

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^{os} du greffe: 20809, 21392.

c

1990: 1^{er} 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.
- ^a 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.
- ^c 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.
- ^d 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.

^h *Henry S. Brown*, pour l'appellant Hess.

Stanley Nozick, pour l'appellant Nguyen.

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

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

^j 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:

^a 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*.

^c 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).

^d 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:

^f 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.]

^j 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^e 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