



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Canada (Procureur général) c. Bedford, 2013 CSC 72 **DATE** : 20131220
DOSSIER : 34788

ENTRE :

Procureur général du Canada
Appelant/Intimé au pourvoi incident
et
Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch et Valerie Scott
Intimées/Appelantes au pourvoi incident

ET ENTRE :

Procureur général de l'Ontario
Appelant/Intimé au pourvoi incident
et
Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch et Valerie Scott
Intimées/Appelantes au pourvoi incident

- et -

Procureur général du Québec, Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, PACE Society, Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Alliance évangélique du Canada, Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel, Vancouver Rape Relief Society, Alliance des chrétiens en droit, Ligue catholique des droits de l'homme, REAL Women of Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Institut Simone de Beauvoir, AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner

MOTIFS DE JUGEMENT : La juge en chef McLachlin (avec l'accord des juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner)
(par. 1 à 169)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BEDFORD

Procureur général du Canada

Appelant/Intimé au pourvoi incident

c.

**Terri Jean Bedford,
Amy Lebovitch et
Valerie Scott**

Intimées/Appelantes au pourvoi incident

- et -

Procureur général de l'Ontario

Appelant/Intimé au pourvoi incident

c.

**Terri Jean Bedford,
Amy Lebovitch et
Valerie Scott**

Intimées/Appelantes au pourvoi incident

et

**Procureur général du Québec,
Pivot Legal Society,
Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society,
PACE Society,
Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida,
Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique,
Alliance évangélique du Canada,
Réseau juridique canadien VIH/sida,
British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS,**

**HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,
Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel,
Association des femmes autochtones du Canada,
Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry,
Action ontarienne contre la violence faite aux femmes,
Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle,
Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à
caractère sexuel, Vancouver Rape Relief Society,
Alliance des chrétiens en droit, Ligue catholique des droits de l'homme,
REAL Women of Canada,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Institut Simone de Beauvoir,
AWCEP Asian Women for Equality Society,
exerçant ses activités sous le nom Asian Women
Coalition Ending Prostitution et
Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.**

Intervenants

Répertoire : Canada (Procureur général) c. Bedford

2013 CSC 72

N° du greffé : 34788.

2013 : 13 juin; 2013 : 20 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la sécurité de la
personne — Liberté d'expression — Droit criminel — Prostitution — Maisons de*

débauche — Proxénétisme — Communiquer en public à des fins de prostitution — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — Allégation selon laquelle ces dispositions portent atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 en empêchant les prostituées de prendre des mesures susceptibles de les protéger contre la violence de certains clients — Allégation supplémentaire suivant laquelle l'interdiction de communiquer en public porte atteinte à la liberté d'expression garantie aux prostituées — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1), 210, 212(1)j), 213(1)c).

Tribunaux — Décisions — Stare decisis — Norme de contrôle — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — À quelles conditions un juge de première instance peut-il réexaminer les conclusions de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la prostitution selon lesquelles les interdictions visant les maisons de débauche et la communication sont valides — Degré de déférence que commandent les conclusions du juge de première instance sur des faits sociaux ou législatifs.

B, L et S — trois prostituées ou ex-prostituées — ont sollicité un jugement déclarant que trois dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui criminalisent diverses activités liées à la prostitution, portent atteinte au droit que

leur garantit l'art. 7 de la *Charte* : l'art. 210 crée l'acte criminel de tenir une maison de débauche ou de s'y trouver; l'al. 212(1)*j*) interdit de vivre des produits de la prostitution d'autrui; l'al. 213(1)*c*) interdit la communication en public à des fins de prostitution. Elles font valoir que ces restrictions apportées à la prostitution compromettent la sécurité et la vie des prostituées en ce qu'elles les empêchent de prendre certaines mesures de protection contre les actes de violence, telles l'embauche d'un garde ou l'évaluation préalable du client. Elles ajoutent que l'al. 213(1)*c*) porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* et qu'aucune des dispositions n'est sauvegardée par l'article premier.

La Cour supérieure de Justice de l'Ontario a fait droit à la demande et déclaré, sans effet suspensif, que chacune des dispositions contestées du *Code criminel* porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* et ne peut être sauvegardée par application de l'article premier. La Cour d'appel de l'Ontario a convenu de l'inconstitutionnalité de l'art. 210 et radié le mot « prostitution » de la définition de « maison de débauche » applicable à cette disposition, mais elle a suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pendant 12 mois. Elle a statué que l'al. 212(1)*j*) constitue une atteinte injustifiable au droit garanti à l'art. 7 et ordonné d'interpréter la disposition de manière que l'interdiction vise seulement les personnes qui vivent de la prostitution d'autrui « dans des situations d'exploitation », comme si ces mots y étaient employés. Elle a par ailleurs estimé que l'interdiction de communiquer prévue à l'al. 213(1)*c*) n'est attentatoire ni à la liberté garantie par l'al.2*b*), ni à au droit que consacre l'art. 7. Les procureurs généraux se pourvoient

contre la déclaration d'inconstitutionnalité de l'art. 210 et de l'al. 212(1j) du *Code*. B, L et S se pourvoient de manière incidente relativement à la constitutionnalité de l'al. 213(1c) et à la mesure prise pour remédier à l'inconstitutionnalité de l'art. 210.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés, et le pourvoi incident est accueilli. L'article 210 et les al. 212(1j) et 213(1c) du *Code criminel* sont déclarés incompatibles avec la *Charte*. L'effet de la déclaration d'invalidité est suspendu pendant un an.

Les trois dispositions contestées, qui visent principalement à empêcher les nuisances publiques et l'exploitation des prostituées, ne résistent pas au contrôle constitutionnel. Elles portent atteinte au droit à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit aux prostituées, et ce, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Point n'est besoin de déterminer si notre Cour devrait rompre avec la conclusion qu'elle a tirée dans le *Renvoi sur la prostitution*, à savoir que l'al. 213(1c) ne porte pas atteinte à la liberté garantie à l'al. 2b), ou la réexaminer, puisqu'il est possible de trancher en l'espèce sur le fondement du seul art. 7.

La règle du *stare decisis* issue de la common law est subordonnée à la Constitution et ne saurait avoir pour effet d'obliger un tribunal à valider une loi inconstitutionnelle. Une juridiction inférieure ne peut toutefois pas faire abstraction d'un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu'il s'agit d'en justifier le réexamen. Les conditions sont réunies lorsqu'une nouvelle question de droit se pose ou qu'il y a modification importante de la situation ou de la preuve. En l'espèce, la

juge de première instance pouvait trancher la question nouvelle de savoir si les dispositions en cause portent atteinte ou non au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 car, dans le *Renvoi sur la prostitution*, les juges majoritaires de la Cour statuent uniquement en fonction du droit à la liberté physique de la personne garanti par l'art. 7. Qui plus est, dans le *Renvoi sur la prostitution*, les principes de justice fondamentale sont examinés sous l'angle de l'imprécision de la criminalisation indirecte et de l'acceptabilité de celle-ci. En l'espèce, ce sont le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné qui sont allégués, des notions qui ont en grande partie vu le jour au cours des vingt dernières années. La juge de première instance n'était cependant pas admise à trancher la question de savoir si la disposition sur la communication constitue une limitation justifiée de la liberté d'expression. Notre Cour s'était prononcée sur ce point dans le *Renvoi sur la prostitution*, et la juge était liée par cette décision.

Les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs commandent la déférence. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait — qu'elles portent sur les faits en litige, des faits sociaux ou des faits législatifs — demeure celle de l'erreur manifeste et dominante.

Les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur la sécurité des prostituées et mettent donc en jeu le droit garanti à l'art. 7. La norme qui convient est celle du « lien de causalité suffisant », appliquée avec souplesse, celle retenue à juste titre par la juge de première instance. Les interdictions augmentent toutes les risques

auxquels s'exposent les demanderessees lorsqu'elles se livrent à la prostitution, une activité qui est en soi légale. Elles ne font pas qu'encadrer la pratique de la prostitution. Elles franchissent un pas supplémentaire déterminant par l'imposition de conditions *dangereuses* à la pratique de la prostitution : elles empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection. Le lien de causalité n'est pas rendu inexistant par les actes de tiers (clients et proxénètes) ou le prétendu choix des intéressées de se prostituer. Bien que certaines prostituées puissent correspondre au profil de celle qui choisit librement de se livrer à l'activité économique risquée qu'est la prostitution (ou qui a un jour fait ce choix), de nombreuses prostituées n'ont pas vraiment d'autre solution que la prostitution. De plus, le fait que le comportement des proxénètes et des clients soit la source immédiate des préjudices subis par les prostituées ne change rien. La violence d'un client ne diminue en rien la responsabilité de l'État qui rend une prostituée plus vulnérable à cette violence.

Les demanderessees ont également établi que l'atteinte à leur droit à la sécurité n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, lesquels sont censés intégrer les valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel. Dans la présente affaire, les valeurs fondamentales qui nous intéressent s'opposent à l'arbitraire (*absence de lien* entre l'effet de la loi et son objet), à la portée excessive (la disposition va trop loin et empiète sur quelque comportement sans lien avec son objectif) et à la disproportion totale (l'effet de la disposition est totalement disproportionné à l'objectif de l'État). Il s'agit de trois notions distinctes, mais la

portée excessive est liée au caractère arbitraire en ce que l'absence de lien entre l'effet de la disposition et son objectif est commune aux deux. Les trois notions supposent de comparer l'atteinte aux droits qui découle de la loi avec l'objectif de la loi, et non avec son efficacité; elles ne s'intéressent pas à la réalisation de l'objectif législatif ou au pourcentage de la population qui bénéficie de l'application de la loi ou qui en pâtit. L'analyse se veut qualitative, et non quantitative. La question que commande l'art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement mauvaise prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

Si l'on applique ces notions aux dispositions contestées, l'effet préjudiciable de l'interdiction des maisons de débauche (art. 210) sur le droit à la sécurité des demandresses est totalement disproportionné à l'objectif de prévenir les nuisances publiques. Les préjudices subis par les prostituées selon les juridictions inférieures (p. ex. le fait de ne pouvoir travailler dans un lieu fixe, sûr et situé à l'intérieur, ni avoir recours à un refuge sûr) sont totalement disproportionnés à l'objectif de réprimer le désordre public. Le législateur a le pouvoir de réprimer les nuisances, mais pas au prix de la santé, de la sécurité et de la vie des prostituées. L'interdiction faite à l'al. 212(1)*j*) de vivre des produits de la prostitution d'autrui vise à réprimer le proxénétisme, ainsi que le parasitisme et l'exploitation qui y sont associés. Or, la disposition vise toute personne qui vit des produits de la prostitution d'autrui sans établir de distinction entre celui qui exploite une prostituée et celui qui

peut accroître la sécurité d'une prostituée (tel le chauffeur, le gérant ou le garde du corps véritable). La disposition vise également toute personne qui fait affaire avec une prostituée, y compris un comptable ou un réceptionniste. *Certains* actes sans aucun rapport avec l'objectif de prévenir l'exploitation des prostituées tombent ainsi sous le coup de la loi. La disposition sur le proxénétisme a donc une portée excessive. L'alinéa 213(1)c), qui interdit la communication, vise non pas à éliminer la prostitution dans la rue comme telle, mais bien à sortir la prostitution de la rue et à la soustraire au regard du public afin d'empêcher les nuisances susceptibles d'en découler. Son effet préjudiciable sur le droit à la sécurité et à la vie des prostituées de la rue, du fait que ces dernières sont empêchées de communiquer avec leurs clients éventuels afin de déterminer s'ils sont intoxiqués ou enclins à la violence, est totalement disproportionné au risque de nuisance causée par la prostitution de la rue.

Même si les procureurs généraux ne prétendent pas sérieusement que, si elles sont jugées contraires à l'art. 7, les dispositions en cause peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*, certaines des thèses qu'ils défendent en fonction de l'art. 7 sont reprises à juste titre à cette étape de l'analyse. En particulier, ils tentent de justifier la disposition sur le proxénétisme par la nécessité d'un libellé général afin que tombent sous le coup de son application toutes les relations empreintes d'exploitation. Or, la disposition vise non seulement le chauffeur ou le garde du corps, qui peut en réalité être un proxénète, mais aussi la personne qui entretient avec la prostituée des rapports manifestement dénués d'exploitation (p. ex. un réceptionniste ou un comptable). La disposition n'équivaut donc pas à une atteinte

minimale. Pour les besoins du dernier volet de l'analyse fondée sur l'article premier, son effet bénéfique — protéger les prostituées contre l'exploitation — ne l'emporte pas non plus sur son effet qui empêche les prostituées de prendre des mesures pour accroître leur sécurité et, peut-être, leur sauver la vie. Les dispositions contestées ne sont pas sauvegardées par application de l'article premier.

La conclusion que les dispositions contestées portent atteinte à des droits garantis par la *Charte* ne dépouille pas le législateur du pouvoir de décider des lieux et des modalités de la prostitution, à condition qu'il exerce ce pouvoir sans porter atteinte aux droits constitutionnels des prostituées. L'encadrement de la prostitution est un sujet complexe et délicat. Il appartiendra au législateur, s'il le juge opportun, de concevoir une nouvelle approche qui intègre les différents éléments du régime actuel. Au vu de l'ensemble des intérêts en jeu, il convient de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant un an.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Malmö-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Abbey*, 2009

ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *R. c. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721; *R. c. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514; *R. c. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417; *R. c. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *R. c. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735; *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Shaw c. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1) « maison de débauche », 210, 212(1j), 213(1c).

Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, partie V, art. 182.

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 14.05(3)g.1).

Doctrines et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Sous-comité de l'examen des lois sur le racolage du Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada*. Ottawa : Communication Canada, 2006.

Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London : Clarke, 1817 (first published 1644).

Hogg, Peter W. «The Brilliant Career of Section 7 of the Charter» (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195.

Ontario. *Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport*, vol. 3, *Politique et recommandations*, par Stephen T. Goudge. Toronto : Ministère du Procureur général, 2008.

Rubin, Gerald. «The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law» (1960), 6 *McGill L.J.* 168.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOIS et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk), 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 290 O.A.C. 236, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, 256 C.R.R. (2d) 143, 91 C.R. (6th) 257, [2012] O.J. No. 1296 (QL), 2012 CarswellOnt 3557, qui a confirmé en partie une décision de la juge Himel, 2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129, 217 C.R.R. (2d) 1, 80 C.R. (6th) 256, [2010] O.J. No. 4057 (QL), 2010 CarswellOnt 7249.

Pourvois rejetés et pourvoi incident accueilli.

Michael H. Morris, Nancy Dennison et Gail Sinclair, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada.

Jamie C. Klukach, Christine Bartlett-Hughes et Megan Stephens, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général de l'Ontario.

Alan N. Young, Marllys A. Edwardh et Daniel Sheppard, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident.

Sylvain Leboeuf et Julie Dassylva, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Katrina E. Pacey, Joseph J. Arvay, c.r., Elin R. S. Sigurdson, Lisa C. Glowacki et M. Kathleen Kinch, pour les intervenantes Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society et PACE Society.

Argumentation écrite seulement par Michael A. Feder et Tammy Shoranick, pour l'intervenant le Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida.

Brent B. Olthuis, Megan Vis-Dunbar et Michael Sobkin, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Georgiale A. Lang et *Donald Hutchinson*, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Jonathan A. Shime, *Megan Schwartzentruber* et *Renée Lang*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Janine Benedet et *Fay Faraday*, pour les intervenants l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, l'Association des femmes autochtones du Canada, l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, la Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, le Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel et Vancouver Rape Relief Society.

Robert W. Staley, *Ranjan K. Agarwal* et *Amanda C. McLachlan*, pour les intervenantes l'Alliance des chrétiens en droit, la Ligue catholique des droits de l'homme et REAL Women of Canada.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Cheryl Milne*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Walid Hijazi, pour l'intervenant l'Institut Simone de Beauvoir.

Gwendoline Allison, pour l'intervenante AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution.

Christa Big Canoe et *Emily R. Hill*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident : Osgoode Hall Law School of York University, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureurs des intervenantes Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society et PACE Society : Pivot Legal Society, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver; Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver; Ratcliff & Company, North Vancouver; Harper Grey, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Alliance évangélique du Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Cooper & Sandler, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, l'Association des femmes autochtones du Canada, l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, la Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, le Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel et Vancouver Rape Relief Society : University of British Columbia, Vancouver; Fay Faraday, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance des chrétiens en droit, la Ligue catholique des droits de l'homme et REAL Women of Canada : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Arvay Finlay, Vancouver; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut Simone de Beauvoir : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l'intervenante AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution : Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

TABLE DES MATIÈRES

- I. Le dossier
- II. Dispositions législatives
- III. Décisions des juridictions inférieures
 - A. Cour supérieure de Justice de l'Ontario (la juge Himel)
 - B. Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk)
- IV. Analyse
 - A. Questions préliminaires
 - (1) Réexamen du *Renvoi sur la prostitution*
 - (2) Déférence envers les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs

B. Analyse fondée sur l'article 7

- (1) Le droit à la sécurité de la personne est-il en jeu?
 - (a) Articles 197 et 210 : Tenue d'une maison de débauche
 - (b) Alinéa 212(1j) : Proxénétisme
 - (c) Alinéa 213(1c) : Communication en public
- (2) Examen approfondi du lien de causalité
 - (a) Nature du lien de causalité requis
 - (b) Le lien de causalité est-il rendu inexistant par le choix de se prostituer ou les actes de tiers?
- (3) Principes de justice fondamentale
 - (a) Normes applicables
 - (b) Interaction entre l'article 7 et l'article premier
- (4) Les dispositions législatives contestées respectent-elles les principes de justice fondamentale?
 - (a) Article 210 : Interdiction des maisons de débauche
 - (i) Objet de la disposition
 - (ii) Conformité aux principes de justice fondamentale
 - (b) Alinéa 212(1j) : Proxénétisme
 - (i) Objet de la disposition
 - (ii) Conformité avec les principes de justice fondamentale
 - (c) Alinéa 213(1c) : Communiquer en public à des fins de prostitution
 - (i) Objet de la disposition
 - (ii) Conformité aux principes de justice fondamentale

C. Les interdictions de communiquer en public portent-elles atteinte à une liberté garantie à l'al. 2b) de la Charte?

D. Les atteintes sont-elles justifiées suivant l'article premier de la Charte?

V. Dispositif et réparation

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

[1] Au Canada, offrir ses services sexuels contre de l'argent n'est pas un crime. Par contre, tenir une maison de débauche, vivre des produits de la prostitution d'autrui ou communiquer avec quelqu'un en public en vue d'un acte de prostitution constituent des actes criminels. On fait valoir que ces restrictions apportées à la prostitution compromettent la sécurité et la vie des prostituées et qu'elles sont de ce fait inconstitutionnelles.

[2] Les pourvois et le pourvoi incident ne visent pas à déterminer si la prostitution doit être légale ou non, mais bien si les dispositions adoptées par le législateur fédéral pour encadrer sa pratique résistent au contrôle constitutionnel. Je conclus qu'elles n'y résistent pas. Je suis donc d'avis de les invalider avec effet suspensif et de renvoyer la question au législateur afin qu'il redéfinisse les modalités de cet encadrement.

I. Le dossier

[3] Les demanderessees — trois prostituées ou ex-prostituées — ont sollicité un jugement qui déclare inconstitutionnelles trois dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[4] Les trois dispositions contestées criminalisent diverses activités liées à la prostitution. Elles visent principalement à empêcher les nuisances publiques et l'exploitation des prostituées. Suivant l'art. 210, est coupable d'une infraction quiconque, selon le cas, habite une maison de débauche, est trouvé, sans excuse

légitime, dans une maison de débauche ou, en qualité de propriétaire, locateur ou occupant d'un local, en permet sciemment l'utilisation comme maison de débauche. L'alinéa 212(1)*j*) dispose qu'est coupable d'un acte criminel quiconque vit des produits de la prostitution d'autrui. L'alinéa 213(1)*c*) crée l'infraction d'arrêter ou de tenter d'arrêter une personne ou de communiquer ou de tenter de communiquer avec elle dans un endroit public dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre.

[5] Or, la prostitution n'est pas elle-même illégale. Échanger des services sexuels contre de l'argent n'est pas contraire à la loi. Le régime actuel ne permet que deux types de prostitution : celle qui se pratique dans la rue et celle qui est « itinérante », où la prostituée se déplace pour aller à la rencontre de son client dans un endroit convenu, chez lui par exemple. Cette limitation témoigne d'un choix de politique générale du législateur. Il est loisible à ce dernier de limiter les modalités et les lieux d'exercice de la prostitution à condition qu'il le fasse sans porter atteinte aux droits constitutionnels des prostituées.

[6] Les demanderesse soutiennent que les dispositions portent toutes trois atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte canadienne de droits et libertés* en ce qu'elles empêchent les prostituées de prendre certaines mesures pour se prémunir contre les actes de violence, telles l'embauche d'un garde ou l'évaluation préalable du client. Elles ajoutent que l'al. 213(1)*c*) porte atteinte à une liberté garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* et qu'aucune des dispositions n'est sauvegardée par l'article premier.

[7] Dans sa décision, la juge de première instance relate l'histoire personnelle de chacune des trois demandereses à partir de leurs témoignages (2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321).

[8] Terri Jean Bedford est née en 1959 à Collingwood, en Ontario. En 2010, elle se prostituait depuis 14 ans et avait travaillé dans différentes villes canadiennes. Elle a été à tour à tour prostituée dans la rue, employée de salon de massage, escorte, propriétaire et directrice d'une agence d'escortes, puis dominatrice. Elle a connu une enfance et une adolescence difficiles pendant lesquelles elle a subi divers types de violence. Elle a également été victime d'actes de violence pendant ses années de prostitution, surtout, a-t-elle expliqué, lorsqu'elle travaillait dans la rue. Elle en conclut que la prostitution pratiquée à l'intérieur est moins risquée que la prostitution dans la rue, même si elle reconnaît que la sécurité à l'intérieur peut varier d'un lieu à l'autre. M^{me} Bedford a été déclarée coupable d'avoir tenu et habité une maison de débauche, deux infractions qui lui ont valu des amendes et une peine d'emprisonnement de 15 mois.

[9] Lorsqu'elle dirigeait un service d'escortes dans les années 1980, M^{me} Bedford prenait diverses mesures de sécurité, dont les suivantes. Assurer la présence sur place d'une autre personne lors de la visite d'un nouveau client; faire en sorte que la prostituée soit amenée au lieu de rendez-vous, puis en soit ramenée par son petit ami, son mari ou un chauffeur; appeler l'hôtel où le rendez-vous est donné pour vérifier le nom du client et le numéro de sa chambre; composer le numéro de

téléphone du client pour s'assurer que c'était le bon lorsque la rencontre avait lieu chez le client; refuser tout rendez-vous à un client qui semblait intoxiqué; s'assurer que le numéro de carte de crédit correspondait au nom du client. Pour autant qu'elle sache, aucune de ses employées n'a été victime d'actes de violence de la part de clients pendant cette période. À un certain moment au cours des années 1990, M^{me} Bedford a ouvert le « Bondage Bungalow » où elle a offert des services de dominatrice. Elle y a également pris des mesures de sécurité et n'a connu qu'un seul incident de [TRADUCTION] « violence véritable » (décision de première instance, par. 30).

[10] Pour l'heure, M^{me} Bedford ne se livre pas à la prostitution. Elle aimerait reprendre ses activités de dominatrice dans un lieu sûr, à l'intérieur, mais elle craint d'engager alors sa responsabilité criminelle. Elle ajoute ne pas vouloir non plus que ses collaborateurs s'exposent à des accusations de proxénétisme.

[11] Née en 1979 à Montréal, Amy Lebovitch a grandi dans une famille stable et a fréquenté le cégep et l'université. Elle se livre actuellement à la prostitution. Elle a commencé vers 1997 et a travaillé dans plusieurs villes du Canada. Elle s'est d'abord prostituée dans la rue, puis comme escorte et, enfin, dans une maison fétichiste. Elle s'estime chanceuse de n'avoir jamais été victime de violence au cours des années où elle a travaillé dans la rue. Elle a quitté ce milieu pour devenir escorte après avoir vu les blessures infligées à d'autres prostituées de la rue et avoir entendu le récit des actes de violence commis à leur endroit. M^{me} Lebovitch soutient qu'elle

se sent davantage en sécurité lorsqu'elle se livre à la prostitution à l'intérieur. Selon elle, les incidents qui s'y produisent malgré tout sont essentiellement attribuables à une mauvaise gestion. Elle n'a connu qu'un seul cas de violence digne de mention, qu'elle n'a toutefois pas dénoncé de crainte d'attirer l'attention de la police sur ses activités et d'être accusée au criminel.

[12] À l'heure actuelle, M^{me} Lebovitch se prostitue essentiellement chez elle, de manière autonome. Elle prend diverses précautions, dont s'assurer que le numéro de téléphone du client n'est pas masqué, refuser un client qui semble ivre, intoxiqué ou par ailleurs rebutant, s'enquérir au départ des attentes du client, lui demander son nom au complet et vérifier son identité à l'assistance annuaire, obtenir des références d'un client fiable et appeler un tiers — son « ange gardien » — à l'arrivée du client et peu avant qu'il ne parte. M^{me} Lebovitch craint d'être accusée et déclarée coupable de tenir une maison de débauche et que sa demeure soit confisquée en conséquence. Elle affirme que la peur d'être accusée au criminel l'a parfois amenée à travailler dans la rue. Elle craint également que son conjoint ne soit accusé de proxénétisme. Elle n'a jamais fait l'objet d'accusations au pénal. Elle est porte-parole bénévole de l'organisme Sex Professionals of Canada (« SPOC ») et consigne par ailleurs les incidents que lui signalent des prostituées victimes de violence ou de vol de la part de clients. M^{me} Lebovitch dit aimer son travail et n'entend pas en changer dans un avenir prévisible.

[13] Née en 1958 à Moncton, au Nouveau-Brunswick, Valerie Scott est actuellement directrice administrative de SPOC. Elle ne travaille plus comme prostituée. mais elle l'a fait, à l'intérieur, chez elle ou dans des chambres d'hôtel, dans la rue et dans des salons de massage. Elle a aussi dirigé une petite agence d'escortes. Elle n'a jamais été accusée de la moindre infraction criminelle. Lorsqu'elle travaillait chez elle, elle soumettait tout nouveau client à une évaluation préalable lors d'une rencontre dans un lieu public. Elle n'a alors jamais eu d'ennuis graves. Vers 1984, les craintes accrues suscitées par le VIH/SIDA l'ont amenée à travailler dans la rue car les clients qu'elle recevait chez elle se croyaient dispensés du port du condom. Dans la rue, elle a été l'objet de menaces de violence ainsi que d'agressions verbales et physiques. Elle fait état de certaines précautions que les prostituées de la rue prenaient avant l'adoption des dispositions interdisant la communication, dont le travail à deux ou à trois ou la prise ostensible du numéro de plaque du client par une autre prostituée afin que ce dernier sache qu'on pouvait le retracer si les choses tournaient mal.

[14] M^{me} Scott a été militante. Elle a notamment fait campagne contre le projet de loi C-49 (dont est issue la disposition actuelle interdisant la communication). Elle dit qu'après l'interdiction de la communication, la Canadian Organization for the Rights of Prostitutes («CORP») a commencé à recevoir des appels de prostituées qui constataient une répression policière accrue et un plus grand nombre d'incidents avec des clients. C'est pourquoi elle a participé à la mise sur pied à Toronto d'un centre d'aide aux prostituées dont les services étaient offerts sur place

et au téléphone. Dès la première année, M^{me} Scott s'est entretenue avec environ 250 prostituées dont les principaux sujets de préoccupation étaient la violence des clients et les conséquences juridiques d'une arrestation. En 2000, elle a créé SPOC afin de donner une nouvelle impulsion au travail entrepris par la CORP. C'est à titre de directrice administrative de cet organisme qu'elle a témoigné en 2005 devant le Sous-comité parlementaire de l'examen des lois sur le racolage. Au fil des ans, elle se serait entretenue avec environ 1 500 femmes qui se livrent à la prostitution. Si les appelantes ont gain de cause, M^{me} Scott aimerait se mettre à son compte et offrir des services de prostitution à l'intérieur. Elle reconnaît qu'un client peut se révéler dangereux tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, mais elle prendrait des précautions, comme la vérification de l'identité du client, la présence d'une autre personne à proximité qui puisse intervenir au besoin lors d'un rendez-vous et l'embauche d'un garde du corps.

[15] Les trois demanderesses ont demandé, sur le fondement de l'al. 14.05(3)g.1) des *Règles de procédure civile*, R.R.O., 1990, Régl. 194, que les dispositions qui limitent la prostitution soient déclarées inconstitutionnelles. Le dossier de preuve compte plus de 25 000 pages et 88 volumes. La preuve par affidavit s'accompagne d'une foule d'études, de rapports, d'articles de journaux, d'extraits de textes de loi et des Débats de la Chambre des communes, et de nombreux autres documents. Certains déposants ont été contre-interrogés.

II. Dispositions législatives

[16] Les dispositions législatives applicables sont les suivantes.

Charte canadienne des droits et libertés

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.
2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :
 - b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
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.

Code criminel

197. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

[. . .]

« maison de débauche » Local qui, selon le cas :

- a) est tenu ou occupé;
- b) est fréquenté par une ou plusieurs personnes,

à des fins de prostitution ou pour la pratique d'actes d'indécence.

210. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque tient une maison de débauche.

(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, selon le cas :

- a) habite une maison de débauche;

b) est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche;

c) en qualité de propriétaire, locateur, occupant, locataire, agent ou ayant autrement la charge ou le contrôle d'un local, permet sciemment que ce local ou une partie du local soit loué ou employé aux fins de maison de débauche.

(3) Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction visée au paragraphe (1), le tribunal fait signifier un avis de la déclaration de culpabilité au propriétaire ou locateur du lieu à l'égard duquel la personne est déclarée coupable, ou à son agent, et l'avis doit contenir une déclaration portant qu'il est signifié selon le présent article.

(4) Lorsqu'une personne à laquelle un avis est signifié en vertu du paragraphe (3) n'exerce pas immédiatement tout droit qu'elle peut avoir de résilier la location ou de mettre fin au droit d'occupation que possède la personne ainsi déclarée coupable, et que, par la suite, un individu est déclaré coupable d'une infraction visée au paragraphe (1) à l'égard du même local, la personne à qui l'avis a été signifié est censée avoir commis une infraction visée au paragraphe (1), à moins qu'elle ne prouve qu'elle a pris toutes les mesures raisonnables pour empêcher le renouvellement de l'infraction.

212. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, selon le cas :

[. . .]

(j) vit entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne.

213. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre :

[. . .]

c) soit arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit, communique ou tente de communiquer avec elle.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de Justice de l'Ontario (la juge Himel)*

[17] En première instance, la juge Himel conclut que les demandresses ont qualité pour agir dans l'intérêt privé et contester les dispositions. Elle estime que le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1)c) du Code Criminel* (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123 (le « *Renvoi sur la prostitution* »), dans lequel notre Cour confirme la validité des dispositions sur les maisons de débauche et la communication à des fins de prostitution, ne l'empêche pas d'examiner leur constitutionnalité, car (1) la jurisprudence relative à l'art. 7 a beaucoup évolué depuis 1990 et, plus particulièrement, les notions de caractère arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale n'étaient pas encore bien arrêtées, de sorte qu'elles n'avaient pas été invoquées ou examinées dans cette affaire, (2) le dossier de preuve est beaucoup plus étoffé et repose sur les résultats de recherches qui n'étaient pas disponibles en 1990, (3) les données sociales, politiques et économiques qui sous-tendent le *Renvoi sur la prostitution* ne sont peut-être plus valables et (4) l'expression considérée en l'espèce diffère de celle examinée dans le *Renvoi sur la prostitution*.

[18] Après examen du régime législatif existant et de la preuve offerte, la juge Himel conclut que les dispositions contestées portent toutes trois atteinte au droit à la liberté (en raison du risque d'emprisonnement) et à la sécurité (en raison du risque accru de préjudice) des demandresses et d'autres personnes dans la même situation.

Le risque accru de violence créé par les dispositions « suffit » pour mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7. Elle déclare :

[TRADUCTION] À l'égard de l'art. 210, les preuves indiquent que travailler à l'intérieur est la façon la plus sécuritaire de vendre des services à caractère sexuel. Pourtant, les prostituées qui tentent d'accroître leur niveau de sécurité en travaillant à l'intérieur sont passibles d'une sanction pénale. Relativement à l'al. 212(1)j), la prostitution, y compris le travail légal « itinérant », pourrait être plus sécuritaire si la prostituée avait le droit d'embaucher un adjoint ou un garde du corps. Pourtant, de telles relations de travail sont illégales en raison de la disposition interdisant de vivre des produits de la prostitution. En dernier lieu, l'al. 213(1)c) interdit aux prostituées de la rue, qui sont de loin les plus vulnérables et font l'objet d'un nombre alarmant d'actes de violence, de présélectionner les clients à l'étape initiale, et cruciale, de la transaction possible, les exposant ainsi à un risque accru de violence.

En conclusion, ces trois dispositions empêchent les prostituées de prendre des précautions, certaines extrêmement rudimentaires, qui pourraient réduire le risque de violence à leur endroit. Les prostituées sont obligées de choisir entre la liberté et la sécurité de leur personne. Ainsi, bien que ce soit le client qui, en fin de compte, fasse subir la violence à la prostituée, je suis d'avis que la loi contribue suffisamment à empêcher qu'une prostituée prenne des mesures qui pourraient réduire le risque d'une telle violence. [par. 361-362]

[19] La juge Himel conclut que la privation du droit à la sécurité qui en résulte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, dont celui qui empêche le législateur de porter atteinte au droit à la sécurité de la personne par l'adoption d'une disposition arbitraire ou totalement disproportionnée ou dont la portée est trop grande.

[20] À son avis, la disposition sur les maisons de débauche (l'art. 210) a une portée trop grande en ce qu'elle vise pratiquement tout lieu et réprime des actes qui n'ont rien à voir avec l'objectif d'empêcher les nuisances publiques. De plus, le

préjudice infligé est totalement disproportionné compte tenu du nombre peu élevé de plaintes pour nuisance. Empêcher les prostituées de se livrer à la prostitution dans un lieu établi, situé à l'intérieur, les contraint à renoncer à leur liberté (par l'observation de la loi) ou à leur sécurité personnelle.

[21] La juge Himel estime que l'interdiction du proxénétisme (l'al. 212(1)j)) est arbitraire et totalement disproportionnée, et que sa portée est trop grande. Même si elle est censée réprimer l'exploitation par le proxénète, la disposition vise pratiquement toute personne qui offre des services à une prostituée. Celle-ci est obligée soit de travailler seule, ce qui augmente le risque auquel elle s'expose, soit de travailler avec des gens qui sont disposés à contrevenir à la loi. L'interdiction accroît la dépendance des prostituées envers les souteneurs, ce qui la rend arbitraire. Elle s'applique à des rapports exempts d'exploitation, de sorte que sa portée est trop grande. Enfin, elle crée un risque de violence grave de la part des proxénètes et des exploitateurs, d'où son caractère totalement disproportionné.

[22] Enfin, la juge Himel statue que l'interdiction de communiquer en vue de se livrer à la prostitution (l'al. 213(1)c)) va à l'encontre du principe de la proportionnalité. Parce qu'elle empêche les prostituées de jauger leurs clients — une mesure essentielle à l'accroissement de leur sécurité —, l'interdiction les expose à un danger disproportionné au faible avantage social obtenu. Elle porte par ailleurs atteinte à la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la *Charte*.

[23] La juge Himel opine que l'atteinte au droit et à la liberté garantis à l'art. 7 et à l'al. 2*b*) qui découle des dispositions en cause ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

[24] Elle déclare donc inconstitutionnelles, sans effet suspensif, les dispositions créant les infractions de communication aux fins de prostitution et de proxénétisme, et elle modifie l'interdiction de tenir une maison de débauche par la suppression du mot « prostitution » dans la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) pour les besoins de l'art. 210.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk)*

[25] Les juges majoritaires de la Cour d'appel (les juges Doherty, Rosenberg et Feldman, avec l'accord des juges minoritaires sur ces points exprimé par le juge MacPherson) conviennent avec la juge de première instance que les dispositions sur les maisons de débauche et le proxénétisme sont inconstitutionnelles parce qu'elles portent atteinte à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale (2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1). Ils concluent notamment ce qui suit.

[26] Selon eux, l'interdiction des maisons de débauche a une portée trop grande et un effet sur le droit à la sécurité qui est totalement disproportionné à l'avantage obtenu. Ils conviennent de supprimer le mot « prostitution » dans la

définition de « maison de débauche », mais suspendent l'effet de l'invalidation pendant 12 mois.

[27] À l'instar de la juge de première instance, ils opinent que l'interdiction du proxénétisme n'est pas arbitraire, mais que sa portée est trop grande et qu'elle est totalement disproportionnée par ses effets. Toutefois, au lieu d'invalider la disposition, ils en restreignent la portée en l'interprétant largement comme si les mots [TRADUCTION] « dans des situations d'exploitation » y étaient employés (par. 267).

[28] Les juges majoritaires de la Cour d'appel concluent que l'interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution est constitutionnelle. Même si elle porte atteinte à la sécurité de la personne, elle est conforme aux principes de justice fondamentale. La disposition vise à empêcher les nuisances causées par le racolage, et elle n'est pas arbitraire. Elle a permis d'assurer la quiétude des quartiers résidentiels. Sa portée n'est pas trop grande et elle n'est pas totalement disproportionnée. Pour arriver à la conclusion que la disposition est totalement disproportionnée, la juge de première instance a eu tort de sous-estimer l'objectif sans égard à la preuve et d'accorder trop d'importance aux répercussions sur le droit à la sécurité des prostituées. La preuve ne démontrait pas que l'impossibilité de communiquer avec des clients contribuait aux ennuis des prostituées au point d'avoir un effet totalement disproportionné à l'avantage obtenu. Les juges majoritaires s'estiment également liés par le *Renvoi sur la prostitution* et ils concluent que la

disposition porte atteinte à la liberté garantie à l'al. 2b) de la *Charte*, mais que cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[29] Sous la plume du juge MacPherson, les juges minoritaires (dissidents sur ce seul point) auraient invalidé l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution sur le fondement de l'art. 7 et de l'article premier de la *Charte* au motif qu'elle est totalement disproportionnée à l'objectif législatif de réprimer la nuisance sociale. Selon eux, (1) ses répercussions sont aussi graves, sinon plus, que celles des autres dispositions, (2) la juge de première instance a correctement énoncé l'objectif de la disposition, (3) le dossier permettait de conclure que l'évaluation du client est essentielle à la sécurité des prostituées, (4) la disposition empêche non seulement cette évaluation, mais nuit à la sécurité des prostituées en les obligeant à travailler dans des endroits isolés et dangereux, (5) la disposition a des répercussions sur les prostituées les plus vulnérables, celles de la rue, ce qui compromet le droit à l'égalité garanti à l'art. 15, (6) notre récent arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 appuie la conclusion d'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et (7) l'effet combiné de mesures législatives ayant pour effet d'obliger les prostituées à exercer leurs activités dans la rue tout en les empêchant de jauger leurs clients éventuels va également dans le sens de l'inconstitutionnalité. Cette conclusion des juges minoritaires les dispense d'examiner l'al. 2b) de la *Charte*.

[30] Pour en arriver à leurs conclusions, les juges majoritaires formulent accessoirement un certain nombre d'observations importantes.

[31] En ce qui concerne la règle du *stare decisis* et la question de savoir si la juge était liée par le *Renvoi sur la prostitution*, la Cour d'appel interprète strictement les conditions auxquelles un juge de première instance peut réexaminer une décision antérieure de notre Cour au regard de mutations sociales, économiques ou politiques. Le juge ne peut modifier le droit établi. Il doit s'en tenir à des conclusions sur les faits et la crédibilité afin de constituer le dossier de preuve à partir duquel notre Cour pourra ensuite se prononcer. Les motifs pour lesquels un tribunal peut s'écarter de ses propres décisions antérieures ne sauraient permettre à une juridiction inférieure de remettre en question un arrêt qui la lie. Ce principe vaut lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue une limite raisonnable à l'exercice d'un droit au sens de l'article premier de la *Charte* (par. 75 et 76).

[32] S'agissant de la causalité requise pour emporter l'application de l'art. 7, la Cour d'appel explique que l'analyse traditionnelle ne convient pas lorsque ce sont les dispositions d'une loi, et non les actes d'un fonctionnaire, qui auraient porté atteinte à un droit garanti par l'art. 7. Il faut plutôt recourir à une analyse factuelle et pragmatique pour déterminer ce que les dispositions interdisent ou prescrivent, quelles sont leurs répercussions sur les intéressés et s'il en résulte une atteinte à un droit garanti (par. 107-109).

[33] En ce qui concerne la déférence qui s'impose à l'égard des conclusions de fait tirées en première instance, la Cour d'appel opine que les conclusions sur des faits sociaux ou législatifs ne commandent pas la déférence de la juridiction d'appel, tandis que celles sur la crédibilité des déposants et l'objectivité des témoins experts la commandent (par. 128-131).

[34] S'agissant de l'objet des dispositions, la Cour d'appel rejette la prétention du procureur général de l'Ontario suivant laquelle leur objectif primordial est de supprimer la prostitution ou, du moins, de la décourager. À son avis, il faut plutôt cerner l'objet de chacune des dispositions séparément, dans son propre contexte historique (par. 165-170).

[35] Quant aux principes de justice fondamentale, la Cour d'appel statue que le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné appellent des examens sous des angles différents du lien entre la disposition contestée et l'objectif législatif. Le caractère arbitraire s'entend de l'absence de rapport entre l'objectif de la loi et ses effets préjudiciables sur la sécurité de la personne. Une disposition a une portée trop grande lorsqu'elle limite le droit à la sécurité de la personne plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif. Une disposition est par ailleurs totalement disproportionnée lorsque ses répercussions sont si extrêmes qu'elles ne peuvent être justifiées par son objet (par. 143-149).

IV. Analyse

[36] Les procureurs généraux appelants se pourvoient contre le jugement de la Cour d'appel qui déclare constitutionnels l'art. 210 et l'al. 212(1)*j*) du *Code*. Les intimées se pourvoient de manière incidente relativement à la constitutionnalité de l'al. 213(1)*c*) et à la mesure prise par la Cour d'appel pour remédier à l'inconstitutionnalité de l'art. 210.

[37] Avant de passer aux moyens fondés sur la *Charte*, j'examine d'abord deux questions préliminaires. Premièrement, les juges de première instance et notre Cour sont-ils liés par le *Renvoi sur la prostitution* de 1990, qui confirme la validité des dispositions interdisant les maisons de débauche et la communication à des fins de prostitution? Deuxièmement, quel degré de déférence commandent les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs?

A. *Questions préliminaires*

(1) Réexamen du *Renvoi sur la prostitution*

[38] La notion de certitude du droit exige que les tribunaux suivent et appliquent les précédents qui font autorité. C'est d'ailleurs l'assise fondamentale de la common law.

[39] La question de savoir à quelles conditions il est possible de s'écarter d'un précédent, le cas échéant, se présente de deux manières. Elle se pose d'abord du point de vue « hiérarchique ». À quelles conditions une juridiction inférieure peut-elle, le cas échéant, s'écarter du précédent établi par une juridiction supérieure? Elle se pose deuxièmement du point de vue « collégial ». À quelles conditions une juridiction comme notre Cour peut-elle, le cas échéant, s'écarter de ses propres précédents?

[40] En l'espèce, le précédent correspond à l'avis consultatif de la Cour dans le *Renvoi sur la prostitution*, qui confirme la constitutionnalité des interdictions faites par deux des trois dispositions contestées en l'espèce de tenir une maison de débauche et communiquer à des fins de prostitution. Dans ce renvoi, la Cour devait décider si les dispositions portaient atteinte au droit ou à la liberté garantis à l'art. 7 ou à l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette limite était justifiée par application de l'article premier. Elle conclut que ni l'une ni l'autre des dispositions ne sont incompatibles avec l'art. 7 et que, même si l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution porte atteinte à une liberté garantie à l'al. 2b), il s'agit d'une limite justifiable suivant l'article premier de la *Charte*. Bien que les avis consultatifs puissent ne pas être juridiquement contraignants, dans les faits, il sont suivis (G. Rubin, « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law » (1960), 6 *McGill L.J.* 168, p. 175).

[41] La juge de première instance dit pouvoir réexaminer les conclusions tirées dans le *Renvoi sur la prostitution* parce que les questions de droit soulevées relativement à l'art. 7 sont différentes étant donné l'évolution du droit dans le domaine, que le dossier de preuve est plus étoffé et fait état de résultats de recherches qui n'étaient pas disponibles en 1990, que les données sociales, politiques et économiques sous-jacentes ne sont plus valables et que l'expression alors en cause (commerciale) diffère de celle considérée dans la présente affaire (celle qui contribue à la sécurité). La Cour d'appel exprime son désaccord au sujet de l'al. 2*b*) et explique que le tribunal de première instance invité à rompre avec un précédent en raison de nouveaux éléments de preuve ou de nouvelles données sociales, politiques ou économiques peut tirer des conclusions de fait susceptibles d'être examinées ensuite par une juridiction supérieure, mais ne peut les appliquer pour arriver à une solution différente de celle retenue dans le précédent (par. 76).

[42] À mon avis, le juge du procès peut se pencher puis se prononcer sur une prétention d'ordre constitutionnel qui n'a pas été invoquée dans l'affaire antérieure; il s'agit alors d'une nouvelle question de droit. De même, le sujet peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou qu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne.

[43] L'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights fait valoir que la règle du *stare decisis* propre à la common law est subordonnée à la

Constitution et ne saurait avoir pour effet d'obliger un tribunal à valider une loi inconstitutionnelle. À son avis, une juridiction inférieure ne doit pas s'en tenir au rôle de « simple exécutant » qui constitue un dossier et tire des conclusions sans se livrer à l'analyse du droit (m.i., par. 25).

[44] Je partage cet avis. Mais comme le signale aussi l'intervenant, la juridiction inférieure ne peut faire abstraction d'un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu'il s'agit de justifier le réexamen d'un précédent. Rappelons que, selon moi, le réexamen est justifié lorsqu'une nouvelle question de droit se pose ou qu'il y a modification importante de la situation ou de la preuve. Cette approche met en balance les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité avec la reconnaissance du fait qu'une juridiction inférieure doit pouvoir exercer pleinement sa fonction lorsqu'elle est aux prises avec une situation où il convient de revoir un précédent.

[45] Il s'ensuit que, en l'espèce, la juge pouvait trancher la question de savoir si les dispositions en cause respectaient ou non le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Dans le *Renvoi sur la prostitution*, les juges majoritaires statuent uniquement en fonction du droit à la liberté physique de la personne garanti à l'art. 7. Seul le juge Lamer, qui s'exprime en son nom personnel, aborde la question de la sécurité de la personne, et ce, dans le seul contexte des droits économiques. Contrairement à ce que prétend le procureur général du Canada, le fait que le droit en cause garanti par l'art. 7 soit celui à la liberté économique ou à la

sécurité de la personne *n'est pas* [TRADUCTION] « une distinction sans importance » (m.a., par. 94). Les droits garantis à l'art. 7 sont des « intérêts indépendants auxquels la Cour doit respectivement donner un sens indépendant » (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 52). Qui plus est, dans le *Renvoi sur la prostitution*, la Cour a examiné les principes de justice fondamentale sous l'angle de l'imprécision de la criminalisation indirecte et de son acceptabilité. En l'espèce, ce sont le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné qui sont allégués, des notions qui ont en grande partie vu le jour au cours des vingt dernières années.

[46] Ces considérations sont étrangères à la question — tranchée dans le *Renvoi sur la prostitution* — de savoir si la disposition qui interdit la communication constitue une limitation justifiée de la liberté d'expression. Qualifier différemment l'expression à laquelle il aurait été porté atteinte en l'espèce ne fait pas naître une nouvelle question de droit, et ni une preuve actualisée, ni l'évolution des mentalités et des points de vue n'équivalent à une modification de la situation ou de la preuve qui change radicalement la donne.

[47] Passons à la question de savoir si, en l'espèce, notre Cour doit rompre ou non avec une décision antérieure concernant l'application de l'al. 2*b*). Il nous faut essentiellement mettre en balance deux éléments : la justesse et la certitude (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 27). Dans le présent dossier, toutefois, il n'est pas nécessaire de déterminer si notre Cour peut rompre avec la

conclusion qu'elle a tirée sur l'application de l'al. 2b) dans le *Renvoi sur la prostitution* puisqu'il est possible de trancher sur le fondement du seul art. 7.

(2) Déférence envers les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs

[48] La Cour d'appel se dit d'avis que les conclusions de la juge sur des faits sociaux ou législatifs — qui intéressent la société en général et qui sont établis au moyen d'une preuve complexe relevant des sciences sociales — ne commandent pas la déférence. Je ne puis malheureusement souscrire à son opinion. Comme le dit notre Cour dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, une cour d'appel doit se garder de modifier les conclusions de fait tirées en première instance, sauf erreur manifeste et dominante.

[49] Le juge saisi d'éléments de preuve portant sur des faits sociaux ou législatifs a l'obligation de les examiner et de les soupeser en vue de tirer les conclusions de fait nécessaires pour trancher le litige. Il lui incombe de constituer le dossier sur lequel reposeront les appels subséquents. Sauf erreur d'appréciation susceptible de contrôle, la juridiction d'appel doit se garder de modifier les conclusions de première instance sur des faits sociaux ou législatifs. Ce partage des tâches est fondamental dans notre système de justice. Le juge du procès se prononce sur les faits, puis les juridictions d'appel contrôlent sa décision pour déterminer si elle est fondée en droit ou si elle est entachée d'une erreur de fait manifeste et dominante.

La règle vaut pour les faits sociaux ou législatifs tout autant que pour les conclusions sur les faits qui sont à l'origine du litige.

[50] Deux raisons importantes d'ordre pratique militent contre la mise au rancart de la norme de contrôle habituelle seulement parce que des faits sociaux ou législatifs sont en cause.

[51] En premier lieu, la juridiction d'appel devrait alors reprendre le travail parfois long et fastidieux qui consiste à examiner tous les éléments et à concilier les divergences entre les experts, les études et les résultats de recherches. Une nouvelle formation de juges devrait passer des heures, voire des semaines, à prendre connaissance de la preuve et à l'analyser. Et les avocats des parties devraient examiner la preuve avec ces juges une fois de plus afin que ces derniers puissent tirer leurs propres conclusions. Il en résulterait une augmentation du coût et de la durée de la procédure judiciaire. Lorsqu'il s'agit de rechercher une erreur éventuelle — ce qui est le propre d'un appel —, il est plus sensé de demander aux avocats de signaler toute erreur qui entacherait les conclusions tirées de la preuve en première instance, de sorte que la juridiction d'appel n'ait qu'à décider si l'erreur vicie les conclusions.

[52] En second lieu, les faits sociaux ou législatifs peuvent s'entremêler avec les faits en litige — les faits de l'espèce — et avec les questions liées à la crédibilité des experts. Appliquer une norme de contrôle aux faits en litige ainsi qu'à la crédibilité des déposants et des témoins experts et en appliquer une autre aux faits

sociaux ou législatifs (comme le propose la Cour d'appel) revient à demander l'impossible aux juridictions d'appel. Démêler les différentes sources de ces conclusions et les soumettre à des normes de contrôle différentes compliqueraient immensément la tâche de la juridiction d'appel.

[53] Le procureur général du Canada souligne que, dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, notre Cour affirme que les conclusions relatives aux faits législatifs commandent un degré de déférence moins élevé. Or, le recours à des éléments de preuve relevant des sciences sociales dans les affaires portant sur l'application de la *Charte* a beaucoup évolué depuis cet arrêt. Dans les années qui ont suivi, notre Cour a dit préférer que de tels éléments de preuve soient présentés par des témoins experts (*R. c. Malmo-Levine*, *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 26-28; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 68). L'appréciation du témoignage d'un expert relève au premier chef du juge du procès (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 62 à 96), surtout depuis le rapport établi en Ontario par le juge Goudge qui met en évidence le rôle du juge du procès dans la prévention des erreurs judiciaires imputables aux témoignages d'experts déficients (Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport, vol. 3, *Politique et recommandation* (2008)). La distinction entre les faits en litige et les faits législatifs ne peut plus justifier des degrés différents de déférence.

[54] La présente affaire constitue un bon exemple. La juge de première instance tire ses propres conclusions concernant l'effet des dispositions contestées sur le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 à partir du témoignage des demandresses, des déposants et des experts, ainsi que de la preuve documentaire constituée d'études, de rapports de comités d'experts et de documents parlementaires. La Cour d'appel concède qu'elle doit déférer aux conclusions de la juge sur les faits en litige ainsi que sur la crédibilité des déposants et des experts, mais elle refuse de faire preuve de déférence à l'endroit de ses conclusions sur des faits sociaux ou législatifs. Appliquer des normes de contrôle différentes à des éléments de preuve entremêlés représenterait une tâche colossale.

[55] On laisse entendre qu'il n'y a pas lieu de déférer aux conclusions sur des faits sociaux ou législatifs, car une juridiction d'appel est aussi bien placée qu'un juge de première instance pour les apprécier. Si tel était le cas, un fait en litige établi uniquement au moyen d'un affidavit aurait donc droit à un degré de déférence moindre. Or, notre Cour précise qu'à défaut d'un libellé exprès en ce sens, aucune norme de contrôle intermédiaire ne s'applique aux conclusions de fait (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401). De plus, ce n'est pas de nature à apaiser la crainte d'un dédoublement de l'examen et d'un entremêlement de tels éléments de preuve avec d'autres. C'est méconnaître également la fonction d'une juridiction d'appel, qui ne consiste pas à examiner la preuve globalement, mais à s'en tenir aux conclusions que le juge de première instance a tirées à partir de la preuve.

[56] Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il ne convient pas d'appliquer aux faits sociaux ou législatifs une norme de contrôle non déférente. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait — qu'elles portent sur les faits en litige, des faits sociaux ou des faits législatifs — demeure celle de l'erreur manifeste et dominante.

B. *Analyse fondée sur l'article 7*

[57] Dans l'analyse qui suit, j'examine d'abord si les demanderesses ont démontré que les dispositions en cause restreignent le droit à la sécurité de la personne et mettent ainsi en jeu l'art. 7. Je me penche ensuite sur la thèse des procureurs généraux appelants selon laquelle les dispositions n'ont pas l'effet attentatoire allégué. Je poursuis en me demandant si la limite apportée le cas échéant au droit à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale.

(1) Le droit à la sécurité de la personne est-il en jeu?

[58] L'article 7 dispose que l'État ne peut porter atteinte au droit de quiconque à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il faut dès lors se demander si les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur le droit à la sécurité des demanderesses ou limitent ce droit,

de sorte qu'elles tombent sous le coup de l'art. 7 de la *Charte* ou mettent celui-ci en jeu¹.

[59] En l'espèce, les demanderesses soutiennent que l'interdiction des maisons de débauche, du proxénétisme et de la communication en public à des fins de prostitution augmente les risques auxquels elles s'exposent lorsqu'elles se livrent à la prostitution, une activité qui est en soi légale. La juge de première instance conclut que la preuve va dans ce sens, et la Cour d'appel lui donne raison.

[60] Pour les motifs qui suivent, je suis du même avis. Le législateur ne se contente pas d'encadrer la pratique de la prostitution. Il franchit un pas supplémentaire déterminant qui l'amène à imposer des conditions *dangereuses* à la pratique de la prostitution : les interdictions empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection contre les risques ainsi courus.

¹ L'accent est mis sur la sécurité de la personne, non sur la liberté, pour trois raisons. Premièrement, le *Renvoi sur la prostitution* établit que les dispositions relatives à la communication et aux maisons de débauche mettent en jeu le droit à la liberté et il fait autorité sur ce point. Le moyen fondé sur le droit à la sécurité de la personne est nouveau et justifie amplement le réexamen du renvoi par la juge de première instance. Deuxièmement, on ne saurait dire avec certitude que le droit à la liberté des demanderesses est mis en jeu par la disposition relative au proxénétisme; les demanderesses disent en fait craindre l'application de la disposition à leurs employés ou à leurs proches. Enfin, il me semble que les demanderesses prétendent essentiellement dans les faits non pas que l'inobservation de la loi porte atteinte à leur droit à la liberté, mais plutôt que son respect porte atteinte à leur droit à la sécurité.

(a) *Articles 197 et 210 : Tenue d'une maison de débauche*

[61] Offrir ses services sexuels contre de l'argent ne constitue pas une infraction. Toutefois, la disposition relative aux maisons de débauche dispose qu'est coupable d'un acte criminel quiconque tient une maison de débauche dans un « local » qui est « tenu ou occupé » ou « employé » à des fins de prostitution (art. 197 et par. 210(1) du *Code*). Sa portée est grande. On entend par « local » ou « endroit » tout lieu défini, même s'il n'est pas enclos et n'est employé que temporairement (par. 197(1) du *Code*; *R. c. Pierce and Golloher* (1982), 37 O.R. (2d) 721 (C.A.)). De plus, il y a « local » ou « endroit » au sens de cette définition même lorsque le lieu est utilisé par une seule personne (par. 197(1); *R. c. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311 (C.A. Ont.)).

[62] Dans les faits, l'art. 210 limite à deux les modalités d'exercice d'une activité légale : la prostitution dans la rue et la prostitution « itinérante » (décision de première instance, par. 385). La prostitution pratiquée chez soi, où la prostituée reçoit ses clients chez elle, est interdite. La prostitution itinérante, où la prostituée rejoint le client dans un lieu convenu, telle la résidence de ce dernier, est permise. Il en est de même de la prostitution dans la rue, bien que celle-ci soit considérablement limitée par l'interdiction de communiquer en public (al. 213(1)c)).

[63] La juge de première instance conclut, selon la prépondérance des probabilités, que la forme de prostitution la plus sûre est celle qui se pratique de façon autonome dans un même lieu (par. 300). Elle ajoute que travailler à l'intérieur est

beaucoup moins dangereux que travailler dans la rue, une conclusion amplement étayée par la preuve. Toujours selon elle, il est moins sûr d'offrir ses services chez autrui de manière itinérante, surtout sous le régime actuel, l'interdiction du proxénétisme empêchant l'embauche d'un chauffeur ou d'un garde de sécurité. Étant donné que la disposition sur les maisons de débauche rend illégale la pratique plus sûre qu'est la prostitution chez soi, la juge opine que l'interdiction augmente sensiblement le risque auquel s'exposent actuellement les prostituées. Je suis de cet avis.

[64] Premièrement, l'interdiction empêche les prostituées de travailler dans un lieu fixe, situé à l'intérieur, ce qui est plus sûr que de travailler dans la rue ou d'aller à la rencontre des différents clients, d'autant plus que l'interdiction actuelle empêche l'embauche d'un chauffeur ou d'un garde de sécurité. L'interdiction les empêche également de se constituer une clientèle et de prendre des précautions chez elles en embauchant par exemple un réceptionniste, un assistant ou un garde du corps et en installant des dispositifs de surveillance audio, de manière à réduire le risque couru (décision de première instance, par. 421). Deuxièmement, elle empêche les prostituées de faire certaines vérifications sur l'état de santé des clients et de prendre des mesures sanitaires préventives. Enfin, lors de la plaidoirie devant notre Cour, on a fait valoir que l'interdiction de tenir une maison de débauche empêche l'existence d'endroits sûrs où les prostituées peuvent emmener les clients recrutés dans la rue. À Vancouver, par exemple, la « Grandma's House » a été créée pour venir en aide aux prostituées du Downtown Eastside à peu près à la même époque où les craintes

allaient croissant quant à la possibilité qu'un tueur en série sévisse dans le quartier (des craintes que les actes imputés au tristement célèbre Robert Pickton ont justifiées). Les prostituées de la rue — qui, selon la juge de première instance, sont de loin les plus vulnérables et font l'objet d'un nombre alarmant d'actes de violence (par. 361) — pouvaient se rendre à la Grandma's House en compagnie de leurs clients. Toutefois, le refuge a fait l'objet d'accusations fondées sur l'art. 210, et même s'il y a eu arrêt des procédures quatre ans après, la Grandma's House a finalement fermé ses portes (affidavit complémentaire du D^r John Lowman en date du 6 mai 2009, d.c.d., vol. 20, p. 5744). L'existence d'un établissement sûr comme Grandma's House peut être indispensable à certaines prostituées, en particulier celles qui sont démunies. Pour elles, la possibilité de travailler dans un bordel ou d'embaucher un garde de sécurité peut se révéler illusoire même s'il s'agit d'activités légales.

[65] Je conclus donc que la disposition sur les maisons de débauche a un effet préjudiciable sur le droit à la sécurité des prostituées et met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

(b) *Alinéa 212(1)j) : Proxénétisme*

[66] L'alinéa 212(1)j) criminalise le proxénétisme, c'est-à-dire le fait de vivre entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne. Bien qu'il vise le parasitisme (*R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10), sa portée est grande. Suivant son interprétation par les tribunaux, commet un acte criminel quiconque

fournit un service à une prostituée parce qu'elle est une prostituée (*R. c. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514 (C.A.); *R. c. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417 (C.A.)). Dans les faits, il empêche la prostituée d'engager un garde du corps, un chauffeur ou un réceptionniste. La juge de première instance conclut qu'en niant aux prostituées le droit de prendre de telles mesures susceptibles d'accroître leur sécurité, la disposition fait obstacle à la réduction des risques auxquels elles s'exposent et a un effet préjudiciable sur la sécurité de leur personne (par. 361). Elle statue donc que la disposition met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

[67] La preuve appuie amplement sa conclusion. L'embauche d'un chauffeur, d'un réceptionniste ou d'un garde du corps pourrait accroître la sécurité des prostituées (décision de première instance, par. 421), mais la loi y fait obstacle. Je conclus donc que l'al. 212(1)*j*) a un effet préjudiciable sur la sécurité de la personne et met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

(c) *Alinéa 213(1)c) : Communication en public*

[68] L'alinéa 213(1)*c*) interdit de communiquer ou de tenter de communiquer avec une personne en vue de se livrer à la prostitution ou d'obtenir les services sexuels d'une prostituée dans un endroit public ou situé à la vue du public. La disposition vise non seulement la communication verbale, mais aussi le fait d'arrêter ou de tenter d'arrêter une personne à ces fins (*R. c. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80 (C.A.C.-B.)).

[69] La juge de première instance conclut que la communication entre les intéressés est [TRADUCTION] « essentielle » à l'accroissement de la sécurité des prostituées de la rue (par. 432). Cette communication, que la loi interdit, permet aux prostituées de jauger leurs clients éventuels afin d'écartier ceux qui sont intoxiqués et qui pourraient être enclins à la violence, ce qui serait de nature à réduire les risques auxquels elles s'exposent (par. 301 et 421). Cette conclusion fondée sur la preuve offerte suffit à mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7.

[70] La juge estime en outre que l'interdiction de la communication a eu pour effet de faire migrer les prostituées vers des lieux isolés et peu familiers où elles ne peuvent compter sur l'appui de leurs amis et de leurs clients habituels, ce qui les a rendues plus vulnérables (par. 331 et 502).

[71] Suivant les éléments admis en preuve au procès, la loi interdit une communication qui permettrait aux prostituées de la rue d'accroître leur sécurité. En interdisant la communication en public à des fins de prostitution, la loi empêche les prostituées d'évaluer leurs clients éventuels, ainsi que de convenir de l'utilisation du condom ou d'un lieu sûr. Elle accroît ainsi sensiblement le risque couru.

[72] Je conclus que la preuve appuie la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'al. 213(1)c) a une incidence sur la sécurité de la personne et met en jeu l'art. 7.

(2) Examen approfondi du lien de causalité

[73] Pour les motifs examinés précédemment, la juge de première instance conclut — et je conviens avec elle — que les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur le droit à la sécurité des prostituées et mettent donc en jeu ce droit. Les procureurs généraux appelants soutiennent toutefois que l'art. 7 ne s'applique pas faute d'un lien de causalité suffisant entre les dispositions et les risques auxquels s'exposent les prostituées. D'abord, ils avancent que les juridictions inférieures ont eu tort de soumettre le lien de causalité à une norme atténuée. Ils prétendent ensuite que le préjudice couru par les demanderessees tient à leur choix de se livrer à la prostitution et non à la loi. On ne saurait faire droit à ces prétentions.

(a) *Nature du lien de causalité requis*

[74] Nous sommes appelés à considérer trois normes de causalité possibles : (1) celle fondée sur un « lien de causalité suffisant » retenue par la juge de première instance (par. 287-288), (2) celle, générale, fondée sur l'« effet » adoptée par la Cour d'appel (par. 108-109) et (3) celle fondée sur un lien de causalité « actif, prévisible et direct » préconisée par les procureurs généraux appelants (mémoire du p.g. du Canada, par. 65; mémoire du p.g. de l'Ontario, par. 14-15).

[75] Je suis d'avis que la norme du « lien de causalité suffisant » est celle qui convient. Sa souplesse permet l'adaptation aux circonstances propres à chaque espèce. Adoptée dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Commission*

canadienne des droits de la personne), 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 et appliquée dans plusieurs affaires subséquentes (voir p. ex. *États-Unis d'Amérique c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3), elle postule l'existence d'«un lien de causalité suffisant entre [l'effet] imputable à l'État et le préjudice subi par [le demandeur] » pour que l'art. 7 entre en jeu (*Blencoe*, par. 60 (je souligne)).

[76] La norme du lien de causalité suffisant n'exige pas que la mesure législative ou autre reprochée à l'État soit l'unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur, et il y est satisfait par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 21). L'exigence d'un lien de causalité suffisant tient compte du contexte et s'attache à l'existence d'un lien réel, et non hypothétique. Considérée sous cet angle, la norme du lien de causalité suffisant correspond essentiellement à celle qu'applique la Cour d'appel en l'espèce. Bien que je ne convienne pas avec elle que l'exigence d'un lien de causalité ne permet pas de déterminer si la loi — par opposition aux actes de représentants de l'État — met en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, la démarche « pratique et pragmatique » (par. 108) qui la sous-tend s'inspire de celle suivie, par exemple, dans *Blencoe* et *Khadr*.

[77] Le procureur général du Canada préconise une norme plus stricte. Il fait valoir que l'atteinte au droit à la sécurité des demanderesse doit être active et

prévisible et qu'un « lien nécessaire » est requis (mémoire, par. 62 et 65). Il cite à l'appui les motifs de notre Cour dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (cités à des fins de comparaison dans l'arrêt *Blencoe*, au par. 69), suivant lesquels : « [n]'eût été le rôle de l'État, il n'y aurait eu aucune atteinte aux droits garantis à M^{me} Rodriguez par l'art. 7. » Il invoque par ailleurs l'arrêt *Suresh*, au par. 54 : « [à] tout le moins, dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l'atteinte et où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne, le gouvernement ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale [. . .] » Ces énoncés établissent qu'il y a lien de causalité lorsque l'acte de l'État est prévisible et qu'il est la cause nécessaire du préjudice, mais pas qu'il s'agit du seul moyen de démontrer l'existence d'un lien de causalité qui met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

[78] Enfin, sur le plan pratique, l'existence d'un lien de causalité suffisant constitue un critère juste et fonctionnel pour déterminer si l'art. 7 de la *Charte* est en jeu. Elle ouvre la voie à l'application du droit garanti à l'art. 7, et il incombe au demandeur de la démontrer. Une fois ce lien établi, l'analyse ne prend pas fin pour autant, car le demandeur doit prouver l'atteinte à la sécurité de sa personne et la non-conformité de cette atteinte aux principes de justice fondamentale. De simples hypothèses ne sauraient établir le lien de causalité, mais placer la barre trop haut risque de faire obstacle à des demandes fondées. Le lien doit être suffisant eu égard au contexte considéré.

(b) *Le lien de causalité est-il rendu inexistant par le choix de se prostituer ou les actes de tiers?*

[79] Le procureur général du Canada et celui de l'Ontario soutiennent que les prostituées font le choix de se livrer à une activité intrinsèquement risquée. Elles peuvent se soustraire à la fois aux risques inhérents à la prostitution et à tout risque supplémentaire causé par la loi en choisissant simplement de ne pas se livrer à cette activité. Selon eux, c'est le choix de la prostitution — et non la loi — qui est la cause véritable du préjudice.

[80] Les procureurs généraux prétendent que le législateur peut réglementer la prostitution selon ce qu'il juge opportun. La personne qui décide d'offrir ses services sexuels contre de l'argent doit accepter les règles établies, et lorsque celles-ci portent atteinte à sa sécurité, elle doit s'en prendre à son choix de se livrer à cette activité, non à la loi.

[81] Ils ajoutent que les demandereses revendiquent le droit constitutionnel de se livrer à une activité commerciale risquée. Le procureur général de l'Ontario voit d'ailleurs dans l'allégation fondée sur l'art. 7 la [TRADUCTION] «revendication à mots couverts du droit à la sécurité professionnelle » (mémoire, par. 25).

[82] Les procureurs généraux invoquent l'arrêt *Malmo-Levine* dans lequel notre Cour confirme la constitutionnalité de l'interdiction de posséder de la

marihuana au motif que sa consommation à des fins récréatives constitue un « choix de mode de vie », un choix que ne protège pas la Constitution (par. 185).

[83] Pour étayer leur thèse, les procureurs généraux font valoir que si notre Cour reconnaît que les dispositions en cause peuvent porter atteinte à la sécurité des demanderesse, de nombreuses autres dispositions qui permettent de se livrer ou non à une activité risquée en réglementant celle-ci partiellement ou indirectement deviendront du coup inconstitutionnelles.

[84] Enfin, ils recourent à une variante de la prétention suivant laquelle les dispositions contestées ne sont pas la cause de l'atteinte alléguée à la sécurité des demanderesse, à savoir que le préjudice est imputable à des tiers, en l'occurrence les hommes qui ont recours aux services des prostituées et qui maltraitent celles-ci, ainsi que les proxénètes qui les exploitent.

[85] Pour les motifs qui suivent, je ne puis convenir que ce n'est pas la loi, mais plutôt le choix de se prostituer et les actes de tiers qui sont à l'origine des risques dénoncés en l'espèce.

[86] Premièrement, bien que certaines prostituées puissent correspondre au profil de celle qui choisit librement de se livrer à l'activité économique risquée qu'est la prostitution — ou qui fait ce choix à un moment de sa vie —, de nombreuses prostituées n'ont pas vraiment d'autre solution que la prostitution. M^{me} Bedford déclare s'être d'abord prostituée [TRADUCTION] « afin de faire assez d'argent pour au

moins [s]e nourrir » (contre-interrogatoire de M^{me} Bedford, d.c.d., vol. 2, p. 92). Comme le dit la juge de première instance, les prostituées de la rue forment, à quelques exceptions près, une population particulièrement marginalisée (par. 458 et 472). Que ce soit à cause du désespoir financier, de la toxicomanie, de la maladie mentale ou de la contrainte exercée par un proxénète, elles n'ont souvent guère d'autre choix que de vendre leur corps contre de l'argent. Dans les faits, même si elles peuvent conserver un certain pouvoir minimal de choisir — [TRADUCTION] « un choix limité » selon le procureur général (transcription, p. 22) —, on ne peut dire qu'elles « choisissent » véritablement une activité commerciale risquée (*voir PHS*, par. 97-101).

[87] Deuxièmement, à supposer même que des personnes choisissent librement de se livrer à la prostitution, il faut se rappeler que cette activité — l'échange de services sexuels contre de l'argent — n'est pas illégale. La question qui se pose sur le plan de la causalité est celle de savoir si les dispositions contestées accroissent le risque couru par la personne qui se prostitue. On peut faire une analogie avec la disposition qui interdirait aux cyclistes le port du casque. Malgré le choix des cyclistes d'utiliser leurs bicyclettes, il demeurerait que c'est la disposition qui rendrait l'activité plus risquée. Il en va de même des dispositions contestées sur la prostitution.

[88] Il n'est pas non plus exact d'affirmer que la demande formulée en l'espèce revient à revendiquer à mots couverts le droit à la sécurité professionnelle.

L'objectif des demanderesse n'est pas que l'État adopte des mesures qui fassent de la prostitution une activité sûre, mais plutôt que notre Cour invalide des dispositions qui accroissent le risque de maladie, de violence et de décès.

[89] Le fait que le comportement des proxénètes et des clients soit la source immédiate des préjudices subis par les prostituées n'y change rien. Les dispositions contestées privent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, des moyens nécessaires à leur protection contre le risque couru. La violence d'un client ne diminue en rien la responsabilité de l'État qui rend une prostituée plus vulnérable à cette violence.

[90] Le respect auquel nous exhorte l'État quant aux décisions qu'il prend pour contrer les problèmes liés à la prostitution n'est pas pertinent à ce stade de l'analyse. Il ne saurait faire obstacle à l'allégation qu'une mesure législative a de graves effets préjudiciables et porte atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Cette considération vaut lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a conformité aux principes de justice fondamentale, et non pour déterminer au préalable s'il y a atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne de l'intéressé.

[91] Enfin, reconnaître qu'une disposition gravement préjudiciable peut mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne n'emportera pas l'invalidation d'une foule d'autres dispositions criminelles. L'atteinte anodine à ce droit ne met pas en jeu l'art. 7 (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c.*

G. (J.), [1999] 3 R.C.S. 46, par. 59). Rappelons que le demandeur doit démontrer l'existence d'un lien suffisant entre la disposition contestée et le préjudice subi pour que s'applique l'art. 7. Et même si l'on conclut que l'art. 7 s'applique, le demandeur doit démontrer que l'atteinte à sa sécurité n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[92] Pour tous ces motifs, je rejette la prétention des procureurs généraux selon laquelle le préjudice allégué n'est pas attribuable aux dispositions contestées, mais bien aux actes de tiers et au choix de se prostituer. J'estime toujours que les dispositions en cause font intervenir l'art. 7 de la *Charte*.

(3) Principes de justice fondamentale

(a) *Normes applicables*

[93] J'arrive à la conclusion que les dispositions contestées portent atteinte au droit à la sécurité de la personne des prostituées et qu'elles mettent ainsi en jeu l'art. 7. Reste donc à savoir si, au regard de l'art. 7, cette atteinte est conforme ou non aux principes de justice fondamentale. Dans l'affirmative, il n'y a pas d'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

[94] Les principes de justice fondamentale définissent les conditions minimales auxquelles doit satisfaire la loi qui a un effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Selon le juge Lamer, « [l]'expression

“principes de justice fondamentale” constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d’établir les paramètres de ce droit » (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 (« *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* »), p. 512).

[95] Les « principes de justice fondamentale » ont beaucoup évolué depuis l’adoption de la *Charte*. Au départ, on les réduisait aux principes de justice naturelle qui définissent l’équité procédurale. Dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, notre Cour en a jugé autrement :

[I]l serait erroné d’interpréter l’expression « justice fondamentale » comme synonyme de justice naturelle [...] Ce faire aurait pour conséquence de dépouiller les intérêts protégés de tout leur sens ou presque et de laisser le « droit » à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne dans un état d’atrophie déplorable. Un tel résultat serait incompatible avec le style affirmatif et général dans lequel ces droits sont énoncés et également incompatible avec le point de vue que cette Cour a adopté, en ce qui concerne l’interprétation des droits garantis par la *Charte*, dans l’arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 (le juge Estey), et dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. [p. 501-502]

[96] Dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, la Cour reconnaît que les principes de justice fondamentale s’entendent des valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel. L’analyse fondée sur l’art. 7 s’attache à débusquer les dispositions législatives intrinsèquement mauvaises, celles qui privent du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne au mépris des valeurs fondamentales que sont censées intégrer les principes de justice fondamentale et dont

la jurisprudence a défini la teneur au fil des ans. Dans la présente affaire, les valeurs fondamentales qui nous intéressent s'opposent à l'arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale.

[97] Les notions d'arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale ont connu une évolution endogène au fur et à mesure que les tribunaux ont été saisis d'allégations nouvelles fondées sur la *Charte*.

[98] On a qualifié d'« arbitraire » la disposition dont l'effet n'avait aucun lien avec son objet. Dans l'affaire *Morgentaler*, l'accusé contestait les dispositions du *Code criminel* qui exigeaient qu'un avortement soit approuvé par le comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital agréé. L'objet des dispositions était de protéger la santé des femmes. Or, selon les juges majoritaires de la Cour, l'exigence que tout avortement thérapeutique soit pratiqué dans un hôpital agréé ne contribuait pas à la réalisation de cet objectif et causait en fait des délais nuisibles à la santé des femmes. Par conséquent, les dispositions portaient atteinte aux valeurs fondamentales en ce que leur effet allait en fait à l'encontre de leur objectif. Le juge Beetz a alors parlé d'« in[i]quité manifeste » (*Morgentaler*, p. 120), et la Cour y a vu ensuite un « caractère arbitraire » (voir *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 133, la juge en chef McLachlin et le juge Major).

[99] Dans *Chaoulli*, le demandeur contestait des dispositions québécoises qui interdisaient de souscrire une assurance maladie privée pour l'obtention de services offerts dans le réseau public. Les dispositions en cause avaient pour objet la

protection du système de santé public et le maintien de ses ressources. Sur la foi de la preuve concernant la situation dans d'autres pays, les juges majoritaires concluent qu'assurance maladie privée et système de santé public peuvent coexister. Trois d'entre eux jugent l'interdiction « arbitraire » vu l'absence, selon les faits mis en preuve, d'un lien réel entre l'effet de la loi et son objectif.

[100] Plus récemment, dans *PHS*, notre Cour a jugé arbitraire le refus du ministre de prolonger l'exemption dont bénéficiait un centre d'injection supervisée relativement à l'application des dispositions sur la possession de drogue. Ces dispositions avaient pour objet la protection de la santé et de la sécurité publiques, et les services fournis par le centre d'injection supervisée contribuaient en fait à l'atteinte de cet objectif. L'effet du refus de prolonger l'exemption — à savoir empêcher le fonctionnement du centre d'injection supervisée — allait à l'encontre des objectifs des dispositions relatives à la possession de drogue.

[101] Une disposition peut aussi violer nos valeurs fondamentales du fait de ce que les tribunaux appellent la « portée excessive », c'est-à-dire lorsqu'elle va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif. Dans *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, l'accusé contestait une disposition sur le vagabondage qui interdisait aux délinquants reconnus coupables de l'une des infractions énumérées de « flâner » dans les parcs publics. Les juges majoritaires de la Cour concluent que la portée de la disposition, dont l'objet était de protéger les enfants contre les prédateurs sexuels, est trop grande; la disposition n'a pas de lien avec son objectif

dans la mesure où elle s'applique à des délinquants qui ne présentent pas un danger pour les enfants et à des parcs qui ne sont pas susceptibles d'être fréquentés par des enfants.

[102] Dans *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, les dispositions contestées du *Code criminel* empêchaient l'accusé jugé inapte à subir son procès de bénéficier d'une libération inconditionnelle et l'obligeaient à comparaître périodiquement devant une commission d'examen pendant une période indéfinie. Les dispositions avaient pour objet «de fournir à l'accusé un traitement ou une évaluation continus afin de le rendre éventuellement apte à subir son procès» (par. 41). Selon la Cour, dans la mesure où les dispositions s'appliquaient malgré l'inaptitude permanente de l'accusé — qui ne deviendrait jamais apte à subir son procès —, leur objectif «ne s'appliqu[ait] pas» et leur portée était donc excessive (par. 42-43).

[103] La disposition dont l'effet est totalement disproportionné à l'objectif de l'État viole aussi nos valeurs fondamentales. Dans *Malmo-Levine*, l'accusé contestait l'interdiction de posséder de la marijuana au motif que ses effets étaient totalement disproportionnés à son objectif. La Cour reconnaît qu'une disposition aux effets totalement disproportionnés viole nos normes fondamentales, mais elle conclut que tel n'est pas le cas en l'espèce : «les effets sur les accusés des dispositions actuelles, y compris la possibilité d'emprisonnement, n'excèdent pas la vaste latitude que la Constitution accorde au Parlement» (par. 175).

[104] Dans l'arrêt *PHS*, notre Cour conclut que le refus du ministre de soustraire le centre d'injection supervisée à l'application des dispositions sur la possession de drogue n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale parce que le refus de services de santé et l'augmentation du risque de décès et de maladie chez les consommateurs de drogues injectables est totalement disproportionné aux objectifs des dispositions sur la possession de drogue, à savoir la santé et la sécurité publiques.

[105] L'enseignement primordial de la jurisprudence veut qu'une disposition aille à l'encontre de nos valeurs fondamentales lorsque les moyens mis en oeuvre par l'État pour atteindre son objectif comportent une faille fondamentale en ce qu'ils sont arbitraires ou ont une portée trop générale, ou encore, ont des effets totalement disproportionnés à l'objectif législatif. Il n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale de priver un citoyen du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne au moyen d'une disposition ainsi irrégulière.

[106] Au fil de l'évolution jurisprudentielle, ces principes n'ont pas toujours été appliqués uniformément. En l'espèce, la Cour d'appel signale la confusion créée par l'[TRADUCTION] « amalgame » du caractère arbitraire, de la portée excessive et de la disproportion totale (par. 143 à 151). Notre Cour relevait elle-même récemment que l'on confond portée excessive et disproportion totale (*R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 38 à 40; voir également *R. c. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57, par. 72). Ainsi, les tribunaux ont employé les mêmes mots — caractère

arbitraire, portée excessive et disproportion totale — avec quelques variantes pour explorer les différentes manières dont une disposition législative peut aller à l'encontre de nos valeurs fondamentales.

[107] Bien qu'il y ait un chevauchement important entre le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, et que plus d'une de ces trois notions puissent bel et bien s'appliquer à une disposition, il demeure que les trois correspondent à des principes distincts qui découlent de ce que Hamish Stewart appelle un [TRADUCTION] « manque de logique fonctionnelle », à savoir que la disposition « n'est pas suffisamment liée à son objectif ou, dans un certain sens, qu'elle va trop loin pour l'atteindre » (*Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedom* (2012, p. 151). Peter Hogg explique :

[TRADUCTION] Les principes liés à la portée excessive, à la disproportion et au caractère arbitraire visent tous au fond à pallier ce que Hamish Stewart appelle un « manque de logique fonctionnelle », en ce sens que le tribunal reconnaît l'objectif législatif, mais examine le moyen choisi pour l'atteindre. Si ce moyen ne permet pas logiquement d'atteindre l'objectif, la disposition est dysfonctionnelle eu égard à son propre objectif.

(« The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195, p. 209, renvois omis)

[108] La jurisprudence relative au caractère arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale s'attache à deux failles. La première est l'absence de lien entre l'atteinte aux droits et l'objectif de la disposition — lorsque l'atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'a aucun lien avec l'objet de la loi. Ce sont alors les principes liés au caractère arbitraire et à la portée excessive (l'absence

de lien entre l'objet de la disposition et l'atteinte au droit garanti par l'art. 7) qui sont en cause.

[109] La seconde faille se présente lorsqu'une disposition prive une personne du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière totalement disproportionnée à son objectif. L'incidence sur le droit garanti à l'art. 7 a un lien avec l'objet, mais elle est si importante qu'elle viole nos normes fondamentales.

[110] Dans ce contexte, il peut être utile de développer les notions de caractère arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale.

[111] Déterminer qu'une disposition est arbitraire ou non exige qu'on se demande s'il existe un lien direct entre son objet et l'effet allégué sur l'intéressé, s'il y a un certain rapport entre les deux. Il doit exister un lien rationnel entre l'objet de la mesure qui cause l'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et la limite apportée au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (Stewart, p. 136). La disposition qui limite ce droit selon des modalités qui n'ont *aucun lien* avec son objet empiète arbitrairement sur ce droit. Ainsi, dans *Chaoulli*, la Cour juge les dispositions arbitraires parce qu'interdire l'assurance maladie privée n'a aucun rapport avec l'objectif de protéger le système de santé public.

[112] Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise *certaines* actes qui n'ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors *en partie* arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n'existe

aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certain*s de ses effets, mais pas tous. Par exemple, dans *Demers*, le texte législatif en cause exigeait que l'accusé inapte compareisse périodiquement devant la commission d'examen. Il n'était dissocié de son objet que dans la mesure où il s'appliquait à un accusé inapte en permanence; ses effets étaient liés à l'objet dans le cas de l'accusé temporairement inapte.

[113] L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur l'*intéressé*. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*.

[114] On a fait valoir que la portée excessive ne correspond pas vraiment à un principe distinct de justice fondamentale. Il appert de certains arrêts que la portée excessive empiète à la fois sur le caractère arbitraire et sur la disproportion totale. Dans *Heywood*, le juge Cory affirme par exemple ce qui suit : « [L]orsqu'une loi a une

portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications » (p. 793).

[115] Dans *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735, l'arrêt connexe à *Malmo-Levine*, les juges Gonthier et Binnie expliquent :

Dans ce contexte, la portée excessive s'attache aux atteintes potentielles à la justice fondamentale lorsque l'effet préjudiciable d'une mesure législative sur les personnes qu'elle touche est [totalement] disproportionné [...] à l'intérêt général que le texte de loi tente de protéger. À cet égard, comme l'a souligné le juge Cory [dans *Heywood*], la portée excessive est liée au caractère arbitraire. [Italiques employés dans l'original; par. 38.]

[116] Le débat est en partie sémantique. Le droit a évolué non par le recours à des étiquettes strictes, mais d'une décision à l'autre, lorsque les tribunaux ont jugé des dispositions intrinsèquement mauvaises parce qu'elles violaient nos valeurs fondamentales.

[117] Avant de passer au point suivant, toutefois, il peut être utile de voir dans la portée excessive un principe distinct de justice fondamentale lié au caractère arbitraire, l'*absence de lien* entre les effets d'une disposition et son objectif étant commune aux deux. La « portée excessive » permet seulement au tribunal de reconnaître l'absence de lien lorsqu'une disposition va trop loin en faisant tomber sous le coup de son application un comportement qui n'a aucun rapport avec son objectif.

[118] Une question accessoire, qui touche à la fois le caractère arbitraire et la portée excessive, concerne l'ampleur que doit revêtir l'absence de correspondance entre l'objectif de la disposition attentatoire et ses effets. On s'est demandé si une disposition était arbitraire ou avait une portée trop grande lorsque ses effets étaient *incompatibles* avec son objectif ou si, de manière générale, elle était arbitraire ou avait une portée trop grande lorsque ses effets *n'étaient pas nécessaires* à la réalisation de son objectif (voir p. ex. *Chaoulli*, par. 233-234).

[119] Rappelons qu'il s'agit fondamentalement de déterminer si la disposition en cause est intrinsèquement mauvaise du fait de l'*absence de lien*, en tout ou en partie, entre ses effets et son objet. Satisfaire à cette norme n'est pas chose aisée. Comme dans l'affaire *Morgentaler*, la preuve peut démontrer que l'effet compromet en fait la réalisation de l'objectif et qu'il est donc « incompatible » avec celui-ci. Il peut aussi ressortir de la preuve, comme dans *Chaoulli*, qu'il n'y a tout simplement pas de lien entre l'effet et l'objectif, de sorte que l'effet n'est « pas nécessaire ». Peu importe la manière dont le juge qualifie cette absence de lien, la question demeure au fond de savoir si la preuve établit que la disposition viole des normes fondamentales du fait de l'*absence de lien* entre son effet et son objet. Il faut statuer en fonction du dossier et de la preuve offerte.

[120] La disproportion totale s'attache à d'autres éléments que ceux considérés pour le caractère arbitraire et la portée excessive. Elle vise la seconde faille fondamentale, à savoir le fait que les effets de la disposition sur la vie, la liberté ou la

sécurité de la personne sont si totalement disproportionnés à ses objectifs qu'ils ne peuvent avoir d'assise rationnelle. La règle qui exclut la disproportion totale ne s'applique que dans les cas extrêmes où la gravité de l'atteinte est sans rapport aucun avec l'objectif de la mesure. Pour illustrer cette idée, prenons l'hypothèse d'une loi qui, dans le but d'assurer la propreté des rues, infligerait une peine d'emprisonnement à perpétuité à quiconque cracherait sur le trottoir. Le lien entre les répercussions draconiennes et l'objet doit déborder complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique.

[121] L'analyse de la disproportion totale au regard de l'art. 7 de la *Charte ne* tient *pas* compte des avantages de la loi pour la société. Elle met en balance l'effet préjudiciable sur l'intéressé avec l'objet de la loi, et *non* avec l'avantage que la société peut retirer de la loi. Comme le dit notre Cour dans *Malmo-Levine* :

Dans les faits, le juge Braidwood a procédé à la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la Loi. En toute déférence, nous estimons qu'une telle démarche relève davantage de l'application de l'article premier. Il s'agit là de préjudices sociaux et économiques qui n'ont généralement pas leur place dans l'analyse fondée sur l'art. 7. [par. 181]

[122] Il peut y avoir disproportion totale indépendamment du nombre de personnes touchées; un effet totalement disproportionné sur une seule personne suffit.

[123] Les trois notions — le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale — supposent la comparaison de l'atteinte aux droits causée par la

loi avec l'objectif de la loi, et non avec son efficacité. Autrement dit, elles ne s'intéressent pas à la réalisation de l'objectif législatif ou au pourcentage de la population qui bénéficie de l'application de la loi. Elles ne tiennent pas compte des avantages accessoires pour la population en général. De plus, aucune ne requiert la détermination du pourcentage de la population qui est touchée par un effet préjudiciable. L'analyse est qualitative et non quantitative. La question à se poser dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement mauvaise prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

(b) *Interaction entre l'article 7 et l'article premier*

[124] Notre Cour a déjà établi des parallèles entre les règles qui interdisent le caractère arbitraire, la portée excessive ou la disproportion totale au regard de l'art. 7 et les éléments de l'analyse, fondée sur l'article premier, de la justification d'une disposition qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Ces parallèles ne doivent pas permettre d'occulter les différences cruciales entre ces deux articles.

[125] L'article 7 et l'article premier appellent des questions différentes. Pour les besoins de l'art. 7, l'effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est-il conforme aux principes de justice fondamentale? En ce qui concerne le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, il faut se demander si, de prime d'abord, l'objet de la disposition présente un lien avec

ses effets et si l'effet préjudiciable est proportionné à cet objet. Pour les besoins de l'article premier, il faut plutôt se demander si l'effet préjudiciable sur les droits des personnes est proportionné à l'objectif urgent et réel de défense de l'intérêt public. La justification fondée sur l'objectif public prédominant constitue l'axe central de l'application de l'article premier, mais elle ne joue aucun rôle dans l'analyse fondée sur l'art. 7, qui se soucie seulement de savoir si la disposition contestée porte atteinte à un droit individuel.

[126] En raison des considérations différentes qui président à leur application, l'art. 7 et l'article premier opèrent différemment. Suivant l'article premier, il incombe à l'État de démontrer que la disposition attentatoire peut être justifiée par l'objectif du législateur. Parce que la question est celle de savoir si l'intérêt public général justifie l'atteinte aux droits individuels, l'objectif doit être urgent et réel. Le volet de l'analyse fondée sur l'article premier qui porte sur l'existence d'un « lien rationnel » consiste à déterminer si, pour le législateur, la disposition représente un moyen rationnel d'atteindre son objectif. Le volet relatif à l'« atteinte minimale » établit si le législateur aurait pu concevoir une disposition moins attentatoire; il s'intéresse aux solutions de rechange raisonnables qui s'offrent au législateur. À l'étape finale de l'analyse fondée sur l'article premier, le tribunal soupèse l'effet préjudiciable de la disposition sur les droits des personnes et son effet bénéfique sur la réalisation de son objectif dans l'intérêt public supérieur. L'effet est apprécié sur les plans qualitatif et quantitatif. À la différence d'un demandeur individuel, l'État est bien placé pour présenter une preuve relevant des sciences humaines ainsi que le

témoignage d'experts qui justifient les répercussions d'une disposition sur l'ensemble de la société.

[127] En revanche, l'art. 7 oblige le demandeur à démontrer que la disposition porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière qui est sans lien avec l'objet de la disposition ou qui est totalement disproportionnée à celui-ci. La détermination de l'objet s'attache à sa nature et non à son efficacité. La détermination de l'effet sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est pas quantitative, mais qualitative. On ne se demande donc pas combien de personnes subissent un effet préjudiciable. Il suffit d'un effet arbitraire, excessif ou totalement disproportionné sur une seule personne pour établir l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7. Obliger la personne qui invoque l'art. 7 à démontrer l'efficacité de la loi par opposition à ses conséquences néfastes sur l'ensemble de la société revient à lui imposer le même fardeau que celui qui incombe à l'État pour l'application de l'article premier, ce qui ne saurait être acceptable.

[128] En résumé, bien que l'art. 7 et l'article premier fassent intervenir des notions qui s'originent de préoccupations semblables, ils commandent des analyses distinctes.

[129] On a affirmé que la disposition qui violait un droit garanti à l'art. 7 avait peu de chances d'être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, p. 518). L'importance des droits fondamentaux protégés par l'art. 7 appuie cette remarque. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît par ailleurs

qu'il peut se présenter des situations dans lesquelles l'article premier a un rôle à jouer (voir p. ex. l'arrêt *Malmö-Levine*, par. 96-98). On ne peut écarter la possibilité que l'État soit en mesure de démontrer que l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7 est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, selon l'importance de l'objectif législatif et la nature de l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7.

(4) Les dispositions législatives contestées respectent-elles les principes de justice fondamentale?

(a) *Article 210 : Interdiction des maisons de débauche*

(i) Objet de la disposition

[130] La disposition relative aux maisons de débauche est demeurée pour l'essentiel inchangée depuis qu'elle figure à la partie V du *Code criminel* intitulée « Maisons de désordre, jeux et paris » par suite de la révision de 1953-1954 (ch. 51, art. 182). Dans l'arrêt *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704, le juge Estey se dit d'avis que la jurisprudence « ne permet plus de douter » que le méfait visé par ces infractions n'est pas le pari, le jeu et la prostitution en soi, mais plutôt le préjudice porté aux intérêts de la collectivité dans laquelle ces activités s'exercent d'une manière notoire et habituelle (p. 712). On peut faire remonter cet objectif à la common law qui est à l'origine des dispositions sur les maisons de débauche (voir p. ex. E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning*

High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes (1817, publié pour la première fois en 1644, p. 205-206).

[131] Les procureurs généraux soutiennent que, seule ou de concert avec les autres, cette interdiction vise à décourager la prostitution. Le dossier n'appuie pas leur prétention; au contraire, il ressort du dossier législatif que l'interdiction a pour objet de faire obstacle au préjudice apparenté à la nuisance qui est infligé à la collectivité.

[132] Nul élément de preuve ne justifie la remise en cause de cet objectif. Le principe qui fait obstacle au changement d'objet ne permet pas de conclure maintenant à l'existence d'un nouvel objectif (*R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731). À première vue, la disposition ne vise que la prostitution pratiquée chez soi, de sorte qu'elle ne saurait viser à décourager la prostitution en général. Il n'y a pas lieu non plus de conclure qu'elle a pour effet, avec les autres dispositions du *Code criminel*, de décourager la prostitution en général, étant donné le caractère parcellaire de l'adoption et de l'évolution des dispositions qui a permis à la prostitution pratiquée chez autrui et à la prostitution comme telle d'échapper à la répression. Je conviens donc avec les juridictions inférieures que l'objectif de la disposition sur les maisons de débauche est de lutter contre les troubles de voisinage et de protéger la santé et la sécurité publiques.

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale

[133] Les juridictions inférieures se demandent si l'interdiction des maisons de débauche a une portée trop grande ou si elle est totalement disproportionnée.

[134] Je conviens avec elles que l'effet préjudiciable de l'interdiction sur le droit à la sécurité des demandresses est totalement disproportionné à l'objectif. J'estime donc inutile de me prononcer sur sa portée excessive dans le cas de la prostituée qui travaille seule chez elle (C.A., par. 204). La juge de première instance conclut de la preuve que dispenser leurs services dans une maison de débauche accroîtrait la sécurité des prostituées en [TRADUCTION] «les faisant bénéficier de l'avantage sécuritaire de la proximité d'autres personnes, de la familiarisation avec les lieux, d'un personnel chargé de leur sécurité, de la télésurveillance en circuit fermé et de toute autre mesure que permet un lieu permanent situé à l'intérieur» (par. 427). Après avoir mis en balance ces éléments avec la preuve selon laquelle [TRADUCTION] «rares sont les plaintes pour nuisance déposées contre un établissement où se pratique la prostitution» (*ibid*), elle conclut que l'effet préjudiciable de la disposition est totale disproportionné à son objectif.

[135] La Cour d'appel reconnaît qu'il est difficile de recueillir des données empiriques sur le sujet étant donné que la plupart des études s'intéressent surtout à la prostitution dans la rue. Elle conclut toutefois que la preuve étaye les conclusions de la juge sur la disproportion totale, en particulier en ce qui concerne le nombre élevé de meurtres de prostituées, en très grande majorité des prostituées travaillant dans la

rue. Elle convient que travailler à l'intérieur constitue une [TRADUCTION] « précaution élémentaire » que la disposition sur les maisons de débauche rend illégale pour les prostituées (par. 206 et 207).

[136] À mon avis, cette conclusion n'est pas erronée. Les préjudices relevés par les juridictions inférieures sont totalement disproportionnés à l'objectif de réprimer le désordre public. Le législateur a le pouvoir de réprimer la nuisance, mais pas au prix de la santé, de la sécurité et de la vie des prostituées. La disposition qui empêche une prostituée de la rue de recourir à un refuge sûr comme Grandma's House alors qu'un tueur en série est soupçonné de sévir dans les rues est une disposition qui a perdu de vue son objectif.

(b) *Alinéa 212(1j) : Proxénétisme*

(i) Objet de la disposition

[137] Dans l'arrêt *R. c. Downey*, les juges majoritaires de la Cour (sous la plume du juge Cory) concluent que l'al. 212(1j) vise à réprimer le proxénétisme, ainsi que le parasitisme et l'exploitation qui y sont associés:

On peut constater que la majorité des infractions mentionnées à l'art. 195 visent le proxénète qui entraîne ou encourage une personne à s'adonner à la prostitution ou la harcèle à cette fin. L'alinéa 195(1j) [aujourd'hui remplacé par l'al. 212(1j)] vise particulièrement ceux qui ont un intérêt financier dans les revenus d'un prostitué. On estime à juste titre, je crois, que la cible visée par l'al. 195(1j) est celui qui vit en parasite du revenu

d'un prostitué, celui qu'on appelle communément et fort à propos le souteneur. [p. 32]

[138] Le procureur général du Canada et celui de l'Ontario soutiennent que le véritable objectif de l'al. 212(1)*j*) est de réprimer la commercialisation de la prostitution et de promouvoir les valeurs que sont la dignité et l'égalité. Leur prétention est contraire à l'arrêt *Downey* et n'est pas étayée par le dossier législatif. Elle doit donc être écartée.

(ii) Conformité avec les principes de justice fondamentale

[139] Les juridictions inférieures estiment que la portée de la disposition sur le proxénétisme est excessive en ce que sont ciblés des rapports dénués d'exploitation qui n'ont aucun lien avec l'objet de la disposition. Elles opinent en outre que l'effet préjudiciable de la disposition sur la sécurité des prostituées est totalement disproportionné à l'objectif de les protéger.

[140] Je conviens avec elles que la disposition sur le proxénétisme a une portée excessive.

[141] Les tribunaux n'ont appliqué la disposition qu'à la personne qui offre un service ou un bien à une prostituée parce qu'elle est une prostituée, ce qui exclut, par exemple, l'épicier ou le médecin (*Shaw c. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220 (H.L.)). Ils ont également statué que, dans le cas d'une personne habitant

avec une prostituée, l'exploitation devait être prouvée afin qu'un conjoint de fait légitime ne puisse être inquiété (*Grilo*). Leur démarche a pour effet de limiter la portée que l'interdiction pourrait avoir si l'on s'en tenait strictement à son libellé.

[142] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la disposition va néanmoins trop loin et porte ainsi atteinte au droit à la sécurité des demanderessees selon des modalités qui sont étrangères à l'objectif poursuivi. Est sanctionné quiconque vit des produits de la prostitution d'autrui sans que ne soit établie de distinction entre celui qui exploite une prostituée (tel le proxénète contrôlant et violent) et celui qui peut accroître la sécurité d'une prostituée (tel le chauffeur, le gérant ou le garde du corps véritable). La disposition vise également toute personne qui fait affaire avec une prostituée, y compris un comptable ou un réceptionniste. Certains actes sans aucun rapport avec l'objectif de prévenir l'exploitation des prostituées tombent aussi sous le coup de la loi. La disposition sur le proxénétisme a donc une portée excessive.

[143] Les procureurs généraux appelants font valoir que, dans la réalité, la ligne de démarcation entre le proxénète qui exploite une prostituée et le chauffeur, le gérant ou le garde du corps d'une prostituée est floue. Une relation qui n'est empreinte d'aucune exploitation au départ peut le devenir avec le temps. Si le libellé de la disposition était circonscrit davantage — par exemple en considérant que les mots « dans des situations d'exploitation » y sont employés, comme le préconise la Cour d'appel —, un exploitateur pourrait échapper à l'application de la loi du seul fait que sa

responsabilité serait difficile à établir. L'exploitation comporte souvent manipulation et intimidation, ce qui rend très difficile l'obtention du témoignage d'une prostituée. Les procureurs généraux font donc valoir que la disposition doit avoir une grande portée afin de réprimer les actes qui sont censés l'être.

[144] Cette considération a davantage sa place dans l'analyse fondée sur l'article premier. Je le répète, une disposition a une portée excessive au regard de l'art. 7 lorsqu'elle s'applique à un comportement qui est sans rapport avec son objet; l'utilité pratique sur le plan de l'application est l'une des considérations que le gouvernement peut invoquer pour justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*.

[145] Vu ma conclusion que la disposition sur le proxénétisme a une portée excessive, il me paraît inutile de déterminer si elle est aussi totalement disproportionnée à son objectif de protéger les prostituées contre l'exploitation.

(c) *Alinéa 213(1)c) : Communiquer en public à des fins de prostitution*

(i) Objet de la disposition

[146] Dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge en chef Dickson explique l'objet de la disposition sur la communication :

Comme le juge Wilson, je suis d'avis de qualifier l'objectif législatif de l'al. 195.1(1)c) [aujourd'hui remplacé par l'al. 213 (1)c)] de la façon

suivante : la disposition vise la sollicitation dans les endroits publics et, à cette fin, tente de supprimer les diverses formes de nuisances sociales qui découlent de l'étalage en public de la vente de services sexuels. Mon collègue le juge Lamer conclut que l'al. 195.1(1)c) vise en réalité à empêcher que de jeunes personnes vraisemblablement vulnérables soient exposées à la prostitution, à la violence, aux drogues et au crime qui l'accompagnent et à éliminer l'oppression et la sujétion économique que la prostitution, et particulièrement la sollicitation de rue, représentent pour les femmes. Je ne partage pas l'opinion que l'objectif législatif puisse être qualifié de façon aussi large. En interdisant la vente de services sexuels dans les endroits publics, la loi ne tente pas, à tout le moins directement, de traiter le problème de l'exploitation, de la dégradation et de la subordination des femmes, qui font partie de la réalité quotidienne de la prostitution. À mon avis, la loi vise plutôt à empêcher que la sollicitation en vue de se livrer à la prostitution se fasse dans les rues et sous les regards du public.

La disposition du *Code criminel* contestée en l'espèce répond clairement aux préoccupations des propriétaires de maison, des commerces et des habitants des secteurs urbains. La sollicitation en public aux fins de la prostitution est intimement associée à l'encombrement des rues ainsi qu'au bruit, au harcèlement verbal de ceux qui n'y participent pas et à divers effets généralement néfastes sur les passants et les spectateurs, particulièrement les enfants. [p. 1134-1135]

[147] Il s'ensuit clairement que la disposition sur la communication vise non pas à éliminer la prostitution dans la rue comme telle, mais bien « à sortir la prostitution de la rue et à la soustraire au regard du public » afin d'empêcher les nuisances susceptibles d'en découler. Le *Renvoi sur la prostitution* contredit la thèse des procureurs généraux selon laquelle l'objectif général de la disposition serait de décourager la prostitution.

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale

[148] La juge de première instance conclut que le préjudice causé par l'interdiction de communiquer en public est totalement disproportionné à l'objet de la

disposition, à savoir mettre fin à la nuisance que constitue la prostitution dans la rue. Elle s'appuie sur des éléments de preuve qui, à son avis, démontrent que la possibilité de jauger les clients est [TRADUCTION] « essentielle » à la détection de ceux qui sont violents ou ivres (décision de première instance, par. 432).

[149] Les juges majoritaires de la Cour d'appel opinent que, dans son analyse de la proportionnalité, la juge de première instance commet l'erreur d'accorder trop peu d'importance à l'objectif de l'al. 213(1)c) et de conclure, à partir de la preuve, que la possibilité d'une communication entre les intéressés est essentielle à la sécurité des prostituées (par. 306 et 310).

[150] À mon avis, le raisonnement des juges majoritaires de la Cour d'appel sur ce point pose problème, en grande partie pour les motifs qu'invoque le juge MacPherson, dissident en partie. Leur analyse est problématique sous quatre rapports.

[151] Premièrement, pour conclure que la juge accorde trop peu d'importance à l'objectif de l'al. 213(1)c), les juges majoritaires de la Cour d'appel lui reprochent d'affirmer que la disposition vise [TRADUCTION] « le bruit, l'encombrement des rues et la possibilité que l'exercice de la prostitution gêne ceux qui se trouvent dans les lieux environnants » (C.A., par. 306). Or, la conclusion de la juge s'accorde avec l'objet de l'al. 213(1)c) reconnu par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi sur la prostitution* et auquel les juges majoritaires souscrivent par ailleurs dans leurs motifs (par. 286).

[152] Pour ajouter à cette erreur, les juges majoritaires accroissent la portée de l'objectif de l'interdiction de la communication en public en mentionnant [TRADUCTION] « la possession de drogue, le trafic de stupéfiants, l'intoxication publique et le crime organisé » (par. 307). Pourtant, dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge en chef Dickson *écarte* explicitement des objectifs de l'al. 213(1)c le fait d'empêcher que de jeunes personnes vulnérables soient exposées « à la prostitution, à la violence, aux drogues et au crime » qui accompagnent la prostitution. Tout au plus, l'effet de cette disposition sur ces autres aspects ne constitue qu'un avantage accessoire, de sorte qu'il ne devrait pas être pris en compte lorsque, dans le cadre de l'analyse de la proportionnalité, on soupèse l'objectif réel de la disposition et son effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

[153] Les trois autres failles du raisonnement de la majorité touchent l'autre plateau de la balance, soit l'effet de la disposition.

[154] Premièrement, les juges majoritaires de la Cour d'appel substituent à tort leur appréciation de la preuve à celle de la juge de première instance. Ils concluent que cette dernière se fonde sur [TRADUCTION] « des preuves anecdotiques [. . .] éclairées par son propre bon sens » (par. 311) pour conclure que la communication des intéressés est essentielle à la sécurité accrue des prostituées. Leur erreur est imputable à celle, mentionnée précédemment, de déférer trop peu aux conclusions de la juge sur des faits sociaux ou législatifs. Au nom des juges minoritaires, le juge

MacPherson rétorque à juste titre que la preuve sur ce point est constituée à la fois de témoignages de prostituées et de témoignages d'experts, et qu'elle étaye solidement la conclusion tirée en première instance (par. 348-350).

[155] Deuxièmement, les juges majoritaires font fi des conséquences que la disposition a eues sur les prostituées en les faisant migrer vers des lieux isolés et moins sûrs. La juge de première instance met cette migration en évidence (par. 331) et cite les éléments de preuve tirés du Rapport du Sous-comité parlementaire de l'examen des lois sur le racolage (*Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada* (2006)) sur les effets de l'application de l'al. 213(1)c). La conclusion des juges majoritaires suivant laquelle la juge ne disposait pas d'éléments suffisants pour conclure que la communication entre les intéressés accroît la sécurité des prostituées peut s'expliquer en partie par leur omission de tenir compte de l'effet de la disposition sur la migration des prostituées.

[156] À cela s'ajoute le fait incontesté que l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution empêche les prostituées de la rue de négocier des conditions susceptibles de réduire sensiblement le risque auquel elles s'exposent, telle l'utilisation du condom ou d'un lieu sûr.

[157] Enfin, les juges majoritaires de la Cour d'appel s'appuient sur leur propre appréciation spéculative des répercussions de l'al. 213(1)c) pour écarter les conclusions tirées en première instance :

[TRADUCTION] Bien qu'il soit juste de dire qu'une prostituée de la rue pourrait éviter les incidents malheureux en négociant à l'avance des modalités comme le paiement, les services à rendre et l'utilisation d'un condom, il est également possible que le client jugé acceptable à ce stade préalable devienne ensuite violent lorsque la prestation est en cours. Il est également possible que la prostituée décide d'aller de l'avant malgré le danger pressenti, soit parce que son jugement est altéré par la drogue ou l'alcool, soit parce qu'elle a tellement besoin d'argent qu'elle se sent obligée de courir le risque. [par. 312]

[158] Même si on peut assurément concevoir, comme l'indique cet extrait, qu'une prostituée de la rue ne refuse pas un client même lorsque la communication révèle l'existence d'un risque, il est également concevable que le risque ne puisse être totalement prévisible. Pour autant, la conclusion de la juge selon laquelle la communication entre les intéressés est essentielle à la réduction du risque demeure valable. L'appréciation est qualitative, non quantitative. À supposer que l'évaluation préalable ait pu empêcher une seule femme de monter à bord de la voiture de Robert Pickton, la gravité des effets préjudiciables est démontrée.

[159] En somme, la Cour d'appel relève à tort des erreurs dans le raisonnement de la juge de première instance et elle en commet plusieurs au chapitre de la proportionnalité. Je suis d'avis de rétablir la conclusion de la juge selon laquelle l'al. 213(1)c) est totalement disproportionné. L'effet préjudiciable de cette disposition sur le droit à la sécurité et à la vie des prostituées de la rue est totalement disproportionné au risque de nuisance causée par la prostitution de la rue.

C. *Les interdictions de communiquer en public portent-elles atteinte à une liberté garantie à l'al. 2b) de la Charte?*

[160] Comme je conclus que les dispositions contestées violent le droit garanti à l'art. 7, point n'est besoin de se prononcer à cet égard.

D. *Les atteintes sont-elles justifiées suivant l'article premier de la Charte?*

[161] Les procureurs généraux appelants ne prétendent pas sérieusement que si elles sont jugées contraires à l'art. 7, les dispositions en cause peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Seul le procureur général du Canada aborde le sujet dans son mémoire, et ce, brièvement. Il m'apparaît donc inutile de me livrer à une analyse exhaustive au regard de l'article premier pour chacune des dispositions attaquées. Par contre, certaines des thèses qu'ils défendent en fonction de l'art. 7 de la *Charte* sont reprises à juste titre à cette étape de l'analyse.

[162] En particulier, les procureurs généraux tentent de justifier la disposition sur le proxénétisme par la nécessité d'un libellé général afin que tombent sous le coup de son application toutes les relations empreintes d'exploitation, lesquelles peuvent être difficiles à cerner. Or, la disposition vise non seulement le chauffeur ou le garde du corps, qui peut être en fait un proxénète, mais aussi la personne qui entretient avec la prostituée des rapports manifestement dénués d'exploitation (p. ex. un réceptionniste ou un comptable). La disposition n'équivaut donc pas à une atteinte minimale. Pour les besoins du dernier volet de l'analyse fondée sur l'article premier,

son effet bénéfique — protéger les prostituées contre l'exploitation — ne l'emporte pas non plus sur l'effet préjudiciable qui empêche les prostituées de prendre des mesures pour accroître leur sécurité et, peut-être, leur sauver la vie.

[163] Les procureurs généraux n'invoquent pas d'éléments distincts de ceux examinés au regard de l'art. 7. Je conclus donc que les dispositions contestées ne sont pas sauvegardées par application de l'article premier de la *Charte*.

V. Dispositif et réparation

[164] Je suis d'avis de rejeter les pourvois et d'accueillir le pourvoi incident. L'article 210 et les al. 212(1)*j*) et 213(1)*c*) sont déclarés incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont par conséquent invalidés.

[165] Je conclus que, considérée isolément, chacune des dispositions contestées comporte des failles constitutionnelles qui portent atteinte à la *Charte*. Il ne s'ensuit pas que le législateur ne peut décider des lieux et des modalités de la prostitution. L'interdiction de tenir une maison de débauche, celle de s'adonner au proxénétisme et celle de communiquer aux fins de prostitution s'entremêlent. Chacune a une incidence sur l'autre. Atténuer l'une d'elles — par exemple en permettant aux prostituées de retenir les services de préposés à leur sécurité — peut influencer sur la constitutionnalité de l'autre, comme celle des nuisances associées à la tenue d'une maison de débauche. L'encadrement de la prostitution est un sujet complexe et

délicat. Il appartiendra au législateur, s'il le juge opportun, de concevoir une nouvelle approche qui intègre les différents éléments du régime actuel.

[166] La question se pose alors de savoir s'il doit y avoir invalidation avec effet suspensif et, dans l'affirmative, quelle doit être la durée de cet effet.

[167] L'invalidité avec effet immédiat ferait en sorte que la prostitution échappe à toute réglementation le temps que le législateur trouve une solution au problème épineux et délicat de l'encadrement de la prostitution. La question revêt un intérêt public considérable, et peu de pays s'abstiennent de toute réglementation en la matière. Il peut y avoir controverse quant à savoir si l'invalidité avec effet immédiat présenterait un danger pour le public ou compromettrait la primauté du droit (les facteurs favorables à la suspension invoqués dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679). Cependant, il est clair que passer carrément de la situation où la prostitution est réglementée à la situation où elle ne le serait pas du tout susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens.

[168] Par contre, laisser s'appliquer dans leur forme actuelle l'interdiction des maisons de débauche, celle du proxénétisme et celle de la communication en public aux fins de prostitution exposerait les prostituées à un risque accru durant la suspension, un risque qui porte atteinte à leur droit constitutionnel à la sécurité de la personne.

[169] Il n'est pas facile de choisir entre l'invalidation avec effet suspensif ou immédiat. L'une et l'autre des mesures comportent des inconvénients. Toutefois, au vu de l'ensemble des intérêts en jeu, je conclus à la nécessité de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant un an.

Pourvois rejetés et pourvoi incident accueilli.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident : Osgoode Hall Law School of York University, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureurs des intervenantes Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society et PACE Society : Pivot Legal Society, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver; Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver; Ratcliff & Company, North Vancouver; Harper Grey, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Alliance évangélique du Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Cooper & Sandler, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, l'Association des femmes autochtones du Canada, l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, la Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, le Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à

caractère sexuel et Vancouver Rape Relief Society : University of British Columbia, Vancouver; Fay Faraday, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance des chrétiens en droit, la Ligue catholique des droits de l'homme et REAL Women of Canada : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Arvay Finlay, Vancouver; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut Simone de Beauvoir : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l'intervenante AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution : Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.