

**Victor John Hess** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Van Hung Nguyen** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HESS; R. v. NGUYEN

File Nos.: 20809, 21392.

1990: February 1; 1990: October 4.

Present: Lamer C.J.\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURTS OF APPEAL FOR  
ONTARIO AND MANITOBA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Life, liberty and security of person — Criminal Code prohibiting sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years — Absolute liability offence — Whether s. 146(1) of the Code infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of the Charter.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Criminal Code prohibiting sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years — Whether s. 146(1) of the Code infringes s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of the Charter.*

*Criminal law — Sexual offences — Sexual intercourse with female under fourteen — Whether s. 146(1) of the Criminal Code infringes the guarantee of fundamental justice under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the right to equality before the law under s. 15 of the Charter.*

Both appellants were charged with sexual intercourse with a female person under the age of 14 years under s. 146(1) of the *Criminal Code*. In the first case the trial

\* Chief Justice at the time of judgment.

**Victor John Hess** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

a

et entre

**Van Hung Nguyen** *Appelant*

c.

b

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HESS; R. c. NGUYEN

N<sup>os</sup> du greffe: 20809, 21392.

c

1990: 1<sup>er</sup> février; 1990: 4 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

d

EN APPEL DES COURS D'APPEL DE L'ONTARIO ET  
DU MANITOBA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Interdiction, par le Code criminel, d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans — Infraction de responsabilité absolue — L'article 146(1) du Code viole-t-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Interdiction, par le Code criminel, d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans — L'article 146(1) du Code viole-t-il l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article h premier de la Charte?*

*Droit criminel — Infractions sexuelles — Rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans — L'article 146(1) du Code criminel viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés ou le droit à l'égalité devant la loi garanti par l'art. 15 de la Charte?*

Les deux appelants ont été inculpés, en vertu du par. 146(1) du *Code criminel*, d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de

\* Juge en chef à la date du jugement.

judge quashed the indictment against Hess on the ground that s. 146(1) infringed s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Ontario Court of Appeal reversed the decision and ordered a new trial. In the second case the trial judge convicted Nguyen. The Manitoba Court of Appeal upheld the conviction. The court found that there was no violation of s. 15 and that although s. 146(1) breached s. 7 of the *Charter*, that breach was saved by s. 1. These appeals are to determine whether s. 146(1) of the *Code* infringes s. 7 or 15 of the *Charter*; and, if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

*Held* (Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeals should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: It is a principle of fundamental justice that a criminal offence punishable by imprisonment must have a *mens rea* component. Section 7 of the *Charter* has elevated the requirement of *mens rea* from a presumption of statutory interpretation to a constitutionally mandated element of a criminal offence. Section 146(1) of the *Code*, which makes it an indictable offence punishable by a maximum of life imprisonment for a man to have sexual intercourse with a female under the age of 14 who is not his wife, expressly removes the defence that the accused *bona fide* believed that the female was 14 or older. An offence punishable by imprisonment that does not allow the accused a due diligence defence infringes the right to liberty enshrined in s. 7.

Section 146(1) of the *Code* is not justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on an accused's s. 7 rights. While the legislative objective of protecting female children from the harms that may result from premature sexual intercourse and pregnancy addresses a pressing and substantial concern, and the creation of an absolute liability offence is rationally connected to this concern, s. 146(1) does not impair the s. 7 right as little as possible. Any deterrence value the fear of mistaking the girl's age might have would be limited to borderline cases. Further, no evidence was presented to support the deterrence argument and punishing the mentally innocent with a view to advancing the objective of deterrence is fundamentally unfair. Questions of mental innocence cannot be left to the sentencing process. Reliance on prosecutorial or judicial discretion to mitigate the harsh-

quatorze ans. Dans le premier cas, le juge du procès a annulé l'acte d'accusation déposé contre Hess pour le motif que le par. 146(1) violait l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cette décision et ordonné un nouveau procès. Dans le second cas, le juge du procès a déclaré l'appelant Nguyen coupable. La Cour d'appel du Manitoba a confirmé cette déclaration de culpabilité. La cour a conclu qu'il n'y avait pas de violation de l'art. 15 et que même si le par. 146(1) violait l'art. 7 de la *Charte*, cette violation était sauvegardée par l'article premier. Les présents pourvois visent à déterminer si le par. 146(1) du *Code* viole l'art. 7 ou l'art. 15 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

*Arrêt* (les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents): Les pourvois sont accueillis.

*Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé*: Il est un principe de justice fondamentale qu'une infraction criminelle assortie d'une peine d'emprisonnement doit comporter un élément de *mens rea*. L'article 7 de la *Charte* a fait de l'exigence de la *mens rea* comme élément présumé d'interprétation législative un élément d'une infraction criminelle requis par la Constitution. Le paragraphe 146(1) du *Code*, qui prévoit que toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse et qui a moins de quatorze ans est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, écarte expressément le moyen de défense que l'accusé croyait de bonne foi que la personne de sexe féminin était âgée de quatorze ans ou plus. Une infraction punissable d'emprisonnement qui ne reconnaît pas à l'inculpé la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense porte atteinte au droit à la liberté garanti à l'art. 7.

Le paragraphe 146(1) du *Code* n'est pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable aux droits que l'art. 7 reconnaît à l'accusé. Bien que l'objectif législatif, qui consiste à vouloir protéger les enfants de sexe féminin contre les maux qui peuvent résulter des rapports sexuels et des grossesses précoces, porte sur une préoccupation urgente et réelle et que la création d'une infraction de responsabilité absolue ait un lien rationnel avec cette préoccupation, le par. 146(1) ne porte pas le moins possible atteinte au droit garanti par l'art. 7. Tout effet dissuasif que pourrait avoir la crainte de se tromper sur l'âge de la jeune fille se restreindrait aux cas limites. De plus, on n'a présenté aucun élément de preuve à l'appui de l'argument de la dissuasion et punir une personne moralement innocente dans le but de promouvoir l'objectif de la

ness of an unjust law cannot serve to justify a fundamentally unsound provision. The fact that s. 146(1) has since been replaced by a series of measures that allow the defence of due diligence shows that Parliament has concluded that its objective can be effected in a manner that does not restrict an accused's right as much.

While only men may be charged under s. 146(1) of the *Code*, and only females may be complainants, the section does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. The offence involves an act that as a matter of biological fact only men are capable of committing. Since a female does not commit a physical act that can be readily equated with the one a male commits under s. 146(1), the question of whether or not a female should be punished for seeking to have sex with a male under 14 years of age is a policy matter best left to the legislature. Finally, sodomy or buggery are biologically different acts which the legislature has decided to deal with separately.

Section 28 of the *Charter*, which states that the rights and freedoms referred to in the *Charter* "are guaranteed equally to male and female persons", does not prevent the legislature from creating an offence that as a matter of biological fact can only be committed by one sex.

*Per Sopinka J.*: For the reasons given by the majority, s. 146(1) of the *Code* infringes s. 7 of the *Charter* and cannot be saved under s. 1.

As found by the minority, s. 146(1) of the *Code* infringes s. 15 of the *Charter* but is saved by s. 1.

*Per Gonthier and McLachlin JJ.* (dissenting): It is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that a law restricting an individual's liberty by means such as imprisonment must have as an essential element that the accused possess a guilty mind, or *mens rea*. An essential element of s. 146(1) of the *Code* is that the victim be under the age of 14 years. The Crown need not show that the accused knew the victim was less than 14, nor does his honest belief that the victim was over provide a defence. Since an accused can be convicted

dissuasion est fondamentalement injuste. On ne peut laisser au processus de détermination de la peine les questions de l'innocence morale. Faire confiance à la discrétion de la poursuite ou du juge pour mitiger la sévérité d'une loi injuste ne peut justifier une disposition fondamentalement boiteuse. Le fait que le par. 146(1) a depuis été remplacé par une série de mesures qui permettent d'invoquer le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable montre que le Parlement a conclu que son objectif peut être réalisé d'une manière qui ne restreint pas autant le droit de l'accusé.

Bien que seuls les hommes puissent être accusés en vertu du par. 146(1) du *Code* et que seules les femmes puissent porter plainte, le paragraphe ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. L'infraction porte sur un acte que seuls les hommes sont capables de commettre en raison d'une réalité biologique. Puisqu'une femme ne commet pas un acte physique qui peut être facilement assimilé à celui qu'un homme commet en vertu du par. 146(1), il est préférable de laisser au législateur le soin de décider si une femme devrait être punie pour avoir cherché à avoir des rapports sexuels avec un garçon de moins de quatorze ans. Enfin, la sodomie est un acte biologique-ment différent que le législateur a choisi de traiter séparément.

L'article 28 de la *Charte*, qui prévoit que les droits et libertés mentionnés dans la *Charte* «sont garantis également aux personnes des deux sexes», n'empêche pas le législateur de créer une infraction qui, en raison d'une réalité biologique, ne peut être commise que par l'un des deux sexes.

*Le juge Sopinka*: Pour les motifs exposés par la majorité, le par. 146(1) du *Code* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et ne peut être sauvegardé en vertu de l'article premier.

Comme l'ont conclu les juges formant la minorité, le par. 146(1) du *Code* enfreint l'art. 15 de la *Charte*, mais il est sauvegardé par l'article premier.

*Les juges Gonthier et McLachlin* (dissidents): C'est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* qu'une règle de droit qui restreint la liberté d'une personne par un moyen comme l'emprisonnement doit avoir pour élément essentiel que la personne ait une intention coupable ou *mens rea*. Un élément essentiel de l'infraction définie au par. 146(1) est que la victime doit être âgée de moins de quatorze ans. Le ministère public n'est pas tenu de faire la preuve que l'accusé savait que la victime avait moins de quatorze ans et l'accusé ne peut invoquer comme moyen de défense qu'il a sincèrement cru que la victime était plus âgée. Puisqu'un accusé peut être déclaré coupable en vertu du par.

under s. 146(1) although he lacks a guilty mind, the section violates s. 7 of the *Charter*.

Two requirements must be met to establish infringement of s. 15 of the *Charter*. First, an inequality or distinction in the treatment of members of groups must be established. Second, this distinction must constitute discrimination. Section 146 of the *Code* meets that test. It makes distinctions on the basis of sex, one of the categories enumerated in s. 15, and burdens men as it does not burden women. It also offers protection to young females which it does not offer to young males. Section 146(1) does not constitute an "affirmative action program" within the meaning of s. 15(2) of the *Charter* and it is not immunized from scrutiny under s. 1 of the *Charter*.

Section 146(1) of the *Code* is justified under s. 1 of the *Charter*. First the protection of female children from the harms that may result from premature sexual intercourse and pregnancy and the protection of society from the impact of the social problems which sexual intercourse with children may produce is a legislative objective of sufficient importance to justify overriding a constitutionally protected right. Second, the means chosen to effect the objective are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. There is a rational connection between the imposition of absolute liability in s. 146(1) and its objective. The imposition of absolute liability, which eliminates the defences of reasonable belief as to age and of due diligence, has an additional deterrent effect on men contemplating intercourse with young girls. The infringement does not extend beyond what is reasonably necessary to achieve the objective. Finally, with respect to s. 7, the infringement on the freedom imposed by s. 146(1) of the *Code* is not unduly draconian, considering the great harms to which the section is directed. The seriousness of the problems addressed by s. 146(1) and the lack of an alternative way of dealing with them as effectively as by a provision which leaves no defence based on ignorance of the victim's age, coupled with the fact that the lack of *mens rea* in s. 146(1) is less intrusive of the accused's rights than is the case in other absolute liability offences, lead to the conclusion that the intrusion on the accused's right not to be convicted in the absence of a guilty mind represented by s. 146(1) is reasonable and justifiable. With respect to s. 15, the means represented by s. 146(1) are also proportionate and justified when weighed against the seriousness of the infringement of the rights of equality of accused persons and victims. The singling out of males as the

146(1) même s'il n'a pas l'intention coupable, le paragraphe viole l'art. 7 de la *Charte*.

Pour qu'il y ait violation de l'art. 15 de la *Charte*, il faut que deux conditions soient réalisées. Premièrement, il faut prouver l'existence d'une inégalité ou d'une distinction dans le traitement de certains individus par rapport à d'autres. Deuxièmement, cette distinction doit constituer de la discrimination. L'article 146 du *Code* remplit ces conditions. Il établit des distinctions fondées sur le sexe, qui est l'un des motifs énumérés à l'art. 15 et il impose aux hommes un fardeau qu'il n'impose pas aux femmes. Il offre de plus aux jeunes personnes de sexe féminin une protection qu'il n'offre pas aux jeunes personnes de sexe masculin. Le paragraphe 146(1) ne constitue pas un «programme de promotion sociale» au sens du par. 15(2) de la *Charte* et n'est pas soustrait à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*.

Le paragraphe 146(1) du *Code* est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. D'abord, la protection des enfants de sexe féminin contre les maux que peuvent engendrer les rapports sexuels et les grossesses précoces et la protection de la société contre les conséquences des problèmes sociaux que peuvent engendrer les rapports sexuels avec des enfants constituent un objectif législatif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Ensuite, les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont raisonnables et leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il existe un lien rationnel entre l'imposition d'une responsabilité absolue au par. 146(1) et son objectif. L'imposition d'une responsabilité absolue, qui écarte la possibilité d'invoquer comme moyens de défense la croyance raisonnable quant à l'âge et la diligence raisonnable, a un effet dissuasif supplémentaire sur les hommes qui envisagent d'avoir des rapports sexuels avec des jeunes filles. La violation ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour réaliser l'objectif. Enfin, au sujet de l'art. 7, l'atteinte à la liberté qui découle du par. 146(1) du *Code* n'est pas indûment sévère, compte tenu des grands maux auxquels cette disposition vise à remédier. La gravité des problèmes que le par. 146(1) cherche à enrayer et l'absence d'autre solution aussi efficace que celle d'écarter la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'ignorance de l'âge de la victime, conjuguées au fait que l'absence de *mens rea* au par. 146(1) porte moins atteinte aux droits de l'accusé qu'elle ne le fait dans le cas d'autres infractions de responsabilité absolue, amènent à conclure que l'empiétement sur les droits d'un accusé de ne pas être déclaré coupable en l'absence d'intention coupable, qui résulte du par. 146(1), est raisonnable et peut se justifier. Quant à l'art.

only offenders is justified given the fact that only males can cause pregnancies, one of the chief evils addressed by s. 146(1). The protection of female children to the exclusion of male children may be justified on the same ground.

### Cases Cited

By Wilson J.

**Disapproved:** *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273; **considered:** *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; **referred to:** *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Groombridge* (1836), 7 Car. & P. 581, 173 E.R. 256; *R. v. Waite*, [1892] 2 Q.B. 600.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, s. 2.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15, 28, 33.

*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 3(6), 140 [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 5], 146(1) [am. 1972, c. 13, s. 70; rep. & sub. 1987, c. 24, s. 2], 147 [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 7; rep. & sub. 1987, c. 24, s. 2], 155, 663 [am. 1972, c. 13, s. 58; am. 1974-75-76, c. 93, s. 81].

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 150.1(4), 151, 152.

15, le moyen que constitue le par. 146(1) est également proportionné et justifié eu égard à la gravité de la violation des droits à l'égalité dont jouissent les accusés et les victimes. La différenciation des personnes de sexe masculin comme seuls contrevenants se justifie par le fait que seules les personnes de sexe masculin peuvent causer des grossesses, qui sont l'un des maux principaux auxquels le par. 146(1) cherche à remédier. La protection des enfants de sexe féminin, à l'exclusion de ceux de sexe masculin, peut se justifier pour le même motif.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

**Arrêt critiqué:** *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273; **arrêt examiné:** *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. v. Groombridge* (1836), 7 Car. & P. 581, 173 E.R. 256; *R. v. Waite*, [1892] 2 Q.B. 600.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Edmonton Journal v. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15, 28, 33.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 150.1(4), 151, 152.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 3(6), 140 [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 5], 146(1) [mod. 1972, ch. 13, art. 70; abr. & rempl. 1987, ch. 24, art. 2], 147 [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 7; abr. & rempl. 1987, ch. 24, art. 2], 155, 663 [mod. 1972, ch. 13, art. 58; mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 81].

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

*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, S.C. 1987, ch. 24, art. 2.

## Authors Cited

- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*. Book IV. By Christian et al. New York: W. E. Dean, 1846.
- Canada, Law Reform Commission. *Criminal Law: Sexual Offences* (Working Paper 22). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1978.
- Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: Clarke, 1817.
- Howard, Colin. "The Protection of Principle Under a Criminal Code" (1962), 25 *M.L.R.* 190.
- Kenny, Courtney Stanhope. *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th ed. By J. W. Cecil Turner. Cambridge: University Press, 1966.
- MacNamara, Donal E. J. and Edward Sagarin. *Sex, Crime, and the Law*. New York: Free Press, 1977.
- Raymond, Paul E. "The Origin and Rise of Moral Liability in Anglo-Saxon Criminal Law" (1936), 15 *Or. L. Rev.* 93.
- Stroud, Douglas Aikenhead. *Mens Rea*. London: Sweet & Maxwell, 1914.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 25 O.A.C. 43, 40 C.C.C. (3d) 193 (*sub nom. R. v. Boyle*), allowing the Crown's appeal from a decision of Graham Prov. Ct. J. quashing the indictment against appellant Hess. Appeal allowed, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 57 Man. R. (2d) 267, [1989] 3 W.W.R. 646, dismissing appellant Nguyen's appeal from his conviction by Kroft J. Appeal allowed, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

*Henry S. Brown*, for the appellant Hess.

*Stanley Nozick*, for the appellant Nguyen.

*Gregory J. Fitch, Shawn Greenberg and Marva Smith*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

WILSON J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice McLachlin. While I agree that s. 146(1) of the

## Doctrine citée

- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*. Book IV. By Christian et al. New York: W. E. Dean, 1846.
- <sup>a</sup> Canada, Commission de réforme du droit. *Droit pénal: infractions sexuelles* (document de travail n° 22). Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1978.
- Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: Clarke, 1817.
- Howard, Colin. «The Protection of Principle Under a Criminal Code» (1962), 25 *M.L.R.* 190.
- Kenny, Courtney Stanhope. *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th ed. By J. W. Cecil Turner. Cambridge: University Press, 1966.
- <sup>c</sup> MacNamara, Donal E. J. and Edward Sagarin. *Sex, Crime, and the Law*. New York: Free Press, 1977.
- Raymond, Paul E. «The Origin and Rise of Moral Liability in Anglo-Saxon Criminal Law» (1936), 15 *Or. L. Rev.* 93.
- <sup>d</sup> Stroud, Douglas Aikenhead. *Mens Rea*. London: Sweet & Maxwell, 1914.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 25 O.A.C. 43, 40 C.C.C. (3d) 193 (*sub nom. R. v. Boyle*), qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre d'une décision du juge Graham de la Cour provinciale d'annuler l'acte d'accusation déposé contre l'appellant Hess. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 57 Man. R. (2d) 267, [1989] 3 W.W.R. 646, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appellant Nguyen à l'encontre de sa déclaration de culpabilité prononcée par le juge Kroft. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents.

<sup>h</sup> *Henry S. Brown*, pour l'appellant Hess.

*Stanley Nozick*, pour l'appellant Nguyen.

*Gregory J. Fitch, Shawn Greenberg et Marva Smith*, pour l'intimée.

<sup>i</sup> Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

<sup>j</sup> LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge McLachlin. Bien que je partage son opinion que le par. 146(1) du *Code*

*Criminal Code* of Canada (as it read in May, 1985) infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in my view the impugned provision is not saved by s. 1 of the *Charter*. I am also of the view that s. 146(1) does not trigger s. 15(1) of the *Charter*.

For ease of reference I reproduce here the provisions of the *Code* (as they were numbered in May, 1985) and the *Charter* that are relevant to these appeals. Sections 3(6), 140, 146(1), 147 of the *Code* provide:

3. ...

(6) For the purposes of this Act, sexual intercourse is complete upon penetration to even the slightest degree, notwithstanding that seed is not emitted.

140. Where an accused is charged with an offence under section 146 in respect of a person under the age of fourteen years, the fact that the person consented to the commission of the offence is not a defence to the charge.

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.

147. No male person shall be deemed to commit an offence under section 146 or 150 while he is under the age of fourteen years.

Sections 1, 7, 15 and 28 of the *Charter* provide:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, nation-

*criminel* du Canada (tel qu'il existait en mai 1985) porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, j'estime que la disposition contestée n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Je suis également d'avis que le par. 146(1) ne fait pas intervenir le par. 15(1) de la *Charte*.

Pour faciliter les renvois, je reproduis ici les dispositions du *Code* (telles qu'elles étaient numérotées en mai 1985) et de la *Charte* qui sont pertinentes aux présents pourvois. Les dispositions 3(6), 140, 146(1), 147 du *Code* prévoient:

3. ...

(6) Aux fins de la présente loi, les rapports sexuels sont complets s'il y a pénétration même au moindre degré et bien qu'il n'y ait pas émission de semence.

140. Lorsqu'un prévenu est inculpé d'une infraction visée par l'article 146 à l'égard d'une personne de moins de quatorze ans, le fait que la personne a consenti à la perpétration de l'infraction ne constitue pas une défense contre l'inculpation.

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.

147. Aucune personne du sexe masculin n'est réputée commettre une infraction visée par l'article 146 ou 150 quand elle est âgée de moins de quatorze ans.

Les articles 1, 7, 15 et 28 de la *Charte* prévoient:

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

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.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discrimi-

al or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

### Section 7

In my view, one cannot properly assess the justifiability of measures that violate constitutional rights without some appreciation of the way in which those rights are violated. I therefore begin with an examination of the reasons why s. 146(1) of the *Code* infringes the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter*.

I have already had occasion to consider s. 146(1) of the *Code* in light of s. 7 of the *Charter*: see *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, at pp. 1174-84 (Justices Lamer (as he then was) and L'Heureux-Dubé concurring). While the majority of this Court in *Stevens* held that there was no need to consider whether the provision violated s. 7 because the *Charter* could not be invoked with respect to an offence that had taken place prior to the enactment of the *Charter*, it was my view that s. 146(1) was fatally flawed.

Section 146(1) of the *Code* makes it an indictable offence punishable by a maximum of life imprisonment for a man to have sexual intercourse with a female under the age of fourteen who is not his wife. The provision expressly removes the defence that the accused *bona fide* believed that the female was fourteen years of age or older. An accused may not resort to the defence of mistake of fact, a defence which the principles set out in *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, and *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, make clear would normally be available. These cases provide that absent a legislative decision to

nations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire a les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou b physiques.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

### c L'article 7

À mon avis, on ne peut correctement évaluer le caractère justifiable de mesures qui violent des d droits constitutionnels sans procéder à un certain examen de la façon dont ces droits sont violés. Je vais donc examiner d'abord les raisons pour lesquelles le par. 146(1) du *Code* porte atteinte au droit à la liberté consacré à l'art. 7 de la *Charte*.

J'ai déjà eu l'occasion d'examiner le par. 146(1) e du *Code* en regard de l'art. 7 de la *Charte*: voir l'arrêt *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, aux pp. 1174 à 1184 (les juges Lamer (maintenant f Juge en chef) et L'Heureux-Dubé souscrivant à mes motifs). Bien que, dans l'arrêt *Stevens*, les juges formant la majorité de notre Cour aient conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si la disposition violait l'art. 7 parce que la *Charte* ne g pouvait être invoquée à l'égard d'une infraction commise avant l'adoption de celle-ci, j'ai estimé que le par. 146(1) était entaché d'un vice qui le rendait invalide.

h Le paragraphe 146(1) du *Code* prévoit que toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse et qui a moins de quatorze ans est coupable d'un acte criminel et passible de i l'emprisonnement à perpétuité. Cette disposition écarte expressément le moyen de défense que l'accusé croyait de bonne foi que la personne de sexe féminin était âgée de quatorze ans ou plus. Un accusé ne peut invoquer le moyen de défense de j l'erreur de fait, un moyen de défense dont les principes formulés dans les arrêts *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, et *Pappajohn c.*



eliminate the *mens rea* requirement, where one is dealing with a "true" criminal offence as opposed to a "public welfare" offence of the kind seen in *Sault Ste. Marie*, the Crown must prove *mens rea* (i.e. "some positive state of mind such as intent, knowledge or recklessness") either by an inference from the nature of the act committed or by additional evidence (*per* Justice Dickson (as he then was) in *Sault Ste. Marie*, *supra*, at p. 1325).

In the appeals that are now before us we face a situation in which, even although an accused may in all honesty have believed that he was having sexual intercourse with a female who was fourteen years of age or older, he is nonetheless subject to the possibility of life imprisonment once the Crown has established that, as a matter of fact, he had sexual intercourse with a female who was under fourteen years of age. As McLachlin J. puts it, under this provision "a person who is mentally innocent of the offence—who has no *mens rea* with respect to an essential element of the offence—may be convicted and sent to prison".

That the provision may deprive an accused of his right to liberty is obvious: the accused faces the possibility of life imprisonment. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 515, Lamer J. explained:

Obviously, imprisonment (including probation orders) deprives persons of their liberty. An offence has that potential as of the moment it is open to the judge to impose imprisonment.

But does the deprivation of an accused's right to liberty take place in a manner that fails to accord with the principles of fundamental justice?

In *Stevens*, *supra*, at p. 1175, I considered the proposition that it is a principle of fundamental justice that a criminal offence with a maximum penalty of life imprisonment must have a *mens rea*

*La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, établissent clairement qu'il serait normalement disponible. Ces arrêts prévoient qu'en l'absence d'une décision du législateur de supprimer l'exigence de *mens rea*, lorsqu'il est question d'une infraction criminelle «réelle» par opposition à une infraction contre le «bien-être public» du genre examiné dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, le ministère public doit faire la preuve de la *mens rea* (c'est-à-dire «l'existence réelle d'un état d'esprit, comme l'intention, la connaissance, l'insouciance») soit au moyen d'une conclusion à son existence vu la nature de l'acte commis, soit par preuve spécifique (le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, à la p. 1325).

Dans les présents pourvois, nous faisons face à une situation où, même si l'accusé peut avoir cru en toute honnêteté qu'il avait des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui était âgée de quatorze ans ou plus, il est malgré tout susceptible d'être emprisonné à perpétuité une fois que le ministère public a établi qu'il a réellement eu des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui avait moins de quatorze ans. Selon l'expression du juge McLachlin, en vertu de cette disposition «une personne qui est «moralement innocente» de l'infraction—qui n'a pas de *mens rea* à l'égard d'un élément essentiel de l'infraction—peut être déclarée coupable et condamnée à l'emprisonnement».

Il est évident que la disposition peut priver un accusé du droit à la liberté: l'accusé risque d'être emprisonné à perpétuité. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 515, le juge Lamer explique:

Manifestement, l'emprisonnement (y compris les ordonnances de probation) prive les personnes de leur liberté. Une infraction peut avoir cet effet dès que le juge peut imposer l'emprisonnement.

Mais l'accusé est-il privé du droit à la liberté d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale?

Dans l'arrêt *Stevens*, précité, à la p. 1175, j'ai examiné la proposition qu'il est un principe de justice fondamentale qu'une infraction criminelle assortie d'une peine maximale d'emprisonnement à

component. I noted that in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 513, Lamer J., writing for the majority, had stated:

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*.

Lamer J. pointed out that Dickson J. writing for the Court in *R. v. Sault Ste. Marie*, *supra*, had stated that "there is a generally held revulsion against punishment of the morally innocent" (p. 1310).

I then turned to this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, where 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. I noted that Lamer J. had stated, 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.]

I concluded my analysis in *Stevens* by emphasizing that s. 146(1) of the *Code* infringed s. 7 of the

perpétuité doit comporter un élément de *mens rea*. J'ai remarqué que dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 513, le juge Lamer affirme, au nom de la majorité:

<sup>a</sup> 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*.

<sup>c</sup> Le juge Lamer a souligné que le juge Dickson qui a rédigé les motifs de la Cour dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, précité, avait affirmé qu'on «répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent» (p. 1310).

<sup>d</sup> J'ai alors examiné l'arrêt de notre Cour *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, où le juge Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a décidé que l'art. 7 de la *Charte* avait fait de l'exigence de la *mens rea* comme élément présumé d'interprétation législative un élément d'une infraction criminelle requis par la Constitution. J'ai remarqué que le juge Lamer avait affirmé, à la p. 652:

<sup>f</sup> 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. [Souligné dans l'original.]

<sup>j</sup> J'ai terminé mon examen dans l'arrêt *Stevens* en soulignant que le par. 146(1) du *Code* portait

*Charter* because s. 7 “prohibits the existence of offences that are punishable by imprisonment and that do not allow the accused as a minimum a due diligence defence” (p. 1177).

Nothing about the appeals that are currently before this Court leads me to reach a different conclusion. On the contrary, it seems to me particularly important to reiterate that long before the *Charter* was enacted our system of law had a profound commitment to the principle that the innocent should not be punished. As Dickson J. (as he then was) explained in *Pappajohn, supra*, at p. 138:

There rests now, at the foundation of our system of criminal justice, the precept that a man cannot be adjudged guilty and subjected to punishment, unless the commission of the crime was voluntarily directed by a willing mind.

Even the most cursory review of the history of the doctrine of *mens rea* confirms this observation and reveals that the doctrine is an integral and indispensable feature of our criminal law. In *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19th ed. 1966), at p. 7, the author observes that this was not always so:

There is evidence that throughout Europe in the remote past acts which caused serious harm were supposed to bring about the infliction upon the people of some calamitous punishment by the gods. In such circumstances severe sufferings were inflicted upon the offender in order to placate the outraged deity.

But Kenny explains that with time it was recognized that it was unfair and inappropriate to impose punishment in the absence of an element of moral blame. There arose “the ethical conception that it was not proper to punish a man criminally unless he had known that he was doing wrong” (Kenny, *op. cit.*, at p. 13). Others have confirmed this account. For example, P. E. Raymond concludes his study “The Origin and Rise of Moral Liability in Anglo-Saxon Criminal Law”, 15 *Or. L. Rev.* 93 (1936), at p. 117, with the following passage:

As we reach the end of the Anglo-Saxon period, which cannot be exactly fixed but is somewhere around 1100, we find the notion of moral liability well estab-

atteinte à l'art. 7 de la *Charte* parce que celui-ci «interdit [...] les infractions punissables d'un emprisonnement qui ne reconnaissent pas à l'inculpé, au minimum, une défense de diligence raisonnable» (p. 1177).

Rien dans les présents pourvois ne me permet de parvenir à une conclusion différente. Au contraire, il me semble particulièrement important de répéter que bien avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, notre système de droit avait un profond respect du principe qu'un innocent ne devrait pas être puni. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a expliqué dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 138:

Notre système de justice criminelle repose sur le principe qu'un homme ne peut être déclaré coupable et se voir imposer une peine, à moins que la perpétration du crime ne découle d'un acte volontaire.

Même l'examen le plus rapide de l'historique de la théorie de la *mens rea* confirme cette remarque et indique que cette théorie est une partie intégrante et indispensable de notre droit criminel. Dans l'ouvrage *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19<sup>e</sup> éd. 1966), à la p. 7, l'auteur fait observer qu'il n'en a pas été toujours ainsi:

[TRADUCTION] On constate qu'anciennement dans toute l'Europe les dieux étaient censés infliger aux auteurs d'un grave préjudice une certaine forme de calamité. Dans ces circonstances, des souffrances importantes étaient infligées au contrevenant pour calmer la colère des dieux.

Mais Kenny explique qu'avec le temps on a reconnu qu'il était injuste et inadéquat d'imposer une peine en l'absence d'un élément de reproche moral. Est donc apparue [TRADUCTION] «l'idée en éthique qu'il n'était pas approprié d'imposer une sanction criminelle à un homme à moins qu'il n'ait su qu'il faisait le mal» (Kenny, précité, à la p. 13). D'autres auteurs ont confirmé cette opinion. Par exemple, P. E. Raymond dans son étude «The Origin and Rise of Moral Liability in Anglo-Saxon Criminal Law», 15 *Or. L. Rev.* 93 (1936), à la p. 117, conclut son examen par le passage suivant:

[TRADUCTION] Avec la fin de la période anglo-saxonne, qu'on ne peut déterminer précisément mais qui se situe quelque part autour des années 1100, nous

lished in the criminal law, although the development of it was to continue throughout the centuries and even into the twentieth; for we still have the notion of absolute liability in certain cases.

By the seventeenth century the doctrine of *mens rea* was sufficiently well developed that Coke could affirm "*Et actus non facit reum, nisi mens sit rea*" (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (1817), at p. 6). Two hundred years later, Blackstone would reiterate this proposition:

And, as a vicious will, without a vicious act is no civil crime, so, on the other hand, an unwarrantable act without a vicious will is no crime at all. So that to constitute a crime against human laws, there must be, first, a vicious will; and, secondly, an unlawful act consequent upon such vicious will.

(*Commentaries on the Laws of England* (1846), Book IV, at p. 21.)

And by the early part of this century, treatises on the subject took for granted the proposition that the doctrine of *mens rea* played an indispensable role in the criminal law. Stroud, for example, stated:

A crime can be committed only where a person, disobeying the law by act or omission, either knows that his conduct is in contravention of the law, or would have known that fact if he had given to his conduct, and to the circumstances, that degree of attention which the law requires, and which he is capable of giving.

(*Mens Rea* (1914), at pp. 10-11.)

More recently, the doctrine of *mens rea* has been described as "[o]ne of the most desirable prerequisites for criminal responsibility in any civilised country" (see: Howard, "The Protection of Principle Under a Criminal Code" (1962), 25 *M.L.R.* 190, at p. 190).

In my view, the history of the doctrine of *mens rea* shows a gradual move away from a purely retributive conception of punishment, where the law sought to pay back the moral evil done without regard for the reasons why the actor committed the prohibited act, to a conception of punishment that is not only sensitive to the injustice involved in

constatons que la notion de responsabilité morale est bien établie en droit criminel bien que son évolution se soit poursuivie au cours des siècles et même au cours du vingtième siècle; en effet, l'idée d'une responsabilité absolue existe encore dans certains cas.

Au dix-septième siècle, la théorie de la *mens rea* était suffisamment bien élaborée pour que Coke puisse affirmer «*Et actus non facit reum, nisi mens sit rea*» (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (1817), à la p. 6). Deux cents ans plus tard, Blackstone répétait cette affirmation:

[TRADUCTION] Et parce que la volonté de nuire sans acte nuisible ne constitue en aucun cas un crime en droit civil, de même, un acte injustifiable sans volonté de nuire ne constitue pas un crime non plus. Pour qu'il y ait crime contre les lois humaines, il faut d'abord la volonté de nuire et, ensuite qu'un acte illégal en résulte.

(*Commentaries on the Laws of England* (1846), livre IV, à la p. 21.)

Et au début de ce siècle, les traités en la matière tenaient pour acquis que la théorie de la *mens rea* jouait un rôle indispensable en droit criminel. Par exemple, Stroud a affirmé:

[TRADUCTION] Il ne peut y avoir de crime que si une personne, désobéissant à la loi par un acte ou une omission, sait que sa conduite est contraire à la loi ou aurait dû le savoir si elle avait prêté à sa conduite et aux circonstances l'attention que le droit exige et qu'elle est capable de prêter.

(*Mens Rea* (1914), aux pp. 10 et 11.)

Plus récemment, on a dit de la théorie de la *mens rea* qu'elle constituait [TRADUCTION] «[l]'une des conditions préalables les plus souhaitables de la responsabilité criminelle dans un pays civilisé» (voir: Howard, «The Protection of Principle Under a Criminal Code» (1962), 25 *M.L.R.* 190, à la p. 190).

À mon avis, l'historique de la théorie de la *mens rea* reflète l'évolution progressive d'une conception purement justicière de la peine, où le droit visait à faire payer le dommage moral causé sans égard aux raisons pour lesquelles l'auteur avait commis l'acte interdit, vers une conception de la peine qui tient non seulement compte de l'injustice commise

punishing those who are mentally innocent, but also takes account of the fact that punishment will not act as an effective deterrent if persons are punished who did not know or could not have known that they were committing an offence. The doctrine of *mens rea* reflects the conviction that a person should not be punished unless that person knew that he was committing the prohibited act or would have known that he was committing the prohibited act if, as Stroud put it, "he had given to his conduct, and to the circumstances, that degree of attention which the law requires, and which he is capable of giving".

Our commitment to the principle that those who did not intend to commit harm and who took all reasonable precautions to ensure that they did not commit an offence should not be imprisoned stems from an acute awareness that to imprison a "mentally innocent" person is to inflict a grave injury on that person's dignity and sense of worth. Where that person's beliefs and his actions leading up to the commission of the prohibited act are treated as completely irrelevant in the face of the state's pronouncement that he must automatically be incarcerated for having done the prohibited act, that person is treated as little more than a means to an end. That person is in essence told that because of an overriding social or moral objective he must lose his freedom even although he took all reasonable precautions to ensure that no offence was committed.

Prior to the *Charter*, Parliament had to use express statutory language in order to displace the requirement that the prosecutor prove *mens rea*. With the advent of the *Charter*, Parliament must now be prepared to show that a provision that purports to make it unnecessary for the Crown to prove *mens rea* and that does not provide an accused, at a minimum, with a due diligence defence is a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society. I therefore turn to s. 1 of the *Charter*.

en punissant ceux qui sont moralement innocents mais également du fait que la sanction ne servira pas de moyen de dissuasion efficace si les contrevenants ne savaient pas ou n'auraient pu savoir qu'ils commettaient une infraction. La théorie de la *mens rea* reflète la conviction qu'une personne ne devrait pas être punie à moins que celle-ci n'ait su qu'elle commettait un acte interdit ou aurait dû savoir qu'elle commettait l'acte interdit si, comme le dit Stroud, [TRADUCTION] «elle avait fait prêter à sa conduite et aux circonstances l'attention que le droit exige et qu'elle est capable de prêter».

Notre respect du principe que ceux qui n'ont pas eu l'intention de causer un préjudice et qui ont pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de ne pas commettre d'infraction ne devraient pas être emprisonnés découle du sentiment très clair qu'emprisonner une personne «morale-ment innocente» revient à infliger une grave atteinte à sa dignité et à sa valorisation personnelle. Lorsque les convictions de cette personne et ses actions à l'origine de la perpétration d'un acte interdit sont traitées comme si elles n'avaient aucune pertinence au regard de la décision de l'État de l'incarcérer automatiquement pour avoir commis l'acte interdit, cette personne n'est ni plus ni moins traitée que comme un moyen pour parvenir à une fin. On dit essentiellement à cette personne qu'en raison d'un objectif social ou moral prédominant, elle doit être privée de sa liberté même si elle a pris toutes les précautions raisonnables pour s'assurer qu'aucune infraction ne serait perpétrée.

Avant l'adoption de la *Charte*, le Parlement devait faire usage d'un texte législatif exprès pour dispenser la poursuite d'établir la *mens rea*. Avec l'adoption de la *Charte*, le Parlement doit maintenant être prêt à établir qu'une disposition qui a pour effet de dispenser le ministère public de faire la preuve de la *mens rea* et qui n'accorde pas à l'accusé, au minimum, le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. J'examine donc l'article premier de la *Charte*.

Section 1

The respondents submit that s. 146(1) of the *Code* is justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on an accused's s. 7 rights. They draw extensively on the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273, where the majority of the court (McLachlin J.A. (as she then was) with Taggart J.A. concurring) found that s. 146(1) was saved by s. 1 and the minority (Anderson J.A.) found that it was not. In *Stevens* I expressed the view that the majority's conclusion in *Ferguson* was in error. However, in view of the position that McLachlin J. takes with respect to the appeals now before us, I think it important to deal with the issues raised under s. 1 in some detail. I therefore turn to the question whether s. 146(1) meets the tests laid down by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

(i) *The Legislative Objective*

The respondents submit that the objective of s. 146(1) is, firstly, to protect female children from the harms that may result from premature sexual intercourse and pregnancy and, secondly, to protect society from the social problems that sexual intercourse with children may produce. Children, we are told, may suffer grave physical and emotional harm as a result of sexual intercourse at such an early age. They are ill-equipped to deal with the consequences of pregnancy. They must be protected from exploitation by those who seek to use them for prostitution. Moreover, it is society that must bear the increased medical and social costs and decreased productivity that result from juvenile pregnancies. Society must also bear the costs of prostitution and the respondents contend that the impugned provision is aimed at combating such prostitution by prohibiting sexual activity with young girls.

L'article premier

Les intimées dans chaque pourvoi soutiennent que le par. 146(1) du *Code* se justifie en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable aux droits que l'art. 7 reconnaît à l'accusé. Elles s'appuient fortement sur l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273, dans lequel les juges de la majorité (le juge McLachlin (maintenant juge de notre Cour) et le juge Taggart souscrivant à ses motifs) ont conclu que le par. 146(1) était sauvegardé par l'article premier et le juge de la minorité (le juge Anderson) a conclu qu'il ne l'était pas. Dans l'arrêt *Stevens*, j'ai exprimé l'avis que les juges formant la majorité dans l'arrêt *Ferguson* ont commis une erreur en concluant comme ils l'ont fait. Cependant, compte tenu de l'opinion du juge McLachlin dans les présents pourvois, j'estime important d'examiner en détail les questions soulevées en vertu de l'article premier. Je vais donc déterminer si le par. 146(1) satisfait aux critères formulés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

(i) *L'objectif du législateur*

Les intimées soutiennent que l'objectif du par. 146(1) est, premièrement, de protéger les enfants de sexe féminin contre les maux qui peuvent résulter des rapports sexuels et des grossesses précoces et, deuxièmement, de protéger la société contre les problèmes sociaux que les rapports sexuels avec des enfants peuvent entraîner. On nous dit que les enfants peuvent subir des troubles physiques et émotifs graves par suite de rapports sexuels à un âge si précoce. Ces enfants ne sont pas en mesure de faire face aux conséquences de la grossesse. Elles doivent être protégées contre ceux qui veulent les exploiter à des fins de prostitution. En outre, c'est la société qui doit supporter les coûts médicaux et sociaux élevés et la baisse de productivité qui résulte des grossesses chez les adolescentes. La société doit également supporter les coûts de la prostitution et les intimées prétendent que la disposition contestée vise à lutter contre cette prostitution en interdisant les activités sexuelles avec de jeunes filles.

I agree that s. 146(1) is designed to protect female children from premature sexual intercourse and that this is a pressing and substantial concern. Very young girls who are made to engage in sexual intercourse may suffer grave physical harm. No one can doubt that they may suffer permanent psychological harm as a result of sexual intercourse at an unnaturally early age. The first test in *Oakes* is therefore met. While it seems to me that the provision is largely designed to deal with the kind of immediate physical and emotional harm that a very young girl may experience as a result of premature sexual intercourse, I do not doubt that it was also partly designed to protect slightly older children who are ill-equipped to cope with pregnancy. I would add that while I do not disagree that society suffers when it is forced to cope with child pregnancies, in my view the primary objective of the impugned provision is to protect children from premature sexual intercourse.

With respect to the suggestion that the provision is also designed to address the problem of child prostitution, I must confess that I am far from persuaded that the provision was directed to this problem. The provision does not seek to penalize the sale of sex for money. Indeed, it does not even refer to prostitution. While it will obviously be no defence to an accused charged under s. 146(1) that the complainant was a prostitute who wished to exchange sex for money and that she therefore consented to sexual intercourse, in my view the provision's focus is firmly on the protection of young females from premature sexual intercourse rather than on the elimination of child prostitution. This is not to say that the problems the provision addresses are not as serious as child prostitution. They clearly are. It is simply to say that the focus of the provision is somewhat narrower than the one suggested by the respondents.

## (ii) *Rational Connection*

The next question under *Oakes* is whether s. 146(1) is rationally connected to the concern to

Je reconnais que le par. 146(1) vise à protéger les enfants de sexe féminin contre les rapports sexuels précoces et qu'il s'agit d'une préoccupation urgente et réelle. Les très jeunes filles forcées d'avoir des rapports sexuels peuvent souffrir de graves préjudices physiques. Personne ne met en doute qu'elles peuvent souffrir de troubles psychologiques permanents par suite de rapports sexuels à un âge forcément trop jeune. Le premier critère de l'arrêt *Oakes* est donc respecté. Bien qu'il m'apparaisse que la disposition vise surtout à traiter des troubles physiques et émotifs directs qu'une très jeune fille peut connaître par suite de rapports sexuels précoces, je suis certaine qu'elle vise également en partie à protéger des enfants un peu plus âgés qui ne sont pas en mesure de faire face à la grossesse. J'ajouterais que bien que je reconnaisse les problèmes que connaît la société lorsqu'elle est obligée de s'occuper des grossesses chez les enfants, j'estime que l'objectif premier de la disposition contestée est de protéger les enfants contre les rapports sexuels précoces.

Quant à l'idée que la disposition vise également à traiter du problème de la prostitution chez les enfants, j'avoue que je suis loin d'être convaincue que la disposition visait ce problème. La disposition ne tente pas de punir la vente de services sexuels en échange d'argent. D'ailleurs, elle ne mentionne même pas la prostitution. Bien qu'il soit clair que l'accusé ne puisse invoquer en défense à une accusation portée en vertu du par. 146(1) que la plaignante était une prostituée qui voulait vendre ses services sexuels en échange d'argent et qu'elle consentait donc aux rapports sexuels, j'estime que la disposition est clairement axée sur la protection des jeunes filles contre les rapports sexuels précoces plutôt que sur l'élimination de la prostitution chez les enfants. Ce qui ne veut pas dire que les problèmes visés par la disposition ne sont pas aussi graves que la prostitution chez les enfants. Ils le sont de toute évidence. Je veux simplement dire que l'objectif de la disposition est en quelque sorte plus restreint que celui qu'invoquent les intimées.

## (ii) *Le lien rationnel*

Selon l'arrêt *Oakes*, la question suivante est de savoir si le par. 146(1) a un lien rationnel avec le

protect young females from premature sexual intercourse. I believe that it is. The creation of an absolute liability offence for sexual intercourse with a female under fourteen years of age is obviously one way to deal with the problems that young females may experience as a result of premature sexual intercourse. Moreover, it seems to me that if the legislature is of the view that children under a given age are not in a position to make an informed decision about whether to expose themselves to the hazards of premature sexual intercourse, then it is logical for it to eliminate the defence of consent. As one set of authors explains:

... a minor, it is reasoned, no matter how willing or eager, has not given consent because she is below the age at which she has the legal right or the social maturity to offer it.

(MacNamara and Sagarin, *Sex, Crime, and the Law* (1977), at p. 80.)

In connection with the question of rational connection the respondents also raise an argument about deterrence that in my view is more appropriately addressed in the context of whether the provision impairs the accused's right as little as possible and whether the severity of the violation of the right is proportionate to the legislative objective. In particular, the respondents suggest that absolute liability has been imposed because, if the defence of reasonable belief were available, a man could escape conviction by saying that he believed the girl to be older than fourteen. Similarly, they contend that were a defence of due diligence available, this would leave open the possibility that the girl would lie as to her age. Section 146(1) therefore puts men who are contemplating sexual intercourse with a girl who might be under fourteen years of age on alert. It ensures that they will not take a chance. I will address this deterrence argument under the next heading.

### (iii) *Minimal Impairment and Proportionality*

When the respondents turn to the question whether the impugned provision impairs the right

souci de protéger les jeunes filles contre les rapports sexuels précoces. Je pense que oui. La création d'une infraction de responsabilité absolue dans les cas de rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de quatorze ans constitue évidemment une façon de traiter des problèmes que les jeunes filles peuvent connaître par suite de rapports sexuels précoces. En outre, il me semble que si le législateur est d'avis que les enfants en dessous d'un certain âge ne sont pas en mesure de décider d'une façon éclairée s'ils doivent s'exposer aux risques que comportent les rapports sexuels précoces, il est donc logique que le législateur élimine le consentement comme moyen de défense. Comme l'expliquent deux auteurs:

[TRADUCTION] ... on conclut qu'une mineure, peu importe sa volonté ou son désir, n'a pas consenti parce qu'elle n'a pas l'âge légal ou la maturité sociale pour donner ce consentement.

(MacNamara et Sagarin, *Sex, Crime, and the Law* (1977), à la p. 80.)

En rapport avec la question du lien rationnel, les intimées soulèvent également un argument portant sur la dissuasion qu'il conviendrait mieux à mon avis de traiter lorsqu'il sera question de savoir si la disposition porte le moins possible atteinte au droit de l'accusé et si la gravité de la violation du droit est proportionnelle à l'objectif du législateur. En particulier, les intimées prétendent que la responsabilité absolue a été imposée parce que si la défense de la croyance raisonnable était possible un homme pourrait échapper à la déclaration de culpabilité en affirmant qu'il croyait que la jeune fille était âgée de plus de quatorze ans. De même, elles prétendent que s'il était possible d'invoquer le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable il serait toujours possible que la jeune fille mente quant à son âge. Le paragraphe 146(1) met donc en garde les hommes qui envisagent d'avoir des rapports sexuels avec une jeune fille qui pourrait avoir moins de quatorze ans. Cette disposition assure qu'ils ne prendront pas de chance. J'examine cet argument de la dissuasion sous la rubrique suivante.

### (iii) *L'atteinte minimale et la proportionnalité*

Lorsque les intimées examinent la question de savoir si la disposition contestée porte le moins



as little as possible, they assert that the defence of due diligence or reasonable belief would not provide as effective a deterrent to men who might wish to engage in sexual intercourse with a female under fourteen as the removal of all defences based on the accused's lack of knowledge of the victim's age. They also submit that the fact that Parliament has chosen to replace s. 146(1) with a provision that allows for a due diligence defence does not mean that one cannot justify s. 146(1) as a reasonable limit on s. 7 of the *Charter*. I note that McLachlin J. not only accepts these submissions but that she is also of the view that in those instances where an accused is truly mentally innocent this factor may be taken into account in the sentence: "if the court is persuaded that the accused was truly morally blameless, he may be set free: see s. 663 (now s. 737) of the *Criminal Code*".

I think it useful to consider these arguments under three separate headings.

(a) The Deterrence Argument

The respondents place a great deal of weight on arguments about deterrence in their analysis of whether the impugned provision is rationally connected to the legislative objective and in their submissions with respect to the proportionality test set out in *Oakes*. In *Stevens*, I expressed the view that the premise on which the deterrence arguments are based is not a strong one since it assumes that before having sexual intercourse with a young girl the accused, including a teen-aged accused, will in fact address his mind to a fairly obscure provision of the *Code*.

But if I am wrong in this, it seems to me that any deterrence value that s. 146(1) might have would only protect a narrow sub-set of the group that s. 146(1) addresses. Whatever deterrence value the fear of making a mistake might have would only protect that group of young females close enough to the age of fourteen that a mistake

possible atteinte au droit, elles affirment que le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable ou sur la croyance raisonnable ne constituerait pas un moyen de dissuasion aussi efficace à l'égard des hommes qui pourraient souhaiter avoir des rapports sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans que la suppression de tous les moyens de défense fondés sur le fait que l'accusé ne connaissait pas l'âge de la victime. Elles prétendent également que ce n'est pas parce que le Parlement a choisi de remplacer le par. 146(1) par une disposition qui permet d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense qu'on ne peut justifier le par. 146(1) comme une limite raisonnable à l'art. 7 de la *Charte*. Je remarque que le juge McLachlin accepte non seulement ces arguments mais qu'elle est également d'avis que dans les cas où un accusé est vraiment moralement innocent on peut tenir compte de ce facteur dans la détermination de la peine: «si la cour est convaincue que l'accusé est vraiment moralement innocent, elle peut le libérer: voir l'art. 663 (devenu l'art. 737) du *Code criminel*».

J'estime utile d'examiner ces arguments dans trois sections différentes.

a) L'argument de la dissuasion

Les intimées accordent un poids très important aux arguments relatifs à la dissuasion dans leur examen de la question de savoir si la disposition contestée a un lien rationnel avec l'objectif législatif et dans leurs prétentions concernant le critère de proportionnalité formulé dans l'arrêt *Oakes*. Dans l'arrêt *Stevens*, j'ai exprimé l'avis que la prémisse sur laquelle se fondent les arguments de la dissuasion n'est pas solide puisqu'elle consiste à supposer qu'avant d'avoir des rapports sexuels avec une jeune fille l'accusé, y compris l'adolescent accusé, songera vraiment à une disposition plutôt obscure du *Code*.

Mais si je me trompe sur ce point, il me semble que tout effet dissuasif que pourrait avoir le par. 146(1) ne protégerait qu'une partie restreinte du groupe visé par ce paragraphe. Quel que soit l'effet dissuasif que pourrait avoir la crainte de se tromper, cet effet ne protégerait que le groupe de jeunes filles qui ont suffisamment près de quatorze

as to whether they were under or over fourteen was a realistic possibility. In *Stevens, supra*, at p. 1182, I emphasized that “[a]ny hypothetical deterrence, therefore, will be limited to borderline cases”.

More importantly, the deterrent effect of the rule cannot readily be documented and the respondents have not submitted any evidence to support their deterrence argument. Where one is dealing with the potential for life imprisonment it is not good enough, in my view, to rely on intuition and speculation about the potential deterrent effect of an absolute liability offence. We need concrete and persuasive evidence to support the argument. I think Dickson J. put the point well in *R. v. Sault Ste. Marie, supra*, at p. 1311, when he said:

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. [Emphasis added.]

The respondents contend that all that a person need do to avoid the risk of conviction is to refrain from having sex with a young girl unless he is sure that she is over fourteen. But this begs the question: what if he is sure that she is over fourteen but turns out to be wrong? This argument boils down to the proposition that all that a person who has made a mistake of fact needs to do to avoid the risk of conviction is to make sure that he is not making a mistake of fact. The argument would appear to be somewhat circular.

This point leads me to another, more fundamental, problem with the deterrence argument, one that Dickson J. identified in *Sault Ste. Marie*. I noted in connection with my s. 7 analysis that the criminal law has come to recognize that punishing

ans pour qu’une erreur quant à leur âge puisse être réaliste. Dans l’arrêt *Stevens*, précité, à la p. 1182, j’ai souligné que «[t]oute dissuasion hypothétique sera par conséquent restreinte aux cas limites».

<sup>a</sup> De façon plus importante, l’effet dissuasif de la règle ne peut être prouvé facilement et les intimées n’ont soumis aucune preuve pour justifier leurs arguments de la dissuasion. Lorsqu’il y a risque <sup>b</sup> d’emprisonnement à perpétuité, j’estime qu’il ne suffit pas de s’en remettre à l’intuition et aux spéculations quant à l’effet potentiellement dissuasif d’une infraction de responsabilité absolue. Nous avons besoin d’une preuve concrète et convaincante pour justifier l’argument. Je pense que le juge Dickson l’explique très bien dans l’arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, précité, à la p. 1311, lorsqu’il dit:

<sup>d</sup> 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. <sup>e</sup> 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 <sup>f</sup> 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. [Je souligne.]

<sup>g</sup> Les intimées prétendent que pour éviter le risque d’une déclaration de culpabilité, il suffit de ne pas avoir de rapports sexuels avec une jeune fille à moins d’être certain qu’elle a plus de quatorze ans. Mais cela ne répond pas à la question: qu’arrive-t-il si on est certain qu’elle a plus de quatorze ans <sup>h</sup> mais qu’il s’avère qu’on est dans l’erreur? Cet argument revient à affirmer que, pour éviter une déclaration de culpabilité, une personne qui a <sup>i</sup> commis une erreur de fait n’a qu’à s’assurer qu’elle ne commet pas une erreur de fait. Ce raisonnement paraît quelque peu tautologique.

<sup>j</sup> Cette question m’amène à examiner un autre problème, plus fondamental, que le juge Dickson a identifié dans l’arrêt *Sault Ste-Marie* relativement à l’argument de l’effet dissuasif. J’ai souligné en rapport avec mon examen de l’art. 7 que le droit

the mentally innocent with a view to advancing particular objectives is fundamentally unfair. It is to use the innocent as a means to an end. While utilitarian reasoning may at one time have been acceptable, it is my view that when we are dealing with the potential for life imprisonment it has no place in a free and democratic society. Thus, even if there were some substance to the premise on which the deterrence argument is based, the argument would still, in my opinion, lead to a fundamentally unfair state of affairs.

(b) Sentencing

Justice McLachlin recognizes that there is something troubling about subjecting someone who has made a genuine mistake of fact to life imprisonment. She feels that mental innocence may be taken into account when sentencing the accused. It seems to me that her discomfort with the idea of incarcerating the mentally innocent for as extended a period as the mentally guilty is entirely natural. But in my view, rather than work in favour of s. 146(1), this serves to highlight the weaknesses of arguments upholding the linking of life imprisonment to an absolute liability offence. Indeed, it seems to me that my colleague implicitly accepts that there should be some correlation between moral blame and punishment.

But one cannot leave questions of mental innocence to the sentencing process. The legislature must take into account the implications of the distinction between the mentally innocent and the mentally guilty when drafting legislation. Any flaws in the provision cannot be justified by arguments that ask us to have faith that the prosecutor and judge will take these flaws into account when deciding how the accused will be punished. Reliance on prosecutorial or judicial discretion to mitigate the harshness of an unjust law will provide little comfort to the mentally innocent and cannot, in my view, serve to justify a fundamentally unsound provision.

criminel a fini par reconnaître que punir une personne moralement innocente dans le but de promouvoir certains objectifs particuliers est fondamentalement injuste. C'est utiliser l'innocent comme moyen de parvenir à une fin. Bien qu'un raisonnement utilitariste puisse avoir été acceptable à une certaine époque, j'estime que lorsqu'il est question d'un risque d'emprisonnement à perpétuité, il n'a pas sa place dans une société libre et démocratique. Ainsi, même si cette prémisse sur laquelle se fonde l'argument de l'effet dissuasif avait un certain fondement, j'estime que l'argument conduirait toujours à un état de choses fondamentalement injuste.

b) La détermination de la peine

Le juge McLachlin reconnaît qu'il y a quelque chose de troublant à condamner à l'emprisonnement à perpétuité une personne qui a vraiment commis une erreur de fait. Elle estime que l'innocence morale de l'accusé peut être prise en compte lorsqu'il faut déterminer la peine. Il me semble que son malaise à l'idée d'incarcérer une personne moralement innocente pour une période aussi longue qu'une personne moralement coupable est tout à fait naturel. Mais à mon avis, au lieu de servir la cause du par. 146(1), c'est faire ressortir la faiblesse des arguments justifiant le rattachement de l'emprisonnement à perpétuité à une infraction de responsabilité absolue. En effet, il me semble que ma collègue reconnaît implicitement qu'il devrait y avoir une corrélation entre le blâme moral et la peine.

Mais on ne peut laisser au processus de détermination de la peine ces questions de l'innocence morale. Le législateur doit tenir compte des incidences de la distinction entre la personne moralement innocente et la personne moralement coupable en rédigeant la loi. Tout défaut dans la disposition ne saurait être justifié par des arguments qui nous demandent d'avoir confiance que la poursuite et le juge en tiendront compte lorsqu'ils décideront de la peine de l'accusé. Faire confiance à la discrétion de la poursuite ou du juge pour mitiger la sévérité d'une loi injuste sera de peu de soulagement pour la personne moralement innocente et ne peut, à mon avis, justifier une disposition fondamentalement boiteuse.

(c) Section 150.1(4) of the Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

In 1987, Parliament repealed s. 146(1) and put in place a series of measures that include a provision that allows a person who would previously have been charged under s. 146(1) the defence of due diligence. Sections 151 and 152 of the current *Code* create 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 150.1(4) limits the range of defences available to an accused charged under these sections, removing the defence of consent but allowing a due diligence defence:

**150.1** ...

(4) It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 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. [Emphasis added.]

I observed in *Stevens* that there could be no doubt that this provision constitutes less of an infringement on an accused's s. 7 rights than s. 146(1). It was my view that Parliament had concluded that society's needs can in fact be served by a less stringent provision. McLachlin J. suggests that Parliament's objective may have changed; ss. 151 and 152 of the new *Code* may not be directed at the same evil as was s. 146(1). I cannot agree. Sections 151 and 152 seek to protect young people from a broad range of sexual activity. But these provisions continue to protect young females from the physical and emotional trauma of premature sexual intercourse. The sections simply provide this protection through expansive language that addresses a broad range of sexual activity that might harm persons under fourteen years of age. Consequently, it remains my view that Parliament has concluded that it can effect its objective of protecting young females from the undesirable consequences of premature sexual intercourse in a

c) Le paragraphe 150.1(4) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

En 1987, le Parlement a abrogé le par. 146(1) et l'a remplacé par une série de mesures qui comprennent une disposition permettant à une personne qui aurait autrefois été accusée en vertu du par. 146(1) d'invoquer le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. Les articles 151 et 152 du *Code* actuel créent les 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 150.1(4) restreint l'éventail des moyens de défense que peut invoquer une personne accusée en vertu de ces dispositions en supprimant le moyen de défense fondé sur le consentement mais en permettant celui fondé sur la diligence raisonnable:

**150.1** ...

(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 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant. [Je souligne.]

J'ai souligné dans l'arrêt *Stevens* qu'il ne pouvait y avoir de doute que cette disposition porte moins atteinte que le par. 146(1) aux droits que l'art. 7 confère à l'accusé. J'ai exprimé l'avis que le législateur avait conclu qu'il est possible de répondre aux besoins de la société au moyen d'une disposition moins stricte. Le juge McLachlin laisse entendre que l'objectif du Parlement peut avoir changé; les art. 151 et 152 du nouveau *Code* ne visent peut-être pas les mêmes maux que le par. 146(1). Je ne puis souscrire à cette opinion. Les articles 151 et 152 visent à protéger les jeunes personnes contre un large éventail d'activités sexuelles. Mais ces dispositions continuent de protéger les jeunes filles contre les traumatismes physiques et émotifs que comportent les rapports sexuels précoces. Les dispositions confèrent simplement cette protection en des termes larges qui visent un vaste éventail d'activités sexuelles qui peuvent causer des préjudices aux personnes de moins de quatorze ans. Par conséquent, je suis

manner that does not restrict an accused's right as much as s. 146(1).

I am therefore of the view that s. 146(1) does not satisfy the proportionality test set out in *Oakes*. The potential benefits flowing from the retention of absolute liability are far too speculative to be able to justify a provision that envisages the possibility of life imprisonment for one who is mentally innocent. At a minimum the provision must provide for a defence of due diligence.

Finally, it seems to me important to address McLachlin J.'s observation that "to hold that s. 1 can never as a matter of law be applicable to *Charter* rights falling within certain categories is to rewrite the *Charter*" (p. 953). I agree that one cannot say that s. 1 is not relevant or "applicable" to the rights and freedoms that the *Charter* protects. Indeed, whenever legislation that is not insulated from judicial review by s. 33 of the *Charter* infringes *Charter* rights or freedoms, the government is fully entitled to try to justify the legislation under s. 1 of the *Charter*. But section 1 of the *Charter* is not itself devoid of values. It stipulates that the impugned provisions must be "demonstrably justified in a free and democratic society". This term cannot be read in such a way as to give licence to governments to infringe rights in any way they please. The values of a free and democratic society must be respected. Whether or not they have been respected must be decided on a case by case basis. Far from rewriting the *Charter* this approach is entirely consistent with the *Charter*. I think Dickson C.J. put it well in *Oakes*, *supra*, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith

toujours d'avis que le Parlement a conclu qu'il peut réaliser son objectif de protection des jeunes filles contre les conséquences nuisibles des rapports sexuels précoces d'une manière qui ne restreint pas le droit de l'accusé autant que le par. 146(1).

Je suis donc d'avis que le par. 146(1) ne satisfait pas au critère de proportionnalité formulé dans l'arrêt *Oakes*. Les avantages qui pourraient découler du maintien de la responsabilité absolue sont beaucoup trop hypothétiques pour justifier une disposition qui envisage l'emprisonnement à perpétuité pour celui qui est moralement innocent. La disposition doit prévoir à tout le moins un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable.

Finalement, j'estime important d'examiner la remarque du juge McLachlin selon laquelle «soutenir qu'en droit l'article premier ne peut jamais s'appliquer à certaines catégories de droits garantis par la *Charte* reviendrait à reformuler cette dernière» (p. 953). Je reconnais que l'on ne peut affirmer que l'article premier n'est pas pertinent ni «applicable» aux droits et libertés que la *Charte* protège. D'ailleurs, chaque fois qu'une loi qui n'est pas soustraite au contrôle judiciaire par l'art. 33 de la *Charte* porte atteinte aux droits et libertés que celle-ci reconnaît, il est parfaitement loisible au gouvernement d'essayer de justifier la loi en vertu de l'article premier de la *Charte*. Mais l'article premier de la *Charte* n'est pas lui-même dépourvu de valeurs. Il prévoit que la «justification» des mesures contestées doit «[pouvoir] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». On ne peut interpréter cette expression comme si elle permettait aux gouvernements de porter atteinte à leur guise à des droits. Les valeurs d'une société libre et démocratique doivent être respectées. Il faut déterminer, dans chaque cas, si ces valeurs ont été respectées ou non. Loin de reformuler la *Charte*, cette interprétation est tout à fait conforme à la *Charte*. Je pense que le juge en chef Dickson l'a dit clairement dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 136:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque

in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the Charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added.]

### Section 15(1) of the *Charter*

In my view, one can dispose of these appeals under s. 7 of the *Charter*. However, my colleague was required to address s. 15(1) of the *Charter* since in her opinion the impugned provision is a reasonable limit on s. 7. While it is not, strictly speaking, necessary for me to consider s. 15(1) of the *Charter*, it may be useful to address the question whether in addition to a s. 7 violation there is also a s. 15(1) violation, particularly since I cannot agree with McLachlin J.'s conclusion that s. 146(1) of the *Code* infringes s. 15(1) of the *Charter*.

The appellants Hess and Nguyen submit that s. 146(1) of the *Code* creates a distinction that violates s. 15(1) of the *Charter*. They say that s. 146(1) distinguishes between potential accused on the basis of a ground enumerated in s. 15(1) of the *Charter* in that only men may be charged under the provision. They point out, moreover, that the provision clearly envisages that only females may be complainants. The question arises therefore whether it is open to the legislature to create an offence that applies only to accused of one sex and to victims of one sex.

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. stressed that it was not every difference in treatment that would result in inequality and that it was not every distinction or differentiation in treatment that would give rise to discrimination and so violate the equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter*. Similarly, in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1332, I observed that in determining whether there was an infringement of s. 15(1) of the

groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constituée, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne.]

### Le paragraphe 15(1) de la *Charte*

À mon avis, on peut disposer de ces pourvois en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, ma collègue a dû examiner le par. 15(1) de la *Charte* puisqu'à son avis la disposition contestée constitue une limite raisonnable à l'art. 7. Bien qu'à strictement parler il ne me soit pas nécessaire d'examiner le par. 15(1) de la *Charte*, il peut être utile de déterminer si, en plus d'une violation de l'art. 7, il y a également violation du par. 15(1), étant donné surtout que je ne puis souscrire à la conclusion du juge McLachlin que le par. 146(1) du *Code* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Les appelants Hess et Nguyen prétendent que le par. 146(1) du *Code* crée une distinction qui viole le par. 15(1) de la *Charte*. Ils affirment que le par. 146(1) établit, entre les personnes qui peuvent être accusées, une distinction fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) de la *Charte* en ce sens que seuls les hommes peuvent être accusés en vertu de cette disposition. Ils soulignent en outre que la disposition envisage clairement que seules les femmes peuvent porter plainte. La question est donc de savoir s'il est loisible au législateur de créer une infraction qui ne s'applique qu'aux accusés d'un sexe seulement et aux victimes d'un sexe seulement.

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre a souligné que ce ne sont pas toutes les différences de traitement qui entraînent une inégalité et que ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement qui engendrent la discrimination et qui violent ainsi la garantie d'égalité du par. 15(1) de la *Charte*. De même, dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1332, j'ai souligné que pour déterminer s'il y avait violation du par.

*Charter* it was important to look not only at the impugned legislation which had created the challenged distinction but also at the larger social, political and legal context because “[i]f the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation” (p. 1332). In other words, we must not assume that simply because a provision addresses a group that is defined by reference to a characteristic that is enumerated in s. 15(1) of the *Charter* we are automatically faced with an infringement of s. 15(1). There must also be a denial of an equality right that results in discrimination.

In these appeals we are asked to consider when a distinction drawn on the basis of sex may legitimately be made and when it may not. In the context of the criminal law it seems to me that the answer to this question will depend on the nature of the offence in issue. If the impugned provision creates an offence that can, as a matter of fact, be committed by either sex but goes on to specify that it is only an offence when committed by one sex, then there may well be an infringement of s. 15(1) that would have to be justified under s. 1 of the *Charter*. Thus, were the legislature suddenly to decide that first degree murder would only be an offence when committed by a man, one would face an illegitimate distinction that would trigger s. 15(1). It would place a serious burden on males that was not imposed on females when there was no reason related to sex for imposing such a burden.

But if the impugned provision creates an offence that involves acts which, as a matter of fact, can only be committed by one sex, then it is not obvious that s. 15(1) of the *Charter* is infringed. In such a case there may well be a reason related to sex for creating an offence that can only be committed by one sex. I am, of course, fully aware of the dangers inherent in arguments that seek to justify particular distinctions on the basis of

15(1) de la *Charte* il était important d'examiner non seulement la disposition législative attaquée à l'origine de la distinction contestée mais également le contexte social, politique et juridique plus large parce que «[s]i l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté» (p. 1332). En d'autres termes, il ne faut pas présumer que pour la simple raison qu'une disposition vise un groupe identifié par une caractéristique énumérée au par. 15(1) de la *Charte* nous nous retrouvons automatiquement en face d'une violation du par. 15(1). Il doit également y avoir négation du droit à l'égalité qui engendre la discrimination.

Dans ces pourvois, on nous demande de déterminer quand une distinction fondée sur le sexe peut être légitimement faite et quand elle ne le peut pas. Dans le contexte du droit criminel, il me semble que la réponse à cette question dépend de la nature de l'infraction en cause. Si la disposition contestée crée une infraction qui peut réellement être commise tant par une personne d'un sexe que par une personne de l'autre sexe, mais précise qu'il ne s'agit d'une infraction que si elle est commise par une personne d'un sexe seulement, il se peut fort bien qu'il y ait violation du par. 15(1) qui doit être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Ainsi, si le législateur décidait subitement que le meurtre au premier degré ne serait une infraction que lorsqu'il serait commis par un homme, il s'agirait d'une distinction illégitime qui ferait intervenir le par. 15(1). Ce serait imposer aux hommes une lourde responsabilité qui ne serait pas imposée aux femmes alors qu'il n'existe pas de raison liée au sexe pour imposer cette responsabilité.

Mais si la disposition contestée crée une infraction qui comporte des actes qui ne peuvent réellement être commis que par une personne d'un sexe seulement, il n'est pas alors évident que le par. 15(1) de la *Charte* est violé. Dans un tel cas, il peut fort bien y avoir une raison liée au sexe pour créer une infraction qui ne peut être commise que par une personne d'un sexe seulement. Je suis évidemment tout à fait consciente des dangers

alleged sex-related factors. All too often arguments of this kind have been used to justify subtle and sometimes not so subtle forms of discrimination. They are tied up with popular yet ill-conceived notions about a given sex's strengths and weaknesses or abilities and disabilities.

Nevertheless, there are certain biological realities that one cannot ignore and that may legitimately shape the definition of particular offences. In my view, the fact that the legislature has defined an offence in relation to these realities will not necessarily trigger s. 15(1) of the *Charter*. I think few would venture to suggest that a provision proscribing self-induced abortion could be characterized as discriminatory because it did not apply to men. Such an argument would be absurd. In my view, s. 15(1) does not prevent the creation of an offence which, as a matter of biological fact, can only be committed by one of the sexes because of the unique nature of the acts that are proscribed.

We must therefore be extremely careful not to engage in an overly simple comparison of men who are charged under s. 146(1) of the *Code* with women who engage in intercourse with males to whom they are not married who are under fourteen years of age. It is exactly this kind of rigid formalism that the Court in *Andrews* and *Turpin* urged that we avoid. It seems to me that the first question that we face in these appeals is whether s. 146(1) addresses an offence that as a matter of biological fact can only be committed by males.

I note that s. 3(6) of the *Code* states:

3. ...

(6) For the purposes of this Act, sexual intercourse is complete upon penetration to even the slightest degree, notwithstanding that seed is not emitted.

In addition, s. 147 states that only males over fourteen may commit the offence envisaged in s. 146, a provision that reflects the common law's

inhérents que comportent les arguments qui tentent de justifier des distinctions particulières par de prétendus facteurs liés au sexe. On a trop souvent invoqué des arguments de ce genre pour justifier des formes de discrimination subtiles et parfois moins subtiles. Ils sont liés à des conceptions populaires, quoique mal fondées en ce qui concerne les forces et les faiblesses d'une personne d'un sexe particulier ou ses capacités et incapacités.

Quoi qu'il en soit, on ne peut ignorer certaines réalités biologiques qui peuvent légitimement influencer sur la définition d'infractions particulières. À mon avis, ce n'est pas parce que le législateur a défini une infraction en fonction de ces réalités que le par. 15(1) de la *Charte* s'applique nécessairement. Je pense que peu de personnes oseraient qualifier de discriminatoire une disposition qui interdit de provoquer son propre avortement parce qu'elle ne s'applique pas aux hommes. Un tel argument serait absurde. À mon avis, le par. 15(1) n'interdit pas de créer une infraction qui, en raison d'une réalité biologique, ne peut être commise que par une personne d'un sexe seulement en raison de la nature unique des actes interdits.

Il faut donc être extrêmement prudent pour éviter de faire des comparaisons trop simplistes avec les hommes qui sont accusés en vertu du par. 146(1) du *Code* et les femmes qui ont moins de quatorze ans et qui ont des rapports sexuels avec des hommes qui ne sont pas leur mari. C'est exactement ce genre de formalisme rigide que la Cour dans les arrêts *Andrews* et *Turpin* nous a prié d'éviter. Il me semble que la première question soulevée dans ces pourvois est de savoir si le par. 146(1) porte sur une infraction qui, en raison d'une réalité biologique, ne peut être commise que par des hommes.

Je remarque que le par. 3(6) du *Code* prévoit:

3. ...

(6) Aux fins de la présente loi, les rapports sexuels sont complets s'il y a pénétration même au moindre degré et bien qu'il n'y ait pas émission de semence.

De plus, l'art. 147 prévoit que seuls les hommes de plus de quatorze ans peuvent commettre l'infraction prévue à l'art. 146, une disposition qui reflète



rather artificial assumption that boys under 14 are not physically capable of sexual intercourse: see *R. v. Groombridge* (1836), 7 Car. & P. 581, 173 E.R. 256 and *R. v. Waite*, [1892] 2 Q.B. 600. When s. 146(1) is read in light of s. 147 and s. 3(6), it becomes clear that the legislature was of the opinion that, because only males over a certain age were physically capable of penetrating another person, only they needed to be listed as potential accused. While one might question whether fourteen years of age is the proper place to draw the line between males who should or should not be charged with the offence, nonetheless I think it clear that only males over a certain age are in fact capable of penetrating another person, at least in the sense of the term penetration that the *Code* is obviously concerned with. In my view, we are therefore dealing with an offence that involves an act that as a matter of biological fact only men over a certain age are capable of committing. And given that only men may be the penetrators, it is as absurd to suggest that the provision discriminates against males because it does not include women in the category of potential offenders as it is to suggest that a provision that prohibits self-induced abortion is discriminatory because it does not include men among the potential class of offenders.

This is not to say that some older women do not on occasion seek to have sex with males under fourteen years of age, for they clearly do. But it seems to me that once one accepts that a female does not commit a physical act that can be readily equated with the one that a male commits under s. 146(1), then whether or not a female should be punished for the act she can and does commit is a policy matter best left to the legislature. In my view, it is not this Court's role under s. 15(1) of the *Charter* to decide whether a female who chooses to have intercourse with a boy under fourteen merits the same societal disapprobation as a male who has intercourse with a girl under fourteen. These issues go to the heart of a society's

la présomption plutôt artificielle de common law que les garçons de moins de quatorze ans ne sont pas physiquement capables d'avoir des rapports sexuels: voir *R. v. Groombridge* (1836), 7 Car. & P. 581, 173 E.R. 256, et *R. v. Waite*, [1892] 2 Q.B. 600. Lorsqu'on lit le par. 146(1) en fonction de l'art. 147 et du par. 3(6), il devient clair que le législateur était d'avis que parce que seuls les hommes de plus d'un certain âge sont physiquement capables de pénétrer une autre personne, il suffit de les viser comme accusés possibles. Bien que l'on puisse se demander si quatorze ans est un âge approprié pour tracer une ligne de démarcation entre les hommes qui devraient ou ne devraient pas être accusés de l'infraction, je pense malgré tout qu'il est clair que seuls les hommes de plus d'un certain âge sont en réalité capables de pénétrer une autre personne, à tout le moins dans le sens où le terme pénétration est manifestement envisagé par le *Code*. À mon avis, il s'agit donc d'une infraction que seuls les hommes de plus d'un certain âge sont capables de commettre en raison d'une réalité biologique. Et parce que seuls les hommes peuvent pénétrer une autre personne, il est aussi absurde de dire que la disposition établit une distinction à leur égard parce qu'elle n'inclut pas les femmes dans la catégorie des contrevenants possibles qu'il est absurde de dire qu'une disposition qui interdit à une personne de provoquer son propre avortement est discriminatoire parce qu'elle n'inclut pas les hommes parmi les catégories de contrevenants possibles.

g

Ce qui ne veut pas dire que certaines femmes plus âgées ne cherchent pas parfois à avoir des rapports sexuels avec des hommes de moins de quatorze ans, car elles le font certainement. Mais il me semble que si l'on accepte qu'une femme ne commet pas un acte physique qui peut être facilement assimilé à celui qu'un homme commet en vertu du par. 146(1), il est préférable de laisser au législateur le soin de décider si une femme devrait ou non être punie pour un acte qu'elle peut commettre et qu'elle commet. À mon avis, il n'appartient pas à notre Cour en vertu du par. 15(1) de la *Charte* de décider si une femme qui choisit d'avoir des rapports sexuels avec un garçon de moins de quatorze ans mérite la même désapprobation

code of sexual morality and are, in my view, properly left for resolution to Parliament.

The appellants also submit that s. 146(1) of the *Code* discriminates against males because males under the age of fourteen are denied the same protection as s. 146(1) affords to females under the age of fourteen. Only a young female can obtain the conviction of her seducer under this provision. Once again, however, I think it important to bear in mind that the legislature has chosen to punish a male who engages in a form of penetration to which only a male and a female can be parties. The legislature has concluded that sodomy or buggery are forms of penetration that should be dealt with separately: see, for example, s. 155 of the *Code*. Once again we are faced with distinctions aimed at biologically different acts that go to the heart of society's morality and involve considerations of policy. They are, in my view, best left to the legislature.

This is not to say that a very young male who is sodomized and a young female who has sexual intercourse are not equally likely to suffer physical and psychological harm as a result of these experiences. It is to say only that a provision is not discriminatory within the meaning of s. 15(1) simply because it addresses one of these acts and not the other. Any injustice that might arise if the *Code* failed to address one or the other of these acts would lie outside the impugned section. It would not arise because the legislature had failed to treat the victims of two different biological acts in the same way within the same section. Rather, it would arise because the legislature had failed entirely to provide protection anywhere in the *Code* for a class of potential victims who are also subjected to an experience that can be extremely traumatic. This may be an unjust state of affairs but it is not the special form of injustice that s. 15(1) is designed to address. Nor do I think it would be appropriate for this Court to seek to

sociale qu'un homme qui a des rapports sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans. Ces questions concernent directement le code de moralité sexuelle de la société et j'estime qu'elles relèvent du Parlement.

Les appelants soutiennent également que le par. 146(1) du *Code* établit une distinction à l'égard des hommes parce que les hommes de moins de quatorze ans ne bénéficient pas de la même protection que le par. 146(1) confère aux femmes de moins de quatorze ans. Seule une jeune femme peut obtenir la déclaration de culpabilité de son séducteur en vertu de cette disposition. Encore une fois, j'estime cependant important d'avoir à l'esprit que le législateur a choisi de punir un homme qui s'engage dans une forme de pénétration à laquelle seuls un homme et une femme peuvent participer. Le législateur a conclu que la sodomie est une forme de pénétration qu'il convient de traiter séparément: voir, par exemple, l'art. 155 du *Code*. Encore une fois, il s'agit de distinctions qui concernent des actes biologiquement différents et qui relèvent directement de la moralité de la société et comportent des considérations de principe. J'estime qu'il est préférable de laisser le législateur en traiter.

Cela ne veut pas dire qu'un très jeune homme qui est sodomisé et qu'une jeune femme qui a des rapports sexuels ne sont pas susceptibles de souffrir de la même façon des conséquences physiques et psychologiques par suite de ces expériences. Je dis seulement qu'une disposition n'est pas discriminatoire au sens du par. 15(1) pour la simple raison qu'elle traite de l'un de ces actes et non de l'autre. Toute injustice qui pourrait exister si le *Code* ne traitait pas de l'un ou l'autre de ces actes ne relèverait pas de la disposition contestée. Il n'y aurait pas injustice parce que le législateur a omis de traiter les victimes de deux actes biologiques différents de la même façon dans la même disposition. Il y aurait injustice parce que le législateur a plutôt omis complètement d'accorder une protection quelque part dans le *Code* à une catégorie de victimes possibles qui sont également sujettes à une expérience qui peut être extrêmement traumatisante. Il se peut qu'il s'agisse d'un état de choses injuste mais il ne s'agit pas de la forme particulière

correct injustices arising from the absence of particular offences from the *Code* by using s. 15(1) to create an offence which the legislature has not chosen to create. There may be sound policy reasons for protecting one group and not the other and these reasons may be based on the biological distinctions between them. We need not, however, explore these questions in further detail because, at the relevant time, s. 155 of the *Code* stipulated that every one who committed buggery was guilty of an indictable offence and was liable to imprisonment for fourteen years.

I am therefore of the view that s. 146(1) does not infringe s. 15(1) of the *Charter*.

#### Section 28

The appellants suggest that s. 28 of the *Charter* is relevant to these appeals. The section states that the rights and freedoms referred to in the *Charter* "are guaranteed equally to male and female persons". In my view, this provision does not prevent the legislature from creating an offence that as a matter of biological fact can only be committed by one sex. But it does mean that it is not open to the legislature to deny an accused who is charged with such an offence rights and freedoms guaranteed to all persons under the *Charter*.

In the context of these appeals I think it clear that a male is as entitled to the protection of s. 7 as a female. It is not open to the government to suggest that a person should receive less than full *Charter* protection on account of his or her sex. Moreover, the government will not be able to justify an infringement of s. 7 under s. 1 of the *Charter* on the basis that because of an individual's sex he or she is not entitled to the same degree of *Charter* protection as persons of the other sex or that because of his or her sex the *Charter* violation is less serious. The justification for the infringement of a *Charter* right will have to be linked to considerations other than the sex of the party that has established an infringement of his or her *Charter* right. In these appeals, for example, one

d'injustice que le par. 15(1) vise à corriger. Je ne crois pas non plus qu'il serait approprié que notre Cour tente de corriger des injustices qui découlent de l'absence de certaines infractions dans le *Code* en utilisant le par. 15(1) pour créer une infraction que le législateur a choisi de ne pas créer. Il existe peut-être des raisons de principe valables de protéger un groupe et non l'autre et ces raisons peuvent être fondées sur des distinctions biologiques entre ceux-ci. Il n'est cependant pas nécessaire d'examiner ces questions plus en détail parce qu'à l'époque pertinente l'art. 155 du *Code* prévoyait que quiconque commettait la sodomie était coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans.

Je suis donc d'avis que le par. 146(1) ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

#### L'article 28

Les appelants prétendent que l'art. 28 de la *Charte* est pertinent dans ces pourvois. L'article prévoit que les droits et libertés mentionnés dans la *Charte* «sont garantis également aux personnes des deux sexes». À mon avis, cette disposition n'empêche pas le législateur de créer une infraction qui, en raison d'une réalité biologique, ne peut être commise que par l'un des deux sexes. Mais cela ne signifie pas que le législateur peut priver une personne accusée de cette infraction des droits et libertés garantis à toutes les personnes en vertu de la *Charte*.

Dans le contexte de ces pourvois, je pense qu'il est clair qu'un homme a autant le droit à la protection de l'art. 7 qu'une femme. Il n'est pas loisible au gouvernement de prétendre qu'une personne ne devrait pas bénéficier de la même protection complète de la *Charte* en raison de son sexe. En outre, le gouvernement ne pourra justifier une violation de l'art. 7 en vertu de l'article premier de la *Charte* en prétendant qu'en raison de son sexe une personne ne peut bénéficier du même degré de protection que la *Charte* confère aux personnes de l'autre sexe, ou qu'en raison de son sexe la violation de la *Charte* est moins grave. La justification d'une violation d'un droit reconnu par la *Charte* devra se rapporter à des considérations autres que le sexe de la partie qui a établi qu'il y avait

could not seek to justify the infringement of s. 7 by pointing to the accused's sex and by saying that because he is a man he is not entitled to the full protection of s. 7. It is no more open to the government to make this argument than it would be open to it to suggest that a woman procuring an abortion was not entitled to the full protection of s. 7 because she was a woman.

There will, of course, be sex-related factors that may legitimately enter into a proportionality analysis conducted under s. 1 of the *Charter*. But such factors will have to be linked to the sex of persons other than the accused, e.g. the fact that the victim can become pregnant. Such an analysis would not seek to justify the infringement of a *Charter* right on the simple basis that the accused was of a given sex. Rather, it would point to considerations independent of the accused's sex that might be relevant to an assessment of the justification for restricting the accused's rights.

The respondents in these appeals did not suggest that the appellants were not entitled to the protection of s. 7 because they were men. Indeed, they admitted the s. 7 infringement and sought to justify it by pointing to considerations that were not tied to the sex of the accused. In my view, this was the proper way to proceed, though I am ultimately of the view that the respondents cannot successfully justify the violation of s. 7 under s. 1 of the *Charter*.

### The Remedy

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* reads 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.

In *Stevens, supra*, I emphasized at p. 1184 that s. 52(1) is quite specific in stating that a law found to be inconsistent with the provisions of the Constitution is of no force and effect only to the extent of the inconsistency. It was my view then and it

violation de l'un de ses droits reconnus par la *Charte*. Par exemple, dans ces pourvois, on ne pourrait chercher à justifier la violation de l'art. 7 en mentionnant le sexe de l'accusé et en affirmant que parce qu'il est un homme il n'a pas droit à la pleine protection de l'art. 7. Le gouvernement ne peut invoquer cet argument pas plus qu'il ne peut prétendre qu'une femme qui se fait avorter n'a pas droit à la pleine protection de l'art. 7 parce qu'elle est une femme.

Évidemment, il y aura des facteurs liés au sexe dont on pourra légitimement tenir compte dans l'examen de la proportionnalité en vertu de l'article premier de la *Charte*. Mais ces facteurs devront se rapporter au sexe des personnes autres que l'accusé, comme le fait que la victime puisse devenir enceinte. Dans le cadre d'un tel examen, on ne pourrait tenter de justifier la violation d'un droit reconnu par la *Charte* en invoquant simplement que l'accusé était d'un sexe donné. Il faudrait plutôt tenir compte de considérations indépendantes du sexe de l'accusé qui pourraient être pertinentes dans une évaluation de la justification de restreindre les droits de l'accusé.

Dans ces pourvois, les intimées n'ont pas prétendu que les appelants n'avaient pas droit à la protection de l'art. 7 parce qu'ils étaient des hommes. En fait, elles ont admis qu'il y avait violation de l'art. 7 et ont tenté de la justifier en faisant appel à des considérations non liées au sexe de l'accusé. À mon avis, c'était la bonne façon de procéder bien qu'en dernière analyse je sois d'avis que les intimées ne peuvent réussir à justifier la violation de l'art. 7 en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### La réparation

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit ainsi:

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

Dans l'arrêt *Stevens*, précité, j'ai souligné à la p. 1184 que le par. 52(1) est des plus clairs et précis en prévoyant que ne sont inopérantes que les dispositions d'une loi jugées incompatibles avec la Constitution. J'étais alors d'avis et je le suis toujours

remains my view that it is appropriate to issue a declaration 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. The section shorn of its offensive words therefore reads:

**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.

It was also my view in *Stevens* that it was appropriate to order a new trial of the accused under the section as amended above. However, I observed that in light of such factors as the length of time that had elapsed since the events giving rise to the charge and the fact that Mr. Stevens had already served two years of probation, it might be appropriate for the Attorney General to direct a stay of proceedings under s. 508 of the *Code* as it read at the time.

### Disposition

With respect to Mr. Hess's appeal, I would order a new trial under the section as amended above. With respect to Mr. Nguyen's appeal, I would quash his conviction and order a new trial under the section as amended above. While the respondent in the Nguyen appeal submits that Mr. Nguyen led no evidence that would support a defence of mistake of fact, I do not think that this can justify upholding a conviction under a defective provision of the *Code*. Moreover, I note that the appellant Nguyen submitted that the reason that he led no evidence to support such a defence is that he believed that s. 146(1) removed the defence. In my view, on the evidence before us this Court is not in a position to assess whether such a defence would or would not have succeeded.

qu'il est approprié de déclarer 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. La disposition, amputée des termes irréguliers, se lirait donc ainsi:

**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.

J'étais également d'avis, dans l'arrêt *Stevens*, qu'il était approprié d'ordonner un nouveau procès qui se tiendrait en fonction de l'article tel que modifié ci-dessus. J'ai cependant souligné que compte tenu de facteurs, comme le délai écoulé depuis les événements qui ont entraîné l'inculpation et le fait que M. Stevens avait déjà purgé deux années de probation, il pouvait être approprié que le procureur général ordonne un arrêt des procédures en vertu de l'art. 508 du *Code* tel qu'il se lisait à l'époque.

### Le dispositif

En ce qui concerne le pourvoi de M. Hess, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en fonction de l'article tel que modifié plus haut. Quant au pourvoi de M. Nguyen, je suis d'avis d'annuler sa déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en fonction de l'article tel que modifié plus haut. Bien que l'intimée dans le pourvoi de M. Nguyen prétend que M. Nguyen n'a présenté aucune preuve à l'appui d'un moyen de défense fondé sur l'erreur de fait, je ne crois pas que cela puisse justifier le maintien d'une déclaration de culpabilité en vertu d'une disposition défectueuse du *Code*. En outre, je remarque que l'appellant Nguyen a prétendu que la raison pour laquelle il n'a présenté aucune preuve à l'appui d'un tel moyen de défense est qu'il croyait que le par. 146(1) écartait le moyen de défense. À mon avis, compte tenu de la preuve qui nous est présentée, notre Cour n'est pas en mesure d'évaluer si ce moyen de défense aurait pu ou non réussir.

I would answer the constitutional questions stated by the Chief Justice Dickson on August 4, 1988 and April 20, 1989 as follows:

1. Does section 146(1) of the *Criminal Code* (as it read in May, 1985) contravene section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that the reasonable belief of the accused as to the age of the complainant is irrelevant to the commission of the offence?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is section 146(1) of the *Criminal Code* (as it read in May, 1985) nevertheless justified pursuant to section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: No.

3. Does section 146(1) of the *Criminal Code* (as it read in May, 1985) contravene section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is section 146(1) of the *Criminal Code* (as it read in May, 1985) nevertheless justified pursuant to section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: In view of the answer to question 3, this question need not be answered.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I agree with the conclusion reached by Justice Wilson that s. 146(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that it cannot be saved under s. 1. I also agree with her reasons for coming to this conclusion.

While the appellants have been partially successful in their attack on s. 146(1) of the *Criminal Code* by virtue of this conclusion, the wider

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson le 4 août 1988 et le 20 avril 1989 de la façon suivante:

- a 1. Le paragraphe 146(1) du *Code criminel* (tel qu'il existait en mai 1985) enfreint-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que la croyance raisonnable de l'accusé quant à l'âge de la plaignante n'est pas pertinente relativement à la perpétration de l'infraction?

Réponse: Oui.

- c 2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 146(1) du *Code criminel* (tel qu'il existait en mai 1985) est-il néanmoins justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

d Réponse: Non.

3. Le paragraphe 146(1) du *Code criminel* (tel qu'il existait en mai 1985) enfreint-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

e Réponse: Non.

- f 4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le par. 146(1) du *Code criminel* (tel qu'il existait en mai 1985) est-il néanmoins justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

g Réponse: Compte tenu de la réponse donnée à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

h LE JUGE SOPINKA—Je souscris à la conclusion à laquelle le juge Wilson arrive que le par. 146(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il n'est pas possible de le sauvegarder en vertu de l'article premier. Je souscris aussi aux motifs par lesquels elle arrive à cette conclusion.

i Alors que cette conclusion a permis aux appelants d'avoir gain de cause en partie dans leur contestation du par. 146(1) du *Code criminel*, ils

remedy sought by them is to strike out the section in its entirety. It is therefore necessary to deal with s. 15 of the *Charter* to determine whether this section entitles them to this wider remedy. In this regard I am in agreement with Justice McLachlin that s. 146(1) does infringe s. 15 but I am of the view that it is saved by s. 1. Wilson J. concludes that s. 146(1) is overbroad because of the inclusion of the words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more". It follows from her reasons that if these words are struck out, the section can be justified under s. 1 of the *Charter* by reference to the relevant factors. I adopt her reasoning to conclude that with the excision of these words by reason of a violation of s. 7, the infringement of s. 15 is also justified under s. 1. The attack on s. 146(1) as a whole therefore fails.

I would therefore dispose of the appeal as proposed by Wilson J.

The reasons of Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—These cases raise the issue of whether the offence of sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years under s. 146(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now repealed), is unconstitutional.

### The Facts and Procedural History

In neither case are the facts disputed. The facts and procedural history of each case may be summarized as follows:

#### *R. v. Hess*

The appellant Victor John Hess was charged in 1985 under s. 146(1) of the *Criminal Code*. He initially entered a plea of guilty, but was permitted to change his plea when other cases raised doubts as to the constitutionality of the section. By way of motion after plea, he raised the unconstitutionality of the section as a defence, admitting for the purposes of the motion that an act of sexual intercourse had taken place and that the complain-

demandent la réparation plus étendue, savoir l'annulation de tout le paragraphe. Il est donc nécessaire d'analyser l'art. 15 de la *Charte* pour déterminer si cet article leur donne droit à cette réparation plus étendue. Sur ce point, je partage l'avis du juge McLachlin que le par. 146(1) porte atteinte à l'art. 15, mais je suis d'avis qu'il est sauvegardé par l'article premier. Le juge Wilson conclut que le par. 146(1) a une portée trop générale en raison de l'inclusion des termes «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus». Il découle de ses motifs que si ces termes sont supprimés, le paragraphe peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*, eu égard aux facteurs pertinents. Je fais mien son raisonnement pour conclure qu'avec la suppression de ces termes en raison d'une violation de l'art. 7, l'atteinte à l'art. 15 est aussi justifiée en vertu de l'article premier. L'attaque contre le par. 146(1) en totalité échoue donc.

En conséquence, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Wilson.

Version française des motifs des juges Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Les présents pourvois soulèvent la question de savoir si le par. 146(1) (aujourd'hui abrogé) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui définit l'infraction qui consiste à avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans est inconstitutionnel.

### Les faits et l'historique des procédures

Les faits ne sont contestés dans ni l'un ni l'autre pourvoi. Voici le résumé des faits et du déroulement des procédures:

#### *R. c. Hess*

L'appelant Victor John Hess a été inculpé en 1985, en vertu du par. 146(1) du *Code criminel*. Il a commencé par inscrire un plaidoyer de culpabilité, mais a reçu la permission de changer son plaidoyer quand d'autres affaires ont soulevé des doutes quant à la constitutionnalité de ce paragraphe. Sous forme de requête après l'inscription du plaidoyer, il a invoqué l'inconstitutionnalité de ce paragraphe comme moyen de défense, reconnais-

nant was under the age of fourteen years and the appellant was over the age of eighteen years.

Graham Prov. Ct. J. allowed the motion, on the grounds that s. 146(1) infringed s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing protection to females but not to males under fourteen years of age. He was of the view that it had not been demonstrated that the infringement was justified under s. 1, and that although biological differences between males and females might once have been grounds for affording greater protection to the latter, it was doubtful that this could be justified in these times.

The Ontario Court of Appeal allowed the Crown's appeal, in a judgment rendered February 3, 1988, and ordered a new trial: 25 O.A.C. 43, 40 C.C.C. (3d) 193. Dubin J.A., writing for the Court, first noted that the impugned legislation had been repealed. He then considered whether a contravention of s. 15 had been made out. In his view, the fact that young males under fourteen were not given the same protection as young females under fourteen did not violate s. 15. Under that section, it was necessary to determine "whether the law was reasonable or fair, having regard to its purpose and effect". Dubin J.A., noting the grave consequences which result to the victim and society and relying on the British Columbia Court of Appeal's decision in *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273, concluded that it was neither unfair nor irrational for Parliament to have treated sexual intercourse with a female under fourteen as a more serious offence.

#### *R. v. Nguyen*

The appellant Van Hung Nguyen was charged with sexual assault and contravention of s. 146(1). At the preliminary hearing, the Crown entered a stay of proceedings on the sexual assault charge,

sant, pour les fins de la requête, que des rapports sexuels avaient eu lieu, que la plaignante avait moins de quatorze ans et que lui-même avait plus de dix-huit ans.

<sup>a</sup> Le juge Graham de la Cour provinciale a accueilli la requête pour le motif que le par. 146(1) violait l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il accordait une protection aux <sup>b</sup> personnes de sexe féminin mais non de sexe masculin âgées de moins de quatorze ans. Il a été d'avis qu'on n'avait pas fait la preuve que cette violation était justifiée en vertu de l'article premier et que, même si les différences biologiques entre les <sup>c</sup> hommes et les femmes avaient pu, à une certaine époque, justifier d'accorder une protection plus grande à ces dernières, il n'était pas certain que cela puisse se justifier à notre époque.

<sup>d</sup> Dans un arrêt rendu le 3 février 1988, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et ordonné un nouveau procès: 25 O.A.C. 43, 40 C.C.C. (3d) 193. Le juge Dubin, <sup>e</sup> qui a rédigé le jugement de la cour, a commencé par mentionner que la disposition législative contestée avait été abrogée depuis. Il a ensuite examiné si on avait établi qu'il y avait eu violation de l'art. 15. À son avis, le fait que les personnes de <sup>f</sup> sexe masculin de moins de quatorze ans ne recevaient pas la même protection que les personnes de sexe féminin de moins de quatorze ans ne violait pas l'art. 15. En vertu de cet article, il était nécessaire d'établir [TRADUCTION] «si la loi est <sup>g</sup> raisonnable et juste compte tenu de son objet et de son effet». Après avoir souligné les graves conséquences que subissent les victimes et la société et après avoir invoqué l'arrêt de la Cour d'appel de la <sup>h</sup> Colombie-Britannique *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273, le juge Dubin conclut qu'il n'était ni injuste ni illogique que le Parlement ait considéré le fait d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin de moins de quatorze <sup>i</sup> ans comme une infraction plus grave.

#### *R. c. Nguyen*

L'appellant Van Hung Nguyen a été inculpé d'agression sexuelle et d'infraction au par. 146(1). À l'enquête préliminaire, le ministère public a demandé la suspension des procédures relative-



but Nguyen was ordered to stand trial on the second charge. He brought a preliminary motion challenging the validity of s. 146(1) on the grounds that it infringed s. 7 and s. 15 of the *Charter*. The Court of Queen's Bench dismissed the motion and the trial proceeded. The evidence established that sexual intercourse had taken place, that the complainant was twelve years old at the time, and that the complainant did not indicate her lack of consent to the appellant because she was too scared. Nguyen was convicted and sentenced to fifteen months' incarceration.

The Manitoba Court of Appeal dismissed Nguyen's appeal: (1989), 57 Man. R. (2d) 267, [1989] 3 W.W.R. 646. Lyon J.A., writing for the Court, relied on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Hess*, to conclude that there was no violation of s. 15, as well as the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Ferguson* to conclude that although s. 146(1) breached s. 7 of the *Charter*, that breach was saved by s. 1. He noted incidentally that while *Ferguson* concerned an accused who honestly but mistakenly believed that the complainant was sixteen years old, in the present case there was no suggestion that the appellant was under any misapprehension as to the complainant's age. Leave to appeal was granted by this Court on October 19, 1989, [1989] 2 S.C.R. ix.

### The Legislation

Section 146(1) of the *Criminal Code* provided at the material times as follows:

**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.

Sections 1, 7, 15 and 28 of the *Charter* provide:

ment à l'accusation d'agression sexuelle, mais Nguyen a été renvoyé à son procès en ce qui concerne l'autre chef d'accusation. Il a présenté une requête préliminaire par laquelle il a contesté la validité du par. 146(1) pour le motif qu'il enfreignait les art. 7 et 15 de la *Charte*. La Cour du Banc de la Reine a rejeté cette requête et le procès a eu lieu. La preuve a été faite qu'il y avait eu des rapports sexuels, que la plaignante avait douze ans à l'époque et que la plaignante n'a pas fait part à l'appelant de son absence de consentement parce qu'elle était trop effrayée. Nguyen a été déclaré coupable et condamné à quinze mois d'incarcération.

La Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel interjeté par Nguyen: (1989), 57 Man. R. (2d) 267, [1989] 3 W.W.R. 646. Le juge Lyon, qui a rendu le jugement de la cour, s'est fondé sur l'arrêt *Hess* de la Cour d'appel de l'Ontario pour conclure qu'il n'y avait pas de violation de l'art. 15, et sur l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Ferguson* pour conclure que même si le par. 146(1) violait l'art. 7 de la *Charte*, cette violation était sauvegardée par l'article premier. Il a souligné, en passant, que même si l'arrêt *Ferguson* portait sur une affaire dans laquelle l'accusé avait cru de bonne foi, mais à tort, que la plaignante avait seize ans, il n'y avait pas d'indication en l'espèce que l'appelant s'était trompé sur l'âge de la plaignante. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 19 octobre 1989: [1989] 2 R.C.S. ix.

### Les textes législatifs

À l'époque pertinente, le par. 146(1) du *Code criminel* était ainsi conçu:

**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.

L'article premier et les art. 7, 15 et 28 de la *Charte* disposent:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

### The Issues

The appeals raise the following legal questions:

1. Does s. 146(1) violate s. 7 of the *Charter*?
2. Does s. 146(1) violate s. 15 of the *Charter*?
3. If the answer to either of the above questions is affirmative, is s. 146(1) saved by s. 1 of the *Charter*?

### Analysis

1. *Does s. 146(1) of the Criminal Code Violate s. 7 of the Charter?*

An essential element of s. 146(1) is that the victim be under the age of fourteen years. The Crown need not show that the accused knew the victim was less than fourteen. Nor does his honest belief that the victim was over provide a defence. Thus a person who is mentally innocent of the offence—who has no *mens rea* with respect to an

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

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.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

### Les questions en litige

Les pourvois soulèvent les questions juridiques suivantes:

1. Le paragraphe 146(1) viole-t-il l'art. 7 de la *Charte*?
2. Le paragraphe 146(1) viole-t-il l'art. 15 de la *Charte*?
3. Si la réponse à l'une ou l'autre des deux questions précédentes est affirmative, le par. 146(1) est-il sauvegardé par l'article premier de la *Charte*?

### Analyse

1. *Le paragraphe 146(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte?*

Un élément essentiel de l'infraction définie au par. 146(1) est que la victime doit être âgée de moins de quatorze ans. Le ministère public n'est pas tenu de faire la preuve que l'accusé savait que la victime avait moins de quatorze ans. Même si l'accusé a sincèrement cru que la victime était plus âgée, il ne peut invoquer cela comme moyen de

essential element of the offence—may be convicted and sent to prison.

This Court has held that it is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that a law restricting an individual's liberty by means such as imprisonment must have as an essential element that the accused possess a guilty mind, or *mens rea*: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. An accused can be convicted under s. 146(1) although he lacks a guilty mind. He clearly must intend to have intercourse. But that is not an offence. Without wishing to commit the crime or intending to commit the crime of having intercourse with a girl of less than fourteen years, an accused may stand convicted. It follows from the principles laid down by this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* that s. 146(1) violates s. 7 of the *Charter*.

2. *Does s. 146(1) of the Criminal Code Violate s. 15 of the Charter?*

It is argued that s. 146(1) violates s. 15 of the *Charter* in two ways.

The first is that only men can be convicted under s. 146(1). Men are thus deprived of a benefit or advantage enjoyed by women.

The second is that only young women are protected by s. 146(1). Thus males of fourteen years or less are not given the same benefit as females.

Two requirements must be met to establish infringement of s. 15 of the *Charter*. First, an inequality or distinction in the treatment of members of groups must be established. Second, this distinction must constitute discrimination:

défense. Ainsi une personne qui est «morale­ment innocente» de l'infraction—qui n'a pas de *mens rea* à l'égard d'un élément essentiel de l'infraction—peut être déclarée coupable et condamnée à l'emprisonnement.

Notre Cour a conclu que c'est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* qu'une règle de droit qui restreint la liberté d'une personne par un moyen comme l'emprisonnement doit avoir pour élément essentiel que la personne ait une intention coupable ou *mens rea*: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Un accusé peut être déclaré coupable en vertu du par. 146(1) même s'il n'a pas d'intention coupable. Il doit manifestement avoir eu l'intention d'avoir des rapports sexuels. Mais ce n'est pas une infraction. Un accusé peut être déclaré coupable sans avoir voulu commettre le crime qui consiste à avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de quatorze ans ni avoir eu l'intention de le commettre. Il en découle, selon les principes établis par notre Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l'arrêt *Vaillancourt* que le par. 146(1) viole l'art. 7 de la *Charte*.

2. *Le paragraphe 146(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 15 de la Charte?*

On a soutenu que le par. 146(1) viole l'art. 15 de la *Charte* de deux façons.

La première est le fait que seules les personnes de sexe masculin peuvent être déclarées coupables en vertu du par. 146(1). Les hommes se trouvent ainsi privés d'un avantage accordé aux femmes.

La seconde est le fait que seules les jeunes personnes de sexe féminin sont protégées en vertu du par. 146(1). En conséquence les personnes de sexe masculin de quatorze ans ou moins ne se voient pas accorder le même avantage que les personnes de sexe féminin.

Pour qu'il y ait violation de l'art. 15, il faut que deux conditions soient réalisées. Premièrement, il faut prouver l'existence d'une inégalité ou d'une distinction dans le traitement de certains individus par rapport à d'autres. En second lieu, cette dis-

*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

The alleged violations of s. 15 raised in this case both involve distinctions on the basis of sex, one of the categories enumerated in s. 15. Thus the first condition for a violation of s. 15 is met. The question is whether the second requirement, discrimination, is established.

This brings us to the question of what constitutes discrimination under the *Charter*. This Court has considered the subject in two cases: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. In view of the suggestion that *Turpin* may characterize discrimination more restrictively than *Andrews*, I find it necessary to consider briefly what was said on the matter in each of those cases.

*Andrews* lays down that it is sufficient to establish a violation of s. 15 to show that a distinction is drawn on the enumerated or analogous grounds, and that the distinction results in a burden being placed on the complaining individual or group. Once this hurdle has been cleared the analysis moves to s. 1. Discrimination is defined as follows at pp. 174-75:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Consideration of factors which may justify or render reasonable the discrimination takes place in s. 1 (at p. 182):

inction doit constituer de la discrimination: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

a Les violations de l'art. 15 alléguées en l'espèce portent sur des distinctions fondées sur le sexe, qui est l'une des catégories énumérées dans cet article. Donc la première condition pour qu'il y a violation de l'art. 15 est réalisée. Il s'agit de déterminer si la  
b seconde condition, celle de l'existence de discrimination, est prouvée.

Ceci nous amène à nous demander en quoi consiste la discrimination visée par la *Charte*.  
c Notre Cour a examiné cette question dans deux arrêts: *Andrews c. Law Society of British Columbia* et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. Parce qu'on a soutenu que l'arrêt *Turpin* définit peut-être la discrimination de façon plus restrictive que  
d l'arrêt *Andrews*, je crois nécessaire d'examiner brièvement ce que nous avons dit sur la question dans chacun de ces arrêts.

e L'arrêt *Andrews* affirme qu'il suffit, pour qu'il y ait violation de l'art. 15, de démontrer qu'une distinction est faite sur la base d'un des motifs énumérés ou analogues et que cette distinction a pour effet d'imposer un fardeau à l'individu ou au  
f groupe qui se plaint. Une fois cet obstacle franchi, on passe à l'analyse fondée sur l'article premier. On définit ainsi la discrimination, aux pp. 174 et 175:

g J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe  
h des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à  
i un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

J L'examen des facteurs qui peuvent justifier la discrimination ou la rendre raisonnable se fait ensuite en vertu de l'article premier (à la p. 182):

... any justification, any consideration of the reasonableness of the enactment; indeed, any consideration of factors which could justify the discrimination and support the constitutionality of the impugned enactment would take place under s. 1.

This suggests that once it has been established that men face a burden under s. 146(1) not faced by women, or that females enjoy a benefit not enjoyed by men, the question of whether "the larger context" supports the burden or benefit is a matter for s. 1 of the *Charter*.

Some of the words used in *Turpin*, on the other hand, may be read as suggesting that discrimination is not established merely by a distinction within s. 15 which imposes a greater burden or confers a greater benefit. Rather, one should look for a disadvantage peculiar to the "discrete and insular minority" discriminated against, to determine if it suffers disadvantage apart from and independent of the particular legal distinction being challenged. (This phrase, drawn from U.S. law, has had constitutional significance there since its use in a footnote to *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).) The Court stated in *Turpin*, per Wilson J. at pp. 1331-33:

... it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in inequality or whether, contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage. A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

In my respectful view, it would be stretching the imagination to characterize persons accused of one of the crimes listed in s. 427 of the *Criminal Code* in all the provinces except Alberta as members of a "discrete and insular minority". I hasten to add that this categorization is not an end in itself but merely one of the analytical tools which are of assistance in determining

... toute justification, tout examen du caractère raisonnable de la mesure législative et, en fait, tout examen des facteurs qui pourraient justifier la discrimination et appuyer la constitutionnalité de la mesure législative attaquée devraient se faire en vertu de l'article premier.

Cela paraît signifier que dès qu'il est établi que les personnes de sexe masculin subissent, en vertu du par. 146(1), un fardeau que les personnes de sexe féminin ne subissent pas ou que les personnes de sexe féminin bénéficient d'un avantage dont les personnes de sexe masculin ne bénéficient pas, la question de savoir si le fardeau ou l'avantage sont justifiés par «le contexte général» relève de l'article premier de la *Charte*.

Certains des termes employés dans l'arrêt *Turpin*, d'autre part, peuvent être considérés comme signifiant que la discrimination n'est pas prouvée par la seule existence d'une distinction au sens de l'art. 15 qui impose un fardeau plus lourd ou confère un avantage plus grand à quelqu'un. Il faudrait plutôt rechercher un désavantage particulier à une «minorité discrète et isolée» visée par la discrimination pour déterminer si elle subit un désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée. (Cette phrase, tirée du droit américain, a acquis, aux États-Unis, une importance sur le plan constitutionnel depuis son utilisation dans une note en bas de page dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).) Dans l'arrêt *Turpin*, le juge Wilson dit, au nom de la Cour, aux pp. 1331 à 1333:

... ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage. À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

Je crois, en toute déférence, que ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de «minorité discrète et isolée» les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l'Alberta, sont accusées de l'un des crimes énumérés à l'art. 427 du *Code criminel*. Je m'empresse d'ajouter que cette catégorisation est non pas une fin en soi, mais simplement un moyen analytique de déterminer si un droit

whether the interest advanced by a particular claimant is the kind of interest s. 15 of the *Charter* is designed to protect. It is a means of ensuring that equality rights are given the same kind of broad, purposive interpretation accorded to other *Charter* rights . . . Differentiating for mode of trial purposes between those accused of s. 427 offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada would not, in my view, advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society. A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case . . . To recognize the claims of the appellants under s. 15 of the *Charter* would, in my respectful view, "overshoot the actual purpose of the right or freedom in question" . . . [Emphasis added.]

This language lends itself to the argument that a distinction against men as compared with women is not discrimination within s. 15 because men cannot claim to be a "discrete and insular minority" and can rarely show disadvantage apart from the provision they are challenging.

On this basis the Attorneys General argue that s. 146(1) is not discriminatory. Although it distinguishes between men and women, this is not an "irrelevant distinction" because only male offenders having sexual intercourse with female victims can result in one of the major evils to which the legislation is directed, female pregnancy. Furthermore, men and young boys suffer no disadvantage "apart from and independent of the particular legal distinction being challenged." Men, it is submitted, are not a "discrete and insular minority" which the *Charter* intended to benefit.

In my view, these arguments take the interpretation of the language in *Turpin* further than is justified. There is no suggestion in that language that men should be excluded from protection under s. 15 because they do not constitute a "dis-

qu'un requérant particulier fait valoir est un droit du genre de ceux que l'art. 15 de la *Charte* est destiné à protéger. Il s'agit d'un moyen de garantir que les droits à l'égalité reçoivent la même sorte d'interprétation large et fondée sur l'objet visé que les autres droits protégés par la *Charte* [ . . . ] Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel[s] que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce [ . . . ] À mon avis, faire droit aux demandes des appelants en vertu de l'art. 15 de la *Charte* serait «aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question». . . [Je souligne.]

Ces propos pourraient servir à soutenir que la distinction faite entre les hommes et les femmes ne constitue pas de la discrimination au sens de l'art. 15 parce que les hommes ne peuvent prétendre être une «minorité discrète et isolée» et peuvent rarement faire la preuve d'un désavantage qui existe indépendamment de la disposition qu'ils contestent.

C'est l'argument avancé par les procureurs généraux pour affirmer que le par. 146(1) n'est pas discriminatoire. Bien qu'il établisse une distinction entre les hommes et les femmes, ce paragraphe n'établit pas une «distinction non pertinente» parce que seuls les contrevenants de sexe masculin qui ont des rapports sexuels avec des victimes de sexe féminin peuvent provoquer l'un des maux principaux que la disposition législative tend à éliminer, c.-à-d. la grossesse. De plus, les hommes et les adolescents ne subissent pas de désavantage qui existe «indépendamment de la distinction juridique précise contestée». Les hommes ne sont pas, soutient-on, une «minorité discrète et isolée» que la *Charte* cherche à protéger.

À mon avis, ces arguments poussent l'interprétation de l'arrêt *Turpin* trop loin. Il n'y a rien dans cet arrêt qui signifie qu'il faille soustraire les hommes à la protection que confère l'art. 15 parce qu'ils ne constituent pas une «minorité discrète et

crete and insular minority” disadvantaged independently of the legislation under consideration. The Court must be taken to have had in mind s. 28 of the *Charter*, which provides that notwithstanding any other provisions, the rights and freedoms referred to in the *Charter* are guaranteed equally to male and female persons. The Court in *Turpin* quoted with approval the definition of discrimination in *Andrews* to which I have referred. Moreover, the qualified language used in *Turpin* suggests that the Court viewed the so-called requirement of independent disadvantage not as an absolute requirement for a finding of discrimination, but rather as an element which would be found in many of the cases where discrimination is found. Thus Wilson J. states that the search for independent disadvantage applies “in most but perhaps not all cases” and says that finding a “discrete and insular minority” is “merely one of the analytical tools which are of assistance”. In my view, the essential requirements for discrimination under s. 15 remain as set forth in *Andrews*.

Applying that test, I find that s. 146(1) constitutes discrimination under s. 15 of the *Charter*. It makes distinctions on the enumerated ground of sex. It burdens men as it does not burden women. It offers protection to young females which it does not offer to young males. It is discriminatory.

The Attorney General for Ontario argued that since the accused are not in the category of young unprotected males, they have no standing to raise the second ground upon which it is alleged s. 146(1) discriminates. The majority of this Court, *per* Dickson J. (as he then was) took a broad view of standing on constitutional questions in criminal cases in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 313-14:

isolée» qui est défavorisée indépendamment de la disposition législative examinée. Il faut tenir pour acquis que la Cour avait à l'esprit l'art. 28 de la *Charte*, selon lequel, indépendamment des autres dispositions de la *Charte*, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes. Dans l'arrêt *Turpin*, la Cour cite, en l'approuvant, la définition de discrimination établie par l'arrêt *Andrews*, que je viens de mentionner. De plus, le ton réservé de l'arrêt donne à penser que la Cour a considéré la condition dite de désavantage indépendant non pas comme une condition absolue pour conclure à l'existence de discrimination, mais plutôt comme un élément qui se présenterait dans bien des cas où l'existence de discrimination est constatée. C'est ainsi que le juge Wilson affirme que la recherche d'un désavantage distinct s'applique «le plus souvent, mais peut-être pas toujours» et que la catégorisation de «minorité discrète et isolée» est «simplement un moyen analytique». À mon avis, les conditions essentielles pour qu'il y ait discrimination au sens de l'art. 15 restent celles que l'arrêt *Andrews* a établies.

Si j'applique ce critère, je conclus que le par. 146(1) constitue de la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Le paragraphe établit des distinctions fondées sur un motif énuméré, soit le sexe. Il impose aux hommes un fardeau qu'il n'impose pas aux femmes. Il offre aux jeunes personnes de sexe féminin une protection qu'il n'offre pas aux jeunes personnes de sexe masculin. Il est discriminatoire.

Le procureur général de l'Ontario a soutenu que, puisque les accusés n'appartiennent pas à la catégorie des jeunes personnes de sexe masculin qui ne bénéficient pas de la protection, ils n'ont pas qualité pour soulever le second moyen sur lequel ils se fondent pour affirmer que le par. 146(1) est discriminatoire. La Cour à la majorité, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Dickson (plus tard Juge en chef), a adopté une conception large de la qualité pour agir relativement à des questions constitutionnelles dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 313 et 314:

Any accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid.

It is the nature of the law, not the status of the accused, that is in issue.

It follows that any constitutional defect can be raised in the defence of a criminal charge. This is only just. A person should not be convicted under an invalid law. Moreover, in cases like the present, it is difficult to imagine the affected group raising the issue of discrimination. Only males under fourteen who have suffered emotional difficulties as a result of the law's failure to protect them, as it protects young girls against their seducers, would have a direct interest in raising this point. It borders on the fictional to suppose such claims would be brought.

Nor can I accept the argument of the Attorney General for Ontario that s. 146(1) is saved by s. 15(2) of the *Charter*. Subsection 15(2) is potentially far-reaching in its application. Interpreted expansively, as the Attorney General suggests, it threatens to circumvent the purpose of s. 1. Under s. 15(2) it must only be shown that the "object" of the legislation was amelioration of conditions of a disadvantaged individual or group, and there is no need to demonstrate that the legislation used proportionate means. I prefer the approach to s. 15(2) adopted by Huddart L.J.S.C. in *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services*, (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (B.C.S.C.), at pp. 502-3:

To ensure that the s. 15(1) guarantee of equal protection and benefit has real effect, s. 15(2) must be construed as limited to its purpose. It was included in the *Charter* to silence the debate that rages elsewhere over the legitimacy of affirmative action . . . . It was not intended to save from scrutiny all legislation intended to have positive effect . . . .

Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle.

*a* C'est la nature de la loi, et non pas le statut de l'accusé, qui est en question.

Il s'ensuit que n'importe quel vice constitutionnel peut être invoqué comme moyen de défense à une accusation criminelle. Ce n'est que justice. Une personne ne devrait pas être reconnue coupable en vertu d'une règle de droit invalide. De plus, dans des cas comme l'espèce, on voit mal comment le groupe touché pourrait soulever la question de la discrimination. Seules les personnes de sexe masculin de moins de quatorze ans qui ont souffert de troubles émotifs à cause de l'absence de protection de la disposition législative à leur égard, puisqu'elle ne protège que les jeunes filles contre leurs séducteurs, auraient directement intérêt à soulever cette question. Il est presque impensable de supposer qu'un tel moyen soit soulevé.

*e* Je ne puis accepter non plus l'argument du procureur général de l'Ontario selon lequel le par. 146(1) est sauvegardé par le par. 15(2) de la *Charte*. Le paragraphe 15(2) peut avoir une très grande portée. Interprété libéralement, comme le propose le Procureur général, il risque de contourner l'objet de l'article premier. En vertu du par. 15(2), il suffit de démontrer que la disposition législative est «destinée» à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, et il n'est pas nécessaire de démontrer que cette disposition législative recourt à des moyens proportionnés. Je préfère la conception du par. 15(2) qu'adopte le juge local Huddart de la Cour suprême dans *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (C.S.C.-B.), aux pp. 502 et 503:

[TRADUCTION] Pour assurer que la garantie d'égalité de protection et de bénéfice de la loi ait un effet réel, il faut interpréter restrictivement le par. 15(2) en fonction de son objet. Il a été inséré dans la *Charte* pour mettre fin au débat qui avait cours ailleurs au sujet de la légitimité des programmes de promotion sociale [. . .] Il ne visait pas à soustraire à l'analyse toutes les dispositions législatives destinées à avoir un effet positif . . . .



If this provision could be saved, little discriminatory legislation could ever be attacked successfully, for almost all positive law has as its stated object the betterment or amelioration of the conditions in our community of a disadvantaged individual or group.

It cannot be said in any way that young females benefit from the failure of s. 146(1) to protect young males or to treat male and female offenders similarly. Section 146(1) does not constitute a true "affirmative action program", in the terms of the marginal note to s. 15(2). I would hold that s. 15(2) does not immunize s. 146(1) from scrutiny under s. 1 of the *Charter*.

I conclude that s. 146(1) of the *Criminal Code* violates s. 15 of the *Charter*.

3. *Are the Violations of ss. 7 and 15 Saved Under s. 1 of the Charter?*

(a) Is the Breach of s. 7 Saved by s. 1 of the Charter?

The question is whether, notwithstanding the fact that s. 146(1) can be characterized as a strict or absolute liability offence, it is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society."

Two conditions must be met in order to meet this test: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. First, the objective which the limit is designed to serve must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Second, if such an objective is established, the party invoking s. 1 must show that the means chosen to attain the objective are reasonably and demonstrably justified in a free and democratic society. To conclude that the means chosen are reasonable and demonstrably justified, the Court must be satisfied of three things:

1. The measures designed to meet the legislative objective must be rationally connected to the objective;

Si cette disposition pouvait être sauvegardée, on ne pourrait contester avec succès que peu de dispositions législatives discriminatoires puisque toutes les dispositions d'action positive ont pour objet explicite d'améliorer la situation, dans notre société, de personnes ou de groupes défavorisés.

On ne saurait dire que les jeunes personnes de sexe féminin profitent de ce que le par. 146(1) ne protège pas les jeunes personnes de sexe masculin ou ne traite pas les personnes de sexe masculin de la même manière que les personnes de sexe féminin. Le paragraphe 146(1) ne constitue pas un véritable «programme de promotion sociale» au sens qu'a cette expression à la note marginale du par. 15(2). Je conclurais donc que le par. 15(2) ne soustrait pas le par. 146(1) à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*.

Je conclus que le par. 146(1) du *Code criminel* viole l'art. 15 de la *Charte*.

3. *Les violations des art. 7 et 15 sont-elles sauvegardées par l'article premier de la Charte?*

a) La violation de l'art. 7 est-elle sauvegardée par l'article premier de la Charte?

La question qui se pose est celle de savoir si, quoiqu'on puisse qualifier l'infraction définie au par. 146(1) d'infraction de responsabilité stricte ou absolue, cette disposition est «raisonnable» et si sa «justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

Ce critère exige que deux conditions soient réalisées: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Premièrement, l'objectif que vise la restriction doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Deuxièmement, si l'existence d'un tel objectif est établie, la partie qui invoque l'article premier doit démontrer que les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour conclure que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, la Cour doit être convaincue des trois choses suivantes:

1. Les mesures conçues pour atteindre l'objectif de la disposition législative doivent avoir un lien rationnel avec cet objectif;

2. the means used should impair as little as possible the right or freedom in question; and,

3. there must be proportionality between the effect of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right and the legislative objective of the limit on those rights. In effect, this involves balancing the invasion of rights guaranteed by the *Charter* against the objective to which the limitation of those rights is directed.

It is the objective of the limit which violates the *Charter* section rather than the goal of the provision as a whole which is the focus of the analysis under s. 1. Only that limit is at issue.

The limitation on the accused's rights under s. 7 here in issue is the absolute liability aspect of the offence created by s. 146(1). The question is whether the imposition of absolute liability effected by s. 146(1) of the *Criminal Code* is justified.

I now turn to the tests proposed in *R. v. Oakes*.

(i) *The Objective of the Proposed Limit*

The question is whether the objective of s. 146(1) is of sufficient importance that it is capable, provided the appropriate means are used, of overriding a *Charter* right.

Section 146(1) represents the Canadian equivalent of a provision which is known throughout the western democratic world. The offence has long been part of the criminal law of England which we in Canada inherited. It has survived innumerable constitutional challenges in the United States: see *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981), and authorities cited therein. It is not an exaggeration to say that the offence of "statutory rape", as it is commonly referred to, is embedded in our social consciousness.

These facts attest to the importance of the objective served by the offence. It has long been acknowledged that the imposition of absolute liability and the inequality inherent in the offence render it problematic. Yet the crime of statutory rape has been maintained. Legislatures have reaf-

2. le moyen utilisé doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question; et

3. il doit y avoir proportionnalité entre l'effet des mesures qui restreignent le droit garanti par la *Charte* et l'objectif législatif de la restriction apportée à ce droit. En réalité, il s'agit de chercher un équilibre entre l'atteinte aux droits garantis par la *Charte* et l'objectif que cette restriction des droits vise à réaliser.

C'est l'objectif de la restriction qui viole l'article de la *Charte* plutôt que l'objectif de la disposition dans son ensemble que vise l'analyse fondée sur l'article premier. Seule cette restriction est en cause.

La restriction des droits de l'accusé garantis par l'art. 7 en cause en l'espèce est le caractère de responsabilité absolue de l'infraction définie au par. 146(1). La question est de savoir si l'imposition d'une responsabilité absolue en vertu du par. 146(1) du *Code criminel* est justifiée.

J'aborderai maintenant les critères proposés dans l'arrêt *R. c. Oakes*.

(i) *L'objectif de la restriction proposée*

La question est celle de savoir si l'objectif du par. 146(1) est suffisamment important pour supprimer un droit garanti par la *Charte* si les moyens utilisés sont appropriés.

Le paragraphe 146(1) constitue l'équivalent au Canada d'une disposition connue dans toutes les sociétés démocratiques occidentales. Cette infraction fait partie depuis longtemps du droit criminel anglais dont le Canada a hérité. Elle a résisté à d'innombrables contestations constitutionnelles au États-Unis: voir *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981), et la jurisprudence qui y est mentionnée. Il n'est pas exagéré de dire que la notion connue communément sous le nom de «présomption légale de viol» est profondément ancrée dans notre conscience collective.

Ces faits montrent l'importance de l'objectif visé par cette infraction. Il est depuis longtemps reconnu que l'imposition d'une responsabilité absolue et l'inégalité qui est inhérente à l'infraction la rendent discutable. Même à cela, la notion de présomption légale de viol a été conservée; les

firmed it, and courts have repeatedly upheld it. One would not expect this to be so if the objectives of the section were not of great importance.

What then is the objective of s. 146(1)? It has two aspects. The first is the protection of female children from the harms which may result from premature sexual intercourse and pregnancy. The second is the protection of society from the impact of the social problems which sexual intercourse with children may produce.

I adhere to the view that I expressed in *R. v. Ferguson* that the protection of children from the evils of intercourse is multi-faceted and so obvious as not to require formal demonstration. Children merit this protection for three primary reasons. The first is the need to protect them from the consequences of pregnancies with which they are ill-equipped to deal from the physical, emotional and economic point of view. The second is the need to protect them from the grave physical and emotional harm which may result from sexual intercourse at such an early age. The third is the need to protect them from exploitation by those who might seek to use them for prostitution and related nefarious purposes.

Each of these reasons to protect children against premature sexual intercourse is reflected in corresponding social problems. Juvenile pregnancies adversely affect both family and society. It is society which bears the cost of abortions, society which often pays for the care of infant and mother. The physical and emotional trauma inflicted on children through premature sexual intercourse are reflected in increased medical and social costs and decreased productivity. Finally, juvenile prostitution is a notorious problem in many of our larger cities. We must not blind ourselves to the reality of drug addiction and virtual enslavement of young girls which all too often result from their prostitution. Section 146(1) and its equivalents in other countries are aimed at combatting such prostitu-

législateurs l'ont confirmée et les cours l'ont déclarée valide à maintes reprises. On ne s'attendrait pas à ce qu'il en soit ainsi si les objectifs de ce paragraphe n'avaient pas une grande importance.

<sup>a</sup> Quel est donc l'objectif du par. 146(1)? Il est double. Premièrement, il consiste à protéger les enfants de sexe féminin contre les maux que peuvent engendrer les rapports sexuels et les grossesses précoces. Deuxièmement, il consiste à protéger la société contre les conséquences des problèmes sociaux que peuvent engendrer les rapports sexuels avec des enfants.

<sup>c</sup> Je réitère l'avis que j'ai exprimé dans l'arrêt *R. v. Ferguson*, selon lequel la protection des enfants contre les conséquences funestes des rapports sexuels comporte plusieurs aspects et que sa nécessité est si évidente qu'il n'est pas nécessaire d'en faire la preuve formelle. Les enfants ont droit à cette protection pour trois raisons principales: la première raison tient à cette protection dont les enfants ont besoin contre les conséquences des grossesses auxquelles ils ne sont pas en mesure de faire face que ce soit du point de vue physique, émotif ou économique; la deuxième raison est le besoin de les protéger contre les effets physiques et émotifs nocifs que peuvent avoir des rapports sexuels à un âge aussi tendre; la troisième raison est le besoin de les protéger contre l'exploitation de la part de personnes qui pourraient vouloir s'en servir à des fins de prostitution ou à d'autres fins néfastes apparentées.

<sup>g</sup> Chacun de ces motifs de protéger les enfants contre les rapports sexuels précoces correspond à des problèmes sociaux particuliers. Les grossesses d'adolescentes ont des conséquences néfastes sur la famille et sur la société. C'est la société qui défraie le coût des avortements et c'est elle aussi qui défraie souvent les soins de la mère et de l'enfant. Le choc physique et émotif infligé aux enfants par les rapports sexuels précoces entraîne une augmentation des dépenses médicales et sociales et une diminution de la productivité. Enfin, la prostitution chez les jeunes constitue un problème bien connu dans plusieurs de nos grandes villes. Nous ne devons pas fermer les yeux sur la toxicomanie et le véritable esclavage qui caractérisent hélas trop souvent les jeunes filles qui se livrent à la

tion by prohibiting sexual activity with very young girls.

The effects of premature intercourse on young girls and on society in general have been well documented. One need only consult the judgments of the American courts upholding statutory rape provisions to gain an appreciation of the statistical data supporting the evils to which I have referred. They have also been recognized in Canada: see Law Reform Commission of Canada, Working Paper No. 22 (*Criminal Law: Sexual Offences*), at pp. 25-26.

I conclude that the objectives of s. 146(1) of the *Criminal Code* are of great importance—sufficient importance to justify overriding a constitutionally protected right.

(ii) *Are the Means Chosen to Effect the Objective Reasonable and Demonstrably Justified in a Free and Democratic Society?*

At this, the second stage of the inquiry under s. 1, the focus is on the nature of the limit imposed on *Charter* rights and its proportionality to the consequences of the infringement of the accused's right. The question is whether that limit can survive, given the importance of the objective of the legislation on the one hand, and the significance of the infringement of the *Charter* right on the other.

#### A. Rational Connection

In considering whether there is a rational connection between the limitation on a right and the legislation under consideration, the court may have regard to the intention of the Legislature as well as the actual effects of the legislation: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, *per* Beetz J., at p. 125.

Is there a rational connection between the imposition of strict liability and deterrence of men from intercourse with young girls? In my view, there is. Were the defence of reasonable belief available, a man could escape conviction simply by saying that

prostitution. Le paragraphe 146(1) et son pendant dans les autres pays visent à combattre cette prostitution en interdisant les rapports sexuels avec de très jeunes filles.

<sup>a</sup> Les effets des rapports sexuels précoces sur les jeunes filles et sur la société en général sont bien documentés. On n'a qu'à analyser les décisions des tribunaux américains qui ont déclaré valides les dispositions relatives à la présomption légale de viol pour comprendre les données statistiques invoquées comme preuve des maux dont j'ai parlé. Ils ont aussi été constatés au Canada: voir le document de travail n° 22 de la Commission de réforme du droit du Canada (*Droit pénal: infractions sexuelles*), aux pp. 26 et 27.

<sup>b</sup> Je conclus que l'objectif du par. 146(1) du *Code criminel* a une grande importance—assez d'importance pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution.

<sup>c</sup> (ii) *Les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont-ils raisonnables et leur justification peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?*

<sup>d</sup> Dans cette deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article premier, l'attention se porte sur la nature de la restriction imposée aux droits garantis par la *Charte* et sur la proportionnalité entre cette restriction et les conséquences de l'atteinte aux droits de l'accusé. Il s'agit de savoir si cette restriction peut être maintenue, compte tenu de l'importance de l'objectif de la disposition législative d'une part et de l'importance de l'atteinte au droit garanti par la *Charte* d'autre part.

#### A. Le lien rationnel

<sup>e</sup> Pour déterminer s'il existe un lien rationnel entre la restriction du droit et la disposition législative en cause, la cour peut tenir compte à la fois de l'intention du législateur et des effets réels de la disposition: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Beetz, à la p. 125.

<sup>f</sup> Existe-t-il un lien rationnel entre l'imposition d'une responsabilité stricte et la dissuasion des hommes d'avoir des rapports sexuels avec des jeunes filles? À mon avis, il y a en a un. S'il était possible d'invoquer la croyance raisonnable comme

he believed the girl to be older than fourteen. The defence of due diligence would require him to make enquiries to avoid conviction, but still leaves open the possibility that the girl may lie as to her age or even produce false identification, not an uncommon practice in the world of juvenile prostitution.

The imposition of strict liability eliminates these defences. In doing so, it effectively puts men who are contemplating intercourse with a girl who might be under fourteen years of age on guard. They know that if they have intercourse without being certain of the girl's age, they run the risk of conviction, and many conclude that they will not take the chance. That wisdom forms part of the substratum of consciousness with which young men grow up, as exemplified by terms such as "jail-bait". There can be no question but that the imposition of absolute liability in s. 146(1) has an additional deterrent effect.

That being the case, I am satisfied that the rational connection between the imposition of strict liability in s. 146(1) and its objective is established.

#### B. Degree of Impairment

The limit should impair the right or freedom "as little as possible": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*; *R. v. Oakes*, *supra*. The infringement would not extend beyond what is reasonably necessary to achieve the legislative objective. This is because a measure which infringes more than necessary is to that extent infringing a right without justification. That is inconsistent with s. 1 of the *Charter*.

In dealing with this point, I find it useful to ask whether there is another way the same objective could be achieved without infringement of the right or with a lesser infringement of the right. In the case of s. 146(1), the answer to this question must be negative for the reasons I discussed under

moyen de défense, quelqu'un pourrait se soustraire à la déclaration de culpabilité en disant simplement qu'il a cru que la jeune fille avait plus de quatorze ans. Le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable l'obligerait à se renseigner pour éviter d'être déclaré coupable, mais il laisse la possibilité que la jeune fille mente au sujet de son âge ou même qu'elle produise de fausses pièces d'identité, ce qui n'est pas rare dans le milieu de la prostitution chez les jeunes.

L'imposition d'une responsabilité stricte écarte la possibilité d'invoquer ces moyens de défense. Par le fait même, elle met en garde les hommes qui envisagent d'avoir des rapports sexuels avec une jeune fille qui pourrait avoir moins de quatorze ans. Ils savent que s'ils ont des rapports sexuels sans s'assurer de l'âge de la jeune fille, ils courent le risque d'être déclarés coupables et nombreux sont ceux qui ne prendront pas ce risque. Cette forme de sagesse fait partie du fond de conscience sociale qu'acquièrent les jeunes hommes en grandissant, comme l'indique l'expression «jail-bait». Il n'y a pas de doute que l'imposition d'une responsabilité absolue au par. 146(1) a un effet dissuasif supplémentaire.

Dans ces conditions, je suis convaincue que l'existence d'un lien rationnel entre l'imposition d'une responsabilité stricte au par. 146(1) et son objectif est prouvée.

#### B. Le degré d'atteinte

La restriction doit porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* et *R. c. Oakes*, précités. La violation ne doit pas aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour réaliser l'objectif de la disposition législative. Il en est de même parce qu'une mesure qui porte atteinte plus qu'il n'est nécessaire à un droit y porte ainsi atteinte sans justification. Cela est incompatible avec l'article premier de la *Charte*.

Dans cette analyse, je trouve utile de me demander s'il existe un autre moyen de réaliser le même objectif sans porter atteinte à ce droit ou en y portant moins atteinte. Dans le cas du par. 146(1), la réponse à cette question doit être négative pour les motifs que j'ai déjà mentionnés à l'alinéa A.

A. Rational Connection. The only way of avoiding or diminishing the infringement of the accused's right not to be convicted in the absence of a guilty mind would be by introducing a defence of due diligence or reasonable belief. Neither of those alternatives provides as effective a deterrent as removal of all defences based on the accused's lack of knowledge of the victim's age.

I conclude that the objective achieved by s. 146(1) could not be achieved with a lesser infringement of the right.

I cannot leave this aspect of the analysis without adverting to the fact that Parliament has repealed s. 146(1) and adopted a provision allowing the defence of due diligence. In my opinion, the fact that Parliament has chosen to do this does not establish that the objectives of s. 146(1) can be accomplished with a lesser infringement of the accused's rights. An equally viable explanation is that Parliament has chosen, for whatever reasons, to reduce its objective.

To say that the minimum impairment test is not met because Parliament has replaced s. 146(1) with a less stringent provision amounts to saying that the s. 1 test is not met whenever, rightly or wrongly, Parliament has concluded that an impugned provision should be revoked. Such an approach to minimum impairment would be dangerous. The logic upon which it rests would throw into question any provision which was not universally present in comparable free and democratic societies. More importantly, the relationship between even closely-related legislative provisions and legislative objectives may be complex and subtle. The reasons for legislative compromises may be diverse. The fact that Parliament may at one point decide against an absolute liability statutory rape law does not automatically negate its earlier judgment that problems of enforceability justified absolute liability. To so hold would be to

ci-dessus intitulé Le lien rationnel. Le seul moyen d'éviter ou de diminuer l'atteinte au droit de l'accusé de ne pas être déclaré coupable en l'absence d'intention coupable serait d'autoriser le recours à un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable ou sur la croyance raisonnable. Aucune de ces solutions ne fournit de moyen de dissuasion aussi efficace que le retrait de tous les moyens de défense fondés sur l'ignorance par l'accusé de l'âge de la victime.

Je conclus que l'objectif du par. 146(1) n'aurait pas pu être réalisé par une atteinte moins grande au droit en question.

Je ne puis terminer cette partie de l'analyse sans mentionner l'abrogation par le Parlement du par. 146(1) et l'adoption d'une disposition qui permet d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. À mon avis, le fait que le Parlement ait choisi d'agir ainsi ne signifie pas qu'il est possible de réaliser l'objectif du par. 146(1) par une atteinte moins grande aux droits de l'accusé. Une explication tout aussi valable est que le Parlement a choisi, pour une raison quelconque, de réduire son objectif.

Affirmer que le critère de l'atteinte minimale n'est pas respecté parce que le Parlement a remplacé le par. 146(1) par une disposition moins stricte revient à dire que le critère de l'article premier n'est pas respecté dans tous les cas où le Parlement a, à tort ou à raison, conclu qu'une disposition contestée devait être abrogée. Une telle conception de l'atteinte minimale serait dangereuse. La logique sur laquelle elle se fonde contribuerait à mettre en cause toute disposition qui ne se retrouve pas dans toutes les sociétés libres et démocratiques comparables. Qui plus est, les rapports qui existent entre des dispositions législatives et des objectifs législatifs connexes peuvent être complexes et subtils. Les motifs pour lesquels le législateur adopte un compromis peuvent varier. Le fait que le Parlement puisse à un moment donné décider de ne plus imposer une responsabilité absolue en matière de viol n'invalide pas forcément sa décision antérieure selon laquelle les problèmes d'application de la loi justifiaient la responsabilité absolue. Penser de la sorte reviendrait à renoncer à la fonction judiciaire de recher-

abdicate the judicial function of balancing under s. 1 of the *Charter*.

C. Proportionality Between the Effect of the Limit and the Objective

We arrive at the point where we must weigh the impact of the infringement of the accused's constitutional right against the importance of what is achieved by the legislation. In the case at bar, what hangs in the balance is the public and private interest in protecting very young girls from intercourse on the one hand, and on the other the right of a person charged with an offence not to be convicted if he did not intend to commit the offence.

In the abstract, both considerations are of high importance. The principle that a person should not be convicted unless he has some degree of *mens rea* is fundamental to our criminal law. The degree of *mens rea* may vary from actual intention to recklessness or an absence of due diligence depending on the severity of the offence and the punishment, but it is essential that it be present: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*; *R. v. Vaillancourt, supra*. Our society will not lightly tolerate deviation from this principle.

The question in the case at bar is whether deviation from the principle which requires *mens rea* can ever be tolerated in our society. The submission put before us was essentially that in no case could a measure which violated the requirement for *mens rea* be justified under s. 1 of the *Charter*. A measure which violates the fundamental principles of justice under s. 7, and particularly as important a principle as the necessity for *mens rea*, can never, it is submitted, be "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society."

I cannot accept this submission. My reasons relate to general principles of construction as well as practical implications which such an approach would have for construction of the *Charter*.

che d'un équilibre en vertu de l'article premier de la *Charte*.

C. La proportionnalité entre l'effet de la restriction et l'objectif poursuivi

Nous arrivons au moment où il nous faut évaluer les conséquences de l'atteinte au droit garanti à l'accusé par la Constitution en fonction de l'importance de l'objectif réalisé par la disposition législative. En l'espèce, il s'agit de peser l'intérêt public et privé de protéger de très jeunes filles contre des rapports sexuels d'une part et le droit d'une personne accusée d'une infraction de ne pas être déclarée coupable si elle n'a pas eu l'intention de commettre cette infraction d'autre part.

Dans l'abstrait, les deux facteurs ont beaucoup d'importance. Le principe voulant qu'une personne ne puisse être déclarée coupable à moins d'avoir un certain degré de *mens rea* est fondamental dans notre droit criminel. Le degré de *mens rea* peut aller de l'intention réelle de commettre l'acte, à l'insouciance ou à l'absence de diligence raisonnable, selon la gravité de l'infraction et de la peine, mais il est essentiel que cet élément soit présent: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B. et R. c. Vaillancourt, précités*. Notre société ne souffrira pas facilement qu'on s'écarte de ce principe.

La question que l'espèce soulève est de savoir si la société pourra jamais tolérer qu'il y ait des exceptions au principe qui exige la *mens rea*. On a, pour l'essentiel, soutenu devant nous qu'une mesure qui viole l'exigence de *mens rea* ne peut jamais se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Une mesure qui viole les principes de justice fondamentale consacrés par l'art. 7, et surtout un principe aussi important que celui de la nécessité de la *mens rea*, nous a-t-on dit, ne peut jamais être «raisonnable» et sa «justification [ne peut jamais] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

Je n'accepte pas cet argument. Mes motifs à cet égard se rattachent aux principes généraux d'interprétation tout autant qu'aux conséquences pratiques qu'une telle méthode aurait sur l'interprétation de la *Charte*.

As a matter of construction, to hold that s. 1 can never as a matter of law be applicable to *Charter* rights falling within certain categories is to rewrite the *Charter*. The framers of the *Charter* expressly subjected all the rights and freedoms which it guarantees to the override of s. 1. It is not for the courts to alter this by developing categories of rights which are immune from scrutiny under s. 1.

On a more practical level, I think it would be an error, at this early time in our experience with the *Charter*, to foreclose the possibility that cases may arise in which even the most sacred of our rights may be required to yield to considerations raised under s. 1 of the *Charter*.

The philosophy upon which the *Charter* rests is that the fundamental rights which it enshrines should be subject to scrutiny under s. 1. It may be difficult to establish the conditions necessary to override them, but that does not mean that they should not be examined. Constitutional jurisprudence here and in the United States has shown the impracticability of treating rights as abstract absolutes. The framers of our *Charter* recognized this and provided that laws in conflict with fundamental rights should be scrutinized under s. 1. What is really at stake in determining the scope and priority of constitutional rights are conflicting values and interests. Such values and interests are best dealt with under s. 1 of the *Charter*, which permits a contextual analysis in which the effect of permitting one interest to prevail over the other may be considered in the matrix of the facts and social situation in which the rights are situated: see Wilson J., *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

I therefore proceed on the premise that important as the right not to be convicted in the absence of *mens rea* is, one must nevertheless proceed to s. 1 of the *Charter* to determine if s. 146(1) can be

Sur le plan de l'interprétation, soutenir qu'en droit l'article premier ne peut jamais s'appliquer à certaines catégories de droits garantis par la *Charte* reviendrait à reformuler cette dernière. Les auteurs de la *Charte* ont expressément assujéti tous les droits et libertés qu'elle garantit à l'exception de l'article premier. Il n'appartient pas aux tribunaux de modifier ce texte en établissant des catégories de droits qui échapperaient à l'analyse prévue à l'article premier.

Sur un plan plus pratique, je crois que ce serait une erreur que d'écarter, à une étape aussi précoce de notre expérience de la *Charte*, la possibilité qu'il existe des cas où même nos droits les plus sacrés doivent céder le pas à des considérations soulevées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La philosophie qui sous-tend la *Charte* veut que les droits fondamentaux que celle-ci garantit soient soumis à l'analyse prévue à l'article premier. Il est peut-être difficile de déterminer les conditions nécessaires pour supprimer ces droits, mais cela ne signifie pas qu'ils ne devraient pas faire l'objet d'un examen. Notre jurisprudence constitutionnelle et celle des États-Unis a révélé l'impossibilité pratique de considérer les droits comme absolus dans l'abstrait. Les rédacteurs de notre *Charte* l'ont reconnu et ont prévu que les dispositions législatives incompatibles avec les droits fondamentaux doivent faire l'objet d'un examen fondé sur l'article premier. Ce qui est véritablement en jeu au moment de déterminer la portée et la priorité des droits constitutionnels ce sont des droits et des valeurs opposés. Il est préférable d'analyser ces droits et ces valeurs en vertu de l'article premier de la *Charte*, qui permet une analyse du contexte dans laquelle on peut évaluer l'effet produit si on laisse un intérêt l'emporter sur un autre, en fonction de l'ensemble des faits et de la situation sociale où ces droits s'appliquent: voir les motifs rédigés par le juge Wilson de notre Cour dans l'affaire *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Je me fonde donc sur la prémisse que, quelle que soit l'importance du droit de ne pas être déclaré coupable en l'absence de *mens rea*, il faut néanmoins procéder à l'analyse prévue à l'article pre-



saved as a reasonable measure justified in a free and democratic society.

The first point is that many societies which we would regard as free and democratic, such as England and the United States, consider the offence of statutory rape to be both reasonable and justifiable notwithstanding its elimination of *mens rea*.

Several reasons may be suggested for this position. The first and most important is that there is no equally effective way of dealing with the problem of intercourse with young girls. For the reasons suggested earlier, offences permitting a defence of due diligence or reasonable belief as to age are predictably less effective in deterring intercourse with young girls than is an absolute liability offence.

The second is that the elimination of *mens rea* from s. 146(1) of the *Criminal Code* may be viewed as less offensive than, for example, the elimination of *mens rea* from the offence of murder. The age of a young girl with whom one is contemplating intercourse is unlikely to be a matter to which a man fails entirely to address his attention. He must have some impression as to her age, and must from his experience have some idea of how far wrong he is likely to be in this impression; his conduct may be presumed to be predicated on a range of accuracy. A girl of thirteen may appear to be older, but there are limits as to how much older. Cases in which the accused does not at least advert to the possibility (or wilfully shuts his eyes to the possibility) that a girl actually under fourteen might be that age, may be surmised to be infrequent.

Although one may postulate the case of a "morally blameless" person being convicted under s. 146(1), however rare that case may be, one must also remember that all that a person need do to

mier de la *Charte* pour savoir si le par. 146(1) peut être sauvegardé comme mesure raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

<sup>a</sup> Le premier argument est celui que de nombreuses sociétés que nous jugeons libres et démocratiques, comme l'Angleterre et les États-Unis, estiment que la notion de présomption légale de viol est raisonnable et peut se justifier même si elle élimine la *mens rea*.

<sup>b</sup> On peut trouver plusieurs justifications à cette prise de position. La première et la plus importante tient à ce qu'il n'existe pas de moyen aussi efficace de faire face au problème des rapports sexuels avec des jeunes filles. Pour les motifs que j'ai déjà proposés, il faut s'attendre à ce que les infractions qui permettent d'invoquer les moyens de défense de diligence raisonnable ou de croyance raisonnable quant à l'âge soient moins efficaces pour dissuader d'avoir des rapports sexuels avec des jeunes filles qu'une infraction de responsabilité absolue.

<sup>c</sup> La deuxième raison tient à ce que l'élimination de la *mens rea* au par. 146(1) du *Code criminel* peut être considérée comme beaucoup moins offensante que, par exemple, l'élimination de la *mens rea* dans le cas de l'infraction de meurtre. Il est peu vraisemblable que l'âge de la jeune fille avec laquelle un homme a l'intention d'avoir des rapports sexuels échappe totalement à son attention. Il a certainement une idée de l'âge de la jeune fille et il doit, grâce à son expérience, avoir une idée de la mesure dans laquelle cette impression peut être erronée; on peut présumer qu'il règle sa conduite en fonction d'une certaine marge d'erreur. Une fillette de treize ans peut paraître plus âgée, mais il y a une limite quant à la différence d'âge. On peut présumer qu'il arrivera rarement que l'accusé n'ait pas au moins envisagé la possibilité qu'une jeune fille ait été âgée de moins de quatorze ans, alors qu'elle avait effectivement moins de quatorze ans (ou qu'il n'ait pas volontairement fermé les yeux sur cette possibilité).

<sup>d</sup> Même en supposant qu'il arrive qu'une personne «moralement innocente» soit déclarée coupable en vertu du par. 146(1) et aussi rare que cela puisse être, il faut se rappeler que pour éviter ce risque

avoid the risk of this happening is to refrain from having sex with girls of less than adult age unless he knows for certain that they are over fourteen. Viewed thus, the infringement on the freedom imposed by s. 146(1) of the *Criminal Code* does not appear unduly draconian, considering the great harms to which the section is directed.

Finally, a person convicted under s. 146(1) faces no mandatory minimum sentence. While the accused may be convicted in the absence of knowledge that the victim was under fourteen, his lack of culpability may be expected to be reflected in his sentence. While this is not an ameliorating factor in determining whether absolute liability offends s. 7, it cannot be ruled out as a relevant consideration in deciding whether the aspect of absolute liability in s. 146(1) is saved under s. 1 of the *Charter*.

These considerations, while they do not negate the absolute liability imposed by s. 146(1), suggest that it may be more easily defended under s. 1 of the *Charter* than other offences involving no *mens rea*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, the offence was complete even though the offender did not know that his or her licence had been suspended. There was no reason to consider the validity of one's licence before driving, in the way one is likely to consider the age of the girl with whom one is contemplating sexual intercourse. It is arguably easier to avoid the possibility of infringing s. 146(1) by avoiding sex with girls of whose age one is not certain than to avoid the possibility of liability under the British Columbia *Motor Vehicle Act* by refraining from driving, in circumstances where one has no reason to suppose one should not drive. Finally and most importantly, in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and in *Vaillancourt* the accused was faced with a minimum sentence; once convicted, imprisonment was certain. In the case of s. 146(1), that is not so; if the court is persuaded that the accused was truly morally blameless, he

une personne n'a qu'à s'abstenir d'avoir des rapports sexuels avec des filles qui ne sont pas adultes à moins d'être assurée qu'elles ont plus de quatorze ans. Vu de cette façon, l'atteinte à la liberté qui découle du par. 146(1) du *Code criminel* ne paraît pas indûment sévère, compte tenu des grands maux auxquels cette disposition vise à remédier.

Enfin, une personne déclarée coupable en vertu du par. 146(1) n'est passible d'aucune peine minimale obligatoire. Même si un accusé peut être déclaré coupable alors qu'il ne savait pas que la victime était âgée de moins de quatorze ans, on peut s'attendre à ce que sa peine traduise son absence de culpabilité. Même si ce n'est pas un facteur justificatif pour déterminer si la responsabilité absolue contrevient à l'art. 7, on ne saurait prétendre qu'il ne s'agit pas d'un facteur pertinent pour déterminer si l'aspect de la responsabilité absolue au par. 146(1) est sauvé par l'article premier de la *Charte*.

Même si elles n'écartent pas la responsabilité absolue imposée en vertu du par. 146(1), ces considérations indiquent que le paragraphe est peut-être plus facile à justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* que certaines autres dispositions créant des infractions qui n'exigent pas de *mens rea*. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, l'infraction était complète même si le contrevenant ignorait que son permis avait été suspendu. Il n'y avait pas de motif de vérifier la validité du permis avant de conduire, comme il est vraisemblable que quelqu'un vérifie l'âge d'une personne de sexe féminin avec laquelle il se propose d'avoir des rapports sexuels. On peut soutenir qu'il est plus facile d'éviter de contrevenir au par. 146(1) en évitant d'avoir des rapports sexuels avec des filles dont on ne connaît pas l'âge de façon certaine qu'il est d'éviter la responsabilité prévue à la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique en s'abstenant de conduire quand on n'a pas de raison de penser qu'on ne devrait pas conduire. Enfin, qui plus est, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l'arrêt *Vaillancourt*, l'accusé était passible d'une peine minimale; une peine d'emprisonnement était assurée en cas de déclaration de culpabilité. Dans le cas du par. 146(1), il n'en est pas ainsi; si la cour est convaincue que

may be set free: see s. 663 (now s. 737) of the *Criminal Code*.

For these reasons, I am of the view that s. 146(1) can be distinguished from *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* in the application of s. 1 of the *Charter*. The actual effect of the absence of *mens rea* in s. 146(1) is much less serious than it may be in other cases.

I need not reiterate the seriousness of the problems addressed by s. 146(1) of the *Criminal Code*, nor the arguments suggesting there is no alternative way of dealing with them as effectively as by a provision which leaves no defence based on ignorance of age of the victim. These considerations, coupled with the fact that the lack of *mens rea* in s. 146(1) is less intrusive of the accused's rights than is the case in other absolute liability offences, lead me to conclude that the intrusion on the accused's right not to be convicted in the absence of a guilty mind represented by s. 146(1) is reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society.

I am reinforced in this view by the fact that provisions similar to s. 146(1) are in force in many other free and democratic societies.

(b) Is the Breach of s. 15 Saved by s. 1 of the Charter?

In my opinion, the violation of s. 15 of the *Charter* represented by s. 146(1) of the *Criminal Code* is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society and thus saved under s. 1 of the *Charter*.

I need not expatiate further on the objective of s. 146(1); it is clearly capable of overriding other *Charter* rights, provided the means used are appropriate and proportionate. The rational link between the objective and the measure and impairment to a minimum degree are likewise established. The only question is whether the

l'accusé est vraiment moralement innocent, elle peut le libérer: voir l'art. 663 (devenu l'art. 737) du *Code criminel*.

<sup>a</sup> Pour ces motifs, je suis d'avis que le cas du par. 146(1) peut se distinguer de ceux du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et de l'arrêt *Vaillancourt* relativement à l'application de l'article premier de la *Charte*. L'effet véritable de l'absence de *mens rea* au par. 146(1) est beaucoup moins grave qu'il peut l'être dans d'autres cas.

<sup>c</sup> Je n'ai pas besoin d'insister sur la gravité des problèmes que le par. 146(1) du *Code criminel* cherche à enrayer, ni sur l'argument voulant qu'il n'y ait pas d'autre solution aussi efficace que celle d'écarter la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'ignorance de l'âge de la victime. Ces considérations, conjuguées au fait que l'absence de *mens rea* au par. 146(1) porte moins atteinte aux droits de l'accusé qu'elle ne le fait dans le cas d'autres infractions de responsabilité absolue, m'amènent à conclure que l'empiètement sur le droit d'un accusé de ne pas être déclaré coupable en l'absence d'intention coupable qui résulte du par. 146(1) est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

<sup>f</sup> Mon point de vue est renforcé par le fait que des dispositions semblables au par. 146(1) sont en vigueur dans plusieurs autres sociétés libres et démocratiques.

<sup>g</sup> b) La violation de l'art. 15 est-elle sauvegardée par l'article premier de la Charte?

<sup>h</sup> À mon avis, la violation de l'art. 15 de la *Charte* qu'entraîne le par. 146(1) du *Code criminel* est raisonnable et sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, et cette disposition est donc sauvegardée par l'article premier de la *Charte*.

<sup>i</sup> Je n'ai pas besoin de m'étendre plus longuement sur l'objectif du par. 146(1); il est manifestement susceptible d'écarter d'autres droits garantis par la *Charte*, pourvu que les moyens utilisés soient appropriés et proportionnés. Le lien rationnel entre l'objectif et la mesure de même que le caractère minimal de l'empiètement sont établis. La seule

infringement of s. 15 is justified, given the objectives of s. 146(1).

question qui reste à déterminer est de savoir si la violation de l'art. 15 est justifiée, compte tenu des objectifs du par. 146(1).

a

I am satisfied that the means represented by s. 146(1) are proportionate and justified when weighed against the seriousness of the infringement of the rights of equality of accused persons and victims under s. 15 of the *Charter*. The singling out of males as the only offenders is justified given the fact that only males can cause pregnancies, one of the chief evils addressed by s. 146(1). The protection of female children to the exclusion of male children may be justified on the same ground; only females are likely to become pregnant. On this ground, a majority of the Supreme Court of the United States had no difficulty in upholding a statutory rape law applying to females under eighteen which was challenged on equal protection grounds: *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, *supra*. Moreover, while adult females may prey on males under the age of fourteen, the gravamen of the problem of intercourse with young juveniles involves intercourse by men with young girls. The argument that it is unjust to blame only the male for sexual activity of a female under fourteen is met by enforceability considerations. As pointed out in the *Sonoma County* case, at p. 473, if both parties were criminally liable, no one would ever come forward with a complaint, for fear of prosecution. Moreover, under the terms of the legislation (see former s. 147), the accused must be older than the complainant. In practice, he is usually considerably older. In these circumstances it is not irrational to attribute responsibility to him for the sexual intercourse having taken place. The law cannot be said to err in holding an older male responsible for the situation given that a child of thirteen or younger cannot be presumed to meaningfully consent to intercourse.

Je suis convaincue que le moyen que constitue le par. 146(1) est proportionné et justifié eu égard à la gravité de la violation des droits à l'égalité dont jouissent les accusés et les victimes en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. La différenciation des personnes de sexe masculin comme seuls contrevenants se justifie par le fait que seules les personnes de sexe masculin peuvent causer des grossesses, qui sont l'un des maux principaux auxquels le par. 146(1) cherche à remédier. La protection des enfants de sexe féminin, à l'exclusion de ceux de sexe masculin, peut se justifier par le même motif: seules les personnes de sexe féminin peuvent devenir enceintes. Pour ce motif, la Cour suprême des États-Unis, à la majorité, n'a pas hésité à confirmer la validité d'une disposition de présomption légale de viol pour les personnes de sexe féminin de moins de dix-huit ans, laquelle disposition était contestée en vertu du principe d'égalité de protection de la loi: *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, précité. De plus, même si des femmes adultes peuvent s'en prendre à des garçons de moins de quatorze ans, le fond du problème des rapports sexuels avec des adolescents tient aux rapports sexuels d'hommes avec des jeunes filles. Des considérations touchant l'application de la loi justifient le rejet de l'argument qu'il est injuste de ne blâmer que l'homme pour les activités sexuelles d'une jeune fille de moins de quatorze ans. Comme on le signale dans l'arrêt *Sonoma County*, à la p. 473, si les deux parties étaient criminellement responsables, personne ne porterait plainte par crainte d'être poursuivi. De plus, en vertu des dispositions de la loi, (voir l'ancien art. 147), l'accusé doit être plus âgé que la plaignante. En pratique, il est habituellement beaucoup plus âgé. Dans ces circonstances, il n'est pas illogique de lui imputer la responsabilité des rapports sexuels qui ont eu lieu. On ne peut soutenir que la loi a tort d'imputer à l'homme plus âgé la responsabilité d'un état de choses puisqu'on ne peut pas présumer qu'une enfant de treize ans ou moins a consenti valablement à avoir des rapports sexuels.

j

Conclusion

I conclude that s. 146(1) of the *Criminal Code*, while it violates ss. 7 and 15 of the *Charter*, is a reasonable measure demonstrably justified in a free and democratic society.

I would dismiss the appeals in both cases.

*Appeals allowed, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Hess: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the appellant Nguyen: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Gregory J. Fitch, Toronto; the Attorney General for the Province of Manitoba, Winnipeg.*

Conclusion

J'arrive à la conclusion que, même s'il viole les art. 7 et 15 de la *Charte*, le par. 146(1) du *Code criminel* est une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Je suis d'avis de rejeter les deux pourvois.

*Pourvois accueillis, les juges GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant Hess: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'appelant Nguyen: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimée: Gregory J. Fitch, Toronto; le procureur général de la province du Manitoba, Winnipeg.*