

**Attorney General of Canada** *Appellant/  
Respondent on cross-appeal*

v.

**Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch and  
Valerie Scott** *Respondents/Appellants on  
cross-appeal*

- and -

**Attorney General of Ontario** *Appellant/  
Respondent on cross-appeal*

v.

**Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch  
and Valerie Scott** *Respondents/Appellants on  
cross-appeal*

and

**Attorney General of Quebec,  
Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex  
Workers United Against Violence Society,  
PACE Society,  
Secretariat of the Joint United  
Nations Programme on HIV/AIDS,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Evangelical Fellowship of Canada,  
Canadian HIV/AIDS Legal Network,  
British Columbia Centre for  
Excellence in HIV/AIDS,  
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,  
Canadian Association of  
Sexual Assault Centres,  
Native Women's Association of Canada,  
Canadian Association of Elizabeth  
Fry Societies,  
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**

**Procureur général du Canada** *Appellant/  
Intimé au pourvoi incident*

c.

**Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch et  
Valerie Scott** *Intimées/Appelantes au pourvoi  
incident*

- et -

**Procureur général de l'Ontario** *Appellant/  
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,**

**sexuel, Vancouver Rape Relief Society, Christian Legal Fellowship, Catholic Civil Rights League, REAL Women of Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Simone de Beauvoir Institute, AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenors***

**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***

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BEDFORD**

**2013 SCC 72**

File No.: 34788.

2013: June 13; 2013: December 20.\*

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to security of person — Freedom of expression — Criminal law — Prostitution — Common bawdy-house — Living on avails of prostitution — Communicating in public for purposes of prostitution — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Prostitutes alleging impugned provisions violate s. 7 security of the person rights by preventing implementation of safety measures that could protect them from violent clients — Prostitutes also alleging prohibition on communicating in public for purposes of prostitution infringes freedom of expression guarantee — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210, 212(1)(j), 213(1)(c).*

\* A judgment was issued on January 17, 2014, amending para. 164 of both versions of the reasons. The amendments are included in these reasons.

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BEDFORD**

**2013 CSC 72**

N° du greffe : 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 à des fins de prostitution 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).*

\* Un jugement a été rendu le 17 janvier 2014, modifiant le par. 164 des deux versions des motifs. Les modifications ont été incorporées dans les présents motifs.

*Courts — Decisions — Stare decisis — Standard of review — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Under what circumstances application judge could revisit conclusions of Supreme Court of Canada in Prostitution Reference which upheld bawdy-house and communicating prohibitions — Degree of deference owed to application judge’s findings on social and legislative facts.*

B, L and S, current or former prostitutes, brought an application seeking declarations that three provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which criminalize various activities related to prostitution, infringe their rights under s. 7 of the *Charter*: s. 210 makes it an offence to keep or be in a bawdy-house; s. 212(1)(j) prohibits living on the avails of prostitution; and, s. 213(1)(c) prohibits communicating in public for the purposes of prostitution. They argued that these restrictions on prostitution put the safety and lives of prostitutes at risk, by preventing them from implementing certain safety measures — such as hiring security guards or “screening” potential clients — that could protect them from violence. B, L and S also alleged that s. 213(1)(c) infringes the freedom of expression guarantee under s. 2(b) of the *Charter*, and that none of the provisions are saved under s. 1.

The Ontario Superior Court of Justice granted the application, declaring, without suspension, that each of the impugned *Criminal Code* provisions violated the *Charter* and could not be saved by s. 1. The Ontario Court of Appeal agreed s. 210 was unconstitutional and struck the word “prostitution” from the definition of “common bawdy-house” as it applies to s. 210, however it suspended the declaration of invalidity for 12 months. The court declared that s. 212(1)(j) was an unjustifiable violation of s. 7, ordering the reading in of words to clarify that the prohibition on living on the avails of prostitution applies only to those who do so “in circumstances of exploitation”. It further held the communicating prohibition under s. 213(1)(c) did not violate either s. 2(b) or s. 7. The Attorneys General appeal from the declaration that ss. 210 and 212(1)(j) of the *Code* are unconstitutional. B, L and S cross-appeal on the constitutionality of s. 213(1)(c) and in respect of the s. 210 remedy.

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

*Held:* The appeals should be dismissed and the cross-appeal allowed. Section 210, as it relates to prostitution, and ss. 212(1)(j) and 213(1)(c) of the *Criminal Code* are declared to be inconsistent with the *Charter*. The word “prostitution” is struck from the definition of “common bawdy-house” in s. 197(1) of the *Criminal Code* as it applies to s. 210 only. The declaration of invalidity should be suspended for one year.

The three impugned provisions, primarily concerned with preventing public nuisance as well as the exploitation of prostitutes, do not pass *Charter* muster: they infringe the s. 7 rights of prostitutes by depriving them of security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice. It is not necessary to determine whether this Court should depart from or revisit its conclusion in the *Prostitution Reference* that s. 213(1)(c) does not violate s. 2(b) since it is possible to resolve this case entirely on s. 7 grounds.

The common law principle of *stare decisis* is subordinate to the Constitution and cannot require a court to uphold a law which is unconstitutional. However, a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. The threshold is met when a new legal issue is raised, or if there is a significant change in the circumstances or evidence. In this case, the application judge was entitled to rule on the new legal issues of whether the laws in question violated the security of the person interests under s. 7, as the majority decision of this Court in the *Prostitution Reference* was based on the s. 7 physical liberty interest alone. Furthermore, the principles of fundamental justice considered in the *Prostitution Reference* dealt with vagueness and the permissibility of indirect criminalization. The principles raised in this case — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — have, to a large extent, developed only in the last 20 years. The application judge was not, however, entitled to decide the question of whether the communication provision is a justified limit on freedom of expression. That issue was decided in the *Prostitution Reference* and was binding on her.

The application judge’s findings on social and legislative facts are entitled to deference. The standard of review for findings of fact — whether adjudicative,

*Arrêt :* Les pourvois sont rejetés, et le pourvoi incident est accueilli. L’article 210, en ce qui concerne la prostitution, et les al. 212(1)(j) et 213(1)(c) du *Code criminel* sont déclarés incompatibles avec la *Charte*. Le mot « prostitution » est supprimé de la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) du *Code criminel* pour les besoins de l’art. 210 uniquement. 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(1)(c) 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 de *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 une 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 20 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 —

social, or legislative — remains palpable and overriding error.

The impugned laws negatively impact security of the person rights of prostitutes and thus engage s. 7. The proper standard of causation is a flexible “sufficient causal connection” standard, as correctly adopted by the application judge. The prohibitions all heighten the risks the applicants face in prostitution — itself a legal activity. They do not merely impose conditions on how prostitutes operate. They go a critical step further, by imposing *dangerous* conditions on prostitution; they prevent people engaged in a risky — but legal — activity from taking steps to protect themselves from the risks. That causal connection is not negated by the actions of third-party johns and pimps, or prostitutes’ so-called choice to engage in prostitution. While some prostitutes may fit the description of persons who freely choose (or at one time chose) to engage in the risky economic activity of prostitution, many prostitutes have no meaningful choice but to do so. Moreover, it makes no difference that the conduct of pimps and johns is the immediate source of the harms suffered by prostitutes. The violence of a john does not diminish the role of the state in making a prostitute more vulnerable to that violence.

The applicants have also established that the deprivation of their security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice: principles that attempt to capture basic values underpinning our constitutional order. This case concerns the basic values against arbitrariness (where there is *no connection* between the effect and the object of the law), overbreadth (where the law goes too far and interferes with *some* conduct that bears no connection to its objective), and gross disproportionality (where the effect of the law is grossly disproportionate to the state’s objective). These are three distinct principles, but overbreadth is related to arbitrariness, in that the question for both is whether there is no connection between the law’s effect and its objective. All three principles compare the rights infringement caused by the law with the objective of the law, not with the law’s effectiveness; they do not look to how well the law achieves its object, or to how much of the population the law benefits or is negatively impacted. The analysis is qualitative, not quantitative. The question under s. 7 is whether *anyone’s* life, liberty or security of the person has been denied by a law that is inherently

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 tous les risques auxquels s’exposent les demandereses 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 *dangerieuses* 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 demandereses 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

bad; a grossly disproportionate, overbroad, or arbitrary effect on one person is sufficient to establish a breach of s. 7.

Applying these principles to the impugned provisions, the negative impact of the bawdy-house prohibition (s. 210) on the applicants' security of the person is grossly disproportionate to its objective of preventing public nuisance. The harms to prostitutes identified by the courts below, such as being prevented from working in safer fixed indoor locations and from resorting to safe houses, are grossly disproportionate to the deterrence of community disruption. Parliament has the power to regulate against nuisances, but not at the cost of the health, safety and lives of prostitutes. Second, the purpose of the living on the avails of prostitution prohibition in s. 212(1)(j) is to target pimps and the parasitic, exploitative conduct in which they engage. The law, however, punishes everyone who lives on the avails of prostitution without distinguishing between those who exploit prostitutes and those who could increase the safety and security of prostitutes, for example, legitimate drivers, managers, or bodyguards. It also includes anyone involved in business with a prostitute, such as accountants or receptionists. In these ways, the law includes *some* conduct that bears no relation to its purpose of preventing the exploitation of prostitutes. The living on the avails provision is consequently overbroad. Third, the purpose of the communicating prohibition in s. 213(1)(c) is not to eliminate street prostitution for its own sake, but to take prostitution off the streets and out of public view in order to prevent the nuisances that street prostitution can cause. The provision's negative impact on the safety and lives of street prostitutes, who are prevented by the communicating prohibition from screening potential clients for intoxication and propensity to violence, is a grossly disproportionate response to the possibility of nuisance caused by street prostitution.

While the Attorneys General have not seriously argued that the laws, if found to infringe s. 7, can be justified under s. 1, some of their arguments under s. 7 are properly addressed at this stage of the analysis. In particular, they attempt to justify the living on the avails provision on the basis that it must be drafted broadly in order to capture all exploitative relationships. However, the law not only catches drivers and bodyguards, who may actually be pimps, but it also catches clearly non-exploitative relationships, such as receptionists or accountants who work

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 demandereses 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, 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

with prostitutes. The law is therefore not minimally impairing. Nor, at the final stage of the s. 1 inquiry, is the law's effect of preventing prostitutes from taking measures that would increase their safety, and possibly save their lives, outweighed by the law's positive effect of protecting prostitutes from exploitative relationships. The impugned laws are not saved by s. 1.

Concluding that each of the challenged provisions violates the *Charter* does not mean that Parliament is precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted, as long as it does so in a way that does not infringe the constitutional rights of prostitutes. The regulation of prostitution is a complex and delicate matter. It will be for Parliament, should it choose to do so, to devise a new approach, reflecting different elements of the existing regime. Considering all the interests at stake, the declaration of invalidity should be suspended for one year.

### Cases Cited

**Referred to:** *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *R. v. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721; *R. v. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514; *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417; *R. v. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R.

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. Malmo-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*

486; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *R. v. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735; *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Shaw v. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 7.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) “common bawdy-house”, 210, 212(1)(j), 213(1)(c).  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, Part V, s. 182.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 14.05(3)(g.1).

### Authors Cited

Canada. House of Commons. Subcommittee on Solicitation Laws of the Standing Committee on Justice and Human Rights. *The Challenge of Change: A Study of Canada’s Criminal Prostitution Laws*. 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. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 3, *Policy and Recommendations*, by Stephen T. Goudge. Toronto: Ministry of the Attorney General, 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.

APPEALS and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk J.J.A.), 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, affirming in part a decision of Himel J., 2010 ONSC 4264, 102 O.R.

*communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (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(1)(j), 213(1)(c).  
*Code criminel*, S.C. 1953-1954, 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 *R.D. McGill* 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,



(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. Appeals dismissed and cross-appeal allowed.

*Michael H. Morris, Nancy Dennison and Gail Sinclair*, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada.

*Jamie C. Klukach, Christine Bartlett-Hughes and Megan Stephens*, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Ontario.

*Alan N. Young, Marlys A. Edwardh and Daniel Sheppard*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

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

*Katrina E. Pacey, Joseph J. Arvay, Q.C., Elin R. S. Sigurdson, Lisa C. Glowacki and M. Kathleen Kinch*, for the interveners the Pivot Legal Society, the Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society and the PACE Society.

Written submissions only by *Michael A. Feder and Tammy Shoranick*, for the intervener the Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS.

*Brent B. Olthuis, Megan Vis-Dunbar and Michael Sobkin*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Georgiale A. Lang and Donald Hutchinson*, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

*Jonathan A. Shime, Megan Schwartzentruber and Renée Lang*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

*Janine Benedet and Fay Faraday*, for the interveners the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Native Women's Association of

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, Marlys 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

Canada, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, 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 and the Vancouver Rape Relief Society.

*Robert W. Staley, Ranjan K. Agarwal and Amanda C. McLachlan*, for the interveners the Christian Legal Fellowship, the Catholic Civil Rights League and REAL Women of Canada.

*Joseph J. Arvay, Q.C., and Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Walid Hijazi*, for the intervener the Simone de Beauvoir Institute.

*Gwendoline Allison*, for the intervener the AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution.

*Christa Big Canoe and Emily R. Hill*, for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

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.

## TABLE OF CONTENTS

|                                                                                           | Paragraph |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| I. The Case .....                                                                         | 3         |
| II. Legislation .....                                                                     | 16        |
| III. Prior Decisions .....                                                                | 17        |
| A. Ontario Superior Court of Justice (Himel J.).....                                      | 17        |
| B. Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk JJ.A.)..... | 25        |
| IV. Discussion.....                                                                       | 36        |

## TABLE DES MATIÈRES

|                                                                                                | Paragraphe |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| I. Le dossier.....                                                                             | 3          |
| II. Dispositions législatives .....                                                            | 16         |
| III. Décisions des juridictions inférieures .....                                              | 17         |
| A. Cour supérieure de Justice de l'Ontario (la juge Himel) .....                               | 17         |
| B. Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk)..... | 25         |
| IV. Analyse.....                                                                               | 36         |

|                                                                                         |     |                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Preliminary Issues .....                                                             | 38  | A. Questions préliminaires .....                                                                            | 38  |
| (1) Revisiting the <i>Prostitution Reference</i> .....                                  | 38  | (1) Réexamen du <i>Renvoi sur la prostitution</i> .....                                                     | 38  |
| (2) Deference to the Application Judge's Findings on Social and Legislative Facts ..... | 48  | (2) Déférence envers les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs ..... | 48  |
| B. Section 7 Analysis .....                                                             | 57  | B. Analyse fondée sur l'art. 7 .....                                                                        | 57  |
| (1) Is Security of the Person Engaged? .....                                            | 58  | (1) Le droit à la sécurité de la personne est-il en jeu? .....                                              | 58  |
| (a) Sections 197 and 210: Keeping a Common Bawdy-House .....                            | 61  | a) Articles 197 et 210 : Tenue d'une maison de débauche .....                                               | 61  |
| (b) Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution .....                       | 66  | b) Alinéa 212(1)j) : Proxénétisme .....                                                                     | 66  |
| (c) Section 213(1)(c): Communicating in a Public Place .....                            | 68  | c) Alinéa 213(1)c) : Communication en public .....                                                          | 68  |
| (2) A Closer Look at Causation .....                                                    | 73  | (2) Examen approfondi du lien de causalité .....                                                            | 73  |
| (a) The Nature of the Required Causal Connection .....                                  | 74  | a) Nature du lien de causalité requis .....                                                                 | 74  |
| (b) Is the Causal Connection Negated by Choice or the Role of Third Parties? .....      | 79  | b) Le lien de causalité est-il rendu inexistant par le choix de se prostituer ou les actes de tiers? .....  | 79  |
| (3) Principles of Fundamental Justice .....                                             | 93  | (3) Principes de justice fondamentale .....                                                                 | 93  |
| (a) The Applicable Norms .....                                                          | 93  | a) Normes applicables .....                                                                                 | 93  |
| (b) The Relationship Between Section 7 and Section 1 .....                              | 124 | b) Interaction entre l'art. 7 et l'article premier .....                                                    | 124 |
| (4) Do the Impugned Laws Respect the Principles of Fundamental Justice? .....           | 130 | (4) Les dispositions législatives contestées respectent-elles les principes de justice fondamentale? .....  | 130 |

|                                                                                                          |     |                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (a) Section 210: The Bawdy-House Prohibition.....                                                        | 130 | a) Article 210 : Interdiction des maisons de débauche.....                                                                         | 130 |
| (i) The Object of the Provision.....                                                                     | 130 | (i) Objet de la disposition.....                                                                                                   | 130 |
| (ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice.....                                          | 133 | (ii) Conformité aux principes de justice fondamentale .....                                                                        | 133 |
| (b) Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution.....                                         | 137 | b) Alinéa 212(1)j) :                                                                                                               | 137 |
| (i) The Object of the Provision.....                                                                     | 137 | (i) Objet de la disposition.....                                                                                                   | 137 |
| (ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice.....                                          | 139 | (ii) Conformité avec les principes de justice fondamentale .....                                                                   | 139 |
| (c) Section 213(1)(c): Communicating in Public for the Purposes of Prostitution .....                    | 146 | c) Alinéa 213(1)c) :                                                                                                               | 146 |
| (i) The Object of the Provision .....                                                                    | 146 | (i) Objet de la disposition .....                                                                                                  | 146 |
| (ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice.....                                          | 148 | (ii) Conformité aux principes de justice fondamentale.....                                                                         | 148 |
| C. Do the Prohibitions Against Communicating in Public Violate Section 2(b) of the <i>Charter</i> ?..... | 160 | C. Les interdictions de communiquer en public portent-elles atteinte à une liberté garantie à l'al. 2b) de la <i>Charte</i> ?..... | 160 |
| D. Are the Infringements Justified Under Section 1 of the <i>Charter</i> ? .....                         | 161 | D. Les atteintes sont-elles justifiées suivant l'article premier de la <i>Charte</i> ?.....                                        | 161 |
| V. Result and Remedy.....                                                                                | 164 | V. Dispositif et réparation .....                                                                                                  | 164 |

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — It is not a crime in Canada to sell sex for money. However, it is a crime to keep a bawdy-house, to live on the avails of prostitution or to communicate in public with respect to a proposed act of prostitution. It is argued that these restrictions on prostitution put the safety and lives of prostitutes at risk, and are therefore unconstitutional.

[2] These appeals and the cross-appeal are not about whether prostitution should be legal or not. They are about whether the laws Parliament has enacted on how prostitution may be carried out pass constitutional muster. I conclude that they do not. I would therefore make a suspended declaration of invalidity, returning the question of how to deal with prostitution to Parliament.

#### I. The Case

[3] Three applicants, all current or former prostitutes, brought an application seeking declarations that three provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, are unconstitutional.

[4] The three impugned provisions criminalize various activities related to prostitution. They are primarily concerned with preventing public nuisance, as well as the exploitation of prostitutes. Section 210 makes it an offence to be an inmate of a bawdy-house, to be found in a bawdy-house without lawful excuse, or to be an owner, landlord, lessor, tenant, or occupier of a place who knowingly permits it to be used as a bawdy-house. Section 212(1)(j) makes it an offence to live on the avails of another's prostitution. Section 213(1)(c) makes it an offence to either stop or attempt to stop, or communicate or attempt to communicate with, someone in a public place for the purpose of engaging in prostitution or hiring a prostitute.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — 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 demandresses — 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, occupant ou locataire 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] However, prostitution itself is not illegal. It is not against the law to exchange sex for money. Under the existing regime, Parliament has confined lawful prostitution to two categories: street prostitution and “out-calls” — where the prostitute goes out and meets the client at a designated location, such as the client’s home. This reflects a policy choice on Parliament’s part. Parliament is not precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted, as long as it does so in a way that does not infringe the constitutional rights of prostitutes.

[6] The applicants allege that all three provisions infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by preventing prostitutes from implementing certain safety measures — such as hiring security guards or “screening” potential clients — that could protect them from violent clients. The applicants also allege that s. 213(1)(c) infringes s. 2(b) of the *Charter*, and that none of the provisions are saved under s. 1.

[7] The backgrounds of the three applicants as revealed in their evidence were reviewed in the application judge’s decision (2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321).

[8] Terri Jean Bedford was born in Collingwood, Ontario, in 1959, and as of 2010 had 14 years of experience working as a prostitute in various Canadian cities. She worked as a street prostitute, a massage parlour attendant, an escort, an owner and manager of an escort agency, and a dominatrix. Ms. Bedford had a difficult childhood and adolescence during which she was subjected to various types of abuse. She also encountered brutal violence throughout her career — largely, she stated, while working on the street. In her experience, indoor prostitution is safer than prostitution on the street, although she conceded that safety of an indoor location can vary. Ms. Bedford has been convicted of both keeping and being an inmate of a common bawdy-house, for which she has paid a number of fines and served 15 months in jail.

[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. 2b) 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 demanderesse 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 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<sup>me</sup> 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] When she ran an escort service in the 1980s, Ms. Bedford instituted various safety measures, including: ensuring someone else was on location during in-calls, except during appointments with well-known clients; ensuring that women were taken to and from out-call appointments by a boyfriend, husband, or professional driver; if an appointment was at a hotel, calling the hotel to verify the client's name and hotel room number; if an appointment was at a client's home, calling the client's phone to ensure it was the correct number; turning down appointments from clients who sounded intoxicated; and verifying that credit card numbers matched the names of clients. She claimed she was not aware of any incidents of violence by the clientele towards her employees during that time. At some point in the 1990s, Ms. Bedford ran the Bondage Bungalow, where she offered dominatrix services. She also instituted various safety measures at this establishment, and claimed she only experienced one incident of "real violence" (application decision, at para. 30).

[10] Ms. Bedford is not currently working in prostitution but asserted that she would like to return to working as a dominatrix in a secure, indoor location; however, she is concerned that in doing so, she would be exposed to criminal liability. Furthermore, she does not want the people assisting her to be subject to criminal liability due to the living on the avails of prostitution provision.

[11] Amy Lebovitch was born in Montréal in 1979. She comes from a stable background and attended both CEGEP and university. She currently works as a prostitute and has done so since approximately 1997 in various cities in Canada. She worked first as a street prostitute, then as an escort, and later in a fetish house. Ms. Lebovitch considers herself lucky that she was never subjected to violence during her years working on the streets. She moved off the streets to work at the escort agency after seeing other women's injuries and hearing stories of the violence suffered by other street prostitutes. Ms. Lebovitch maintains that she felt safer in an indoor location; she attributed remaining safety issues mainly to poor management. Ms. Lebovitch experienced one notable instance of violence, which

[9] Lorsqu'elle dirigeait un service d'escortes dans les années 1980, M<sup>me</sup> 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<sup>me</sup> 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<sup>me</sup> 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<sup>me</sup> 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

she did not report to the police out of fear of police scrutiny and the possibility of criminal charges.

[12] Presently, Ms. Lebovitch primarily works independently out of her home, where she takes various safety precautions, including: making sure client telephone calls are from unblocked numbers; not taking calls from clients who sound drunk, high, or in another manner undesirable; asking for expectations upfront; taking clients' full names and verifying them using directory assistance; getting referrals from regular clients; and calling a third party — her “safe call” — when the client arrives and before he leaves. Ms. Lebovitch fears being charged and convicted under the bawdy-house provisions and the consequent possibility of forfeiture of her home. She says that the fear of criminal charges has caused her to work on the street on occasion. She is also concerned that her partner will be charged with living on the avails of prostitution. She has never been charged with a criminal offence of any kind. Ms. Lebovitch volunteers as the spokesperson for Sex Professionals of Canada (“SPOC”), and she also records information from women calling to report “bad dates” — incidents that ended in violence or theft. Ms. Lebovitch stated that she enjoys her job and does not plan to leave it in the foreseeable future.

[13] Valerie Scott was born in Moncton, New Brunswick, in 1958. She is currently the executive director of SPOC, and she no longer works as a prostitute. In the past, she worked indoors, from her home or in hotel rooms; she also worked as a prostitute on the street, in massage parlours, and she ran a small escort business. She has never been charged with a criminal offence of any kind. When Ms. Scott worked from home, she would screen new clients by meeting them in public locations. She never experienced significant harm working from home. Around 1984, as awareness about HIV/AIDS increased, Ms. Scott was compelled to work as a street prostitute, since indoor clients felt entitled not to wear condoms. On the street, she was subjected to threats of violence, as well as verbal and physical abuse. Ms. Scott described some precautions street

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<sup>me</sup> 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<sup>me</sup> 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<sup>me</sup> 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



prostitutes took prior to the enactment of the communicating law, including working in pairs or threes and having another prostitute visibly write down the client's licence plate number, so he would know he was traceable if something was to go wrong.

[14] Ms. Scott worked as an activist and, among other things, advocated against Bill C-49 (which included the current communicating provision). Ms. Scott stated that following the enactment of the communicating law, the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes ("CORP") began receiving calls from women working in prostitution about the increased enforcement of the laws and the prevalence of bad dates. In response, Ms. Scott was involved in setting up a drop-in and phone centre for prostitutes in Toronto; within the first year, Ms. Scott spoke to approximately 250 prostitutes whose main concerns were client violence and legal matters arising from arrest. In 2000, Ms. Scott formed SPOC to revitalize and continue the work previously done by CORP. As the executive director of this organization, she testified before a Parliamentary Subcommittee on Solicitation Laws in 2005. Over the years, Ms. Scott estimates that she has spoken with approximately 1,500 women working in prostitution. If this challenge is successful, Ms. Scott would like to operate an indoor prostitution business. While she recognizes that clients may be dangerous in both outdoor and indoor locations, she would institute safety precautions such as checking identification of clients, making sure other people are close by during appointments to intervene if needed, and hiring a bodyguard.

[15] The three applicants applied pursuant to rule 14.05(3)(g.1) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, for an order that the provisions restricting prostitution are unconstitutional. The evidentiary record consists of over 25,000 pages of evidence in 88 volumes. The affidavit evidence was accompanied by a large volume of studies, reports, newspaper articles, legislation, Hansard and many

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<sup>me</sup> 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<sup>me</sup> 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<sup>me</sup> 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 demandresses ont demandé, sur le fondement de l'al. 14.05(3)g.1 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 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

other documents. Some of the affiants were cross-examined.

## II. Legislation

[16] The relevant legislation is as follows:

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

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

### *Criminal Code*

**197.** (1) In this Part,

. . .

“common bawdy-house” means a place that is

(a) kept or occupied, or

(b) resorted to by one or more persons

for the purpose of prostitution or the practice of acts of indecency;

**210.** (1) Every one who keeps a common bawdy-house is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

(2) Every one who

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) is an inmate of a common bawdy-house,

(b) is found, without lawful excuse, in a common bawdy-house, or

(c) as owner, landlord, lessor, tenant, occupier, agent or otherwise having charge or control of any place, knowingly permits the place or any part thereof to be let or used for the purposes of a common bawdy-house,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) Where a person is convicted of an offence under subsection (1), the court shall cause a notice of the conviction to be served on the owner, landlord or lessor of the place in respect of which the person is convicted or his agent, and the notice shall contain a statement to the effect that it is being served pursuant to this section.

(4) Where a person on whom a notice is served under subsection (3) fails forthwith to exercise any right he may have to determine the tenancy or right of occupation of the person so convicted, and thereafter any person is convicted of an offence under subsection (1) in respect of the same premises, the person on whom the notice was served shall be deemed to have committed an offence under subsection (1) unless he proves that he has taken all reasonable steps to prevent the recurrence of the offence.

**212.** (1) Every one who

. . .

(j) lives wholly or in part on the avails of prostitution of another person,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

**213.** (1) Every person who in a public place or in any place open to public view

. . .

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) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person

for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction.

### III. Prior Decisions

#### A. *Ontario Superior Court of Justice (Himel J.)*

[17] The application judge, Himel J., concluded that the applicants had private interest standing to challenge the provisions. She held that the decision of this Court upholding the bawdy-house and communicating law in the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (“*Prostitution Reference*”), did not prevent her from reviewing their constitutionality because: (1) s. 7 jurisprudence has evolved considerably since 1990; in particular, the doctrines of arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality had not yet been fully articulated and therefore were not argued or considered in the *Prostitution Reference*; (2) the evidentiary record before her was much richer, based on research not available in 1990; (3) the social, political and economic assumptions underlying the *Prostitution Reference* may no longer be valid; and (4) the type of expression at issue differed from that considered in the *Prostitution Reference*.

[18] In considering the legislative scheme as it exists and the evidence before her, Himel J. found that each of the impugned laws deprived the applicants and others like them of their liberty (by reason of potential imprisonment) and their security of the person (because they increased the risk of injury). The increased risk of violence created by the laws constituted a “sufficient” cause, engaging the security of the person protected by s. 7. She stated:

With respect to s. 210, the evidence suggests that working in-call is the safest way to sell sex; yet, prostitutes

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 (« *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

who attempt to increase their level of safety by working in-call face criminal sanction. With respect to s. 212(1)(j), prostitution, including legal out-call work, may be made less dangerous if a prostitute is allowed to hire an assistant or a bodyguard; yet, such business relationships are illegal due to the living on the avails of prostitution provision. Finally, s. 213(1)(c) prohibits street prostitutes, who are largely the most vulnerable prostitutes and face an alarming amount of violence, from screening clients at an early, and crucial stage of a potential transaction, thereby putting them at an increased risk of violence.

In conclusion, these three provisions prevent prostitutes from taking precautions, some extremely rudimentary, that can decrease the risk of violence towards them. Prostitutes are faced with deciding between their liberty and their security of the person. Thus, while it is ultimately the client who inflicts violence upon a prostitute, in my view the law plays a sufficient contributory role in preventing a prostitute from taking steps that could reduce the risk of such violence. [paras. 361-62]

[19] Himel J. concluded that the deprivation of security thus established was not in accordance with the principles of fundamental justice, notably the requirements that laws not infringe security of the person in a way that is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate.

[20] Himel J. found the bawdy-house provision (s. 210) overbroad because it extended to virtually any place and allowed for convictions that were unrelated to the objective of preventing community nuisance. And the harms it inflicted were grossly disproportionate to the few nuisance complaints received. The effect of preventing prostitutes from working in-call at a regular indoor location was to force them to choose between their liberty interest (obeying the law) and their personal security.

[21] Himel J. found the prohibition against living on the avails of prostitution (s. 212(1)(j)) arbitrary, overbroad and grossly disproportionate. While targeting exploitation by pimps, the provision

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

encompasses virtually anyone who provides services to prostitutes. Prostitutes are forced to work alone, increasing the risk of harm, or work with people prepared to break the law. It increases reliance on pimps, and is therefore arbitrary. It catches non-exploitative relationships, and is therefore overbroad. And it creates the risk of severe violence from pimps and exploiters, making it grossly disproportionate.

[22] Finally, Himel J. found the prohibition on communicating for the purposes of prostitution (s. 213(1)(c)) violates the principle against gross disproportionality. By preventing prostitutes from screening clients — an essential tool for enhancing their safety — it endangers them out of all proportion to the small social benefit it provides. It also infringes the freedom of expression guarantee under s. 2(b) of the *Charter*.

[23] Himel J. found that the infringement of the s. 7 and s. 2(b) rights imposed by the laws could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

[24] In the result, Himel J. declared the communicating and living on the avails offences unconstitutional, without suspension, and rectified the bawdy-house prohibition by striking the word “prostitution” from the definition of “common bawdy-house” in s. 197(1) as it applies to s. 210.

B. *Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk J.J.A.)*

[25] The majority of the Court of Appeal, *per Doherty, Rosenberg and Feldman J.J.A.* (with whom the minority *per MacPherson J.A.* concurred on these issues), agreed with the application judge that the bawdy-house and living on the avails provisions were unconstitutional on the basis that they

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 exploiters, 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’al. 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. 2b) 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

engaged the security of the person in a way that was not in accordance with the principles of fundamental justice (2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1). In particular, the majority found as follows.

[26] The prohibition on bawdy-houses was overbroad and had an impact on security that was grossly disproportionate to any benefit conferred. The court agreed that the word “prostitution” should be struck from the definition of “common bawdy-house”. However, it suspended the declaration of invalidity for 12 months.

[27] The prohibition on living on the avails was not arbitrary, as the application judge found, but was overbroad and grossly disproportionate in its effects. However, instead of striking the provision out, the court narrowed the provision by reading in “in circumstances of exploitation” (para. 267).

[28] The majority of the Court of Appeal found the prohibition on communicating in public for the purpose of prostitution was constitutional. While it engaged security of the person, it did so in accordance with the principles of fundamental justice. The provision aims to combat nuisance-related problems caused by street solicitation. It is not arbitrary; it has been effective in protecting residential neighbourhoods from the targeted harms. Nor is it overbroad or grossly disproportionate. In finding the provision grossly disproportionate, the application judge erred by understating the objective in a way that did not reflect the evidence, and by overemphasizing the impact of the provision on prostitutes’ security of the person. The evidence did not establish that inability to communicate with customers contributed to the harm experienced by prostitutes to a degree that made the impact grossly disproportionate to the benefits. The majority also found that it was bound by the *Prostitution Reference*: thus, this provision violated s. 2(b) of the *Charter*, but was justified under s. 1 of the *Charter*.

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] Ils opinent que l’interdiction du proxénétisme n’est pas arbitraire, contrairement à ce qu’affirme la juge de première instance, 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] The minority, *per* MacPherson J.A. (dissenting only on this one issue), would have struck down the communicating prohibition under ss. 7 and 1 of the *Charter* as grossly disproportionate to the legislative objective of combatting social nuisance. The minority found that: (1) its effects were equally or more serious than the other provision; (2) the application judge correctly stated the objective of the provision; (3) the record supported the conclusion that screening is an essential tool for safety; (4) beyond screening, the provision adversely impacts safety by forcing prostitutes to work in isolated and dangerous areas; (5) the provision impacts the most vulnerable class of prostitutes, street workers, raising s. 15 equality concerns; (6) the recent decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, supports the conclusion that the provision violates s. 7; and (7) the compounding effect of legislation that drives prostitutes onto the streets and then denies them the ability to evaluate prospective clients supports unconstitutionality. This conclusion made it unnecessary for the minority to consider s. 2(b) of the *Charter*.

[30] In the course of arriving at its conclusions, the majority of the Court of Appeal made a number of ancillary observations of importance.

[31] In considering the doctrine of *stare decisis* and whether the application judge was bound by the *Prostitution Reference*, the court adopted a narrow view of when a trial judge can reconsider previous decisions of the Supreme Court of Canada on the basis of changes in the social, economic or political landscapes: the trial judge cannot change the law, but is limited to making findings of fact and credibility to create the necessary evidentiary record which the Supreme Court of Canada can then consider. Reasons that justify a court departing from its own prior decisions cannot justify a lower court revisiting binding authority. This applies to

[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



determining what constitutes a reasonable limit on a right under s. 1 of the *Charter* (paras. 75-76).

[32] On the standard of causation required to engage s. 7, the Court of Appeal held that the traditional causation analysis is inappropriate where it is legislation, and not the actions of a government official, that is said to have interfered with a s. 7 interest. Rather, the judge should conduct a practical, pragmatic analysis to determine what the legislation prohibits or requires, its impact on the persons affected, and whether this amounts to an interference with protected rights (paras. 107-9).

[33] On the issue of deference to findings of fact of the application judge, the Court of Appeal held that findings on social and legislative facts are not entitled to appellate deference, while findings on the credibility of affiants and the objectivity of expert witnesses attract deference (paras. 128-31).

[34] Regarding the purpose of the laws, the court rejected the Attorney General of Ontario's submission that there was an overarching legislative objective to eradicate, or at least discourage, prostitution. Rather, the purpose of each of the laws must be independently ascertained with reference to its unique historical context (paras. 165-70).

[35] On the principles of fundamental justice, the Court of Appeal held that arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality each use a different filter to examine the connection between the law and the legislative objective. Arbitrariness is the absence of any link between the objective of the law and its negative impact on security of the person. Overbreadth addresses the situation where the law imposes limits on security of the person that go beyond what is required to achieve its objective. Gross disproportionality describes the case where the effects of the impugned law are so extreme that they cannot be justified by its object (paras. 143-49).

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. 75-76).

[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. Discussion

[36] The appellant Attorneys General appeal from the Court of Appeal's declaration that ss. 210 and 212(1)(j) of the *Code* are unconstitutional. The respondents cross-appeal on the issue of the constitutionality of s. 213(1)(c), and in respect of the Court of Appeal's remedy to resolve the unconstitutionality of s. 210.

[37] Before turning to the *Charter* arguments before us, I will first discuss two preliminary issues: (1) whether the 1990 decision in the *Prostitution Reference*, upholding the bawdy-house and communication prohibitions, is binding on trial judges and this Court; and (2) the degree of deference to be accorded to the application judge's findings on social and legislative facts.

##### A. *Preliminary Issues*

###### (1) Revisiting the *Prostitution Reference*

[38] Certainty in the law requires that courts follow and apply authoritative precedents. Indeed, this is the foundational principle upon which the common law relies.

[39] The issue of when, if ever, such precedents may be departed from takes two forms. The first "vertical" question is when, if ever, a lower court may depart from a precedent established by a higher court. The second "horizontal" question is when a court such as the Supreme Court of Canada may depart from its own precedents.

[40] In this case, the precedent in question is the Supreme Court of Canada's 1990 advisory opinion in the *Prostitution Reference*, which upheld the constitutionality of the prohibitions on

#### IV. Analyse

[36] Les procureurs généraux appelants se pourvoient contre le jugement de la Cour d'appel qui déclare inconstitutionnels 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 premièrement 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] Dans la présente affaire, le précédent correspond à l'avis consultatif de la Cour dans le *Renvoi sur la prostitution* de 1990, qui confirme la constitutionnalité des interdictions faites par deux des

bawdy-houses and communicating — two of the three provisions challenged in this case. The questions in that case were whether the laws infringed s. 7 or s. 2(b) of the *Charter*, and, if so, whether the limit was justified under s. 1. The Court concluded that neither of the impugned laws were inconsistent with s. 7, and that although the communicating law infringed s. 2(b), it was a justifiable limit under s. 1 of the *Charter*. While reference opinions may not be legally binding, in practice they have been followed (G. Rubin, “The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law” (1960), 6 *McGill L.J.* 168, at p. 175).

[41] The application judge in this case held that she could revisit those conclusions because: the legal issues under s. 7 were different, in light of the evolution of the law in that area; the evidentiary record was richer and provided research not available in 1990; the social, political and economic assumptions underlying the *Prostitution Reference* no longer applied; and the type of expression at issue in that case (commercial expression) differed from the expression at issue in this case (expression promoting safety). The Court of Appeal disagreed with respect to the s. 2(b) issue, holding that a trial judge asked to depart from a precedent on the basis of new evidence, or new social, political or economic assumptions, may make findings of fact for consideration by the higher courts, but cannot apply them to arrive at a different conclusion from the previous precedent (para. 76).

[42] In my view, a trial judge can consider and decide arguments based on *Charter* provisions that were not raised in the earlier case; this constitutes a new legal issue. Similarly, the matter may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence

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 *R.D. McGill* 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. 2b) 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

that fundamentally shifts the parameters of the debate.

[43] The intervener, the David Asper Centre for Constitutional Rights, argues that the common law principle of *stare decisis* is subordinate to the Constitution and cannot require a court to uphold a law which is unconstitutional. It submits that lower courts should not be limited to acting as “mere scribe[s]”, creating a record and findings without conducting a legal analysis (I.F., at para. 25).

[44] I agree. As the David Asper Centre also noted, however, a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. In my view, as discussed above, this threshold is met when a new legal issue is raised, or if there is a significant change in the circumstances or evidence. This balances the need for finality and stability with the recognition that when an appropriate case arises for revisiting precedent, a lower court must be able to perform its full role.

[45] It follows that the application judge in this case was entitled to rule on whether the laws in question violated the security of the person interests under s. 7 of the *Charter*. In the *Prostitution Reference*, the majority decision was based on the s. 7 physical liberty interest alone. Only Lamer J., writing for himself, touched on security of the person — and then, only in the context of economic interests. Contrary to the submission of the Attorney General of Canada, whether the s. 7 interest at issue is economic liberty or security of the person is *not* “a distinction without a difference” (A.F., at para. 94). The rights protected by s. 7 are “independent interests, each of which must be given independent significance by the Court” (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 52). Furthermore, the principles of fundamental justice considered in the *Prostitution Reference* dealt with vagueness and the permissibility of indirect criminalization. The principles raised in this case — arbitrariness,

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 [TRADUCTION] « 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

overbreadth, and gross disproportionality — have, to a large extent, developed only in the last 20 years.

[46] These considerations do not apply to the question of whether the communication provision is a justified limit on freedom of expression. That issue was decided in the *Prostitution Reference*. Re-characterizing the type of expression alleged to be infringed did not convert this argument into a new legal issue, nor did the more current evidentiary record or the shift in attitudes and perspectives amount to a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifted the parameters of the debate.

[47] This brings me to the question of whether this Court should depart from its previous decision on the s. 2(b) aspect of this case. At heart, this is a balancing exercise, in which the Court must weigh correctness against certainty (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 27). In this case, however, it is not necessary to determine whether this Court can depart from its s. 2(b) conclusion in the *Prostitution Reference*, since it is possible to resolve the case entirely on s. 7 grounds.

(2) Deference to the Application Judge's Findings on Social and Legislative Facts

[48] The Court of Appeal held that the application judge's findings on social and legislative facts — that is, facts about society at large, established by complex social science evidence — were not entitled to deference. With respect, I cannot agree. As this Court stated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, appellate courts should not interfere with a trial judge's findings of fact, absent a palpable and overriding error.

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 20 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. 2b). 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] When social and legislative evidence is put before a judge of first instance, the judge's duty is to evaluate and weigh that evidence in order to arrive at the conclusions of fact necessary to decide the case. The trial judge is charged with the responsibility of establishing the record on which subsequent appeals are founded. Absent reviewable error in the trial judge's appreciation of the evidence, a court of appeal should not interfere with the trial judge's conclusions on social and legislative facts. This division of labour is basic to our court system. The first instance judge determines the facts; appeal courts review the decision for correctness in law or palpable and overriding error in fact. This applies to social and legislative facts as much as to findings of fact as to what happened in a particular case.

[50] There are two important practical reasons not to depart from the usual standard of review simply because social or legislative facts are at issue.

[51] First, to do so would require the appeal court to duplicate the sometimes time-consuming and tedious work of the first instance judge in reviewing all the material and reconciling differences between the experts, studies and research results. A new set of judges would need to take the hours if not weeks required to intimately appreciate and analyze the evidence. And counsel for the parties would be required to take the appellate judges through all the evidence once again so they could draw their own conclusions. All this would increase the costs and delay in the litigation process. In a review for error — which is what an appeal is — it makes more sense to have counsel point out alleged errors in the trial judge's conclusions on the evidence and confine the court of appeal to determining whether those errors vitiate the trial judge's conclusions.

[52] Second, social and legislative facts may be intertwined with adjudicative facts — that is, the facts of the case at hand — and with issues of credibility of experts. To posit a different standard of review for adjudicative facts and the credibility of

[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

affiants and expert witnesses on the one hand, and social and legislative facts on the other (as proposed by the Court of Appeal), is to ask the impossible of courts of appeal. Untangling the different sources of those conclusions and applying different standards of review to them would immensely complicate the appellate task.

[53] As the Attorney General of Canada points out, this Court's decision in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, suggested that legislative fact findings are owed less deference. However, the use of social science evidence in *Charter* litigation has evolved significantly since *RJR-MacDonald* was decided. In the intervening years, this Court has expressed a preference for social science evidence to be presented through an expert witness (*R. v. Malmö-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paras 26-28; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 68). The assessment of expert evidence relies heavily on the trial judge (*R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at paras. 62-96). This is particularly so in the wake of the Ontario report by Justice Goudge, which emphasized the role of the trial judge in preventing miscarriages of justice flowing from flawed expert evidence (*Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 3, *Policy and Recommendations* (2008)). The distinction between adjudicative and legislative facts can no longer justify gradations of deference.

[54] This case illustrates the problem. The application judge arrived at her conclusions on the impact of the impugned laws on s. 7 security interests on the basis of the personal evidence of the applicants, the evidence of affiants and experts, and documentary evidence in the form of studies, reports of expert panels and Parliamentary records. The Court of Appeal conceded that it must accord deference to her findings of adjudicative facts and the credibility of affiants and experts, but said it owes no deference to findings on social and legislative facts. The task

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. Malmö-Levine*, 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. 62-96), 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 recommandations* (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 demanderesse, 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

of applying different standards of review when the evidence is intertwined would be daunting.

[55] It is suggested that no deference is required on social and legislative facts because appellate courts are in as good a position to evaluate such evidence as trial judges. If this were so, adjudicative facts presented only in affidavit form would similarly be owed less deference. Yet this Court has been clear that, absent express statutory instruction, there is no middling standard of review for findings of fact (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401). Furthermore, this view does not meet the concerns of duplication of effort and the intertwining of such evidence with other kinds of evidence. Nor does it address the point that the appellate task is not to review evidence globally, but rather to review the conclusions the first instance judge has drawn from the evidence.

[56] For these reasons, I am of the view that a no-deference standard of appellate review for social and legislative facts should be rejected. The standard of review for findings of fact — whether adjudicative, social, or legislative — remains palpable and overriding error.

#### B. *Section 7 Analysis*

[57] In the discussion that follows, I first consider whether the applicants have established that the impugned laws impose limits on security of the person, thus engaging s. 7. I then examine the argument of the appellant Attorneys General that the laws do not cause the alleged harms. I go on to consider whether any limits on security of the person are in accordance with the principles of fundamental justice.

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'art. 7*

[57] Dans l'analyse qui suit, j'examine d'abord si les demandresses 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) Is Security of the Person Engaged?

[58] Section 7 provides that the state cannot deny a person's right to life, liberty or security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice. At this stage, the question is whether the impugned laws negatively impact or limit the applicants' security of the person, thus bringing them within the ambit of, or engaging, s. 7 of the *Charter*.<sup>1</sup>

[59] Here, the applicants argue that the prohibitions on bawdy-houses, living on the avails of prostitution, and communicating in public for the purposes of prostitution, heighten the risks they face in prostitution — itself a legal activity. The application judge found that the evidence supported this proposition and the Court of Appeal agreed.

[60] For reasons set out below, I am of the same view. The prohibitions at issue do not merely impose conditions on how prostitutes operate. They go a critical step further, by imposing *dangerous* conditions on prostitution; they prevent people engaged in a risky — but legal — activity from taking steps to protect themselves from the risks.

---

<sup>1</sup> The focus is on security of the person, not liberty, for three reasons. First, the *Prostitution Reference* decided that the communicating and bawdy-house provisions engage liberty, and it is binding on this point. The security of the person argument is a novel issue and an important reason why the application judge was able to revisit the *Prostitution Reference*. Second, it is not clear that any of the applicants' personal liberty interests are engaged by the living on the avails provision; rather, they have pleaded that they fear that it could apply to their employees or their loved ones. Lastly, it seems to me that the real gravamen of the complaint is not that *breaking* the law engages the applicants' liberty, but rather that *compliance* with the laws infringes the applicants' security of the person.

(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 demanderesse ou limitent ce droit, de sorte qu'elles tombent sous le coup de l'art. 7 de la *Charte* ou mettent celui-ci en jeu<sup>1</sup>.

[59] En l'espèce, les demanderesse 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.

---

<sup>1</sup> 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 demanderesse est mis en jeu par la disposition relative au proxénétisme; les demanderesse disent en fait craindre l'application de la disposition à leurs employés ou à leurs proches. Enfin, il me semble que les demanderesse 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) *Sections 197 and 210: Keeping a Common Bawdy-House*

[61] It is not an offence to sell sex for money. The bawdy-house provisions, however, make it an offence to do so in any “place” that is “kept or occupied” or “resorted to” for the purpose of prostitution (ss. 197 and 210(1) of the *Code*). The reach of these provisions is broad. “Place” includes any defined space, even if unenclosed and used only temporarily (s. 197(1) of the *Code*; *R. v. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721 (C.A.)). And by definition, it applies even if resorted to by only one person (s. 197(1); *R. v. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311 (Ont. C.A.)).

[62] The practical effect of s. 210 is to confine lawful prostitution to two categories: street prostitution and out-calls (application decision, at para. 385). In-calls, where the john comes to the prostitute’s residence, are prohibited. Out-calls, where the prostitute goes out and meets the client at a designated location, such as the client’s home, are allowed. Working on the street is also permitted, though the practice of street prostitution is significantly limited by the prohibition on communicating in public (s. 213(1)(c)).

[63] The application judge found, on a balance of probabilities, that the safest form of prostitution is working independently from a fixed location (para. 300). She concluded that indoor work is far less dangerous than street prostitution — a finding that the evidence amply supports. She also concluded that out-call work is not as safe as in-call work, particularly under the current regime where prostitutes are precluded by virtue of the living on the avails provision from hiring a driver or security guard. Since the bawdy-house provision makes the safety-enhancing method of in-call prostitution illegal, the application judge concluded that the bawdy-house prohibition materially increased the risk prostitutes face under the present regime. I agree.

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* (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] First, the prohibition prevents prostitutes from working in a fixed indoor location, which would be safer than working on the streets or meeting clients at different locations, especially given the current prohibition on hiring drivers or security guards. This, in turn, prevents prostitutes from having a regular clientele and from setting up indoor safeguards like receptionists, assistants, bodyguards and audio room monitoring, which would reduce risks (application decision, at para. 421). Second, it interferes with provision of health checks and preventive health measures. Finally — a point developed in argument before us — the bawdy-house prohibition prevents resort to safe houses, to which prostitutes working on the street can take clients. In Vancouver, for example, “Grandma’s House” was established to support street workers in the Downtown Eastside, at about the same time as fears were growing that a serial killer was prowling the streets — fears which materialized in the notorious Robert Pickton. Street prostitutes — who the application judge found are largely the most vulnerable class of prostitutes, and who face an alarming amount of violence (para. 361) — were able to bring clients to Grandma’s House. However, charges were laid under s. 210, and although the charges were eventually stayed — four years after they were laid — Grandma’s House was shut down (supplementary affidavit of Dr. John Lowman, May 6, 2009, J.A.R., vol. 20, at p. 5744). For some prostitutes, particularly those who are destitute, safe houses such as Grandma’s House may be critical. For these people, the ability to work in brothels or hire security, even if those activities were lawful, may be illusory.

[65] I conclude, therefore, that the bawdy-house provision negatively impacts the security of

[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<sup>r</sup> 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

the person of prostitutes and engages s. 7 of the *Charter*.

(b) *Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution*

[66] Section 212(1)(j) criminalizes living on the avails of prostitution of another person, wholly or in part. While targeting parasitic relationships (*R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10), it has a broad reach. As interpreted by the courts, it makes it a crime for anyone to supply a service to a prostitute, because she is a prostitute (*R. v. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514 (C.A.); *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417 (C.A.)). In effect, it prevents a prostitute from hiring bodyguards, drivers and receptionists. The application judge found that by denying prostitutes access to these security-enhancing safeguards, the law prevented them from taking steps to reduce the risks they face and negatively impacted their security of the person (para. 361). As such, she found that the law engages s. 7 of the *Charter*.

[67] The evidence amply supports the judge's conclusion. Hiring drivers, receptionists, and bodyguards, could increase prostitutes' safety (application decision, at para. 421), but the law prevents them from doing so. Accordingly, I conclude that s. 212(1)(j) negatively impacts security of the person and engages s. 7.

(c) *Section 213(1)(c): Communicating in a Public Place*

[68] Section 213(1)(c) prohibits communicating or attempting to communicate for the purpose of engaging in prostitution or obtaining the sexual services of a prostitute, in a public place or a place open to public view. The provision extends to conduct short of verbal communication by prohibiting stopping or attempting to stop any person for those purposes (*R. v. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80 (B.C.C.A.)).

le droit à la sécurité des prostituées et met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

b) *Alinéa 212(1j) : 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] The application judge found that face-to-face communication is an “essential tool” in enhancing street prostitutes’ safety (para. 432). Such communication, which the law prohibits, allows prostitutes to screen prospective clients for intoxication or propensity to violence, which can reduce the risks they face (paras. 301 and 421). This conclusion, based on the evidence before her, sufficed to engage security of the person under s. 7.

[70] The application judge also found that the communicating law has had the effect of displacing prostitutes from familiar areas, where they may be supported by friends and regular customers, to more isolated areas, thereby making them more vulnerable (paras. 331 and 502).

[71] On the evidence accepted by the application judge, the law prohibits communication that would allow street prostitutes to increase their safety. By prohibiting communicating in public for the purpose of prostitution, the law prevents prostitutes from screening clients and setting terms for the use of condoms or safe houses. In these ways, it significantly increases the risks they face.

[72] I conclude that the evidence supports the application judge’s conclusion that s. 213(1)(c) impacts security of the person and engages s. 7.

(2) A Closer Look at Causation

[73] For the reasons discussed above, the application judge concluded — and I agree — that the impugned laws negatively impact and thus engage security of the person rights of prostitutes. However, the appellant Attorneys General contend that s. 7 is not engaged because there is an insufficient causal connection between the laws and the risks faced by prostitutes. First, they argue that the courts below erroneously measured causation by an attenuated standard. Second, they argue that it is the choice of the applicants to engage in prostitution, rather than

[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

the law, that is the causal source of the harms they face. These arguments cannot succeed.

(a) *The Nature of the Required Causal Connection*

[74] Three possible standards for causation are raised for our consideration: (1) “sufficient causal connection”, adopted by the application judge (paras. 287-88); (2) a general “impact” approach, adopted by the Court of Appeal (paras. 108-9); and (3) “active and foreseeable” and “direct” causal connection, urged by the appellant Attorneys General (A.G. of Canada factum, at paras. 64-68; A.G. of Ontario factum, at paras. 12-17).

[75] I conclude that the “sufficient causal connection” standard should prevail. This is a flexible standard, which allows the circumstances of each particular case to be taken into account. Adopted in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, and applied in a number of subsequent cases (see, e.g., *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3), it posits the need for “a sufficient causal connection between the state-caused [effect] and the prejudice suffered by the [claimant]” for s. 7 to be engaged (*Blencoe*, at para. 60 (emphasis added)).

[76] A sufficient causal connection standard does not require that the impugned government action or law be the only or the dominant cause of the prejudice suffered by the claimant, and is satisfied by a reasonable inference, drawn on a balance of probabilities (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 21). A sufficient causal connection is sensitive to the context of the particular case and insists on a real, as opposed to a speculative, link. Understood in this way, a sufficient causal connection standard is consistent with the substance of the standard that the Court of Appeal applied in this case. While I

atténuée. Ils prétendent ensuite que le préjudice couru par les demandresses 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 (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, et appliquée dans plusieurs affaires subséquentes (voir, p. ex., *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), 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

do not agree with the Court of Appeal that causation is not the appropriate lens for examining whether legislation — as opposed to the conduct of state actors — engages s. 7 security interests, its “practical and pragmatic” inquiry (para. 108) tracks the process followed in cases such as *Blencoe* and *Khadr*.

[77] The Attorney General of Canada argues for a higher standard. The prejudice to the claimant’s security interest, he argues, must be active, foreseeable, and a “necessary link” (factum, at paras. 62 and 65). He relies on this Court’s statement in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 (cited by way of contrast in *Blencoe*, at para. 69), that “[i]n the absence of government involvement, Mrs. Rodriguez would not have suffered a deprivation of her s. 7 rights.” He also relies on the Court’s statement in *Suresh*, at para. 54, that “[a]t least where Canada’s participation is a necessary precondition for the deprivation and where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada’s participation, the government does not avoid the guarantee of fundamental justice”. These statements establish that a causal connection is made out when the state action is a foreseeable and necessary cause of the prejudice. They do not, however, establish that this is the only way a causal connection engaging s. 7 of the *Charter* can be demonstrated.

[78] Finally, from a practical perspective, a sufficient causal connection represents a fair and workable threshold for engaging s. 7 of the *Charter*. This is the port of entry for s. 7 claims. The claimant bears the burden of establishing this connection. Even if established, it does not end the inquiry, since the claimant must go on to show that the deprivation of her security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice. Although mere speculation will not suffice to establish causation, to set the bar too high risks barring meritorious claims. What is required is a sufficient connection, having regard to the context of the case.

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 [TRADUCTION] « 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 [TRADUCTION] « 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*, par. 69), suivant lesquels : « N’eût été le rôle de l’État, il n’y aurait eu aucune atteinte aux droits garantis à M<sup>me</sup> Rodriguez par l’art. 7. » Il invoque par ailleurs l’arrêt *Suresh*, 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) *Is the Causal Connection Negated by Choice or the Role of Third Parties?*

[79] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that prostitutes choose to engage in an inherently risky activity. They can avoid both the risk inherent in prostitution and any increased risk that the laws impose simply by choosing not to engage in this activity. They say that choice — and not the law — is the real cause of their injury.

[80] The Attorneys General contend that Parliament is entitled to regulate prostitution as it sees fit. Anyone who chooses to sell sex for money must accept these conditions. If the conditions imposed by the law prejudice their security, it is their choice to engage in the activity, not the law, that is the cause.

[81] What the applicants seek, the Attorneys General assert, is a constitutional right to engage in risky commercial activities. Thus the Attorney General of Ontario describes the s. 7 claim in this case as a “veiled assertion of a positive right to vocational safety” (factum, at para. 25).

[82] The Attorneys General rely on this Court’s decision in *Malmo-Levine*, which upheld the constitutionality of the prohibition of possession of marijuana on the basis that the recreational use of marijuana was a “lifestyle choice” and that lifestyle choices were not constitutionally protected (para. 185).

[83] The Attorneys General buttress this argument by asserting that if this Court accepts that these laws can be viewed as causing prejudice to the applicants’ security, then many other laws that leave open the choice to engage in risky activities by only partially or indirectly regulating those activities will be rendered unconstitutional.

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 marijuana 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 demandereses, 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] Finally, in a variant on the argument that the impugned laws are not the cause of the applicants' alleged loss of security, the Attorneys General argue that the source of the harm is third parties — the johns who use and abuse prostitutes and the pimps who exploit them.

[85] For the following reasons, I cannot accept the argument that it is not the law, but rather prostitutes' choice and third parties, that cause the risks complained of in this case.

[86] First, while some prostitutes may fit the description of persons who freely choose (or at one time chose) to engage in the risky economic activity of prostitution, many prostitutes have no meaningful choice but to do so. Ms. Bedford herself stated that she initially prostituted herself “to make enough money to at least feed myself” (cross-examination of Ms. Bedford, J.A.R., vol. 2, at p. 92). As the application judge found, street prostitutes, with some exceptions, are a particularly marginalized population (paras. 458 and 472). Whether because of financial desperation, drug addictions, mental illness, or compulsion from pimps, they often have little choice but to sell their bodies for money. Realistically, while they may retain some minimal power of choice — what the Attorney General of Canada called “constrained choice” (transcript, at p. 22) — these are not people who can be said to be truly “choosing” a risky line of business (see *PHS*, at paras. 97-101).

[87] Second, even accepting that there are those who freely choose to engage in prostitution, it must be remembered that prostitution — the exchange of sex for money — is not illegal. The causal question is whether the impugned laws make this lawful activity more dangerous. An analogy could be drawn to a law preventing a cyclist from wearing a helmet. That the cyclist chooses to ride her bike does not diminish the causal role of the law in

[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 demandresses, 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<sup>me</sup> Bedford déclare s'être d'abord prostituée [TRADUCTION] « afin de faire assez d'argent pour au moins [s]e nourrir » (contre-interrogatoire de M<sup>me</sup> 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

making that activity riskier. The challenged laws relating to prostitution are no different.

[88] Nor is it accurate to say that the claim in this case is a veiled assertion of a positive right to vocational safety. The applicants are not asking the government to put into place measures making prostitution safe. Rather, they are asking this Court to strike down legislative provisions that aggravate the risk of disease, violence and death.

[89] It makes no difference that the conduct of pimps and johns is the immediate source of the harms suffered by prostitutes. The impugned laws deprive people engaged in a risky, but legal, activity of the means to protect themselves against those risks. The violence of a john does not diminish the role of the state in making a prostitute more vulnerable to that violence.

[90] The government's call for deference in addressing the problems associated with prostitution has no role at this stage of the analysis. Calls for deference cannot insulate legislation that creates serious harmful effects from the charge that they negatively impact security of the person under s. 7 of the *Charter*. The question of deference arises under the principles of fundamental justice, not at the early stage of considering whether a person's life, liberty, or security of the person is infringed.

[91] Finally, recognizing that laws with serious harmful effects may engage security of the person does not mean that a host of other criminal laws will be invalidated. Trivial impingements on security of the person do not engage s. 7 (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 59). As already discussed, the applicant must show that the impugned law is sufficiently connected to the prejudice suffered before s. 7 is engaged. And even if s. 7 is found to be engaged, the applicant must

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 demanderessees 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 grave-ment 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

then show that the deprivation of security is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[92] For all these reasons, I reject the arguments of the Attorneys General that the cause of the harm is not the impugned laws, but rather the actions of third parties and the prostitutes' choice to engage in prostitution. As I concluded above, the laws engage s. 7 of the *Charter*. That conclusion remains undisturbed.

(3) Principles of Fundamental Justice

(a) *The Applicable Norms*

[93] I have concluded that the impugned laws deprive prostitutes of security of the person, engaging s. 7. The remaining step in the s. 7 analysis is to determine whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. If so, s. 7 is not breached.

[94] The principles of fundamental justice set out the minimum requirements that a law that negatively impacts on a person's life, liberty, or security of the person must meet. As Lamer J. put it, "[t]he term 'principles of fundamental justice' is not a right, but a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person; its function is to set the parameters of that right" (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 ("*Motor Vehicle Reference*"), at p. 512).

[95] The principles of fundamental justice have significantly evolved since the birth of the *Charter*. Initially, the principles of fundamental justice were thought to refer narrowly to principles of natural justice that define procedural fairness. In the *Motor Vehicle Reference*, this Court held otherwise:

... it would be wrong to interpret the term "fundamental justice" as being synonymous with natural justice ... To do so would strip the protected interests of much, if not most, of their content and leave the "right" to life, liberty and security of the person in a sorely emaciated

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 sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 (« *Renvoi sur la MVA* »), 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 sur la MVA*, notre Cour en a jugé autrement :

... il 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

state. Such a result would be inconsistent with the broad, affirmative language in which those rights are expressed and equally inconsistent with the approach adopted by this Court toward the interpretation of *Charter* rights in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, *per* Estey J., and *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. [pp. 501-2]

[96] The *Motor Vehicle Reference* recognized that the principles of fundamental justice are about the basic values underpinning our constitutional order. The s. 7 analysis is concerned with capturing inherently bad laws: that is, laws that take away life, liberty, or security of the person in a way that runs afoul of our basic values. The principles of fundamental justice are an attempt to capture those values. Over the years, the jurisprudence has given shape to the content of these basic values. In this case, we are concerned with the basic values against arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality.

[97] The concepts of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality evolved organically as courts were faced with novel *Charter* claims.

[98] Arbitrariness was used to describe the situation where there is no connection between the effect and the object of the law. In *Morgentaler*, the accused challenged provisions of the *Criminal Code* that required abortions to be approved by a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital. The purpose of the law was to protect women's health. The majority found that the requirement that all therapeutic abortions take place in accredited hospitals did not contribute to the objective of protecting women's health and, in fact, caused delays that were detrimental to women's health. Thus, the law violated basic values because the effect of the law actually contravened the objective of the law. Beetz J. called this "manifest unfairness" (*Morgentaler*, at p. 120), but later cases interpreted this as an "arbitrariness" analysis (see *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at para. 133, *per* McLachlin C.J. and Major J.).

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 sur la MVA*, 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 censés 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'« iniquité 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] In *Chaoulli*, the applicant challenged a Quebec law that prohibited private health insurance for services that were available in the public sector. The purpose of the provision was to protect the public health care system and prevent the diversion of resources from the public system. The majority found, on the basis of international evidence, that private health insurance and a public health system could co-exist. Three of the four-judge majority found that the prohibition was “arbitrary” because there was no real connection on the facts between the effect and the objective of the law.

[100] Most recently, in *PHS*, this Court found that the Minister’s decision not to extend a safe injection site’s exemption from drug possession laws was arbitrary. The purpose of drug possession laws was the protection of health and public safety, and the services provided by the safe injection site actually contributed to these objectives. Thus, the effect of not extending the exemption — that is, prohibiting the safe injection site from operating — was contrary to the objectives of the drug possession laws.

[101] Another way in which laws may violate our basic values is through what the cases have called “overbreadth”: the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective. In *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, the accused challenged a vagrancy law that prohibited offenders convicted of listed offences from “loitering” in public parks. The majority of the Court found that the law, which aimed to protect children from sexual predators, was overbroad; insofar as the law applied to offenders who did not constitute a danger to children, and insofar as it applied to parks where children were unlikely to be present, it was unrelated to its objective.

[102] In *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, the challenged provisions of the

[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’une assurance maladie privée et un 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*

*Criminal Code* prevented an accused who was found unfit to stand trial from receiving an absolute discharge, and subjected the accused to indefinite appearances before a review board. The purpose of the provisions was “to allow for the ongoing treatment or assessment of the accused in order for him or her to become fit for an eventual trial” (para. 41). The Court found that insofar as the law applied to permanently unfit accused, who would never become fit to stand trial, the objective did “not apply” and therefore the law was overbroad (paras. 42-43).

[103] Laws are also in violation of our basic values when the effect of the law is grossly disproportionate to the state’s objective. In *Malmo-Levine*, the accused challenged the prohibition on the possession of marijuana on the basis that its effects were grossly disproportionate to its objective. Although the Court agreed that a law with grossly disproportionate effects would violate our basic norms, the Court found that this was not such a case: “. . . the effects on accused persons of the present law, including the potential of imprisonment, fall within the broad latitude within which the Constitution permits legislative action” (para. 175).

[104] In *PHS*, this Court found that the Minister’s refusal to exempt the safe injection site from drug possession laws was not in accordance with the principles of fundamental justice because the effect of denying health services and increasing the risk of death and disease of injection drug users was grossly disproportionate to the objectives of the drug possession laws, namely public health and safety.

[105] The overarching lesson that emerges from the case law is that laws run afoul of our basic values when the means by which the state seeks to attain its objective is fundamentally flawed, in the sense of being arbitrary, overbroad, or having effects that are grossly disproportionate to the legislative goal. To deprive citizens of life, liberty, or security of the person by laws that violate these

*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 continue 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 sont totalement disproportionnés 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 œuvre 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

norms is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[106] As these principles have developed in the jurisprudence, they have not always been applied consistently. The Court of Appeal below pointed to the confusion that has been caused by the “comingling” of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality (paras. 143-51). This Court itself recently noted the conflation of the principles of overbreadth and gross disproportionality (*R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at paras. 38-40; see also *R. v. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57, at para. 72). In short, courts have explored different ways in which laws run afoul of our basic values, using the same words — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — in slightly different ways.

[107] Although there is significant overlap between these three principles, and one law may properly be characterized by more than one of them, arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality remain three distinct principles that stem from what Hamish Stewart calls “failures of instrumental rationality” — the situation where the law is “inadequately connected to its objective or in some sense goes too far in seeking to attain it” (*Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at p. 151). As Peter Hogg has explained:

The doctrines of overbreadth, disproportionality and arbitrariness are all at bottom intended to address what Hamish Stewart calls “failures of instrumental rationality”, by which he means that the Court accepts the legislative objective, but scrutinizes the policy instrument enacted as the means to achieve the objective. If the policy instrument is not a rational means to achieve the objective, then the law is dysfunctional in terms of its own objective.

(“The Brilliant Career of Section 7 of the Charter” (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195, at p. 209 (citation omitted))

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. 143-151). 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. 38-40; 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 Freedoms* (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 (renvoi omis))

[108] The case law on arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality is directed against two different evils. The first evil is the absence of a connection between the infringement of rights and what the law seeks to achieve — the situation where the law’s deprivation of an individual’s life, liberty, or security of the person is not connected to the purpose of the law. The first evil is addressed by the norms against arbitrariness and overbreadth, which target the absence of connection between the law’s purpose and the s. 7 deprivation.

[109] The second evil lies in depriving a person of life, liberty or security of the person in a manner that is grossly disproportionate to the law’s objective. The law’s impact on the s. 7 interest is connected to the purpose, but the impact is so severe that it violates our fundamental norms.

[110] Against this background, it may be useful to elaborate on arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality.

[111] Arbitrariness asks whether there is a direct connection between the purpose of the law and the impugned effect on the individual, in the sense that the effect on the individual bears some relation to the law’s purpose. There must be a rational connection between the object of the measure that causes the s. 7 deprivation, and the limits it imposes on life, liberty, or security of the person (Stewart, at p. 136). A law that imposes limits on these interests in a way that bears *no connection* to its objective arbitrarily impinges on those interests. Thus, in *Chaoulli*, the law was arbitrary because the prohibition of private health insurance was held to be unrelated to the objective of protecting the public health system.

[112] Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary *in part*. At its core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts. For instance, the law at issue in *Demers* required unfit accused to

[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 *certain*s 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



attend repeated review board hearings. The law was only disconnected from its purpose insofar as it applied to permanently unfit accused; for temporarily unfit accused, the effects were related to the purpose.

[113] Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*.

[114] It has been suggested that overbreadth is not truly a distinct principle of fundamental justice. The case law has sometimes said that overbreadth straddles both arbitrariness and gross disproportionality. Thus, in *Heywood*, Cory J. stated: "The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate" (p. 793).

[115] And in *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735, the companion case to *Malmo-Levine*, Gonthier and Binnie JJ. explained:

Overbreadth in that respect addresses the potential infringement of fundamental justice where the adverse effect of a legislative measure on the individuals subject to its strictures is grossly disproportionate to the state interest the legislation seeks to protect. Overbreadth in this aspect is, as Cory J. pointed out [in *Heywood*], related to arbitrariness. [Emphasis deleted; para. 38.]

[116] In part this debate is semantic. The law has not developed by strict labels, but on a case-by-case

que l'accusé inapte compare par 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 : « Lorsqu'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 omis; par. 38.]

[116] Le débat est en partie sémantique. Le droit a évolué non par le recours à des étiquettes

basis, as courts identified laws that were inherently bad because they violated our basic values.

[117] Moving forward, however, it may be helpful to think of overbreadth as a distinct principle of fundamental justice related to arbitrariness, in that the question for both is whether there is *no connection* between the effects of a law and its objective. Overbreadth simply allows the court to recognize that the lack of connection arises in a law that goes too far by sweeping conduct into its ambit that bears no relation to its objective.

[118] An ancillary question, which applies to both arbitrariness and overbreadth, concerns how significant the lack of correspondence between the objective of the infringing provision and its effects must be. Questions have arisen as to whether a law is arbitrary or overbroad when its effects are *inconsistent* with its objective, or whether, more broadly, a law is arbitrary or overbroad whenever its effects are *unnecessary* for its objective (see, e.g., *Chaoulli*, at paras. 233-34).

[119] As noted above, the root question is whether the law is inherently bad because there is *no connection*, in whole or in part, between its effects and its purpose. This standard is not easily met. The evidence may, as in *Morgentaler*, show that the effect actually undermines the objective and is therefore “inconsistent” with the objective. Or the evidence may, as in *Chaoulli*, show that there is simply no connection on the facts between the effect and the objective, and the effect is therefore “unnecessary”. Regardless of how the judge describes this lack of connection, the ultimate question remains whether the evidence establishes that the law violates basic norms because there is *no connection* between its effect and its purpose. This is a matter to be determined on a case-by-case basis, in light of the evidence.

[120] Gross disproportionality asks a different question from arbitrariness and overbreadth. It

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

targets the second fundamental evil: the law's effects on life, liberty or security of the person are so grossly disproportionate to its purposes that they cannot rationally be supported. The rule against gross disproportionality only applies in extreme cases where the seriousness of the deprivation is totally out of sync with the objective of the measure. This idea is captured by the hypothetical of a law with the purpose of keeping the streets clean that imposes a sentence of life imprisonment for spitting on the sidewalk. The connection between the draconian impact of the law and its object must be entirely outside the norms accepted in our free and democratic society.

[121] Gross disproportionality under s. 7 of the *Charter* does *not* consider the beneficial effects of the law for society. It balances the negative effect on the individual against the purpose of the law, *not* against societal benefit that might flow from the law. As this Court said in *Malmo-Levine*:

In effect, the exercise undertaken by Braidwood J.A. was to balance the law's salutary and deleterious effects. In our view, with respect, that is a function that is more properly reserved for s. 1. These are the types of social and economic harms that generally have no place in s. 7. [para. 181]

[122] Thus, gross disproportionality is not concerned with the number of people who experience grossly disproportionate effects; a grossly disproportionate effect on one person is sufficient to violate the norm.

[123] All three principles — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — compare the rights infringement caused by the law with the objective of the law, not with the law's effectiveness. That is, they do not look to how well the law achieves its object, or to how much of the population the law benefits. They do not consider ancillary benefits to the general population. Furthermore, none of the principles measure the percentage of the population that is negatively impacted. The

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

analysis is qualitative, not quantitative. The question under s. 7 is whether *anyone's* life, liberty or security of the person has been denied by a law that is inherently bad; a grossly disproportionate, overbroad, or arbitrary effect on one person is sufficient to establish a breach of s. 7.

(b) *The Relationship Between Section 7 and Section 1*

[124] This Court has previously identified parallels between the rules against arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality under s. 7 and elements of the s. 1 analysis for justification of laws that violate *Charter* rights. These parallels should not be allowed to obscure the crucial differences between the two sections.

[125] Section 7 and s. 1 ask different questions. The question under s. 7 is whether the law's negative effect on life, liberty, or security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice. With respect to the principles of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality, the specific questions are whether the law's purpose, taken at face value, is connected to its effects and whether the negative effect is grossly disproportionate to the law's purpose. Under s. 1, the question is different — whether the negative impact of a law on the rights of individuals is proportionate to the pressing and substantial goal of the law in furthering the public interest. The question of justification on the basis of an overarching public goal is at the heart of s. 1, but it plays no part in the s. 7 analysis, which is concerned with the narrower question of whether the impugned law infringes individual rights.

[126] As a consequence of the different questions they address, s. 7 and s. 1 work in different ways. Under s. 1, the government bears the burden of showing that a law that breaches an individual's

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'art. 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

rights can be justified having regard to the government's goal. Because the question is whether the broader public interest justifies the infringement of individual rights, the law's goal must be pressing and substantial. The "rational connection" branch of the s. 1 analysis asks whether the law was a rational means for the legislature to pursue its objective. "Minimal impairment" asks whether the legislature could have designed a law that infringes rights to a lesser extent; it considers the legislature's reasonable alternatives. At the final stage of the s. 1 analysis, the court is required to weigh the negative impact of the law on people's rights against the beneficial impact of the law in terms of achieving its goal for the greater public good. The impacts are judged both qualitatively and quantitatively. Unlike individual claimants, the Crown is well placed to call the social science and expert evidence required to justify the law's impact in terms of society as a whole.

[127] By contrast, under s. 7, the claimant bears the burden of establishing that the law deprives her of life, liberty or security of the person, in a manner that is not connected to the law's object or in a manner that is grossly disproportionate to the law's object. The inquiry into the purpose of the law focuses on the nature of the object, not on its efficacy. The inquiry into the impact on life, liberty or security of the person is not quantitative — for example, how many people are negatively impacted — but qualitative. An arbitrary, overbroad, or grossly disproportionate impact on one person suffices to establish a breach of s. 7. To require s. 7 claimants to establish the efficacy of the law versus its deleterious consequences on members of society as a whole, would impose the government's s. 1 burden on claimants under s. 7. That cannot be right.

[128] In brief, although the concepts under s. 7 and s. 1 are rooted in similar concerns, they are analytically distinct.

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] It has been said that a law that violates s. 7 is unlikely to be justified under s. 1 of the *Charter* (*Motor Vehicle Reference*, at p. 518). The significance of the fundamental rights protected by s. 7 supports this observation. Nevertheless, the jurisprudence has also recognized that there may be some cases where s. 1 has a role to play (see, e.g., *Malmo-Levine*, at paras. 96-98). Depending on the importance of the legislative goal and the nature of the s. 7 infringement in a particular case, the possibility that the government could establish that a s. 7 violation is justified under s. 1 of the *Charter* cannot be discounted.

(4) Do the Impugned Laws Respect the Principles of Fundamental Justice?

(a) *Section 210: The Bawdy-House Prohibition*

(i) The Object of the Provision

[130] The bawdy-house provision has remained essentially unchanged since it was moved to Part V of the *Criminal Code*, “Disorderly Houses, Gaming and Betting”, in the 1953-54 *Code* revision (c. 51, s. 182). In *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704, Estey J. found “little, if any, doubt” in the authorities that the disorderly house provisions were not directed at the mischief of betting, gaming and prostitution *per se*, but rather at the harm to the community in which such activities were carried on in a notorious and habitual manner (p. 712). This objective can be traced back to the common law origins of the bawdy-house provisions (see, e.g., 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, first published 1644), at pp. 205-6).

[131] The appellant Attorneys General argue that the object of this provision, considered alone and in conjunction with the other prohibitions, is to

[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 MVA*, 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 *Malmo-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 appelants soutiennent que, seule ou de concert avec les autres, cette interdiction vise à décourager la prostitution. Le

deter prostitution. The record does not support this contention; on the contrary, it is clear from the legislative record that the purpose of the prohibition is to prevent community harms in the nature of nuisance.

[132] There is no evidence to support a reappraisal of this purpose by Parliament. The doctrine against shifting objectives does not permit a new object to be introduced at this point (*R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731). On its face, the provision is only directed at in-call prostitution, and so cannot be said to aim at deterring prostitution generally. To find that it operates with the other *Criminal Code* provisions to deter prostitution generally is also unwarranted, given their piecemeal evolution and patchwork construction, which leaves out-calls and prostitution itself untouched. I therefore agree with the lower courts that the objectives of the bawdy-house provision are to combat neighbourhood disruption or disorder and to safeguard public health and safety.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[133] The courts below considered whether the bawdy-house prohibition is overbroad, or grossly disproportionate.

[134] I agree with them that the negative impact of the bawdy-house prohibition on the applicants' security of the person is grossly disproportionate to its objective. I therefore find it unnecessary to decide whether the prohibition is overbroad insofar as it applies to a single prostitute operating out of her own home (C.A., at para. 204). The application judge found on the evidence that moving to a bawdy-house would improve prostitutes' safety by providing the "safety benefits of proximity to others, familiarity with surroundings, security staff, closed-circuit television and other such monitoring that a permanent indoor location can facilitate" (para. 427). Balancing this against the evidence demonstrating

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 demanderesse 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 les faisant bénéficier [TRADUCTION] « 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

that “complaints about nuisance arising from indoor prostitution establishments are rare” (*ibid.*), she found that the harmful impact of the provision was grossly disproportionate to its purpose.

[135] The Court of Appeal acknowledged that empirical evidence on the subject is difficult to gather, since almost all the studies focus on street prostitution. However, it concluded that the evidence supported the application judge’s findings on gross disproportionality — in particular, the evidence of the high homicide rate among prostitutes, with the overwhelming number of victims being street prostitutes. The Court of Appeal agreed that moving indoors amounts to a “basic safety precaution” for prostitutes, one which the bawdy-house provision makes illegal (paras. 206-7).

[136] In my view, this conclusion was not in error. The harms identified by the courts below are grossly disproportionate to the deterrence of community disruption that is the object of the law. Parliament has the power to regulate against nuisances, but not at the cost of the health, safety and lives of prostitutes. A law that prevents street prostitutes from resorting to a safe haven such as Grandma’s House while a suspected serial killer prowls the streets, is a law that has lost sight of its purpose.

(b) *Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution*

(i) The Object of the Provision

[137] This Court has held, *per* Cory J. for the majority in *Downey*, that the purpose of this provision is to target pimps and the parasitic, exploitative conduct in which they engage:

It can be seen that the majority of offences outlined in s. 195 are aimed at the procurer who entices, encourages or importunes a person to engage in prostitution. Section

situé à l’intérieur » (par. 427). Après avoir mis en balance ces éléments avec la preuve selon laquelle « 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 totalement 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. 206-207).

[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(1)j) : Proxénétisme*

(i) Objet de la disposition

[137] Dans l’arrêt *Downey*, les juges majoritaires de la Cour (sous la plume du juge Cory) concluent que l’al. 212(1)j) 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



195(1)(j) [now s. 212(1)(j)] is specifically aimed at those who have an economic stake in the earnings of a prostitute. It has been held correctly I believe that the target of s. 195(1)(j) is the person who lives parasitically off a prostitute's earnings. That person is commonly and aptly termed a pimp. [p. 32]

[138] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that the true objective of s. 212(1)(j) is to target the commercialization of prostitution, and to promote the values of dignity and equality. This characterization of the objective does not accord with *Downey*, and is not supported by the legislative record. It must be rejected.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[139] The courts below concluded that the living on the avails provision is overbroad insofar as it captures a number of non-exploitative relationships which are not connected to the law's purpose. The courts below also concluded that the provision's negative effect on the security and safety of prostitutes is grossly disproportionate to its objective of protecting prostitutes from harm.

[140] I agree with the courts below that the living on the avails provision is overbroad.

[141] The provision has been judicially restricted to those who provide a service or good to a prostitute because she is a prostitute, thus excluding grocers and doctors, for instance (*Shaw v. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220 (H.L.)). It also has been held to require that exploitation be proven in the case of a person who lives with the prostitute, in order to exclude people in legitimate domestic relationships with a prostitute (*Grilo*). These refinements render the prohibition narrower than its words might suggest.

[142] The question here is whether the law nevertheless goes too far and thus deprives the applicants of their security of the person in a manner unconnected to the law's objective. The law punishes

ou la harcèle à cette fin. L'alinéa 195(1)(j) [aujourd'hui remplacé par l'al. 212(1)(j)] 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(1)(j) est la personne qui vit en parasite du revenu d'un prostitué, 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 demanderesse selon des modalités qui sont étrangères

everyone who lives on the avails of prostitution without distinguishing between those who exploit prostitutes (for example, controlling and abusive pimps) and those who could increase the safety and security of prostitutes (for example, legitimate drivers, managers, or bodyguards). It also includes anyone involved in business with a prostitute, such as accountants or receptionists. In these ways, the law includes some conduct that bears no relation to its purpose of preventing the exploitation of prostitutes. The living on the avails provision is therefore overbroad.

[143] The appellant Attorneys General argue that the line between an exploitative pimp and a prostitute's legitimate driver, manager or bodyguard, blurs in the real world. A relationship that begins on a non-exploitative footing may become exploitative over time. If the provision were tailored more narrowly — for example, by reading in “in circumstances of exploitation” as the Court of Appeal did — evidentiary difficulties may lead to exploiters escaping liability. Relationships of exploitation often involve intimidation and manipulation of the kind that make it very difficult for a prostitute to testify. For these reasons, the Attorneys General argue, the provision must be drawn broadly in order to effectively capture those it targets.

[144] This argument is more appropriately addressed under the s. 1 analysis. As stated above, if a law captures conduct that bears no relation to its purpose, the law is overbroad under s. 7; enforcement practicality is one way the government may justify an overbroad law under s. 1 of the *Charter*.

[145] Having found that the prohibition on living on the avails of prostitution is overbroad, I find it unnecessary to consider whether it is also grossly disproportionate to its object of protecting prostitutes from exploitative relationships.

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 exploiteur 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) *Section 213(1)(c): Communicating in Public for the Purposes of Prostitution*

(i) The Object of the Provision

[146] The object of the communicating provision was explained by Dickson C.J. in the *Prostitution Reference*:

Like Wilson J., I would characterize the legislative objective of s. 195.1(1)(c) [now s. 213(1)(c)] in the following manner: the provision is meant to address solicitation in public places and, to that end, seeks to eradicate the various forms of social nuisance arising from the public display of the sale of sex. My colleague Lamer J. finds that s. 195.1(1)(c) is truly directed towards curbing the exposure of prostitution and related violence, drugs and crime to potentially vulnerable young people, and towards eliminating the victimization and economic disadvantage that prostitution, and especially street soliciting, represents for women. I do not share the view that the legislative objective can be characterized so broadly. In prohibiting sales of sexual services in public, the legislation does not attempt, at least in any direct manner, to address the exploitation, degradation and subordination of women that are part of the contemporary reality of prostitution. Rather, in my view, the legislation is aimed at taking solicitation for the purposes of prostitution off the streets and out of public view.

The *Criminal Code* provision subject to attack in these proceedings clearly responds to the concerns of home-owners, businesses, and the residents of urban neighbourhoods. Public solicitation for the purposes of prostitution is closely associated with street congestion and noise, oral harassment of non-participants and general detrimental effects on passers-by or bystanders, especially children. [pp. 1134-35]

[147] It is clear from these reasons that the purpose of the communicating provision is not to eliminate street prostitution for its own sake, but to take prostitution “off the streets and out of public view” in order to prevent the nuisances that street prostitution can cause. The *Prostitution Reference* belies the argument of the Attorneys General that

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

Parliament's overall objective in these provisions is to deter prostitution.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[148] The application judge concluded that the harm imposed by the prohibition on communicating in public was grossly disproportionate to the provision's object of removing the nuisance of prostitution from the streets. This was based on evidence that she found established that the ability to screen clients was an "essential tool" to avoiding violent or drunken clients (application decision, at para. 432).

[149] The majority of the Court of Appeal found that the application judge erred in her analysis of gross disproportionality by attaching too little importance to the objective of s. 213(1)(c), and by incorrectly finding on the evidence that face-to-face communication with a prospective customer is essential to enhancing prostitutes' safety (paras. 306 and 310).

[150] In my view, the Court of Appeal majority's reasoning on this question is problematic, largely for the reasons set out by MacPherson J.A., dissenting in part. Four aspects of the majority's analysis are particularly troubling.

[151] First, in concluding that the application judge accorded too little weight to the legislative objective of s. 213(1)(c), the majority of the Court of Appeal criticized her characterization of the object of the provision as targeting "noise, street congestion, and the possibility that the practice of prostitution will interfere with those nearby" (C.A., at para. 306). But the application judge's conclusion was in concert with the object of s. 213(1)(c) established by Dickson C.J. in the *Prostitution Reference*, which the majority of the Court of Appeal endorsed earlier in their reasons (para. 286).

[152] Compounding this error, the majority of the Court of Appeal inflated the objective of the prohibition on public communication by referring to "drug possession, drug trafficking, public

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

intoxication, and organized crime” (para. 307), even though Dickson C.J. explicitly *excluded* the exposure of “related violence, drugs and crime” to vulnerable young people from the objectives of s. 213(1)(c). At most, the provision’s effect on these other issues is an ancillary benefit — and, as such, it should not play into the gross disproportionality analysis, which weighs the actual objective of the provision against its negative impact on the individual’s life, liberty and security of the person.

[153] The three remaining concerns with the majority’s reasoning relate to the other side of the balance: the assessment of the impact of the provision.

[154] First, the majority of the Court of Appeal erroneously substituted its assessment of the evidence for that of the application judge. It found that the application judge’s conclusion that face-to-face communication is essential to enhancing prostitutes’ safety was based only on “anecdotal evidence . . . informed by her own common sense” (para. 311). This was linked to its error, discussed above, in according too little deference to the application judge on findings of social and legislative facts. MacPherson J.A. for the minority, correctly countered that the evidence on this point came from both prostitutes’ own accounts and from expert assessments, and provided a firm basis for the application judge’s conclusion (paras. 348-50).

[155] Second, the majority ignored the law’s effect of displacing prostitutes to more secluded, less secure locations. The application judge highlighted this displacement (at para. 331), citing the evidence found in the report of the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights Subcommittee on Solicitation Laws (*The Challenge of Change: A Study of Canada’s Criminal Prostitution Laws* (2006)) on the effects of s. 213(1)(c). The majority’s conclusion that the application judge did not have a proper basis to

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 de l’examen des lois sur le racolage du Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes (*Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada* (2006)) sur les effets de l’application de

conclude that face-to-face communication enhances safety may be explained in part by their failure to consider the impact of the provision on displacement.

[156] Related to this is the uncontested fact that the communication ban prevents street workers from bargaining for conditions that would materially reduce their risk, such as condom use and the use of safe houses.

[157] Finally, the majority of the Court of Appeal majority, in rejecting the application judge's conclusions, relied on its own speculative assessment of the impact of s. 213(1)(c):

While it is fair to say that a street prostitute might be able to avoid a "bad date" by negotiating details such as payment, services to be performed and condom use up front, it is equally likely that the customer could pass muster at an early stage, only to turn violent once the transaction is underway. It is also possible that the prostitute may proceed even in the face of perceived danger, either because her judgment is impaired by drugs or alcohol, or because she is so desperate for money that she feels compelled to take the risk. [para. 312]

[158] It is certainly conceivable, as this passage suggests, that some street prostitutes would not refuse a client even if communication revealed potential danger. It is also conceivable that the danger may not be perfectly predicted in advance. However, that does not negate the application judge's finding that communication is an essential tool that can decrease risk. The assessment is qualitative, not quantitative. If screening could have prevented one woman from jumping into Robert Pickton's car, the severity of the harmful effects is established.

[159] In sum, the Court of Appeal wrongly attributed errors in reasoning to the application judge and made a number of errors in considering gross disproportionality. I would restore the application

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

judge's conclusion that s. 213(1)(c) is grossly disproportionate. The provision's negative impact on the safety and lives of street prostitutes is a grossly disproportionate response to the possibility of nuisance caused by street prostitution.

C. *Do the Prohibitions Against Communicating in Public Violate Section 2(b) of the Charter?*

[160] Having concluded that the impugned laws violate s. 7, it is unnecessary to consider this question.

D. *Are the Infringements Justified Under Section 1 of the Charter?*

[161] The appellant Attorneys General have not seriously argued that the laws, if found to infringe s. 7, can be justified under s. 1 of the *Charter*. Only the Attorney General of Canada addressed this in his factum, and then, only briefly. I therefore find it unnecessary to engage in a full s. 1 analysis for each of the impugned provisions. However, some of their arguments under s. 7 of the *Charter* are properly addressed at this stage of the analysis.

[162] In particular, the Attorneys General attempt to justify the living on the avails provision on the basis that it must be drafted broadly in order to capture all exploitative relationships, which can be difficult to identify. However, the law not only catches drivers and bodyguards, who may actually be pimps, but it also catches clearly non-exploitative relationships, such as receptionists or accountants who work with prostitutes. The law is therefore not minimally impairing. Nor, at the final stage of the s. 1 inquiry, is the law's effect of preventing prostitutes from taking measures that would increase their safety, and possibly save their lives, outweighed by the law's positive effect of protecting prostitutes from exploitative relationships.

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] The Attorneys General have not raised any other arguments distinct from those considered under s. 7. I therefore find that the impugned laws are not saved by s. 1 of the *Charter*.

#### V. Result and Remedy

[164] I would dismiss the appeals and allow the cross-appeal. Section 210, as it relates to prostitution, and ss. 212(1)(j) and 213(1)(c) are declared to be inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and hence are void. The word “prostitution” is struck from the definition of “common bawdy-house” in s. 197(1) of the *Criminal Code* as it applies to s. 210 only.

[165] I have concluded that each of the challenged provisions, considered independently, suffers from constitutional infirmities that violate the *Charter*. That does not mean that Parliament is precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted. Prohibitions on keeping a bawdy-house, living on the avails of prostitution and communication related to prostitution are intertwined. They impact on each other. Greater latitude in one measure — for example, permitting prostitutes to obtain the assistance of security personnel — might impact on the constitutionality of another measure — for example, forbidding the nuisances associated with keeping a bawdy-house. The regulation of prostitution is a complex and delicate matter. It will be for Parliament, should it choose to do so, to devise a new approach, reflecting different elements of the existing regime.

[166] This raises the question of whether the declaration of invalidity should be suspended and if so, for how long.

[167] On the one hand, immediate invalidity would leave prostitution totally unregulated while Parliament grapples with the complex and sensitive problem of how to deal with it. How prostitution is regulated is a matter of great public concern, and few countries leave it entirely unregulated.

[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, en ce qui concerne la prostitution, 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. Le mot « prostitution » est supprimé de la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) du *Code criminel* pour les besoins de l’art. 210 uniquement.

[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



Whether immediate invalidity would pose a danger to the public or imperil the rule of law (the factors for suspension referred to in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679) may be subject to debate. However, it is clear that moving abruptly from a situation where prostitution is regulated to a situation where it is entirely unregulated would be a matter of great concern to many Canadians.

[168] On the other hand, leaving the prohibitions against bawdy-houses, living on the avails of prostitution and public communication for purposes of prostitution in place in their present form leaves prostitutes at increased risk for the time of the suspension — risks which violate their constitutional right to security of the person.

[169] The choice between suspending the declaration of invalidity and allowing it to take immediate effect is not an easy one. Neither alternative is without difficulty. However, considering all the interests at stake, I conclude that the declaration of invalidity should be suspended for one year.

*Appeals dismissed and cross-appeal allowed.*

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

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

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Osgoode Hall Law School of York University, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitors for the interveners the Pivot Legal Society, the Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society and the PACE Society: Pivot Legal Society, Vancouver; Arvay Finlay,*

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'appellant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

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

*Procureurs des intimées/appellantes 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;*

*Vancouver; Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver; Ratcliff & Company, North Vancouver; Harper Grey, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Evangelical Fellowship of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Cooper & Sandler, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Native Women's Association of Canada, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, 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 and the Vancouver Rape Relief Society: University of British Columbia, Vancouver; Fay Faraday, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Christian Legal Fellowship, the Catholic Civil Rights League and REAL Women of Canada: Bennett Jones, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Arvay Finlay, Vancouver; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Simone de Beauvoir Institute: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.*

*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.*

*Solicitors for the intervener the AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution: Foy Allison Law Group, West Vancouver.*

*Solicitor for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.*

*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.*