de toute évidence une peine maximale et le juge, naturellement, quand il inflige une peine, a la possibilité d'adapter sa sentence aux faits de la cause.

f Comme je l'ai dit, j'estime que ce paragraphe vise à protéger des intérêts sociaux et, dans les circonstances, je déclare qu'il n'enfreint pas l'art. 7 de la *Charte* des droits . . .

g L'accusé a alors plaidé coupable. Le juge du procès a reconnu l'accusé coupable et l'a condamné à une peine avec sursis, assortie de deux ans de probation.

La Cour d'appel

La Cour d'appel, composée des juges Martin, Houlden et Robins, a rejeté l'appel dans un bref arrêt rendu à l'audience: (1983), 3 C.C.C. (3d) 198. La Cour a pris note de l'existence d'une disposition semblable dans le *Code criminel* depuis sa première adoption en 1892. La cour a déclaré qu'il existe une disposition similaire aux États-Unis, en Angleterre et en Australie, avec parfois une limite d'âge supérieure à quatorze ans. En outre, ont noté les juges, la Cour suprême des

mistake as to the age of the prosecutrix is a constitutional defence to statutory rape". The Court of Appeal concluded as follows, at p. 200:

Assuming, without in any way deciding the question that s. 7 of the *Charter* permits judicial review of the substantive content of legislation, we are all of the view that, in so far as this case is concerned, s. 7 does not have the effect of invalidating s. 146(1) of the *Criminal Code* and preventing Parliament from creating the crime of having sexual intercourse with a girl under 14 years of age excluding mistake as to the age of the girl as a defence therefrom.

It is to be noted that the Court of Appeal's judgment pre-dated the decision of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

III The Issue

The appellant alleges that s. 146(1) of the *Criminal Code*, by denying him a defence based on mistake of fact as to the age of the female, violates his rights under s. 7 of the *Charter* and is accordingly unconstitutional. This allegation requires us to answer the following questions:

- (a) can the accused invoke the *Charter* when his conduct took place before the *Charter* came into force?
- (b) does s. 146(1) infringe s. 7 of the *Charter*? and
- (c) to the extent that s. 146(1) infringes s. 7, is it saved by s. 1 of the *Charter*?

(a) *Retrospectivity*

The alleged criminal conduct by the accused took place shortly before the *Charter* came into force. The *Charter* was in force, however, at the time of the accused's trial. The respondent argues that the accused cannot rely on s. 7 of the *Charter* since this would involve giving s. 7 retrospective effect. The accused responds by saying that since the issue is whether s. 7 of the *Charter* requires the accused to be afforded a mistake of fact defence at his trial, the proper question to ask is whether the *Charter* was in force at the time of his trial. Since

États-Unis n'a [TRADUCTION] «jamais jugé qu'une erreur de bonne foi sur l'âge de la plaignante est une défense constitutionnelle opposable à la présomption légale de viol». La Cour d'appel conclut ainsi à la p. 200:

[TRADUCTION] Présument, sans en décider, que l'art. 7 de la *Charte* permet l'examen judiciaire d'une loi sur le plan du fond, nous sommes tous d'avis que, pour ce qui est de l'affaire en cause, l'art. 7 n'a pas pour effet d'invalidier le par. 146(1) du *Code criminel* et d'interdire au Parlement d'ériger en crime les rapports sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans en excluant l'erreur sur l'âge de la jeune fille comme moyen de défense à cet égard.

Il faut rappeler que l'arrêt de la Cour d'appel est antérieur à la décision de cette Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

III La question en litige

L'appelant fait valoir que le par. 146(1) du *Code criminel*, en lui déniait une défense fondée sur l'erreur de fait au sujet de l'âge de la personne de sexe féminin, viole les droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte* et est par conséquent inconstitutionnel. Cette allégation nous oblige à répondre aux questions suivantes:

- a) l'accusé peut-il invoquer la *Charte* alors que son acte est antérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*?
- b) le paragraphe 146(1) enfreint-il l'art. 7 de la *Charte*? et
- c) dans la mesure où le par. 146(1) enfreint l'art. 7, peut-il être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*?

a) *La rétroactivité*

L'accusé a accompli le prétendu acte criminel peu de temps avant que la *Charte* n'entre en vigueur. Toutefois, la *Charte* était en vigueur au moment de son procès. L'intimée soutient que l'accusé ne saurait se fonder sur l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'il faudrait alors donner à l'art. 7 un effet rétroactif. L'accusé répond en disant que, puisque la question en litige est de savoir si l'art. 7 de la *Charte* exige qu'on reconnaisse à l'accusé une défense d'erreur de fait au moment de son procès, la véritable question qu'il faut se poser est de

it was, the accused submits that this case does not raise an issue of retrospectivity. This Court must decide which of these two views is correct.

The issue of the retrospective application of the *Charter* has not yet been examined in depth by this Court. A number of appellate courts have, however, addressed the issue. In *R. v. Thorburn* (1986), 26 C.C.C. (3d) 154 (B.C.C.A.), the British Columbia Court of Appeal was asked to rule on the constitutional validity of this same section of the *Criminal Code*. Unlike the present case *Thorburn* involved a challenge to the legislation based on s. 15 of the *Charter*. The acts of intercourse took place before s. 15 came into force. The trial, however, commenced two weeks after s. 15 came into force. The sequence of events is therefore identical to that in the present case—the conduct with which the accused was charged predated the coming into force of the section but his trial post-dated it.

The Crown in *Thorburn* argued that the accused in these circumstances could not rely on the *Charter*. The Court of Appeal agreed. The Court relied heavily on the decision of Borins J. in *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, 145 D.L.R. (3d) 164, in which the learned judge stated, at pp. 28-32:

In my view, the proper question to ask relative to the present application is whether it was the intention of Parliament in enacting the *Constitution Act, 1982*, that it apply to criminal conduct engaged in and completed before the Constitution was proclaimed in force on April 17, 1982. In this regard it is important to emphasize that I am concerned only with criminal conduct and with criminal conduct engaged in and completed before the Constitution became the law of Canada. It may well be that criminal conduct engaged in prior to April 17, 1982, but continuing after that date will bring about different considerations. The same may be said about other conduct entered into before April 17, 1982, and continuing thereafter such as, for example, discriminatory practices pursuant to legislation in place on the date of proclamation of the Constitution and now alleged to be repugnant to it.

In approaching the question I find it rather difficult to determine whether an affirmative answer would result in characterizing the Constitution as retroactive or retro-

savoir si la *Charte* était en vigueur au moment du procès. Comme c'était le cas, l'accusé soutient qu'en l'espèce aucune rétroactivité n'est en cause. La Cour doit décider laquelle de ces deux thèses ^a est bien fondée.

La question de l'application rétroactive de la *Charte* n'a pas jusqu'à maintenant été étudiée en profondeur par cette Cour. Plusieurs cours d'appel ont toutefois examiné la question. Dans l'arrêt *R. v. Thorburn* (1986), 26 C.C.C. (3d) 154 (C.A.C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait à statuer sur la constitutionnalité du même article du *Code criminel*. À la différence de l'espèce, l'affaire *Thorburn* visait une contestation de la disposition en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. Les rapports sexuels avaient eu lieu avant l'entrée en vigueur de l'art. 15. Toutefois, le procès avait débuté deux semaines après l'entrée en vigueur de l'art. 15. La séquence des événements était donc identique: l'acte dont l'accusé était inculpé précédait l'entrée en vigueur de l'article, mais son procès lui était postérieur.

Dans l'affaire *Thorburn*, le ministère public a soutenu que l'accusé ne pouvait dans ces circonstances se fonder sur la *Charte*. La Cour d'appel en a convenu. Elle s'est largement inspirée de la décision du juge Borins dans l'affaire *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, 145 D.L.R. (3d) 164, où il dit, aux pp. 28 à 32:

[TRADUCTION] À mon avis, la bonne question à se poser au sujet de la présente demande est de savoir si le Parlement avait l'intention, en adoptant la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle s'applique à un acte criminel intervenu, mais ayant cessé avant que la Constitution ne soit en vigueur le 17 avril 1982. À cet égard, il est important de souligner que je ne m'intéresse qu'à l'acte criminel et qu'à l'acte intervenu mais ayant cessé avant que la Constitution ne devienne la loi fondamentale du Canada. Il se peut qu'un acte criminel intervenu avant le 17 avril 1982, mais se poursuivant après cette date, fasse jouer des considérations différentes. Il pourrait en être de même pour d'autres actes antérieurs au 17 avril 1982, mais se prolongeant par la suite, par exemple, les pratiques discriminatoires fondées sur la législation en vigueur le jour de la proclamation de la Constitution dont on prétendrait maintenant qu'elle la contredit.

En abordant la question, il me paraît plutôt difficile de décider si une réponse affirmative aurait pour résultat de qualifier la Constitution de législation rétroactive

spective legislation, as these words are defined by Driedger, "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections", 56 Can. Bar Rev. 264 (1978), and adopted by Doherty, "What's Done is Done: An Argument in Support of a Purely Prospective Application of the Charter of Rights", 26 C.R. (3d) 121 (1982). Indeed, it may be that the Constitution defies strict doctrinal characterization as either exclusively retroactive, retrospective or prospective legislation for, as I suggested in the preceding paragraph, different facts may produce different interpretations. The operation of the Constitution in different cases will no doubt involve quite different considerations.

With respect to the defendant's motion to quash their indictment, it is my opinion that it must fail on the ground that the Constitution has no application to criminal conduct engaged in and completed before the Constitution was proclaimed in force. The Constitution cannot be applied to support a declaration that the law pursuant to which an offence is alleged to have been committed was inconsistent with the provisions of the Constitution when the offence was completed before the Constitution was in force.

A similar conclusion was reached by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Lucas* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229 (Ont. C.A.) The material facts in *Lucas* were identical to those in *Thorburn*. The Ontario Court of Appeal held that the accused could not invoke the *Charter*. The following excerpts from the decision, at pp. 236-38, explain the Court's position:

As far as the cases before us are concerned I do not think that it would be justifiable, in principle or policy, to hold that s. 15 should be applicable to them. The basic argument in support of its applicability is the simple one that if s. 15 is in force before the conclusion of the proceedings and if its effect is that the provision under which the respondents are being prosecuted is unconstitutional, then the respondents should have the benefit of it even if this is, in effect, the application of new substantive law to past events. While I appreciate that the consideration of the superior nature of the *Charter* could be called in aid of this approach, it is an approach that could be applied, quite simply, in many cases involving pre-*Charter* facts and it is reasonably clear that it has not been so applied. I think that the decisions in applying, in the main, the traditional principles relating to the possible retrospective application of

ou rétrospective, au sens que donne à ces termes Driedger dans son article intitulé «Statutes: Retroactive Retrospective Reflections», 56 R. du B. can. 264 (1978), et adopté par Doherty dans son article, «What's Done is Done»: An Argument in Support of a Purely Prospective Application of the Charter of Rights», 26 C.R. (3d) 121 (1982). En vérité, il se peut que la Constitution défie toute qualification doctrinale stricte comme étant une législation exclusivement rétroactive, rétrospective ou prospective car, comme je l'ai avancé dans l'alinéa précédent, des faits différents peuvent conduire à des interprétations différentes. La façon dont jouera la Constitution dans des cas différents mènera sans aucun doute à des considérations fort différentes.

Pour ce qui est de la requête des défendeurs en cassation de leur acte d'accusation, je suis d'avis qu'elle doit être rejetée, pour le motif que la Constitution n'a aucune application dans le cas d'un acte criminel intervenu, mais ayant cessé, avant que la Constitution ne soit en vigueur. On ne saurait avoir recours à la Constitution comme fondement d'une déclaration que la loi sur laquelle on se fonde pour prétendre qu'une infraction a été commise était incompatible avec les dispositions de la Constitution, lorsque l'infraction a été entièrement perpétrée avant que la Constitution ne soit en vigueur.

La Cour d'appel de l'Ontario arrive à une conclusion semblable dans l'arrêt *R. v. Lucas* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229 (C.A. Ont.) Les faits pertinents dans l'affaire *Lucas* sont identiques à ceux de l'affaire *Thorburn*. La Cour d'appel a jugé que l'accusé ne pouvait invoquer la *Charte*. Les extraits suivants de l'arrêt, aux pp. 236 à 238, expliquent la position de la Cour:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les affaires dont nous sommes saisis, je ne pense pas qu'il serait justifiable, en principe ou comme politique, de juger que l'art. 15 devrait leur être applicable. L'argument de base en faveur de cette applicabilité est simplement que, si l'art. 15 était en vigueur avant que l'instance n'arrive à son terme et s'il avait pour effet d'entraîner l'inconstitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle les intimés sont poursuivis, il devrait profiter aux intimés même si cela équivaut, en fait, à appliquer une nouvelle règle de droit positif à des événements passés. Tout en reconnaissant que la supériorité de nature de la *Charte* pourrait être invoquée pour venir en aide à cette façon de voir, il s'agit là, purement et simplement, d'une conception qui pourrait être appliquée à de nombreux cas mettant en cause des faits antérieurs à la *Charte*, or il est raisonnablement clair qu'elle n'a pas été appliquée ainsi. Je pense

statutes have fairly resolved the issues in a manner that is probably consonant with the intention of the framers of the Charter and with considerations of even-handed justice.

I think that to go this far would be an unwarranted application of the Charter to past events. There are often potential examples of injustice on either side of the line when a new law comes into effect. It is no more easy to do perfect justice in this area of the law than many others but, by and large, the traditional rules relating to the prospective and retrospective application of new law have arrived at a reasonable compromise of the interests of justice — including the important factor of predictability.

In *McDonald* it was observed that it is logical and fair that people should be dealt with in accordance with the law in effect at the time of their acts (see pp. 340 and 349 C.C.C., pp. 755-6 and 764-5 O.R.). In this respect I have in mind those persons who committed the same offence that the respondents are alleged to have committed at about the same time but whose proceedings, for one reason or another, were completed before s. 15 came into force. To give effect to the respondents' contentions on this point would indicate that these people would be better off if, somehow or other, the completion of their cases could have been delayed until April 17, 1985. In this respect the following passage in *McDonald* (at pp. 352-3 C.C.C., p. 768 O.R.), albeit in that case it was concerned with whether the phase-in provision in the *Young Offenders Act* contravened s. 15, is relevant:

Not only would this (the contention of the respondent that unfinished adult court proceedings against 16 and 17-year-olds should be transferred to a youth court on and after April 17, 1985) result in a substantial and unplanned-for increase in the youth court case-load and, in many cases, in legal confusion and substantially increased expenses (I do not suggest that the latter in itself is a valid Charter consideration), it would also impinge upon the principle that we are concerned with in this appeal, that of equality. Persons of the same age who committed offences during the same period when a particular law was in force describing the consequences relating to a conviction, would not be treated equally. The distinction, depending on whether the proceedings were finally terminated before or after April 17, 1985, would be an arbitrary

que les décisions où l'on a appliqué, pour l'essentiel, les principes traditionnels relatifs à l'éventuelle application rétroactive des lois ont équitablement résolu les litiges d'une manière qui était sans doute conforme à l'intention des auteurs de la Charte et aux exigences de l'équité.

Je pense qu'aller aussi loin serait une application injustifiée de la Charte à des événements passés. Il y a souvent des exemples d'éventuelle injustice de part et d'autre lorsqu'une nouvelle règle de droit entre en vigueur. Il n'est guère plus facile de rendre une justice parfaite dans ce domaine du droit que dans bien d'autres mais, somme toute, les règles traditionnelles de l'application prospective et rétroactive d'une nouvelle loi ont instauré un compromis raisonnable entre les intérêts de la justice, y compris l'important facteur de la prévisibilité.

Dans l'arrêt *McDonald*, on a fait observer qu'il est logique et juste que l'on traite les gens conformément à la loi en vigueur au moment de leurs actes (voir pp. 340 et 349 C.C.C., pp. 755 et 756 et 764 et 765 O.R.). À cet égard, je pense à ceux qui ont commis les mêmes infractions que celles dont les intimés sont accusés, à peu près au même moment, mais dont le procès, pour une raison ou une autre, s'est terminé avant que l'art. 15 n'entre en vigueur. Donner suite aux arguments des intimés sur ce point démontrerait que ces personnes auraient eu un meilleur sort si, pour une raison ou une autre, il avait été possible dans leur cas de retarder les poursuites jusqu'au 17 avril 1985. Quoique l'affaire *McDonald* ait visé à déterminer si la disposition d'instauration progressive de la *Loi sur les jeunes contrevenants* contrevenait à l'art. 15, le passage suivant de cet arrêt (aux pp. 352 et 353 C.C.C., p. 768 O.R.), est pertinent:

Non seulement cela (la prétention de l'intimé qu'une poursuite en cours devant le tribunal de droit commun, contre des jeunes de 16 et 17 ans, devait être renvoyée au tribunal de la jeunesse à compter du 17 avril 1985) aurait pour résultat de surcharger sérieusement et de manière imprévue le rôle du tribunal de la jeunesse et, dans bien des cas, de semer la confusion sur le plan juridique et d'accroître substantiellement les dépenses (je ne prétends pas que, dans ce dernier cas, ce soit là un facteur valide d'interprétation de la Charte), mais cela se heurterait aussi au principe qui nous intéresse dans le présent appel, celui de l'égalité. Des personnes du même âge qui commettent des infractions au cours de la même période, alors qu'une loi particulière est en vigueur, décrivant les conséquences qu'entraînerait une déclaration de culpabilité,

trary and capricious one. It would turn the administration of justice into a game and would ignore the important principle of justice that equals should receive equal treatment. Also, if such were the rule it would provide a strong incentive to indulge in improper tactics to delay proceedings that would not be countenanced by a responsible legislator.

The respondent asks us to ignore those persons in the same position as he is, except for the fact that their cases were concluded before April 17, 1985, on the short ground that they are not before the Court. Quite simply, a fair and sensible approach to the problem before us, one that pays due regard to the integrity of the law, requires their position to be taken into account.

I think that this consideration bears squarely on the fairness of the application of the traditional rules to the retrospectivity issue in these cases.

A number of decisions of this Court have addressed the retrospective application of the *Charter* but none seem to me to be determinative of the issue in the present appeal. In *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, this Court expressed the view in *obiter* that the procedures to be followed at a hearing are to be determined by the law as it existed at the time of the hearing. The issue arose because the rulings of the Hearing Officer which were being challenged under the *Charter* in that case were all made before the *Charter* came into force. *Irvine*, however, did not settle the issue of whether an accused can invoke the *Charter* when the *Charter* was not in force at the time of the accused's conduct but was in force at the time of the accused's trial.

The retrospective application of s. 15 was discussed by this Court in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Dickson C.J., writing for the majority, stated, at p. 786:

No cogent argument was advanced in support of the availability of s. 15 to challenge the conviction of the retailers in the present case. Section 32(2) is clear:

ne seraient pas traitées également. La distinction, selon que les procédures se sont terminées avant ou après le 17 avril 1985, serait arbitraire et frivole. Elle ferait de l'administration de la justice un jeu et ne tiendrait pas compte de cet important principe de justice qui veut que des égaux soient traités également. Aussi, si telle était la règle, elle constituerait une forte incitation à se permettre certaines tactiques répréhensibles pour retarder l'instance, tactiques que ne saurait cautionner aucun législateur responsable.

L'intimé nous demande d'ignorer ceux qui sont dans la même situation que lui, si ce n'est le fait que leurs affaires se sont terminées avant le 17 avril 1985, pour le motif plutôt sommaire, qu'ils ne sont pas parties à l'instance. Une approche juste et sensée du problème dont nous sommes saisis, respectueuse de l'intégrité de la loi, exige de tenir compte de leur situation, tout simplement.

Je pense que cette considération porte nettement sur l'équité de l'application des règles traditionnelles à la question de la rétroactivité dans ces affaires.

Plusieurs arrêts de cette Cour se sont penchés sur l'application rétroactive de la *Charte*, mais, à mon avis, aucune n'a tranché la question en litige dans le présent pourvoi. Dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, cette Cour a exprimé l'avis, en *obiter*, que la procédure à suivre à une audience doit être établie selon le droit existant au moment de l'audience. La question s'est posée parce que les décisions de l'officier enquêteur, contestées en vertu de la *Charte* dans cette affaire, avaient toutes été rendues avant que la *Charte* n'entre en vigueur. Cependant, l'arrêt *Irvine* n'a pas réglé la question de savoir si un inculpé peut invoquer la *Charte* alors que celle-ci n'était pas en vigueur au moment où il a perpétré l'acte en cause, mais l'était à l'époque de son procès.

L'application rétroactive de l'art. 15 a été étudiée dans l'arrêt de cette Cour *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Le juge en chef Dickson, écrivant au nom de la majorité, dit à la p. 786:

Aucun argument convaincant n'a été invoqué à l'appui de la possibilité de recourir à l'art. 15 pour contester la déclaration de culpabilité des détaillants dans les présentes espèces. Le paragraphe 32(2) est clair:

32. ...

(2) Notwithstanding subsection (1), section 15 shall not have effect until three years after this section comes into force.

The retailers in the present appeals opened their stores, were charged and were convicted at a time when the *Charter* did not confer a right to equality before and under the law. Even if it could be said that the *Retail Business Holidays Act* has abridged the retailers' s. 15 rights since April 17, 1985, I cannot see how this might have any bearing on the legality of their convictions or of the Act prior to that time. The proceedings began and continued through the courts as quasi-criminal proceedings. This is not a reference nor even a series of applications for declaratory relief. Accordingly, no answer ought to be given to the second constitutional question in respect of s. 15.

It is apparent that *Edwards Books* does not answer the question raised by the present appeal. It stands for the proposition that one cannot rely on a right guaranteed by the *Charter* if the *Charter* was not in force when one was tried and convicted. In this appeal the *Charter* was in force at the time of Stevens' trial.

In *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669, the central issue was whether s. 8 of the *Charter* applied to conduct that took place prior to the coming into force of the *Charter*. The Ontario Court of Appeal held that it did not: see *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1. This Court, in a short oral judgment, affirmed the judgment of the Ontario Court of Appeal.

Is the *James* case determinative of the issue in the present appeal? It seems to me that it is not. While this Court has affirmed in *James* that conduct taking place prior to the coming into force of the *Charter* cannot constitute a violation of the *Charter* so as to give rise to a remedy under s. 24 of the *Charter*, the question whether s. 7 may be invoked at a trial post-*Charter* in relation to pre-*Charter* events is still an open question in this Court.

The same may be said of the decision of this Court in *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 332. The accused in that case were Coast Salish Indians charged with hunting deer out of season contrary to the *Wildlife Act*, S.B.C. 1966,

32. ...

(2) Par dérogation au paragraphe (1), l'article 15 n'a d'effet que trois ans après l'entrée en vigueur du présent article.

^a En l'espèce, les détaillants ont ouvert leurs magasins, ont été inculpés et déclarés coupables à une époque où la *Charte* ne conférait pas de droit à l'égalité devant la loi. Même si on pouvait dire que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* porte atteinte aux droits que les détaillants possèdent, en vertu de l'art. 15, depuis le 17 avril 1985, je ne vois pas comment cela pourrait avoir quelque incidence sur la légalité de leurs déclarations de culpabilité ou de la Loi avant cette date. Les procédures ont été engagées et se sont déroulées devant les tribunaux comme des procédures quasi criminelles. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un renvoi ni même d'une série de demandes de jugement déclaratoire. En conséquence, nous n'avons pas à répondre à la seconde question constitutionnelle en ce qui concerne l'art. 15.

^d Il est évident que l'arrêt *Edwards Books* ne répond pas à la question que pose le présent pourvoi. Il signifie qu'on ne saurait se fonder sur un droit garanti par la *Charte* si la *Charte* n'était pas en vigueur au moment du procès et de la déclaration de culpabilité. En l'espèce, la *Charte* était en vigueur au moment du procès de Stevens.

Dans l'affaire *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669, la question principale était de savoir si l'art. 8 de la *Charte* s'appliquait à un acte antérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il ne s'appliquent pas: voir *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1. Cette Cour, dans un bref jugement oral, a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario.

L'arrêt *James* résout-il le présent litige? Je ne le pense pas. Quoique la Cour ait confirmé dans l'arrêt *James* qu'un acte antérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte* ne peut pas constituer une violation de la *Charte* et donner ouverture à réparation selon l'art. 24 de la *Charte*, la Cour doit encore déterminer si on peut invoquer l'art. 7 à un procès postérieur à la *Charte* relativement à des événements antérieurs à celle-ci.

On peut en dire autant de l'arrêt de cette Cour *Jack et Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332. Les inculpés dans cette affaire étaient des Indiens Salish de la Côte accusés d'avoir chassé le cerf hors saison, en infraction à la *Wildlife Act*, S.B.C.

c. 55. They argued that the burning of raw deer meat was required by their religion as part of a religious ceremony. They asserted their freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*. The Court held that the accused could not invoke the *Charter* because as Beetz J. writing for the Court explained, at p. 338:

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been enacted at the time the offence was committed.

It should be noted that the trial also pre-dated the coming into force of the *Charter*. It was not open, therefore, to the accused in this case to allege a violation of any trial-related *Charter* right.

In *Jack and Charlie* the alleged infringement of the *Charter* consisted in the prohibition of conduct that the accused argued was protected by freedom of religion in s. 2(a) of the *Charter*. It made good sense, therefore, to ask whether the conduct was constitutionally protected at the time it took place. It clearly was not. In the present case, however, the appellants allege a violation of s. 7. Section 7 states:

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.

The structure of the section, it seems to me, militates against having the protection of the right hinge upon whether the *Charter* was in force at the time of the accused's conduct. Rather, the section seems to direct one to the point of time at which someone is about to be deprived of his or her life, liberty or security of the person. It is the projected deprivation which triggers the application of s. 7. We must ask therefore whether, at the time of the projected deprivation of the accused's right to liberty, that deprivation would be in accordance with the principles of fundamental justice or not.

What is it, we must ask, that makes the accused vulnerable to the loss of his liberty in a way which does not accord with fundamental justice? Is it the conduct which gave rise to the charge? Clearly not. There is nothing fundamentally unjust in imprisoning a person convicted of having inter-

1966, chap. 55. Ils ont fait valoir que leur religion leur prescrit de brûler de la viande de cerf crue au cours d'une cérémonie religieuse. Ils ont revendiqué leur liberté de religion en vertu de l'al. 2a) de la *Charte*. La Cour a jugé que les accusés ne pouvaient invoquer la *Charte* parce que, comme le juge Beetz l'explique au nom de la Cour, à la p. 338:

La *Charte canadienne des droits et libertés* n'avait pas été adoptée à l'époque de la perpétration de l'infraction.

Il faut souligner que le procès avait aussi eu lieu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Les accusés dans cette affaire ne pouvaient donc pas alléguer de violation de droits garantis par la *Charte* relativement au procès.

Dans l'arrêt *Jack et Charlie*, la prétendue atteinte à la *Charte* consistait en l'interdiction d'un acte que les inculpés prétendaient protégé par la liberté de religion prévue à l'al. 2a) de la *Charte*. Il était donc raisonnable de se demander si l'acte jouissait d'une protection constitutionnelle au moment où il a été accompli. Il ne l'était nettement pas. En l'espèce, toutefois, les appelants font valoir une violation de l'art. 7. L'article 7 porte:

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.

L'économie de l'article, me semble-t-il, milite à l'encontre de la protection d'un droit selon que la *Charte* est ou non en vigueur au moment où intervient l'acte de l'accusé. L'article semble plutôt indiquer le moment où on est sur le point de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de quelqu'un. C'est la menace d'atteinte qui déclenche l'application de l'art. 7. Nous devons donc nous demander si, au moment où il y a eu menace d'atteinte au droit à la liberté de l'accusé, cette atteinte était conforme aux principes de justice fondamentale.

Nous devons nous demander ce qui met l'accusé en péril de perdre sa liberté d'une manière qui n'est pas conforme à la justice fondamentale. Est-ce l'acte qui a donné lieu à l'accusation? Manifestement non. Il n'y a rien de fondamentalement injuste à emprisonner un individu reconnu

course with a female person who is under the age of fourteen and who is not his wife. What is fundamentally unjust, the accused alleges, is to deny him the defence of mistake of fact at his trial, to prevent him from adducing evidence to show that he had no *mens rea*, no guilty mind, but *bona fide* believed that the girl was over fourteen. It is the trial, he alleges, which does not comport with the principles of fundamental justice by exposing him to conviction and imprisonment on the basis of proof of the *actus reus* alone. The *Charter* was in full force and effect at the time of the trial. No issue of retrospectivity is therefore raised.

The accused finds some support for his position in this Court's judgment in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350. The issue in *Dubois* was whether evidence given by the accused in his previous trial could be used against him in a new trial ordered by the court. The accused successfully argued that allowing such evidence to be admitted would violate his right under s. 13 of the *Charter*. The Crown, noting that the original trial had taken place pre-*Charter*, argued that the accused was attempting to have the *Charter* applied retrospectively. The Court unanimously rejected this argument, concluding that an application of s. 13 of the *Charter* may take pre-*Charter* events into account without constituting a retrospective application of the *Charter*. As Lamer J. stated for the majority, at p. 359:

In my view, s. 13 is not being given in this case a retrospective effect. As I have indicated earlier, s. 13 guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings. That right came into force on April 17, 1982, the date of the coming into force of the *Charter*. However, given the nature and purpose of the right, it inures to an individual at the moment an attempt is made to utilize previous testimony to incriminate him or her. The time at which the previous testimony was given is irrelevant for the purpose of determining who may or may not claim the benefit of s. 13. As of April 17, 1982, all persons acquired the right not to have evidence previously given used to incriminate them. The protection accorded by the right is related not to the moment the

coupable d'avoir eu des relations sexuelles avec une personne du sexe féminin, âgée de moins de quatorze ans, qui n'est pas son épouse. Ce qui est fondamentalement injuste, soutient l'accusé, c'est de lui dénier la défense d'erreur de fait à son procès, de lui interdire de produire des preuves pour démontrer qu'il n'avait pas la *mens rea*, qu'il n'avait aucune intention coupable, mais qu'il a cru de bonne foi que la jeune fille avait plus de quatorze ans. C'est le procès, prétend-il, qui ne respecte pas les principes de justice fondamentale en l'exposant à une déclaration de culpabilité et à l'emprisonnement sur le fondement de la preuve de l'*actus reus* seulement. La *Charte* était effectivement en vigueur à l'époque du procès. Aucune question de rétroactivité ne se pose donc.

L'accusé trouve un certain appui pour sa position dans l'arrêt de cette Cour *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350. Dans l'affaire *Dubois*, il fallait déterminer si le témoignage donné par l'accusé à son procès précédent pouvait être utilisé contre lui dans un nouveau procès ordonné par le tribunal. L'accusé a soutenu avec succès qu'autoriser l'admission de ce témoignage violerait le droit que lui confère l'art. 13 de la *Charte*. Le ministère public, rappelant que le premier procès avait eu lieu avant la *Charte*, a fait valoir que l'accusé tentait de faire appliquer la *Charte* rétroactivement. La Cour a rejeté cet argument à l'unanimité et a conclu qu'en appliquant l'art. 13 de la *Charte* on pouvait tenir compte d'événements antérieurs à celle-ci sans qu'on l'applique rétroactivement. Comme le juge Lamer le dit au nom de la majorité, à la p. 359:

À mon avis, l'art. 13 ne reçoit pas en l'espèce une interprétation lui donnant un effet rétroactif. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'art. 13 garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures. Ce droit s'applique depuis le 17 avril 1982, date de l'entrée en vigueur de la *Charte*. Toutefois, étant donné la nature et le but du droit, il s'applique à un individu dès le moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour l'incriminer. La date du témoignage antérieur n'est pas pertinente aux fins de déterminer qui peut ou non réclamer la protection de l'art. 13. Le 17 avril 1982, toutes les personnes ont acquis le droit de ne pas voir les témoignages donnés antérieurement utilisés pour les incriminer. La protection accordée par le droit ne se

testimony is given, but to the moment at which an attempt is made to use that evidence in an incriminating fashion. [Emphasis added.]

Likewise, in the present appeal, the protection accorded by s. 7 is not related to the time of the accused's conduct, but to the time when he is denied the opportunity to put forward his defence of honest mistake of fact. This is when he becomes vulnerable to the loss of his liberty in a way which offends the principles of fundamental justice. And this takes place at his trial post-*Charter*.

It does unquestionably follow from this conclusion, as the respondent points out, that two people who engaged in the same conduct on the same day will have different protection at their trials depending upon whether their trials occur before or after the coming into force of s. 7. One will be permitted to advance the defence of honest mistake of fact and the other will not. It seems to me, however, that this is mandated by the fact that the real impact of the impugned words in s. 146(1) is experienced for the first time at trial. It is at his trial that an accused is confronted with the potential loss of his liberty in a way which offends the principles of fundamental justice, i.e., by being convicted of a criminal offence on the basis of proof of the *actus reus* alone. In the pre-*Charter* era there was no constitutional impediment to denying the accused a mistake of fact defence. But with the advent of s. 7 of the *Charter* such a denial became unconstitutional as a violation of the principles of fundamental justice. An accused could not thereafter be convicted and imprisoned under an unconstitutional provision. It follows from this that there will inevitably be a disparity of treatment between the two accused depending on their dates of trial. It does not, however, seem to me to be an acceptable solution to such disparity to deprive the accused whose trial post-dates the *Charter* of his *Charter* protection in order to achieve the same result in each case.

In determining whether retrospective effect should be given to new or amending legislation a distinction is made at common law between matters of substance and matters of procedure. It is necessary to review the common law in this respect

rapporte pas au moment où le témoignage est donné, mais au moment où l'on tente d'utiliser ce témoignage d'une manière incriminante. [Je souligne.]

De même, en l'espèce, la protection qu'accorde l'art. 7 n'est pas liée au moment où est intervenu l'acte de l'accusé, mais à celui où on lui dénie l'opportunité de faire valoir sa défense d'erreur de fait de bonne foi. C'est alors qu'il risque d'être privé de sa liberté d'une manière qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale. Et cela a lieu à son procès, après la *Charte*.

Il en découle indubitablement, comme le signale l'intimée, que deux individus qui ont accompli le même acte le même jour jouiront d'une protection différente à leurs procès, selon que ceux-ci ont lieu avant ou après l'entrée en vigueur de l'art. 7. Il sera permis à l'un de plaider l'erreur de fait de bonne foi et non à l'autre. Il me semble, cependant, que c'est ce qu'exige le fait que le passage du par. 146(1) actuellement en cause a un effet réel pour la première fois au procès. C'est à son procès qu'un inculpé risque d'être éventuellement privé de sa liberté d'une manière qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale, c.-à-d., en étant reconnu coupable d'une infraction criminelle sur le fondement de la preuve de l'*actus reus* seulement. Dans l'ère qui a précédé la *Charte*, aucune entrave constitutionnelle ne s'opposait à ce qu'un inculpé se voit dénier la défense d'erreur de fait. Mais, avec l'avènement de l'art. 7 de la *Charte*, ce déni devient inconstitutionnel car il constitue une violation des principes de justice fondamentale. Un inculpé ne peut subséquemment être reconnu coupable et emprisonné en vertu d'une disposition inconstitutionnelle. Il s'ensuit qu'il y aura inévitablement disparité de traitement entre deux inculpés en fonction de la date de leur procès. Il ne me semble pas, cependant, que, pour supprimer cette disparité, il soit acceptable de priver l'inculpé dont le procès est postérieur à la *Charte* de la protection qu'elle lui accorde, afin d'arriver au même résultat dans chaque cas.

On fait une distinction en *common law* entre les questions de fond et les questions de procédure quand on décide s'il faut donner un effet rétroactif à une nouvelle loi ou à une modification législative. Il est nécessaire d'examiner la *common law* à cet

and decide whether or not it has any application to rights under the *Charter*.

The general rule is stated in *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed., at p. 215, as follows:

It is a fundamental rule of English law that no statute shall be construed to have a retrospective operation unless such a construction appears very clearly in the terms of the Act, or arises by necessary and distinct implication.

However, it is not always easy to determine whether the statute discloses an intent that it operate retrospectively or gives rise to a necessary implication to that effect. *Craies on Statute Law*, 7th ed., at p. 387, says that a statute is retrospective if it:

... takes away or impairs any vested right acquired under existing law, or creates a new obligation, or imposes a new duty, or attaches a new disability in respect to transactions or considerations already past.

Other statutes, although they may relate to acts or events which are past, are not retrospective in the sense in which the word is used for purposes of the common law rule. These statutes may be prospective in the sense that they operate forwards although they look backwards. They attach new consequences for the future to events that took place in the past before the statute was enacted.

At common law procedural statutes were traditionally treated as an exception to the presumption against retrospective operation. Such statutes applied retrospectively unless there was some special reason why they should not. In *Maxwell, supra*, the rule is stated as follows, at p. 222:

The presumption against retrospective construction has no application to enactments which affect only the procedure and practice of the courts. No person has a vested right in any course of procedure, but only the right of prosecution or defence in the manner prescribed for the time being, by or for the court in which he sues, and if an Act of Parliament alters that mode of procedure, he can only proceed according to the altered mode. "Alterations in the form of procedure are always retrospective, unless there is some good reason or other why

égard et de décider si elle a quelque application dans le cas des droits conférés par la *Charte*.

La règle générale est énoncée dans *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed., à la p. 215:

[TRADUCTION] Le droit anglais pose pour règle fondamentale que nulle loi ne doit s'interpréter comme ayant un effet rétroactif, à moins qu'une telle interprétation ne ressorte clairement du texte de la loi ou ne s'impose comme inéluctable.

Cependant, il n'est pas toujours facile de déterminer s'il ressort d'une loi qu'on a voulu lui donner un effet rétroactif ou s'il en découle implicitement qu'elle doit nécessairement avoir cet effet. *Craies on Statute Law*, 7th ed., à la p. 387, dit qu'une loi est rétroactive si elle:

[TRADUCTION] ... supprime ou réduit tout droit acquis en vertu de la loi existante, ou crée une nouvelle obligation, ou impose un nouveau devoir, ou attache une nouvelle incapacité au regard d'activités ou de considérations passées.

D'autres lois, quoiqu'elles puissent avoir rapport à des actes ou des événements passés, ne sont pas rétroactives dans le sens où le terme est utilisé pour les fins de la règle de *common law*. Ces lois peuvent être prospectives, en ce sens qu'elles opèrent dans l'avenir, quoiqu'elles regardent vers le passé. Elles attachent de nouvelles conséquences pour l'avenir à des événements qui ont eu lieu dans le passé, avant que la loi ne soit adoptée.

En *common law*, les lois procédurales ont traditionnellement été traitées comme des exceptions à la présomption de non-rétroactivité. Ces lois s'appliquaient rétroactivement à moins qu'il n'y ait quelque raison particulière qui l'interdise. Dans *Maxwell*, précité, la règle est énoncée comme suit, à la p. 222:

[TRADUCTION] La présomption de non-rétroactivité n'a aucune application aux textes qui n'ont d'effet que sur la procédure et la pratique des tribunaux. Personne n'a un droit acquis à un genre de procédure, on n'a que le droit de poursuivre ou de se défendre de la manière prescrite actuellement par le tribunal ou pour celui-ci devant lequel on agit et, si une loi du Parlement change ce mode de procédure, on ne peut ester que conformément au nouveau mode. «Les changements dans la forme de la procédure sont toujours rétroactifs, à moins qu'il

they should not be.” (*Gardner v. Lucas* (1878) 3 App. Cas. 582, *per* Lord Blackburn at p. 603.)

Commenting on the common law presumption against retrospective operation and its exception in the case of procedural statutes, Professor William Black in “Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events,” [1982] *U.B.C. L.R.* 59 (*Charter Edition*), states, at p. 65:

It is usually said that the presumption against retrospective operation does not apply to procedural statutes and that such statutes operate retrospectively unless there is some special reason why they should not. On this basis, courts apply procedural rules after they are enacted even though the proceedings concern an event that occurred before enactment. This rule usually leads to a sound result, but it seems more sensible to base the conclusion on the ground that the law is being applied prospectively and that no special presumption is required. If a statute governs the way a hearing is conducted or a decision is made, it seems best to classify it as retrospective only if the hearing or decision occurs before the statute comes into effect. It is hard to see why the date of the event giving rise to the litigation should govern. For example, a statute that changes the onus of proof would be classified as prospective if applied to a trial taking place after the statute is enacted even though the trial is about a prior event. [Emphasis added.]

Professor Côté agrees that the immediate application of procedural enactments is improperly characterized as retrospective just because the enactments are being applied to events that have already taken place. The application is immediate or prospective: see Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, at p. 135 *et seq.* This would appear to be the more modern approach.

This approach was followed by this Court in *Regional Assessment Commissioner, Region No. 13 v. Downtown Oshawa Property Owners' Association*, [1978] 2 S.C.R. 1030. In that case a law was passed that altered the basis upon which property values were to be assessed. The Supreme Court had to decide whether the new law applied to proceedings that had already commenced before the new law was passed. The Court concluded that it did, stating, at p. 1034:

n'y ait quelque bonne raison pour qu'ils ne le soient pas.» (*Gardner v. Lucas* (1878) 3 App. Cas. 582, lord Blackburn, à la p. 603.)

Commentant la présomption de *common law* de non-rétroactivité et son exception dans le cas des lois procédurales, le professeur William Black, dans «Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events,» [1982] *U.B.C. L.R.* 59 (*Charter Edition*), dit à la p. 65:

[TRADUCTION] On dit d'ordinaire que la présomption de non-rétroactivité ne s'applique pas aux lois procédurales et que ces lois ont un effet rétroactif, à moins qu'il n'y ait quelque raison l'interdisant. Ainsi, les tribunaux appliquent les règles de procédure dès leur adoption, même si la procédure vise un événement qui s'est produit avant cette adoption. Cette règle donne habituellement un bon résultat, mais il semble plus sensé de fonder cette conclusion sur le fait que la loi est appliquée prospectivement et qu'aucune présomption spéciale n'est requise. Si une loi régit la façon dont une audition doit être menée ou une décision prise, il semblerait plus juste de la qualifier de rétroactive seulement si l'audition ou la décision ont eu lieu avant que la loi n'entre en vigueur. Il est difficile de comprendre pourquoi la date de l'événement qui a donné lieu au litige devrait être décisive. Par exemple, une loi qui déplace la charge de la preuve sera qualifiée de prospective quand elle s'applique à un procès tenu après l'adoption de la loi, même si le procès porte sur un événement antérieur. [Je souligne.]

Le professeur Côté reconnaît que l'application immédiate des lois procédurales est à tort qualifiée de rétroactive pour la seule raison qu'elles sont appliquées à des événements qui ont déjà eu lieu. L'application est immédiate ou prospective: voir Côté, *Interprétation des lois* (1982), à la p. 147 *et suiv.* Il semblerait que ce soit là la conception la plus moderne.

Cette Cour a emprunté cette conception dans l'arrêt *Le Commissaire régional à l'évaluation, région numéro 13 c. Downtown Oshawa Property Owners' Association*, [1978] 2 R.C.S. 1030. Dans cette affaire, une nouvelle loi modifiait l'assiette de l'évaluation foncière. La Cour suprême avait à décider si la nouvelle loi s'appliquait aux instances engagées avant qu'elle ne soit adoptée. La Cour a conclu qu'elle s'appliquait, disant aux pp. 1033 *et* 1034:

The plain meaning of the words of s. 90 is that the criteria so set out should apply to a series of bodies including the Ontario Municipal Board at the time when each tribunal decides an assessment appeal. It is simply not a question of retroactivity at all.

However, in other comparable cases this Court has not viewed the operation of the provision as prospective but has relied on the exception permitting retrospective operation of procedural statutes in order to apply the provision: see especially *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403.

Professor Black concludes, at p. 66, of his article:

Whether a statute is treated as prospective or as an exception to the presumption against retrospectivity, there is general agreement as to the result; procedural statutes apply whether or not the events at issue in the proceeding (the crime or tort, for example) occurred before the statute was enacted.

Should the interpretation of the *Charter* be guided by these rules of statutory construction? Or are there material differences between the *Charter* and ordinary legislation which makes them inappropriate? The most fundamental difference is that while many statutes impose penalties, duties or disabilities on citizens, the *Charter* guarantees rights. *Maxwell, supra*, points out, at p. 218, that the presumption against retrospective operation has traditionally been applied in cases where retrospective operation "would prejudicially affect vested rights or the legality of past transactions, or would impair contracts, or would impose new duties or attach new disabilities in respect of past transactions". These considerations do not apply where a citizen is asserting a *Charter* right.

Mr. Elmer Driedger in his article "The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint" (1977), 9 *Ottawa L.R.* 303, opined that the presumption against retrospective operation ought not to apply to the *Canadian Bill of Rights*. He said, at p. 307:

There is a presumption against the retrospective operation of statutes; but the prospective application of the

Le texte de l'art. 90 signifie simplement que les critères y énoncés doivent s'appliquer à une série d'organismes, dont la Commission municipale de l'Ontario, lorsqu'ils tranchent un appel en matière d'évaluation. Ce n'est en rien une question de rétroactivité.

Toutefois, dans des affaires comparables, cette Cour n'a pas considéré que la disposition avait un effet prospectif, mais s'est fondée sur l'exception permettant aux lois procédurales d'avoir un effet rétroactif pour appliquer la disposition: voir spécialement l'arrêt *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403.

Le professeur Black conclut, à la p. 66 de son article:

[TRADUCTION] Que l'on considère une loi comme prospective ou comme une exception à la présomption de non-rétroactivité, il y a consensus quant au résultat; les lois procédurales s'appliquent que les événements en cause dans l'instance (le crime ou le délit, par exemple) se soient ou non produits avant l'adoption de la loi.

L'interprétation de la *Charte* doit-elle être guidée par ces règles d'interprétation législative? Ou existe-t-il des différences appréciables entre la *Charte* et la législation ordinaire qui les rendent inappropriées? La différence la plus fondamentale tient à ce que, alors que de nombreuses lois imposent des peines, des obligations ou des incapacités aux citoyens, la *Charte* garantit des droits. *Maxwell*, précité, fait observer, à la p. 218, que la présomption de non-rétroactivité a traditionnellement été appliquée dans des cas où la rétroactivité [TRADUCTION] «aurait un effet préjudiciable sur des droits acquis ou sur la légalité d'activités passées, compromettrait des contrats ou imposerait de nouvelles obligations ou attacherait de nouvelles incapacités au regard d'activités passées». Ces considérations n'ont pas d'application lorsqu'un citoyen revendique un droit garanti par la *Charte*.

M^e Elmer Driedger, dans son article intitulé «The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint» (1977), 9 *Ottawa L.R.* 303, est d'avis que la présomption de non-rétroactivité ne devrait pas s'appliquer à la *Déclaration canadienne des droits*. Il dit, à la p. 307:

[TRADUCTION] Il existe une présomption de non-rétroactivité des lois; mais l'application prospective de la

Bill of Rights to a statute in existence when the Bill became law is not a retrospective operation. There is also a presumption against interference with vested rights; but the Bill of Rights gives rights, rather than interferes with them.

The same is, of course, true of the *Charter*.

However, it seems to me that the decision as to whether *Charter* provisions operate retrospectively will no doubt mirror the common law. Just as at common law procedural Acts are seen to apply to pre-enactment conduct, the procedural rights guaranteed by the *Charter* would seem to apply to any post-*Charter* proceeding regardless of when the underlying conduct took place. These rights are proceeding-oriented. They direct an application to post-*Charter* proceedings: see *Dubois v. The Queen*, *supra*. As Professor Black points out, it makes little difference in the case of procedural provisions whether they are characterized as prospective or as an exception to the presumption against retrospectivity. The result is the same. Whether this is true of substantive rights guaranteed by the *Charter* will depend on whether these rights expressly direct or necessarily imply that they apply to pre-*Charter* conduct. I do not believe that a blanket rule can be adopted for all the provisions of the *Charter*. Each section must be considered individually.

Section 7 admittedly presents difficulty in characterization for this purpose because it enshrines both procedural and substantive rights. Can the same section enshrine rights that apply to pre-*Charter* conduct and rights that do not? I do not think it can. As discussed earlier, s. 7 rights crystallize at the point at which the individual is about to be deprived of his or her life, liberty or security of the person in a manner not consonant with fundamental justice. This is true whether the rights are procedural or substantive. In the present case, this deprivation occurred at the trial of the accused. Section 7 was in force at that time. The accused was therefore entitled to rely on the rights enshrined in the section.

Déclaration des droits à une loi existant au moment où la Déclaration est devenue loi n'a pas d'effet rétroactif. Il y a aussi une présomption de respect des droits acquis; mais la Déclaration confère des droits plutôt qu'elle n'en altère.

Il en est de même, bien entendu, pour la *Charte*.

Cependant, il me semble que la décision sur la rétroactivité des dispositions de la *Charte* reflétera sans aucun doute la *common law*. Tout comme en *common law* on considère que les lois procédurales s'appliquent à un acte antérieur à leur adoption, les droits procéduraux garantis par la *Charte* s'appliqueraient vraisemblablement à toute affaire postérieure à la *Charte*, indépendamment du moment auquel remonte l'acte en cause. Ces droits visent les procédures. Leur application à une instance postérieure à la *Charte* s'impose: voir *Dubois c. La Reine*, précité. Comme le professeur Black le signale, il importe peu qu'on qualifie des dispositions procédurales de prospectives ou d'exception à la présomption de non-rétroactivité. Le résultat est le même. Quant à savoir si cela est vrai des droits fondamentaux que la *Charte* garantit, cela sera déterminé selon que ces droits exigent expressément ou tacitement qu'ils soient appliqués à des actes antérieurs à la *Charte*. Je ne crois pas qu'une règle absolue puisse être adoptée pour l'ensemble des dispositions de la *Charte*. Chaque article doit être examiné individuellement.

L'article 7, il faut en convenir, présente des difficultés de qualification à cet égard, parce qu'il enchâsse à la fois des droits procéduraux et fondamentaux. Le même article peut-il enchâsser des droits qui s'appliquent à un acte antérieur à la *Charte* et des droits qui ne s'y appliquent pas? Je ne le pense pas. Comme je l'ai dit précédemment, les droits de l'art. 7 se cristallisent au moment où l'individu est sur le point d'être privé de sa vie, de sa liberté ou de la sécurité de sa personne d'une manière qui n'est pas conforme à la justice fondamentale. Cela est vrai qu'il s'agisse de droits procéduraux ou fondamentaux. En l'espèce, cette privation a eu lieu au procès de l'accusé. L'article 7 était en vigueur à ce moment-là. L'accusé était donc en droit de se fonder sur les droits consacrés par l'article.

In any event, it would appear to me that the appellant is not really seeking a retrospective application of the *Charter*. While the conduct giving rise to the charge took place prior to the *Charter*'s coming into force, the appellant is, in my view, asking that it be applied prospectively to determine his rights at trial: see Professor Côté, *supra*. I find the following quotation from the judgment of Martin J.A. in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97, at pp. 102-3, apposite in this case:

An enactment does not, however, operate retrospectively because a part of the requisites for its operation is drawn from a time antecedent to its coming into force, nor because it takes into account past events: see *R. v. Johnston* (1977), 34 C.C.C. (2d) 325, [1977] 2 W.W.R. 613, 37 C.R.N.S. 234; affirmed [1978] 2 S.C.R. 391, 39 C.C.C. (2d) 479n, [1978] 2 W.W.R. 478 (S.C.C.); *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, 17 C.R. (3d) 14, 6 M.V.R. 255 (Ont. C.A.).

I turn, therefore, to the question whether s. 146(1) of the *Code* violates s. 7 of the *Charter*.

(b) *Section 7*

Section 146(1) of the *Code* makes it an indictable offence punishable by a maximum of life imprisonment for a male person to have sexual intercourse with a female person who is under the age of fourteen and who is not his wife. It is not a defence that the accused *bona fide* believed that the female person was fourteen years of age or older. This defence is expressly removed by s. 146(1). But for its statutory removal the defence would have been read in by the courts: see *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, and *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120. However, since the statute expressly removes it, the issue is whether the criminal offence can withstand substantive judicial review under s. 7 of the *Charter*.

The appellant's *Charter* argument is simple and, in my view, convincing. Section 146(1) creates a criminal offence with a maximum penalty of life imprisonment. Such an offence, he submits, in order to survive a constitutional challenge under s. 7, must have a *mens rea* component. It cannot be

Quoi qu'il en soit, il me semble que l'appelant ne demande pas vraiment une application rétroactive de la *Charte*. Bien que les actes qui ont donné lieu à l'inculpation aient été antérieurs à l'entrée en vigueur de la *Charte*, ce que l'appelant demande, à mon avis, c'est une application prospective de celle-ci, pour déterminer quels étaient ses droits au procès: voir le professeur Côté, précité. L'extrait suivant du jugement du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97, aux pp. 102 et 103, me paraît fort à propos en l'espèce:

[TRADUCTION] Toutefois, une disposition législative ne s'applique pas rétroactivement parce qu'une partie des conditions requises pour son application est tirée d'une période précédant son entrée en vigueur ni parce qu'elle tient compte d'événements passés: voir *R. v. Johnston* (1977), 34 C.C.C. (2d) 325, [1977] 2 W.W.R. 613, 37 C.R.N.S. 234; confirmé par [1978] 2 R.C.S. 391, 39 C.C.C. (2d) 479n, [1978] 2 W.W.R. 478 (C.S.C.); *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, 17 C.R. (3d) 14, 6 M.V.R. 255 (C.A. Ont.)

J'en viens donc à la question de savoir si le par. 146(1) du *Code* viole l'art. 7 de la *Charte*.

(b) *L'article 7*

Le paragraphe 146(1) du *Code* érige en acte criminel, punissable d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité, le fait qu'une personne du sexe masculin ait des relations sexuelles avec une personne du sexe féminin, âgée de moins de quatorze ans, qui n'est pas son épouse. Ne constitue pas une défense le fait que l'accusé ait cru de bonne foi que la personne du sexe féminin avait quatorze ou plus. Cette défense est expressément supprimée par le par. 146(1). N'était cette suppression légale, la défense serait recevable devant les tribunaux: voir *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, et *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120. Toutefois, comme la loi la supprime expressément, il faut déterminer si l'infraction criminelle peut résister à un examen judiciaire sur le fond en fonction de l'art. 7 de la *Charte*.

L'argument de l'appelant fondé sur la *Charte* est simple et, à mon avis, convaincant. Le paragraphe 146(1) crée une infraction criminelle, avec comme peine maximale, l'emprisonnement à perpétuité. Une infraction de ce genre, soutient-il, pour qu'elle puisse survivre à une contestation

an absolute liability offence. It cannot permit the conviction and imprisonment of a morally innocent person. He submits that this is exactly what it does. It permits the conviction of an accused who honestly (but mistakenly) believed that the complainant was fourteen years of age or older. This is so even if the mistake was both honest and reasonable in the circumstances.

The respondent, on the other hand, submits that s. 146(1) does not create an absolute liability offence. It contains a *mens rea* requirement. The accused cannot be convicted of the offence unless he (a) intends to have sexual intercourse, (b) intends to do so with a female, and (c) intends to do so with someone who is not his wife. This position is somewhat disingenuous. It is difficult to imagine how an accused could credibly plead that he was mistaken as to the gender of his sexual partner or that he had mistakenly believed that he was not having sexual intercourse when in fact he was. It is only slightly more plausible that an accused could mistakenly believe that he was married to the complainant when in fact he was not. On the whole it is difficult to disagree with Professor Boyle's conclusion that "... in practical terms, this is an offence of absolute liability": see Boyle, *Sexual Assault*, at p. 105.

Section 146(1), accordingly, combines absolute liability with the possibility of imprisonment. Earlier decisions of this Court make it clear that such an arrangement violates s. 7 of the *Charter*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J., writing for the majority, stated, at p. 513:

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law. It is so old that its first enunciation was in Latin *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

constitutionnelle fondée sur l'art. 7, doit comporter un élément moral. Il ne peut s'agir d'une infraction de responsabilité absolue. Le paragraphe ne saurait permettre de déclarer coupable et d'emprisonner une personne moralement innocente. L'appelant soutient que c'est exactement ce que le paragraphe fait. Il permet de déclarer coupable un accusé qui, honnêtement (mais à tort), croyait que la plaignante était âgée de quatorze ans ou plus. Il en est ainsi même si l'erreur était de bonne foi et raisonnable, compte tenu des faits.

L'intimée, d'autre part, prétend que le par. 146(1) ne crée pas une infraction de responsabilité absolue. Elle soutient que la *mens rea* est requise. L'accusé ne peut être déclaré coupable de l'infraction à moins qu'il a) ait eu l'intention d'avoir des rapports sexuels, b) ait eu l'intention de les avoir avec une personne de sexe féminin, et c) ait eu l'intention de les avoir avec une personne qui n'est pas son épouse. Cette position est quelque peu spéculative. Il est difficile d'imaginer comment un accusé pourrait espérer être cru s'il plaide qu'il a commis une erreur sur le sexe de son partenaire sexuel ou qu'il a cru à tort qu'il n'avait pas des rapports sexuels alors qu'en fait il en avait. Il n'est guère plus plausible qu'un accusé puisse croire, à tort, qu'il était marié à la plaignante, alors qu'en fait il ne l'était pas. En fin de compte, il est difficile de ne pas convenir avec le professeur Boyle que [TRADUCTION] «... en pratique, il s'agit d'une infraction de responsabilité absolue»: voir Boyle, *Sexual Assault*, à la p. 105.

Le paragraphe 146(1), par conséquent, combine la responsabilité absolue à une possibilité d'emprisonnement. Les décisions antérieures de cette Cour indiquent clairement que pareille combinaison viole l'art. 7 de la *Charte*. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer, écrivant au nom de la majorité, dit à la p. 513:

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit. Il est si ancien que c'est en latin qu'il a été énoncé pour la première fois: *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

Lamer J. went on to quote from the judgment of Dickson J. (as he then was) writing for the Court in *R. v. Sault Ste. Marie*, *supra*, where he stated that "there is a generally held revulsion against punishment of the morally innocent" (p. 1310) and that absolute liability "violates fundamental principles of penal liability" (p. 1311). Lamer J. further stated, at p. 515:

In my view it is because absolute liability offends the principles of fundamental justice that this Court created presumptions against legislatures having intended to enact offences of a regulatory nature falling within that category. This is not to say, however, and to that extent I am in agreement with the Court of Appeal, that, as a result, absolute liability *per se* offends s. 7 of the *Charter*.

A law enacting an absolute liability offence will violate s. 7 of the *Charter* only if and to the extent that it has the potential of depriving of life, liberty, or security of the person.

In the recent decision of this Court in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, Lamer J., writing for the majority, found that s. 7 of the *Charter* had elevated the requirement of *mens rea* from a presumption of statutory interpretation to a constitutionally mandated element of a criminal offence. He expressed it this way, at p. 652:

In effect, *Re B.C. Motor Vehicle Act* acknowledges that, whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even, as in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state which is an essential element of the offence. It thus elevated *mens rea* from a presumed element in *Sault Ste. Marie*, *supra*, to a constitutionally required element. *Re B.C. Motor Vehicle Act* did not decide what level of *mens rea* was constitutionally required for each type of offence, but inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence was required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. [Emphasis in original.]

Le juge Lamer cite alors un passage du jugement rédigé par le juge Dickson (alors juge puîné) au nom de la Cour dans l'affaire *R. c. Sault Ste-Marie*, précitée, où il dit: «on répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent» (p. 1310) et aussi que la responsabilité absolue: «viole les principes fondamentaux de la responsabilité pénale» (p. 1311). Le juge Lamer ajoute, à la p. 515:

À mon avis, c'est parce que la responsabilité absolue viole les principes de justice fondamentale que cette Cour a créé des présomptions selon lesquelles les législatures n'ont pas voulu définir des infractions de nature réglementaire appartenant à cette catégorie. Cela ne veut pas dire toutefois, ce sur quoi je suis d'accord avec la Cour d'appel, qu'il en résulte que la responsabilité absolue contrevient en soi à l'art. 7 de la *Charte*.

Une loi qui définit une infraction de responsabilité absolue ne violera l'art. 7 de la *Charte* que si et dans la mesure où elle peut avoir comme conséquence de porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

Dans l'un des arrêts récents de cette Cour, *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, le juge Lamer, écrivant au nom de la majorité, a jugé que l'art. 7 de la *Charte* a transformé l'exigence qu'il y ait *mens rea* de présomption d'interprétation législative en élément d'infraction criminelle requis par la Constitution. Il s'exprime ainsi, à la p. 652:

En fait, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on reconnaît que dans tous les cas où l'État recourt à la restriction de la liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même si, comme dans ce renvoi, il ne s'agit que d'une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. De l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, la *mens rea* est ainsi devenue un élément requis par la Constitution. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on ne précise pas le degré de *mens rea* qu'exige la Constitution pour chaque type d'infraction, mais on établit indirectement que, même dans le cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. [Soulignés dans l'original.]

Section 7, therefore, prohibits the existence of offences that are punishable by imprisonment and that do not allow the accused as a minimum a due diligence defence.

It would appear then on the basis of these authorities that s. 146(1) is vulnerable to attack under s. 7 of the *Charter* in that it attaches criminal liability on pain of imprisonment to conduct that is not only lacking in *mens rea* but is also non-negligent. An accused can be convicted under the section even although he can show that he made an honest and reasonable mistake about the victim's age. This is not in accordance with the principles of fundamental justice. The section is, therefore, in violation of s. 7. Can it be saved as a reasonable limit under s. 1?

(c) *Section 1*

The judgment of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act* was applied by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Ferguson*, [1987] 6 W.W.R. 481. That case raised the same issue as the present appeal, namely the constitutional validity of s. 146(1) of the *Code* under s. 7 of the *Charter*. Both the majority (McLachlin J.A. with Taggart J.A. concurring) and the minority (Anderson J.A.) held, on the authority of *Re B.C. Motor Vehicle Act*, that the section infringed s. 7 of the *Charter*. The majority, however, found that it was saved by s. 1. Anderson J.A. found that it was not. The decision is accordingly highly instructive on the s. 1 analysis.

McLachlin J.A., after adverting to the principles enunciated by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, addressed the government objectives intended to be achieved by s. 146(1). She said, at p. 517:

The offence of sexual intercourse with a female child has been justified by different values at different times. The modern view is that the offence must be retained in the interests primarily of protecting children and secondarily of protecting society from the impact of the social problems which sexual intercourse with children may produce.

L'article 7 interdit donc les infractions punissables d'un emprisonnement qui ne reconnaissent pas à l'inculpé, au minimum, une défense de diligence raisonnable.

^a Il semblerait donc, sur le fondement de ces précédents, que le par. 146(1) est susceptible d'être contesté en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'il attache une responsabilité criminelle, sous peine d'emprisonnement, à un acte alors que, non seulement il y a absence de *mens rea*, mais qu'il y a aussi absence de toute négligence. Un accusé peut être reconnu coupable en vertu de cet article même s'il peut démontrer qu'il a commis, en toute honnêteté, une erreur raisonnable au sujet de l'âge de la victime. Cela n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. L'article viole donc l'art. 7. Peut-il être sauvegardé à titre de limite raisonnable aux termes de l'article premier?

^a c) *L'article premier*

^e La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué le jugement de cette Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* dans son arrêt *R. v. Ferguson*, [1987] 6 W.W.R. 481. On y soulevait la même question qu'en l'espèce, savoir la constitutionnalité du par. 146(1) du *Code* vu l'art. 7 de la *Charte*. Tant la majorité (le juge McLachlin, à l'avis duquel a souscrit le juge Taggart) que la minorité (le juge Anderson) a décidé, en se fondant sur le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, que le paragraphe enfreignait l'art. 7 de la *Charte*. La majorité a néanmoins estimé qu'il était sauvegardé par l'article premier. Le juge Anderson a estimé qu'il ne l'était pas. La décision est par conséquent fort instructive sur le plan de l'analyse de l'article premier.

^h Le juge McLachlin, après avoir rappelé les principes énoncés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, s'interroge sur les objectifs gouvernementaux visés par le par. 146(1). Elle dit, à la p. 517:

ⁱ [TRADUCTION] On a eu recours à différents systèmes de valeur, à différentes époques, pour justifier d'ériger en infraction les rapports sexuels avec une enfant. La conception moderne est que l'infraction doit être maintenue dans l'intérêt, en premier lieu, de la protection des enfants et, en second lieu, de la protection de la société contre les conséquences sociales que les rapports sexuels avec les enfants peuvent entraîner.

The protection of children is multi-faceted and so obvious that evidence is not required to demonstrate it. First, there is an interest in protecting young girls from the consequences of pregnancies which they may be ill-equipped to deal with from a physical, emotional or economic point of view. Second, there is an interest in protecting such children from the grave physical and emotional harm which may result from sexual intercourse at such an early age. Finally, there is an interest in protecting them from exploitation by those who might seek to use them for prostitution and related nefarious purposes.

She was persuaded that these objectives were of sufficient importance to warrant overriding the s. 7 right provided the means chosen to do so were appropriate.

McLachlin J.A. had no difficulty in finding a rational connection between the impugned limit and the government objectives although this was hotly debated in the case and formed the basis on which Anderson J.A. dissented. She stated, at p. 520:

The appellant submits that the elimination from s. 146(1) of the defence of mistaken belief as to the age of the complainant is not rationally connected to the section's objectives. He argues that a man who believes that a girl is above the limited age will not be deterred by the absolute character of the offence. It follows, he submits, that there is no rational justification for refusing to permit the accused to raise his innocent belief in his defence.

In my opinion, this argument rests on a fallacy. The fallacy lies in the proposition that a man who believes that a girl is above the limited age will not be deterred by knowledge that his belief as to her age affords no defence. This, in my opinion, is not necessarily the case. A person who believes a certain thing must also accept that he may be mistaken in that belief. Belief and recognition that the belief may be in error are not mutually incompatible. Thus a man might conclude that a girl is over 14 because she looks older than 14. At the same time he might be aware that some girls who clearly appear to be over 14 are in fact younger than 14. This man would not be deterred from having sexual relations with the girl if he knew that his belief as to her age was a defence. However, he might well be deterred if he knew that regardless of his belief, he would be convicted if the girl turned out to be under 14. This

La protection des enfants revêt de multiples facettes et est si évidente qu'aucune preuve n'est requise pour la démontrer. Premièrement, il y a intérêt à protéger les jeunes filles de grossesses aux conséquences desquelles elles peuvent être mal préparées d'un point de vue physique, émotionnel ou économique. En second lieu, il y a intérêt à protéger ces enfants du grave préjudice physique et émotionnel qui peut résulter des rapports sexuels à un âge aussi tendre. Enfin, il y a intérêt à les protéger contre l'exploitation de ceux qui pourraient vouloir se servir d'elles à des fins de prostitution et à d'autres fins infâmes s'y rattachent.

Elle est persuadée que ces objectifs revêtent une importance suffisante pour justifier de passer outre aux droits garantis par l'art. 7, pourvu que les moyens choisis pour le faire soient appropriés.

Le juge McLachlin n'a eu aucune difficulté à trouver un lien rationnel entre la restriction contestée et les objectifs du gouvernement, malgré que cela ait été vigoureusement contesté en l'espèce et ait constitué le fondement de la dissidence du juge Anderson. Elle dit, à la p. 520:

[TRADUCTION] L'appellant fait valoir que l'élimination, au par. 146(1), de la défense d'erreur de fait sur l'âge de la plaignante n'a aucun lien rationnel avec les objectifs de l'article. Il prétend qu'un homme qui croit qu'une fille est plus âgée que la limite ne sera pas dissuadé par le caractère absolu de l'infraction. Il s'ensuit, soutient-il, qu'il n'y a pas de justification rationnelle pour refuser d'autoriser l'accusé à soulever dans sa défense son erreur commise de bonne foi.

À mon avis, cet argument est fallacieux. Sa fausseté réside dans la proposition qu'un homme qui croit qu'une jeune fille est plus âgée que la limite ne sera pas dissuadé d'agir, même s'il sait que ce qu'il croit au sujet de son âge ne lui accorde aucune défense. Ce n'est, à mon avis, pas nécessairement le cas. Celui qui croit qu'une chose est vraie doit aussi accepter qu'il peut se tromper. Croire et admettre qu'on peut avoir tort de croire ne sont pas mutuellement incompatibles. Ainsi, un homme peut conclure qu'une jeune fille a plus de quatorze ans parce qu'elle paraît plus vieille que quatorze ans. Il peut aussi avoir conscience que certaines jeunes filles qui paraissent manifestement âgées de plus de quatorze ans sont en fait plus jeunes. Cet homme ne sera pas dissuadé d'avoir des relations sexuelles avec la jeune fille s'il sait que l'âge qu'il pense qu'elle a constitue une défense. Mais il pourrait bien être dissuadé s'il sait qu'indépendamment de ce qu'il croit, il sera reconnu coupable s'il devait s'avérer que la jeune fille n'a pas

truth is recognized by Glanville Williams, in *Criminal Law*, 2nd ed. (1961), p. 241:

If in the future some person who is inclined to such conduct knows the law as it is now held to be, he may say to himself: "I believe the girl to be over sixteen; but nothing in life is certain, and if she is in fact, under sixteen I may be punished: it is not worth the risk." To this extent absolute prohibition may deter.

It is worth noting that immediately after this passage Professor Glanville Williams continues: "But . . . to maintain the prohibition involves punishing the unlucky ones who turn out to be wrong, while letting free those who happen to be right, and this offends the sense of justice". McLachlin J.A. concluded that "logic and common sense dictate that elimination of mens rea as to the complainant's age provides an additional deterrent to those contemplating intercourse with young females" (p. 521).

McLachlin J.A. also found that the impugned limit impaired the s. 7 right no more than was required to achieve the government objective. She stated, at pp. 523-24:

The only serious alternative to the elimination from s. 146(1) of the defence of the accused's belief as to the complainant's age is the proposal put forward by the Law Reform Commission of a reverse onus coupled with a due diligence test. This alternative has been embodied in s. 139(4) of Bill C-15, which was adopted by Parliament (after the hearing of this appeal), received Royal Assent on 30th June 1987, but has not been proclaimed. That provision states that it is not a defence to the charge "that the accused believed that the complainant was fourteen 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".

This provision is not without its problems. What constitutes "all reasonable steps to ascertain the age of the complainant"? If the child has no proof of identification, would a simple inquiry suffice? If not, would requesting and obtaining proof of age in the form of a birth certificate or driver's licence suffice? Street children and those exploiting them may be expected to

quatorze ans. Glanville Williams reconnaît cette vérité dans son *Criminal Law*, 2nd ed. (1961), à la p. 241:

Si, à l'avenir, quelque individu enclin à cette conduite connaît la loi telle qu'elle est actuellement, il peut se dire: «je crois qu'elle a plus de seize ans; mais rien n'est sûr dans la vie et si, en fait, elle a moins de seize ans, je pourrais être condamné: cela n'en vaut pas la peine.» Dans cette mesure, l'interdiction absolue peut être dissuasive.

Il vaut la peine de mentionner qu'immédiatement après ce passage le professeur Glanville Williams ajoute: [TRADUCTION] «Mais [. . .] le maintien de l'interdiction suppose la condamnation des malchanceux qui ont eu le tort de se tromper tout en laissant aller ceux qui ont eu la bonne fortune d'être dans le vrai, et cela offense notre sens de la justice». Le juge McLachlin conclut que [TRADUCTION] «la logique et le bon sens dictent que l'élimination de la mens rea quant à l'âge de la plaignante ajoute à la dissuasion de ceux qui songent à avoir des rapports sexuels avec des jeunes filles» (p. 521).

Le juge McLachlin constate aussi que la restriction contestée ne porte pas plus atteinte au droit garanti par l'art. 7 qu'il n'est requis pour atteindre l'objectif du gouvernement. Elle dit aux pp. 523 et 524:

[TRADUCTION] La seule autre possibilité sérieuse, si on élimine du par. 146(1) la défense d'erreur de la part de l'accusé sur l'âge de la plaignante, est la proposition de la Commission de réforme du droit d'adopter l'inversion de la charge de la preuve jointe à un critère de diligence raisonnable. Cette solution a été incorporée au par. 139(4) du Bill C-15 qui a été adopté par le Parlement (postérieurement à l'audition de l'appel), a reçu la sanction royale le 30 juin 1987, mais n'a pas encore été mis en vigueur. Cette disposition porte que n'est pas une défense contre l'accusation le fait «que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de quatorze ans ou moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée [. . .] que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant».

Cette disposition n'est pas dénuée de problème. Que sont «toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant»? Si l'enfant n'a pas de preuve d'identité, une simple demande suffira-t-elle? Sinon, demander et obtenir la preuve de l'âge sous forme d'un certificat de naissance ou d'un permis de conduire suffira-t-il? On peut s'attendre à ce que les enfants des rues et ceux

forge, borrow or steal appropriate documentation. Where then is found the protection of children and the deterrence of those who exploit them?

When s. 146(1) is compared with the alternative of the defence of having taken "all reasonable steps to ascertain the age of the complainant", it is far from clear that it is an unreasonable approach to attaining the desired objective of the protection of children and society. Section 146(1) provides a considerably stronger deterrent than the alternative embodied in Bill C-15. Given the importance of the goal of protecting children against the evils of immature intercourse, it can be argued that that [*sic*] the need for the additional deterrent effect of s. 146(1) outweighs the need to permit accused persons to raise the defence of innocent belief. In short, the proposed alternative to s. 146(1) is problematic and calculated to reduce the protection which the law affords to children. On the test proposed by the majority of the Supreme Court in *R. v. Edwards Books*, the limited infringement of the rights of some accused persons entailed by s. 146(1) infringes on the accused's rights as little as "reasonably possible".

In addressing the issue of the proportionality of the means used to the objective sought to be achieved McLachlin J.A. acknowledged that the infringement of s. 7 by s. 146(1) was a serious one. That being so, it could only be saved under s. 1 if the objective to which it was directed was "of considerable importance". She found that it was. I quote from pp. 525-26:

I have earlier in these reasons discussed the magnitude of the personal and social problems which result from men having intercourse with girls who, while physically mature, remain children. The evils of premature pregnancy, lasting physical and psychological harm to children, and the exploitation of children through prostitution and wantonness are serious and widely accepted. The question is whether they are serious enough to justify the significant infringement of the accused's constitutional right not to be imprisoned without proof that he intended to commit the prohibited act. In short, is the necessary proportionality or balance established?

In my view, it is. Elimination from s. 146(1) of the defence of the accused's belief that the complainant is over the statutory age provides additional protection to a class of children who would otherwise have little protection—girls under the age of 14 who appear to be older—

qui les exploitent forgent, empruntent ou volent les documents appropriés. Où donc résident la protection des enfants et la dissuasion pour ceux qui les exploitent?

Lorsqu'on compare le par. 146(1) à cette autre mesure, la défense qui consiste à avoir pris «toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant», il est loin d'être clair que ce soit une approche déraisonnable pour atteindre l'objectif désiré de protection des enfants et de la société. Le paragraphe 146(1) possède une force dissuasive considérablement supérieure à la mesure consacrée par le Bill C-15. Étant donné l'importance de la fin recherchée, soit la protection des enfants contre les maux qu'entraînent les relations sexuelles précoces, on peut soutenir que la nécessité d'obtenir l'effet dissuasif supplémentaire qu'offre le par. 146(1) prévaut sur la nécessité d'autoriser l'accusé à faire valoir une défense d'erreur de bonne foi. En bref, la mesure remplaçant le par. 146(1) est problématique et calculée pour réduire la protection que la loi accorde aux enfants. Selon le critère proposé par la Cour suprême à la majorité dans l'arrêt *R. c. Edwards Books*, l'atteinte limitée au droit de certains accusés, causée par le par. 146(1), enfreint les droits de l'accusé aussi peu que «raisonnablement possible».

Étudiant la question de la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre l'objectif recherché, le juge McLachlin reconnaît que l'atteinte à l'art. 7 par le par. 146(1) est sérieuse. Cela étant, le paragraphe ne peut être sauvegardé en vertu de l'article premier que si l'objectif visé est [TRADUCTION] «d'importance considérable». Elle constate qu'il l'est. Je cite un extrait des pp. 525 et 526:

[TRADUCTION] Dans ces motifs, j'ai précédemment analysé l'ampleur des problèmes personnels et sociaux qui résultent des rapports sexuels entre des hommes et des jeunes filles qui, quoique nubiles, demeurent des enfants. Les maux qu'entraîne une grossesse prématurée, le dommage physique et psychologique persistant causé aux enfants et l'exploitation de ceux-ci par la prostitution et la débauche, sont graves et largement reconnus. La question est de savoir s'ils sont suffisamment graves pour justifier l'importante atteinte au droit constitutionnel de l'accusé de ne pas être emprisonné sans preuve qu'il avait l'intention de commettre l'acte prohibé. En bref, la proportionnalité ou l'équilibre nécessaire est-il établi?

À mon avis, il l'est. L'élimination, au par. 146(1), de la défense que l'accusé croyait que la plaignante avait l'âge légal fournit une protection supplémentaire à une catégorie d'enfants qui autrement n'en auraient guère—les jeunes filles de moins de quatorze ans qui paraissent

the very class of children at greatest risk from the evils of pregnancy and prostitution. It means that men cannot engage in sexual intercourse with girls who appear to have attained the statutory age or who otherwise convince them they have attained that age, secure that their belief will afford them a defence should they be charged. They will know that regardless of what the girl may say or how she may appear, there is a possibility that conviction may ensue. In the absence of any alternative providing equivalent protection, it cannot be said that elimination of the accused's belief that the child was over 14 as a defence under s. 146(1) is a disproportionate or unreasonable response to the problem.

She concluded that not only was the limit reasonable, it was also justified in a free and democratic society. She stated, at p. 527:

For over a century these statutes have been an integral feature of the legal system in these countries. This state of affairs is a convincing indication that the limitation on the rights of the accused entailed in eliminating *mens rea* as to the age of the victim in the offence of intercourse with a female child is justifiable in a free and democratic society.

Is McLachlin J.A. correct in suggesting that absolute liability is rationally connected to the objective of deterrence? In my view, if there is a connection, it is a somewhat tenuous one. The learned Justice's thesis seems to be based on the assumption that an individual contemplating sexual intercourse with a female who appears to him to be over 14 first addresses his mind to the *mens rea* requirement of a fairly obscure section of the *Code*. In my view, this ascribes an unrealistically high degree of legal sophistication to the average accused.

Moreover, it seems to me that any general deterrence that could conceivably flow from the statutory negation of the *mens rea* requirement would only afford protection to a narrow subset of the protected group. As Professor Boyle points out, the lack of a mistake of fact defence "is irrelevant with respect to the most serious form of the offence, intercourse with very young children, where one can suppose that a mistake of fact argument would not work anyway" (pp. 107-8).

plus vieilles—la catégorie même d'enfants courant le plus grand risque de pâtir des maux qu'entraînent la grossesse et la prostitution. Elle signifie que des hommes ne peuvent avoir de rapports sexuels avec des jeunes filles qui paraissent avoir l'âge légal ou qui, par ailleurs, parviennent à les convaincre qu'elles ont l'âge, assurés que leur croyance leur fournira un moyen de défense s'ils sont inculpés. Ils sauront qu'indépendamment de ce que la jeune fille peut dire ou de l'âge qu'elle paraît avoir la possibilité d'être reconnu coupable existe. En l'absence de toute autre solution accordant une protection équivalente, on ne saurait dire que l'élimination de la croyance de l'accusé que l'enfant avait plus de quatorze ans, en tant que défense au regard du par. 146(1), constitue une solution disproportionnée ou déraisonnable au problème.

Elle conclut que non seulement la limite est raisonnable, mais qu'elle est justifiée dans une société libre et démocratique. Elle dit, à la p. 527:

[TRADUCTION] Pendant plus d'un siècle, ces lois ont fait partie intégrante du système juridique de ces pays. Cet état de choses constitue une indication convaincante que la limitation des droits de l'accusé qu'entraîne l'élimination de la *mens rea* relative à l'âge de la victime dans l'infraction que constituent les rapports sexuels avec une enfant du sexe féminin, est justifiable dans une société libre et démocratique.

Le juge McLachlin a-t-elle raison d'avancer que la responsabilité absolue est rationnellement reliée à l'objectif de la dissuasion? À mon avis, s'il y a un lien, il est plutôt ténu. La thèse du savant juge semble fondée sur le postulat qu'un individu, envisageant d'avoir des rapports sexuels avec une femme qui lui paraît avoir plus de quatorze ans, songe d'abord à la *mens rea* exigée par un article plutôt obscur du *Code*. C'est, je pense, attribuer à l'accusé moyen un niveau peu réaliste de raffinement juridique.

De plus, il me semble que toute forme générale de dissuasion qui pourrait vraisemblablement découler de la négation législative de la *mens rea* exigée ne protégerait qu'un sous-ensemble étroit du groupe visé. Comme le professeur Boyle le rappelle, l'absence d'une défense d'erreur de fait [TRADUCTION] «n'a aucune pertinence dans le cas de la forme la plus grave de l'infraction, les rapports sexuels avec de très jeunes enfants, où l'on peut supposer que l'erreur de fait ne pourrait pas,

Any hypothetical deterrence, therefore, will be limited to borderline cases. As McLachlin J.A. points out, the deterrent effect of the rule cannot be documented. It is, however, necessary to attempt to quantify this effect in order to assess whether the respondent has discharged its s. 1 onus. While the fact that s. 146(1) is an absolute liability offence may serve as a deterrent to some who would not otherwise be deterred, I cannot think that the deterrent effect is as great as McLachlin J.A. perceives it to be.

Assuming that a rational connection can be established, can s. 146(1) be said to impair the s. 7 right as little as possible? The impairment inherent in s. 146(1) is very substantial. The impugned offence allows for the conviction of an individual who is not only morally innocent but who has taken all reasonable steps to determine the age of his sexual partner. This is deeply discordant with the principles of fundamental justice. Furthermore, it may have a deleterious impact on the justice system as a whole. As Dickson J. stated in *R. v. Sault Ste. Marie*, at p. 1311:

Arguments of greater force are advanced against absolute liability. The most telling is that it violates fundamental principles of penal liability. It also rests upon assumptions which have not been, and cannot be, empirically established. There is no evidence that a higher standard of care results from absolute liability. If a person is already taking every reasonable precautionary measure, is he likely to take additional measures, knowing that however much care he takes, it will not serve as a defence in the event of breach? If he has exercised care and skill, will conviction have a deterrent effect upon him or others? Will the injustice of conviction lead to cynicism and disrespect for the law, on his part and on the part of others? These are among the questions asked.

Is a less offensive mechanism not available to serve the government's legitimate objective? Parliament seems to have concluded that the answer to this question is yes. The provisions recently enacted [S.C. 1987, c. 24] to replace s. 146(1) allow the accused to raise a defence of due dili-

de toute façon, être alléguée.» (aux pp. 107 et 108). Toute dissuasion hypothétique sera par conséquent restreinte aux cas limites. Le juge MacLachlin a tout à fait raison de dire que l'effet dissuasif de la règle ne peut être prouvé. Il est cependant nécessaire de tenter de quantifier cet effet, afin d'évaluer si l'intimée s'est déchargée de son obligation au regard de l'article premier. Quoique le fait que le par. 146(1) soit une infraction de responsabilité absolue puisse servir à dissuader certains qui autrement ne le seraient pas, je ne pense pas que l'effet dissuasif soit aussi fort que le juge McLachlin l'a perçu.

Présumant qu'un lien rationnel peut être établi, peut-on dire du par. 146(1) qu'il porte atteinte au droit prévu à l'art. 7 le moins possible? L'atteinte inhérente aux termes du par. 146(1) est très importante. L'infraction contestée permet de condamner un individu, non seulement moralement innocent, mais qui a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de son partenaire sexuel. Voilà qui est en profond désaccord avec les principes de justice fondamentale. En outre, cela peut avoir des répercussions dommageables sur l'ensemble du système de justice. Comme le dit le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, à la p. 1311:

On avance des arguments plus convaincants contre la responsabilité absolue. Le plus sérieux est qu'elle viole les principes fondamentaux de la responsabilité pénale; de plus, elle repose sur des présomptions qui n'ont pas été établies de façon empirique, et ne peuvent pas l'être. Rien ne prouve que la responsabilité absolue incite à une plus grande prudence. Si une personne prend déjà toutes les précautions raisonnables, prendra-t-elle d'autres mesures, sachant que de toute façon, elle ne pourra pas les faire valoir en cas d'infraction? Sa condamnation aura-t-elle sur elle ou sur d'autres un effet dissuasif si elle a fait preuve de prudence et de compétence? L'injustice d'une condamnation les conduira-t-elle, elle et les autres, au cynisme et à l'irrespect de la loi? Voilà quelques questions que l'on pose.

Existe-t-il un mécanisme moins préjudiciable pour atteindre l'objectif légitime du gouvernement? Le législateur semble avoir conclu que la réponse à cette question est affirmative. Les dispositions récemment adoptées [S.C. 1987, chap. 24] en remplacement du par. 146(1) autorisent l'ac-

gence. Sections 140 and 141 of the *Code* replace the old s. 146(1) by creating the new substantive offences of sexual interference and invitation to sexual touching. Both of these provisions apply to sexual conduct with a person under the age of fourteen. Section 139(4) of the *Code* then limits the range of defences available to charges under these new sections stating:

139. ...

(4) It is not a defence to a charge under section 140 or 141, subsection 155(3) or 169(2), or section 246.1, 246.2 or 246.3 that the accused believed that the complainant was fourteen 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.

There can be no doubt that this provision infringes the accused's s. 7 rights less than the section challenged in the present appeal. Parliament has therefore concluded that society's needs can be served by a less stringent provision. Given that the respondent has changed its legislation in this way, I do not think it is open to the respondent to argue that the impugned version of s. 146(1) impaired the accused's rights as little as possible. This is not a case where the court is forced to speculate about the possibility of less offensive legislative schemes. Parliament has already enacted one.

Finally, it cannot, in my opinion, be said that the potential benefits flowing from the retention of absolute liability in s. 146(1) are in any way proportional to the degree of impairment of the s. 7 right. I agree with Anderson J.A. who made the following observation in his dissenting reasons, at p. 509:

Even if one assumes that the retention of strict liability in s. 146(1) would have some limited deterrent effect and some rational connection to the objective of protecting young girls, which is highly doubtful, I am of the opinion that the removal of the defence of honest mistake of age does not satisfy the other two components of the proportionality test. The denial of the defence of honest belief as to age in s. 146(1) dramatically impairs

cusé à faire valoir une défense de diligence raisonnable. Les articles 140 et 141 du *Code* remplacent l'ancien par. 146(1) par la création des nouvelles infractions de fond que sont les contacts sexuels et l'incitation à des contacts sexuels. Ces deux dispositions s'appliquent à un contact sexuel avec une personne de moins de quatorze ans. Le paragraphe 139(4) du *Code* limite donc le champ des défenses disponibles en cas d'inculpation en vertu de ces nouveaux articles, déclarant:

139. ...

(4) Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de quatorze 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 140 ou 141, des paragraphes 155(3) ou 169(2) ou des articles 246.1, 246.2 ou 246.3 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant.

Il ne peut y avoir de doute que cette dispositions porte moins atteinte aux droits conférés à l'accusé en vertu de l'art. 7 que l'article en cause en l'espèce. Le législateur a donc conclu que les besoins de la société peuvent être servis par une disposition moins draconienne. Comme l'intimée a modifié sa législation en ce sens, je ne pense pas qu'elle puisse maintenant soutenir que la version contestée du par. 146(1) porte atteinte le moins possible au droit de l'accusé. Il ne s'agit pas d'une affaire où la Cour est forcée de se perdre en conjectures sur d'éventuels plans législatifs moins préjudiciables. Le législateur a déjà adopté un plan.

Enfin, on ne peut, à mon avis, dire que les bénéfices éventuels découlant du maintien de la responsabilité absolue au par. 146(1) sont, d'une manière ou d'une autre, proportionnels au degré d'atteinte au droit garanti par l'art. 7. Je partage l'avis du juge Anderson, qui fait l'observation suivante dans sa dissidence, à la p. 509:

[TRADUCTION] Même si l'on présume que le maintien de la responsabilité stricte au par. 146(1) aurait un effet dissuasif limité et un lien rationnel avec l'objectif de la protection des jeunes filles, ce qui est fort douteux, je suis d'avis que la suppression de la défense d'erreur de bonne foi sur l'âge ne respecte pas les deux autres composantes du critère de la proportionnalité. Le déni de la défense de bonne foi au sujet de l'âge, au par.

the right of the accused not to be convicted of crime if he honestly, although mistakenly, believes in circumstances which would render his conduct innocent.

Furthermore, in my opinion, the deterrent effect of the denial of the defence of mistake of fact in s. 146(1) would be so marginal as not to justify the punishment of innocent persons or the placing of restraints on proper and legal activities. While theoretically one may speculate that the strict liability offence in s. 146(1) may have some deterrent effect, there is little to suggest that the effect is significant.

I would, accordingly, conclude that the removal of a *mens rea* component from the offence described in s. 146(1) of the *Code* cannot be viewed under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on the accused's s. 7 rights.

IV The Remedy

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides as follows:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Counsel for the appellant seeks a declaration that s. 146(1) of the *Code* is constitutionally invalid and that his client should therefore be acquitted. With respect, it seems to me that s. 52(1) is very specific that a law found to be inconsistent with the provisions of the Constitution is only without force and effect to the extent of the inconsistency. I believe therefore that the appropriate declaration under s. 52(1) is to the effect that the words in s. 146(1) "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" are of no force and effect. This means that the section shorn of the offensive words will read:

146. (1) Every male person who has sexual intercourse with a female person who

(a) is not his wife, and

(b) is under the age of fourteen years,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

146(1), porte radicalement atteinte au droit de l'accusé de ne pas être reconnu coupable d'un crime si honnêtement, mais à tort, il a cru à des circonstances qui auraient rendu sa conduite innocente.

En outre, à mon avis, l'effet dissuasif du déni de la défense d'erreur de fait, au par. 146(1), serait si marginal qu'il ne saurait justifier de condamner des innocents ou d'imposer des entraves à des actes réguliers et légaux. Bien que, théoriquement, on puisse supposer que l'infraction de responsabilité stricte prévue au par. 146(1) peut avoir un effet dissuasif quelconque, il n'y a pas grand-chose qui laisse entrevoir que l'effet est important.

Je conclus par conséquent que la suppression de l'élément *mens rea* de l'infraction que décrit le par. 146(1) du *Code* ne peut être considérée, en vertu de l'article premier de la *Charte*, comme une limite raisonnable apportée au droit conféré à l'accusé par l'art. 7.

IV La réparation

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* porte:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

L'avocat de l'appelant conclut à jugement déclaratoire portant que le par. 146(1) du *Code* est invalide sur le plan constitutionnel et que son client devrait donc être acquitté. Avec égards, il me semble que le par. 52(1) est des plus clairs et précis; ne sont inopérantes que les dispositions d'une loi jugées incompatibles avec la Constitution. Je crois donc que la déclaration qui s'impose en vertu du par. 52(1) doit être que les termes du par. 146(1) «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» sont inopérants. Cela signifie que l'article, amputé des termes irréguliers, se lira:

146. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans.

At trial the appellant attempted to enter a defence based on lack of *mens rea*. The trial judge did not allow him to make this defence, holding that the express denial of this defence in s. 146(1) of the *Code* was constitutionally valid. The trial judge was wrong. The appellant should have been allowed to make his defence.

This being so, the appellant's conviction must be quashed and a new trial ordered. The new trial would take place under the section as amended above. Given, however, the circumstances of this case, the length of time which has elapsed since the conduct giving rise to the charge, and the fact that the appellant has already served his two years of probation, this might well be an appropriate case for the Attorney General to direct a stay of proceedings under s. 508 of the *Code*.

I would allow the appeal.

Appeal dismissed, LAMER, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Au procès, l'appellant a tenté de faire valoir une défense fondée sur l'absence de *mens rea*. Le juge de première instance ne l'a pas autorisé à le faire, déclarant que le déni exprès de cette défense au par. 146(1) du *Code* était valide sur le plan constitutionnel. Le juge a eu tort. L'appellant aurait dû être autorisé à faire valoir cette défense.

Cela étant, la déclaration de culpabilité de l'appellant doit être cassée et un nouveau procès ordonné. Le nouveau procès se tiendra en fonction de l'article tel qu'il est modifié ci-dessus. Étant donné toutefois que les circonstances de l'espèce, le temps couru depuis l'acte qui a entraîné l'inculpation et le fait que l'appellant a déjà purgé ses deux années de probation, il pourrait bien s'agir là d'un cas approprié pour que le procureur général ordonne un arrêt des procédures en vertu de l'art. 508 du *Code*.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges LAMER, WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.