

**Kenneth Dale Downey** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. DOWNEY

File No.: 21874.

1991: November 1; 1992: May 21.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus — Accused convicted of living on avails of prostitution — Whether evidential burden placed on an accused by s. 195(2) of Criminal Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(j), (2).*

*Criminal law — Prostitution — Living on avails of prostitution — Escort agency — Presumption of innocence — Accused convicted of living on avails of prostitution — Whether evidential burden placed on an accused by s. 195(2) of Criminal Code violates his right to be presumed innocent under s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(j), (2).*

The accused was jointly charged with his companion, the owner of an escort agency, with two counts of living on the avails of prostitution pursuant to s. 195(1)(j) of the *Criminal Code*. Clients would call the agency and an escort would go on a date with them. They were charged an introduction fee which was turned over to the agency. The escorts kept any money they received for sexual services which were provided in 85 to 90 percent of the dates. The accused was aware of this sexual activ-

**Kenneth Dale Downey** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada et le procureur général du Québec** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. DOWNEY

<sup>c</sup> № du greffe: 21874.

1991: 1<sup>er</sup> novembre; 1992: 21 mai.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Inversion de la charge de la preuve — Accusé déclaré coupable de vivre des produits de la prostitution — La charge de présentation incombe à l'accusé en vertu de l'art. 195(2) du Code criminel porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 195(1jj), (2).*

<sup>g</sup> *Droit criminel — Prostitution — Vivre des produits de la prostitution — Agence d'hôtesse — Présomption d'innocence — Accusé déclaré coupable de vivre des produits de la prostitution — La charge de présentation incombe à l'accusé en vertu de l'art. 195(2) du Code criminel viole-t-elle son droit d'être présumé innocent garanti par l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 195(1jj), (2).*

*L'accusé et sa compagne, propriétaire d'une agence d'hôtesse, ont fait l'objet conjointement de deux chefs d'accusation d'avoir vécu des produits de la prostitution, en contravention de l'al. 195(1jj) du Code criminel. Les hôtesse prenaient rendez-vous avec les clients qui appelaient l'agence. On exigeait de ces derniers des frais de présentation, qui étaient remis à l'agence. Les hôtesse gardaient tout ce qu'elles recevaient en échange de leurs services sexuels, fournis à 85 à 90 pour 100 des*

ity. At the agency, the accused answered the telephone, made up the receipts and did the banking. He had no other employment. On one occasion when his companion was away he ran the agency for a month. During the trial, an application was made for a declaration that s. 195(2) of the *Code* was of no force or effect because it violates s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 195(2) provides that “[e]vidence that a person lives with or is habitually in the company of prostitutes . . . is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the person lives on the avails of prostitution”. The application was dismissed and the accused was convicted. His appeal to the Court of Appeal was dismissed. This appeal is to determine whether the evidential burden placed on an accused by s. 195(2) infringes the right to be presumed innocent set forth in s. 11(d) of the *Charter* and, if so, whether the infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

*Held* (La Forest, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 195(2) of the *Code* infringes s. 11(d) of the *Charter* but is justifiable under s. 1.

*Per* L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: The presumption contained in s. 195(2) of the *Code* infringes s. 11(d) of the *Charter* since the statutory presumption can result in the conviction of an accused despite the existence of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to his guilt. The fact that someone lives with a prostitute does not lead inexorably to the conclusion that the person is living on avails.

Section 195(2) of the *Code* constitutes a reasonable limit on the presumption of innocence. When the presumption set out in s. 195(2) is reviewed in the context of s. 195(1) itself, it is apparent that the objective of the impugned provision is of sufficient importance to warrant overriding s. 11(d). The majority of offences outlined in s. 195(1) are aimed at the procurer who entices, encourages or importunes a person to engage in prostitution. Section 195(1)(j) is specifically aimed at those who have an economic stake in the earnings of a prostitute. Its target is the person who lives parasitically off a prostitute's earnings — namely, the pimp. Pimps control street prostitution and, along with customers, are the major source of violence against prostitutes. From a review of Canadian and foreign studies and the current literature pertaining to the problem of prostitution and pimps, it is obvious that s. 195(2), in assisting in curb-

clients. L'accusé était au courant de cette activité sexuelle. À l'agence, il recevait les appels, établissait les reçus et s'occupait des affaires bancaires. Il n'avait pas d'autre emploi. Une fois, en l'absence de sa compagne, il a dirigé l'agence pendant un mois. Au cours du procès, il y a eu présentation d'une requête visant à faire déclarer inopérant le par. 195(2) du *Code* parce qu'il viole l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le paragraphe 195(2) dispose que «[l]a preuve qu'une personne vit ou se trouve habituellement en compagnie de prostitués, [...] constitue, en l'absence de preuve contraire, une preuve qu'elle vit des produits de la prostitution». La requête a été rejetée et l'accusé a été déclaré coupable. Son appel à la Cour d'appel a été rejeté. Il s'agit en l'espèce de déterminer si la charge de présentation incombe à l'accusé en vertu du par. 195(2) porte atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

*Arrêt* (les juges La Forest, McLachlin et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. Le paragraphe 195(2) du *Code* porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* mais est justifié en vertu de l'article premier.

*Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory:* La présomption contenue au par. 195(2) du *Code* porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* puisqu'elle peut donner lieu à une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Le fait de vivre avec une personne prostituée ne signifie pas inexorablement que l'accusé vit des produits de la prostitution.

Le paragraphe 195(2) du *Code* constitue une limite raisonnable à la présomption d'innocence. Si l'on examine la présomption prévue au par. 195(2) dans le contexte du par. 195(1), il est manifeste que l'objectif que vise la disposition attaquée est suffisamment important pour justifier la dérogation à l'al. 11d). La majorité des infractions mentionnées au par. 195(1) visent le proxénète qui entraîne ou encourage une personne à s'adonner à la prostitution ou la harcèle à cette fin. L'alinéa 195(1)(j) vise particulièrement ceux qui ont un intérêt financier dans les revenus d'un prostitué. Sa cible est la personne qui vit en parasite du revenu d'un prostitué, soit le souteneur. Les souteneurs contrôlent la prostitution de rue, et ils présentent, avec les clients, la principale source de violence pour les prostitués. D'après les rapports rédigés au Canada et à l'étranger et les études effectuées récemment sur le problème de la prostitution

ing the exploitative activity of pimps, is attempting to deal with a cruel and pervasive social evil.

Further, s. 195(2) meets the proportionality test. First, the section is a measure carefully designed to respond to the objective. Evidence of pimps living on avails is difficult, if not impossible, to obtain without the cooperation of the prostitutes, who are often unwilling to testify for fear of violence against them by their pimps. Section 195(2) enables a prosecution to be instituted without it being necessary for the prostitute to give evidence. With the presumption, Parliament has focussed on those circumstances in which maintaining close ties to prostitutes gives rise to a reasonable inference of living on the avails of prostitution. There is no real danger that the section will result in innocent persons who have non parasitic legitimate living arrangements with prostitutes being inculpated. A description sufficient to constitute evidence to the contrary will generally be included in the Crown's case. If not, such evidence can easily be led. In either event, the presumption will be displaced. Second, s. 195(2) represents a minimal impairment of the presumption of innocence. All that is required of the accused is to point to evidence capable of raising a reasonable doubt. That can often be achieved as a result of cross-examination of Crown witnesses. The section does not necessarily force the accused to testify. In enacting s. 195(2), Parliament has chosen a reasonable and sensitive position. To eliminate the presumption completely would reward the accused for the intimidation of vulnerable witnesses in a situation where such intimidation is widespread. To provide a reverse onus which would cast a heavier legal burden on the accused would constitute a more serious infringement of s. 11(d) than the evidential burden imposed by s. 195(2). Third, when one balances the societal and individual interests, it is clear that the extent of the infringement is proportional to the legislative objective. In view of the social problems flowing from prostitution, the successful prosecution of pimps is very important. Pimps encourage and enforce often through violence the activities of prostitutes — a particularly vulnerable segment of society. Section 195(2) is aimed not only at remedying a social problem but also at providing some measure of protection for prostitutes by eliminating the necessity of testifying. The infringe-

et des souteneurs, il ressort clairement que le par. 195(2), en facilitant la répression de l'exploitation par les souteneurs, vise à endiguer un fléau social aux ravages cruels et étendus.

<sup>a</sup> En outre, le par. 195(2) satisfait au critère de la proportionnalité. En premier lieu, cette disposition est une mesure soigneusement conçue en vue d'atteindre l'objectif. La preuve qu'un souteneur vit de la prostitution est difficile, sinon impossible, à obtenir sans la collaboration des prostitués, qui sont souvent réticents à témoigner parce qu'ils craignent la violence de leurs souteneurs. Le paragraphe 195(2) permet d'engager une poursuite sans qu'il soit nécessaire que le prostitué témoigne. Le législateur a, par la présomption, fait porter son attention sur les cas où le fait d'entretenir des liens étroits avec des prostitués conduit raisonnablement à en déduire le fait de vivre des produits de la prostitution. Il n'y a pas réellement de danger que la disposition puisse entraîner l'inculpation de personnes innocentes qui partagent la vie de prostitués de façon légitime et non parasitaire. Le ministère public présentera généralement une description suffisante pour établir la preuve du contraire. Sinon, il est facile de produire cette preuve. D'une façon ou d'une autre, la présomption sera écartée. <sup>b</sup> En deuxième lieu, le par. 195(2) constitue une atteinte minimale à la présomption d'innocence. Tout ce que l'on demande à l'accusé c'est de faire ressortir un élément de preuve susceptible de soulever un doute raisonnable et il y parvient souvent par le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite. La disposition ne le force pas nécessairement à témoigner. En adoptant le par. 195(2), le législateur a choisi une position raisonnable et adaptée aux besoins. Supprimer complètement la présomption récompenserait l'accusé pour l'intimidation de témoins vulnérables dans une situation où ce phénomène est répandu. Prévoir une inversion de la charge de la preuve qui imposerait à l'accusé une charge ultime encore plus lourde constituerait une atteinte plus grave à l'al. 11d) que la charge de présentation imposée par le par. 195(2). <sup>c</sup> En troisième lieu, lorsqu'on pondère les intérêts de la société et ceux du particulier, il est évident que la mesure de l'atteinte est proportionnelle à l'objectif législatif. Compte tenu des problèmes sociaux qui découlent de la prostitution, il est très important d'obtenir des condamnations contre les souteneurs. Ce sont eux qui, souvent au moyen de la violence, encouragent les activités des prostitués, groupe particulièrement vulnérable de la société, et veillent à leur exécution. Le paragraphe 195(2) vise non seulement à remédier à un problème social, mais également à accorder aux prostitués une certaine protection en supprimant la nécessité de recourir à leur témoignage. L'atteinte à la présompt-

ment of the presumption of innocence by s. 195(2) is minimal.

*Per La Forest J. (dissenting):* For the reasons given by Cory J., s. 195(2) of the *Code* infringes the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Section 195(2), however, is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the presumption may well be rationally connected to the objective of securing the convictions of the parasites who control street prostitutes without evidence from the complainant prostitute, the basic facts contained in s. 195(2) are not intrinsically blameworthy and simply cast too wide a net. The section catches people who have legitimate non-parasitic living arrangements with prostitutes. No evidence was advanced to show that it was necessary to cast the net so wide.

*Per McLachlin and Iacobucci JJ. (dissenting):* The mandatory presumption contained in s. 195(2) of the *Code* infringes the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, in that proof of the substituted fact that the accused person lives with or is habitually in the company of a prostitute does not lead inexorably to proof of the statutorily required or essential element of living on the avails of prostitution.

Section 195(2) is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the legislative objective is sufficiently important to warrant overriding a constitutional right, the impugned section does not meet the proportionality test. A presumption, like any other challenged legislative provision, must be externally rational, in the sense that it must evince a rational connection to the legislative purpose behind its enactment. But in the case of a presumption, it must also be "internally rational" in the sense that there must be a rational connection between the substituted fact and the presumed fact. The fact that in some cases one can infer the presumed fact from the proven fact is insufficient to establish the internal rational connection required under s. 1. At a minimum, proof of the substituted fact must make it likely that the presumed fact is true. Further, the rationality test also has a fairness aspect. An irrational presumption operates unfairly in that it unduly enmeshes the innocent in the criminal process by arbitrarily catching within its ambit those who are not guilty of the offence. In the case of s. 195(2) the required logical link is lacking, rendering it both irrational and unfair. It cannot be said that it is likely that one who lives with or is habitually in the company of a prostitute is parasitically living on the avails of prostitution. It is a possible inference, reasonable only in some cases. Spouses, lovers, friends, children, parents or room-mates may live with or be habitu-

tion d'innocence que constitue le par. 195(2) est minime.

*Le juge La Forest (dissident):* Pour les motifs donnés par le juge Cory, le par. 195(2) du *Code* porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. Toutefois, le par. 195(2) n'est pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il peut y avoir un lien rationnel entre la présomption et l'objectif d'obtenir la condamnation des parasites qui contrôlent les prostitués de la rue sans que le prostitué plaignant ait à témoigner. Cependant, les faits établis au par. 195(2) ne sont pas répréhensibles en soi, leur portée est simplement trop large. La disposition englobe les personnes qui partagent la vie de prostitués de façon légitime et non parasitaire. Aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'il était nécessaire d'avoir une portée aussi large.

*Les juges McLachlin et Iacobucci (dissidents):* La présomption impérative contenue au par. 195(2) du *Code* porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, en ce sens que la preuve du fait substitué que l'accusé vit ou se trouve habituellement en compagnie d'un prostitué n'entraîne pas inexorablement la preuve de l'élément essentiel ou requis par la loi qu'il vit des produits de la prostitution.

La justification du par. 195(2) ne peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif législatif soit suffisamment important pour justifier la dérogation à un droit constitutionnel, la disposition attaquée ne satisfait pas au critère de la proportionnalité. Comme toute autre disposition législative contestée, la présomption doit avoir une rationalité extrinsèque, en ce qu'elle doit révéler un lien rationnel avec l'objectif législatif qui sous-tend son adoption. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une présomption, elle doit aussi être «elle-même rationnelle» en ce qu'il doit exister un lien rationnel entre le fait substitué et le fait présumé. Bien que dans certains cas il soit possible de déduire le fait présumé du fait prouvé, cela ne permet pas d'établir le lien rationnel intrinsèque requis en vertu de l'article premier. À tout le moins, la preuve du fait substitué doit rendre le fait présumé vraisemblable. En outre, le critère du lien rationnel tient également de l'équité. La présomption irrationnelle crée une injustice en entraînant indûment et arbitrairement dans le processus criminel ceux qui ne sont pas coupables de l'infraction. Le paragraphe 195(2) ne possédant pas le lien logique requis, il est à la fois irrationnel et injuste. On ne peut pas dire qu'une personne vivant ou se trouvant habituellement en compagnie d'un prostitué vit vraisemblablement en parasite des produits de la prostitution. Cette déduction est possible, et n'est raisonnable que

ally in the company of a prostitute, which is not a criminal offence, without living on the avails of prostitution. Any presumption which has the potential to catch such a wide variety of innocent people in its wake can only be said to be arbitrary, unfair and based on irrational considerations.

Finally, the irrational and unfair effects of the presumption extend to the prostitutes themselves and bring into question the external rationality of the presumption. By this presumption prostitutes are put in the position of being unable to associate with friends and family, or to enter into arrangements which may alleviate some of the more pernicious aspects of their frequently dangerous and dehumanizing trade. The predictable result is to force prostitutes onto the streets or into the exploitative power of pimps, thereby undercutting the very pressing and substantial objective which the presumption was designed to address. Because it exacerbates the very exploitation it purports to prevent, s. 195(2) cannot be said to possess the degree of rationality necessary to justify the violation of a right guaranteed by our *Charter*.

## Cases Cited

By Cory J.

**Referred to:** *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Kowlyk*, [1988] 2 S.C.R. 59; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Celebrity Enterprises Ltd.* (1977), 41 C.C.C. (2d) 540; *Shaw v. Director of Public Prosecutions* (1961), 45 Cr. App. R. 113; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Clarke*, [1976] 2 All E.R. 696.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, aff'g (1983), 40 O.R. (2d) 660; *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *County Court of Ulster County v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *R. v. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53.

## Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 216(1)(i), 238(j), 239.

dans certains cas. Le conjoint, l'amoureux, les amis, les enfants, les parents ou les colocataires peuvent vivre ou se trouver habituellement en compagnie d'un prostitué, ce qui n'est pas une infraction criminelle, sans pour autant vivre des produits de la prostitution. La présomption susceptible d'entraîner un si grand nombre d'innocents dans son sillage ne peut être qu'arbitraire, inéquitable et basée sur des considérations irrationnelles.

e Enfin, les effets irrationnels et injustes de la présomption s'étendent aux prostitués eux-mêmes et remettent en question le lien rationnel extrinsèque de la présomption. En raison de cette présomption, les prostitués ne peuvent fréquenter les amis et la famille ni conclure d'ententes susceptibles d'adoucir certains aspects plus pernicieux de leur commerce souvent dangereux et déshumanisant. Les prostitués se verront donc probablement forcés de retourner dans la rue ou entre les mains de souteneurs exploiteurs, sapant de ce fait l'objectif des plus urgent et réel que cette présomption est destinée à atteindre. Parce qu'il exacerbe l'exploitation même qu'il est censé atténuer, on ne peut pas dire que le par. 195(2) a le degré de rationalité nécessaire pour justifier la violation d'un droit garanti par notre *Charte*.

## Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Celebrity Enterprises Ltd.* (1977), 41 C.C.C. (2d) 540; *Shaw c. Director of Public Prosecutions* (1961), 45 Cr. App. R. 113; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Clarke*, [1976] 2 All E.R. 696.

f *h* Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, conf. (1983), 40 O.R. (2d) 660; *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *i* *County Court of Ulster County c. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *R. c. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 212(1)(j), h), (2) [aj. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 9], (3) [*idem*].

- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(j) [ad. 1972, c. 13, s. 14; rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 13], (2) [rep. & sub. *idem*].
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 212(1)(j), (h), (2) [ad. c. 19 (3rd Supp.), s. 9], (3) [*idem*].
- Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, ss. 207(l), 208.
- Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 184.
- Prostitution Act*, 1979, No. 71 (N.S.W.), s. 5.
- Prostitution Regulation Act* 1986, No. 124 (Vict.), ss. 4, 12(3).
- Sexual Offences Act*, 1956 (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, s. 30(2).
- Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, art. 207l), 208.
- Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 184.
- Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 216(1)i), 238j), 239.
- a *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 195(1)) [aj. 1972, ch. 13, art. 14; abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 13], (2) [abr. & rempl. *idem*].
- Prostitution Act*, 1979, No. 71 (N.S.W.), art. 5.
- Prostitution Regulation Act* 1986, No. 124 (Vict.), art. 4, 12(3).
- b *Sexual Offences Act*, 1956 (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, ch. 69, art. 30(2).

### Authors Cited

- Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Pornography and Prostitution in Canada*, vol. 2. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.
- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*, vol. 2. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Cromwell, Thomas A. «Proving Guilt: The Presumption of Innocence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms». In William H. Charles, Thomas A. Cromwell and Keith B. Jobson, eds., *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Butterworths, 1989.
- Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.
- Erbe, Nancy. «Prostitutes: Victims of Men's Exploitation and Abuse» (1984), 2 *Law & Inequality* 609.
- Milman, Barbara. «New Rules for the Oldest Profession: Should We Change Our Prostitution Laws?» (1980), 3 *Harv. Women's L.J.* 1.
- New South Wales. Parliament. Report of the Select Committee of the Legislative Assembly Upon Prostitution, 1986.
- Sansfaçon, Daniel. *Prostitution in Canada: A Research Review Report*. Ottawa: Department of Justice, Research and Statistics Section, 1984.
- Sansfaçon, Daniel. *Agreements and Conventions of the United Nations with respect to Pornography and Prostitution*. Ottawa: Department of Justice, Research and Statistics Section, 1984.
- Silbert, Mimi H. and Ayala M. Pines, «Occupational Hazards of Street Prostitutes» (1981), 8 *Crim. Just. & Behavior* 395.
- United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Seventeenth Report. *Prostitution: Off-street activities*. London: H.M.S.O., 1985.
- c Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada*, vol. 2. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985.
- d Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 2. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.
- e Cromwell, Thomas A. «Proving Guilt: The Presumption of Innocence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms». In William H. Charles, Thomas A. Cromwell and Keith B. Jobson, eds., *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Butterworths, 1989.
- f Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.
- g Erbe, Nancy. «Prostitutes: Victims of Men's Exploitation and Abuse» (1984), 2 *Law & Inequality* 609.
- Milman, Barbara. «New Rules for the Oldest Profession: Should We Change Our Prostitution Laws?» (1980), 3 *Harv. Women's L.J.* 1.
- h New South Wales. Parliament. Report of the Select Committee of the Legislative Assembly Upon Prostitution, 1986.
- i Sansfaçon, Daniel. *La prostitution au Canada: une synthèse des résultats de recherche*. Ottawa: Ministère de la Justice, Section de la recherche et de la statistique, 1984.
- j Sansfaçon, Daniel. *Accords et conventions des Nations-Unies sur la pornographie et la prostitution*. Ottawa: Ministère de la Justice, Section de la recherche et de la statistique, 1984.
- Silbert, Mimi H. and Ayala M. Pines, «Occupational Hazards of Street Prostitutes» (1981), 8 *Crim. Just. & Behavior* 395.
- United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Seventeenth Report. *Prostitution: Off-street activities*. London: H.M.S.O., 1985.

United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Working Paper on Offences relating to Prostitution and allied Offences. London: H.M.S.O., 1982.

Weisberg, D. Kelly. "Children Of The Night: The Adequacy Of Statutory Treatment Of Juvenile Prostitution" (1984), 12 *Am. J. Crim. L.* 1.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 105 A.R. 351, dismissing the accused's appeal from his conviction for living on the avail of prostitution contrary to s. 195(1) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, La Forest, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting.

*Terence C. Semenuk and Mitchell C. Stephensen*, for the appellant.

*Jack Watson*, for the respondent.

*Robert J. Frater*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Monique Rousseau and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues. I agree with Justice Cory that s. 195(2) (now s. 212(3)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringes the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for the reasons he gives. I, however, agree with Justice McLachlin's conclusion that s. 195(2) cannot pass muster under s. 1 of the *Charter*, though I approach the matter somewhat differently.

No one can deny the importance of the objective under s. 195(1)(j) of the *Code*, which makes it an offence to live on the avail of prostitution of another person. It is aimed at the parasites who control street prostitutes. The presumption in s. 195(2) is there to encourage reporting and to facilitate prosecutions without the need for the prostitutes involved to testify. In other words, because of the parasitic and coercive nature of the

United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Working Paper on Offences relating to Prostitution and allied Offences. London: H.M.S.O., 1982.

Weisberg, D. Kelly. «Children Of The Night: The Adequacy Of Statutory Treatment Of Juvenile Prostitution» (1984), 12 *Am. J. Crim. L.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 105 A.R. 351, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de vivre des produits de la prostitution, en contravention du par. 195(1) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, McLachlin et Iacobucci sont dissidents.

*Terence C. Semenuk et Mitchell C. Stephensen*, pour l'appellant.

*Jack Watson*, pour l'intimée.

*Robert J. Frater*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Monique Rousseau et Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues. Je conviens avec le juge Cory que le par. 195(2) (maintenant le par. 212(3)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, porte atteinte à la présomption d'innocence, garantie par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour les motifs qu'il donne. Cependant, je souscris à la conclusion du juge McLachlin selon laquelle le par. 195(2) ne résiste pas à l'examen en vertu de l'article premier de la *Charte*, mais j'aborde la question de façon un peu différente.

Nul ne peut nier l'importance de l'objectif de l'al. 195(1)j) du *Code* en vertu duquel commet une infraction quiconque vit des produits de la prostitution d'une autre personne. Cet objectif vise les parasites qui contrôlent les prostitués de la rue. La présomption du par. 195(2) vise à encourager les dénonciations et à faciliter les poursuites sans qu'il soit nécessaire de faire témoigner les prostitués. Autrement dit, en raison de la nature parasitaire et

pimp-prostitute relationship, prostitutes, often young girls, are extremely reluctant to come forward and testify against their pimps; see the Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (the Badgley Committee), *Sexual Offences Against Children* (1984), vol. 2, at pp. 1057-58. I think the presumption may well be rationally connected to the objective of securing convictions without evidence from the complainant prostitute. However, the basic facts contained in s. 195(2) are not intrinsically blameworthy and simply cast too wide a net. It catches people who have legitimate non-parasitic living arrangements with prostitutes. No evidence was advanced to show that it was necessary to cast the net so wide.

I would, therefore, allow the appeal, quash the conviction and order a new trial.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—Section 195(1)(j) (now s. 212(1)(j)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, makes it an offence to live wholly or in part on the avails of another person's prostitution. Section 195(2) (now s. 212(3)) provides that “[e]vidence that a person lives with or is habitually in the company of prostitutes... is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the person lives on the avails of prostitution”. At issue on this appeal is whether the evidential burden thus placed on an accused contravenes the right to be presumed innocent set forth in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. If the impugned section does infringe s. 11(d) of the *Charter* it must be determined whether it can be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*.

### Factual Background

The appellant, Kenneth Downey, was jointly charged with his companion, Corrine Louise Reynolds, with two counts of living on the avails

coercitive des rapports entre souteneurs et prostitués, ces derniers, qui sont souvent des jeunes filles, sont extrêmement réticents à témoigner contre leurs souteneurs; voir le Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (le comité Badgley), *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984), vol. 2, à la p. 1150. Je crois qu'il peut y avoir un lien rationnel entre la présomption et l'objectif d'obtenir une condamnation sans que le prostitué plaignant ait à témoigner. Les faits établis au par. 195(2) ne sont toutefois pas répréhensibles en soi; leur portée est simplement trop large. Ils englobent les personnes qui partagent la vie de prostitués de façon légitime et non parasitaire. Aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'il était nécessaire d'avoir une portée aussi large.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuller la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—Aux termes de l'al. 195(1)(j) (maintenant l'al. 212(1)(j)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, constitue une infraction le fait de vivre entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne. Le paragraphe 195(2) (maintenant le par. 212(3)) dispose que «[l]a preuve qu'une personne vit ou se trouve habituellement en compagnie de prostitués, [...] constitue, en l'absence de preuve contraire, une preuve qu'elle vit des produits de la prostitution». Il s'agit en l'espèce de déterminer si la charge de présentation incombe ainsi à l'accusé contrevient au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si la disposition attaquée porte effectivement atteinte à l'al. 11d), il faut alors décider si elle peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### Les faits

L'appelant, Kenneth Downey, et sa compagne, Corrine Louise Reynolds, ont fait l'objet conjointement de deux chefs d'accusation d'avoir vécu

of prostitution. They were both convicted at trial and their appeals to the Court of Appeal of Alberta were dismissed.

From September 1985 to May 1986, Corrine Reynolds owned and operated an escort agency. When the agency received calls for escorts either Elizabeth Wilson or Sherry Siegel, both of whom testified at trial, would go on dates with the callers. The callers, referred to as clients by the accused, were then charged an introduction or agency fee. The fee charged was the same for all clients and was turned over to the agency. The agency in turn deposited the money in a bank account maintained by Corrine Reynolds in the name of CLR Holdings. Any money that was paid to Wilson or Siegel in respect of sexual services was kept by them. Corrine Reynolds also went out with clients on the same basis as Wilson and Siegel. Wilson and Siegel had sexual relations of one kind or another with 85 to 90 percent of the clients that they dated. There is no question that both Reynolds and Downey were aware of this sexual activity. Indeed they knew of the particular sexual preferences of many of the clients of the agency.

During the time Wilson and Siegel worked at the agency, Downey answered the agency's telephones, made up the receipts and did the banking. Throughout this period he had no other employment. On one occasion when Reynolds was away Downey ran the agency for a month. It was then that he "suspended" or fired Siegel.

This is not a case of pimps manipulating young girls. Both Wilson and Siegel were mature women. Strangely enough they did not consider themselves prostitutes in spite of receiving payment for their sexual activities with clients of the agency.

During the course of the trial an application was made for a declaration that s. 195(2) of the *Criminal Code* was of no force or effect because of s. 11(d) of the *Charter*. The application was dismissed and the trial judge ruled that the section was constitutionally valid.

des produits de la prostitution. Ils ont tous deux été déclarés coupables au procès et leurs appels à la Cour d'appel de l'Alberta ont été rejetés.

De septembre 1985 à mai 1986, Corrine Reynolds exploitait une agence d'hôtesse dont elle était la propriétaire. Sur réception des appels à l'agence, Elizabeth Wilson ou Sherry Siegel, qui ont toutes deux témoigné au procès, prenaient rendez-vous avec les interlocuteurs. On exigeait alors de ces derniers, que l'accusé appelle des clients, des frais de présentation ou frais d'agence. Les frais étaient les mêmes pour tous les clients et ils étaient remis à l'agence. L'argent était ensuite déposé dans un compte bancaire que tenait Corrine Reynolds au nom de CLR Holdings. Quant à Wilson et Siegel, elles gardaient en propre tout ce qu'elles recevaient en échange de leurs services sexuels. Corrine Reynolds sortait elle aussi avec les clients aux mêmes conditions que Wilson et Siegel. Ces dernières avaient des relations sexuelles, sous une forme ou une autre, avec 85 à 90 pour 100 des clients qu'elles rencontraient. Il est sans conteste que tant Reynolds que Downey étaient au courant de cette activité sexuelle. Ils connaissaient même les préférences sexuelles particulières de bon nombre de clients de l'agence.

À l'époque où Wilson et Siegel travaillaient à l'agence, Downey recevait les appels, établissait les reçus et s'occupait des affaires bancaires. Pendant cette période, il n'a pas eu d'autre emploi. Une fois, en l'absence de Reynolds, il a dirigé l'agence pendant un mois. C'est à ce moment qu'il a «suspendu» ou congédié Siegel.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire de souteneurs manipulant des jeunes filles. Wilson et Siegel étaient des femmes mûres. Étrangement, elles ne se considéraient pas comme des prostituées même si elles étaient rétribuées pour leurs activités sexuelles avec les clients de l'agence.

Au cours du procès, il y a eu présentation d'une requête visant à faire déclarer inopérant le par. 195(2) du *Code criminel* sur le fondement de l'al. 11d) de la *Charte*. La requête a été rejetée, le juge présidant l'audience ayant conclu à la constitutionnalité de la disposition.

Courts Below(a) *The Court of Queen's Bench*

The trial judge found that s. 195(2) was not a true reverse onus provision. Rather he found it created an evidential presumption or inference which could be rebutted by raising a reasonable doubt as to its validity. He expressed the opinion that requiring an accused to raise a reasonable doubt as to guilt did not require the accused to give evidence. He noted that the required fact in the presumption (living with or habitually in the company of a prostitute) might not be proven by the Crown. In any event the accused could introduce a reasonable doubt through the cross-examination of Crown witnesses.

(b) *The Court of Appeal* (1990), 105 A.R. 351

The Court of Appeal dismissed the appeal from the bench without hearing from the respondent. Kerans J.A. expressed the view that the impugned section should be understood as merely directing the jury that the fact of living with prostitutes and consorting with them was to be considered in deciding the question of guilt or innocence. A jury which had any doubt as to the appropriateness of the inference would give effect to that doubt.

Does Section 195(2) Infringe Section 11(d) of the Charter?*Pre-Charter Classification of Presumptions*

At the outset it may be helpful to review briefly some pre-*Charter* considerations of statutory presumptions.

In *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, this Court considered a presumption which required the accused to establish a state of affairs. There the presumption provided:

[W]here it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be deemed to have had the care or control of the

Les instances inférieuresa) *La Cour du Banc de la Reine*

Le juge du procès a conclu que le par. 195(2) n'était pas vraiment une disposition portant inversion de la charge de la preuve. À son avis, ce paragraphe créait plutôt une présomption ou inférence susceptible d'être réfutée par une preuve soulevant un doute raisonnable quant à sa validité. Selon lui, obliger l'accusé à soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité n'équivalait pas à une obligation de témoigner. Il a souligné que le fait dont la présomption presupposait l'existence (celui de vivre ou de se trouver habituellement en compagnie d'un prostitué) pouvait par ailleurs ne pas être établi par la poursuite. Quoi qu'il en soit, l'accusé pouvait soulever un doute raisonnable au moment du contre-interrogatoire des témoins à charge.

b) *La Cour d'appel* (1990), 105 A.R. 351

La Cour d'appel a rejeté l'appel à l'audience sans même entendre l'intimé. Le juge Kerans a exprimé l'avis qu'il fallait interpréter la disposition attaquée simplement comme une directive au jury de prendre en considération le fait de vivre avec des prostitués et de les fréquenter pour décider de l'innocence ou de la culpabilité. Le jury qui aurait un doute quant au bien-fondé de la présomption agirait en conséquence.

c) Le paragraphe 195(2) porte-t-il atteinte à l'al. 11d de la Charte?*Classification des présomptions avant la Charte*

Il serait utile de passer d'abord brièvement en revue quelques arrêts antérieurs à la *Charte* où des présomptions légales étaient en cause.

Dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, notre Cour a examiné une présomption obligeant l'accusé à établir la preuve d'un état de fait. Voici en quoi consistait cette présomption:

[L]orsqu'il est prouvé que le prévenu occupait la place ordinairement occupée par le conducteur d'un véhicule à moteur, il est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du

vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion;

It was held that the word "establishes" required the accused to prove on a balance of probabilities that he did not enter the vehicle for the purpose of setting it in motion. The presumed fact must be disproved on the balance of probabilities rather than by the mere raising of a reasonable doubt.

In *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, the accused was charged with breaking and entering with intent to commit an indictable offence. Section 306(2)(a) (now s. 348(2)(a)) of the *Criminal Code* provided that the intent to commit an indictable offence was to be presumed when, in the absence of any evidence to the contrary, proof was adduced of having broke and entered. Under this section, the trier of fact is required to draw the conclusion from proof of the basic fact in the absence of evidence to the contrary. This mandatory conclusion results in an evidential burden whereby the accused will need to call evidence unless there is already evidence to the contrary in the Crown's case. Pigeon J. for the majority concluded that evidence which is disbelieved by the trier of fact is not "evidence to the contrary" for the purposes of discharging the evidential burden. At pages 549 and 551 he wrote:

The accused does not have to "establish" a defence or an excuse, all he has to do is to raise a reasonable doubt. If there is nothing in the evidence adduced by the Crown from which a reasonable doubt can arise, then the accused will necessarily have the burden of adducing evidence if he is to escape conviction. However, he will not have the burden of proving his innocence, it will be sufficient if, at the conclusion of the case on both sides, the trier of fact has a reasonable doubt.

If the *prima facie* case is made up by the proof of facts from which guilt may be inferred by presumption of fact, the law is clear on the authorities that, because the case in the end must be proved beyond a reasonable doubt, it is not necessary for the accused to establish his innocence, but only to raise a reasonable doubt. This he

véhicule, à moins qu'il n'établisse qu'il n'était pas entré ou qu'il n'était pas monté dans le véhicule afin de le mettre en marche;

Il a été décidé que le mot «établisse» obligeait l'accusé à prouver par la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas entré dans le véhicule afin de le mettre en marche. Le fait présumé devait être réfuté par une preuve établie selon la prépondérance des probabilités et non simplement par une preuve soulevant un doute raisonnable.

Dans l'arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, le prévenu avait été accusé d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel. En vertu de l'al. 306(2)a) (maintenant l'al. 348(2)a) du *Code criminel*, l'intention de commettre un acte criminel devait être présumée lorsque, en l'absence de toute preuve contraire, il y avait preuve de l'introduction par effraction. Cette disposition oblige le juge des faits, en l'absence de toute preuve contraire, à tirer la conclusion découlant du fait établi. Le caractère impératif de cette conclusion met ainsi à la charge de l'accusé l'obligation de présenter lui-même une preuve à moins qu'une preuve contraire ne ressorte déjà de la preuve de la poursuite. Exprimant le point de vue de la majorité, le juge Pigeon a conclu que la preuve à laquelle le juge des faits n'attache pas foi ne constitue pas une «preuve contraire» lorsqu'il s'agit de s'acquitter de la charge de présentation. Il a écrit aux pp. 549 et 551:

L'accusé n'a pas à «établir» une défense ou une excuse, il lui suffit de soulever un doute raisonnable. S'il n'y a rien dans la preuve présentée par le ministère public qui puisse soulever un doute raisonnable, il incombe nécessairement à l'accusé de présenter une preuve s'il veut éviter une condamnation. Toutefois, il n'a pas à prouver son innocence, il suffit qu'à la fin du procès, le juge du fond ait un doute raisonnable.

i

Si la preuve *prima facie* consiste en celle de faits dont on peut déduire par présomption de fait la culpabilité de l'accusé, la jurisprudence est clairement à l'effet que, puisqu'en fin de compte la preuve à charge doit être établie au-delà de tout doute raisonnable, il n'est pas nécessaire que l'accusé démontre son innocence, il lui suffit

may do by giving evidence of an explanation that may reasonably be true, and it will be sufficient unless he is disbelieved by the trier of fact, in which case his testimony is no evidence. In any case, the evidence given by himself or otherwise, has to be such as will at least raise a reasonable doubt as to his guilt; if it does not meet this test the *prima facie* case remains and conviction will ensue.

The passage of the *Charter* led to a review of the intrinsic meaning of the presumption of innocence.

Section 11(d) of the *Charter* provides that:

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

In order to determine whether there has been an infringement of s. 11(d) it must be decided whether or not the presumption under attack could lead to the result that an accused person would be found guilty even though a reasonable doubt existed as to that guilt.

The nature of presumptions was first considered post-*Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. There Dickson C.J. noted that they could be classified in two categories. He expressed his view in this way at pp. 115-16:

Presumptions can be classified into two general categories: presumptions without basic facts and presumptions with basic facts. A presumption without a basic fact is simply a conclusion which is to be drawn until the contrary is proved. A presumption with a basic fact entails a conclusion to be drawn upon proof of the basic fact. . . .

Basic fact presumptions can be further categorized into permissive and mandatory presumptions. A permissive presumption leaves it optional as to whether the inference of the presumed fact is drawn following proof of the basic fact. A mandatory presumption requires that the inference be made.

de soulever un doute raisonnable. Il peut le faire en offrant en preuve une explication qui peut raisonnablement être vraie et cela suffit, à moins que le juge du fond n'y ajoute pas foi, car alors ce témoignage ne constitue pas une preuve. De toute façon, le témoignage de l'accusé ou toute autre preuve doit au moins soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité; sinon, la preuve *prima facie* demeure et la condamnation doit être prononcée.

<sup>b</sup> L'adoption de la *Charte* a conduit à un examen du sens intrinsèque de la présomption d'innocence.

<sup>c</sup> L'alinéa 11d) de la *Charte* dispose:

11. Tout inculpé a le droit:

<sup>d</sup> d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Afin d'établir s'il y a eu atteinte à l'al. 11d), il faut donc décider si la présomption attaquée peut entraîner la déclaration de culpabilité d'un accusé malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à cette culpabilité.

<sup>e</sup> Le premier arrêt postérieur à la *Charte* où on a examiné la nature des présomptions est l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le juge en chef Dickson y a distingué, aux pp. 115 et 116, deux catégories de présomptions:

<sup>f</sup> Les présomptions peuvent être rangées dans deux catégories générales: les présomptions non fondées sur des faits établis et les présomptions fondées sur des faits établis. Une présomption non fondée sur un fait établi est simplement une conclusion qui doit être tirée tant qu'on n'a pas prouvé le contraire. Une présomption fondée sur un fait établi consiste en une conclusion qui repose sur la preuve de ce fait . . .

<sup>g</sup> Quant aux présomptions fondées sur des faits établis, elles peuvent créer une faculté ou être impératives. Dans le cas d'une présomption créant une faculté, dès lors qu'il y a un fait établi, on est libre d'en déduire ou ne pas en déduire le fait présumé. Si, par contre, il s'agit d'une présomption impérative, cette déduction est obligatoire.

Presumptions may also be either rebuttable or irrebuttable. If a presumption is rebuttable, there are three potential ways the presumed fact can be rebutted. First, the accused may be required merely to raise a reasonable doubt as to its existence. Secondly, the accused may have an evidentiary burden to adduce sufficient evidence to bring into question the truth of the presumed fact. Thirdly, the accused may have a legal or persuasive burden to prove on a balance of probabilities the non-existence of the presumed fact.

Finally, presumptions are often referred to as either presumptions of law or presumptions of fact. The latter entail "frequently recurring examples of circumstantial evidence" . . . while the former involve actual legal rules. [Emphasis in original.]

A very useful analysis of presumptions that can be utilized in this case can be found in the writing of T. A. Cromwell in "Proving Guilt: The Presumption of Innocence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in W. H. Charles, T. A. Cromwell and K. B. Jobson, eds., *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms* (1989), 125, at pp. 130ff. (which in turn is based on the analysis favoured by Professor Cross in *Evidence* (5th ed. 1979), at pp. 122ff., approved in *Oakes*). The presumptions can be summarized in this way:

- (1) Presumptions which operate without the requirement of proof of any basic facts.
- (2) Presumptions which require proof of a basic fact.

(a) Permissive Inferences: Where the trier of fact is entitled to infer a presumed fact from the proof of the basic fact, but is not obliged to do so. This results in a tactical burden whereby the accused may wish to call evidence in rebuttal, but is not required to do so.

(b) Evidential Burdens: Where the trier of fact is required to draw the conclusion from proof of the basic fact in the absence of evidence to the contrary. This mandatory conclusion results in an evidential burden whereby the accused will need to call evidence, unless there is already evidence to the contrary in the Crown's case.

Une présomption peut aussi être réfutable ou irréfutable. Si elle est réfutable, il y a trois moyens possibles de combattre le fait présumé. Premièrement, l'accusé pourra avoir simplement à susciter un doute raisonnable quant à l'existence de ce fait. Deuxièmement, il pourra avoir la charge de produire une preuve suffisante pour mettre en doute l'exactitude du fait présumé. Troisièmement, il pourra avoir à s'acquitter d'une charge ultime ou d'une charge de persuasion qui l'oblige à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence du fait présumé.

Enfin, les présomptions sont souvent décrites comme étant soit des présomptions de droit, soit des présomptions de fait. Ces dernières comportent des [TRADUCTION] «exemples fréquents de preuve indirecte» [...], alors que les premières comportent des règles de droit expresses. [Souligné dans l'original.]

On trouvera une analyse fort utile des présomptions dans l'article de T. A. Cromwell, «Proving Guilt: The Presumption of Innocence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans W. H. Charles, T. A. Cromwell et K. B. Jobson, dir., *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms* (1989), 125, aux pp. 130 et suiv. (inspiré de l'analyse que le professeur Cross préconise dans son ouvrage *Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 1979), aux pp. 122 et suiv. et à laquelle il est souscrit dans l'arrêt *Oakes*). On peut résumer ainsi les différentes présomptions:

- (1) Les présomptions s'appliquant sans que soit exigée la preuve d'un fait.
- (2) Les présomptions devant être fondées sur un fait établi.
  - a) Comportant une faculté: le juge des faits peut déduire un fait présumé de la preuve d'un fait établi, mais sans y être obligé. La charge qu'assume alors l'accusé est d'ordre tactique: il peut choisir de présenter une contre-preuve mais n'est pas tenu de le faire.
  - b) Imposant une charge de présentation: cas où le juge des faits est tenu, en l'absence de toute preuve contraire, de tirer une conclusion reposant sur le fait établi. Il incombe alors à l'accusé de présenter lui-même une preuve à moins qu'une preuve contraire ne ressorte déjà de la preuve de la poursuite.

(c) Legal Burdens: Similar to the burden in (b) except that the presumed fact must be disproved on a balance of probabilities instead of by the mere raising of evidence to the contrary. These are also referred to as "reverse onus clauses".

<sup>a</sup>

The nature of the right to be presumed innocent set out in s. 11(d) of the *Charter* was first considered in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350. There Lamer J. (as he then was) was concerned with the nature of the right in connection with s. 13 which provides protection against self-incrimination. In that case he stated (at p. 357):

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or by calling other evidence.

Thus there is implicit in the right to be presumed innocent an obligation on the Crown to make out a case for the accused to meet before a response can be called for from the accused.

In *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592, this Court once again considered the presumption that had come before it in *Proudlock, supra*. Eventually the case turned upon whether an acquittal in the face of such a presumption constituted a question of law or a fact. Nonetheless the decision is helpful in its qualification of the presumption. It was held at p. 610 that:

But when the burden has been shifted (as is the case for proof of intent when a person is found in a place which he or she has broken into), it can be said, absent any evidence to the contrary, that there is no evidence upon which a reasonable doubt could exist as regards the intent of the accused, and an appeal against the ensuing acquittal raises a question of law alone.

In other words the presumption required the trier of fact to convict in the absence of any evidence to

c) Imposant une charge de persuasion: semblables à la charge de l'alinéa b), sauf que le fait présumé doit être réfuté par une preuve faite selon la prépondérance des probabilités et non simplement par la présentation d'une preuve contraire. On les appelle aussi «dispositions portant inversion de la charge de la preuve».

<sup>b</sup>

C'est dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, qu'a pour la première fois été examinée la nature du droit à la présomption d'innocence garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Dans cette affaire, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), traitait de la nature de ce droit eu égard à l'art. 13 qui garantit le droit à la protection contre l'auto-incrimination. Il dit, à la p. 357:

<sup>d</sup>

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins.

<sup>e</sup>

Le droit d'être présumé innocent comporte donc pour la poursuite l'obligation implicite de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci ne puisse être appelé à lui donner la réplique.

<sup>f</sup>

Notre Cour a examiné une nouvelle fois, dans l'arrêt *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592, la présomption qu'elle avait analysée dans l'arrêt *Proudlock*, précité. L'issue de cette affaire dépendait en définitive de la question de savoir si, compte tenu de cette présomption, l'acquittement constituait une question de droit ou de fait. La décision est néanmoins utile en ce qui concerne la façon de qualifier la présomption. Il y est dit, à la p. 610:

<sup>g</sup>

Mais lorsqu'il y a eu transfert du fardeau de la preuve (comme pour la preuve de l'intention lorsqu'une personne est trouvée dans un endroit où elle s'est introduite par effraction), on peut dire qu'en l'absence d'éléments de preuve contraire, il n'y a aucune preuve pouvant justifier un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé et un appel de son acquittement soulève alors une question de droit seulement.

<sup>j</sup>

En d'autres termes, la présomption imposait au juge des faits l'obligation de condamner l'accusé

the contrary. This presumption would come within category 2(b).

In *R. v. Oakes, supra*, the Court considered s. 8 of the *Narcotic Control Act* which provided that if the Crown was able to prove beyond a reasonable doubt that the accused had been in possession of a narcotic, then the accused was to be "given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking". The section in effect required the accused to establish on a balance of probabilities that he did not have possession of the narcotics for purposes of trafficking. It was held that s. 11(d) required that an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt; that the State must bear the burden of proving this; and proof of guilt must be accomplished "according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal".

Dickson C.J. applying this basic principle to the reverse onus provision contained in s. 8 of the *Narcotic Control Act* concluded at pp. 132-33 that:

In general one must, I think, conclude that a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. This would arise if the accused adduced sufficient evidence to raise a reasonable doubt as to his or her innocence but did not convince the jury on a balance of probabilities that the presumed fact was untrue.

The Chief Justice went on to note that even though a rational connection might exist between the established fact and the presumed fact this may not be sufficient to render the presumption constitutional. On page 134 he stated:

A basic fact may rationally tend to prove a presumed fact, but not prove its existence beyond a reasonable doubt. An accused person could thereby be convicted

en l'absence d'une preuve contraire. Il s'agirait donc d'une présomption de la catégorie 2b).

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, la Cour a examiné l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* portant que si la poursuite pouvait démontrer hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, il fallait alors fournir à l'accusé «une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic». Cette disposition imposait en fait à l'accusé l'obligation d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'était pas en possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic. Il a été décidé qu'en vertu de l'al. 11d), la culpabilité doit être établie hors de tout doute raisonnable, que la charge d'établir cette preuve incombe à l'État et que la preuve de la culpabilité doit être établie «conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable».

Appliquant ce principe fondamental à la disposition portant inversion de la charge de la preuve contenue à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge en chef Dickson a conclu aux pp. 132 et 133:

Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Cela se présenterait si l'accusé produisait une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, mais ne parvenait pas à convaincre le jury selon la prépondérance des probabilités que le fait présumé est inexact.

Bien qu'un lien rationnel puisse exister entre le fait établi et le fait présumé, cela peut ne pas être suffisant pour rendre la présomption constitutionnelle, a ajouté le Juge en chef, à la p. 134:

Un fait établi peut rationnellement tendre à prouver un fait présumé, sans pour autant en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable. Un accusé pourrait donc

despite the presence of a reasonable doubt. This would violate the presumption of innocence.

Contrary to the decision of the Ontario Court of Appeal, Dickson C.J. stressed that the rational connection between the proven and the presumed fact is better taken into account when analyzing the effect of s. 1 of the *Charter* on the impugned legislation, rather than in the process of determining whether s. 11(d) had been violated.

The principles set forth in *Oakes* were applied in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, where s. 213(d) of the *Criminal Code* was questioned. The section provided that the offence of murder was committed if the accused used a weapon or had it on his person at the time he commits or attempts to commit an offence or during flight after committing or attempting to commit the offence. Thus a conviction of murder was possible although the accused had neither an objective nor subjective intent to kill the victim. Lamer J. speaking for the majority of the Court concluded that the Crown was required to prove all elements of the offence together with those required to satisfy s. 7 of the *Charter*. He found that any provision which created an offence which allowed for the conviction of an accused notwithstanding the existence of a reasonable doubt on any essential element infringed s. 7 and s. 11(d). He wrote at pp. 654-55:

These essential elements include not only those set out by the legislature in the provision creating the offence but also those required by s. 7 of the *Charter*. Any provision creating an offence which allows for the conviction of an accused notwithstanding the existence of a reasonable doubt on any essential element infringes ss. 7 and 11(d).

Clearly, this will occur where the provision requires the accused to disprove on a balance of probabilities an essential element of the offence by requiring that he raise more than just a reasonable doubt. It is for this reason that this Court struck down the reverse onus provision in s. 8 of the *Narcotic Control Act*. . . .

être reconnu coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable, ce qui irait à l'encontre de la présomption d'innocence.

Contrairement à la Cour d'appel de l'Ontario, le juge en chef Dickson a souligné que c'est au moment d'analyser l'effet de l'article premier de la *Charte* sur la mesure législative attaquée qu'il convient d'invoquer le lien rationnel entre le fait prouvé et le fait présumé, plutôt qu'au moment de décider s'il y a eu violation de l'al. 11d).

Les principes énoncés dans l'arrêt *Oakes* ont été appliqués dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, où l'al. 213d) du *Code criminel* était en cause. Cette disposition portait que l'infraction de meurtre avait été commise si l'accusé avait employé une arme ou l'avait sur sa personne pendant qu'il commettait ou tentait de commettre une infraction ou au cours de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction. Une condamnation pour meurtre était donc possible même si l'accusé n'avait ni objectivement ni subjectivelement l'intention de tuer la victime. Au nom de la majorité de la Cour, le juge Lamer a conclu que la poursuite était tenue de prouver tous les éléments de l'infraction ainsi que tous ceux requis pour satisfaire aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*. Il a estimé que toute disposition créatrice d'infraction qui permet de déclarer un accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d). Il a écrit aux pp. 654 et 655:

Ces éléments essentiels comprennent non seulement ceux énoncés par le législateur dans la disposition qui crée l'infraction, mais également ceux requis par l'art. 7 h de la *Charte*. Toute disposition créant une infraction qui permet de déclarer un accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Manifestement, c'est le cas d'une disposition qui exige que l'accusé démontre, selon la prépondérance des probabilités, l'inexistence d'un élément essentiel de l'infraction en l'obligeant à soulever plus qu'un simple doute raisonnable. C'est pour ce motif que [...] la Cour a annulé la disposition portant inversion de la charge de la preuve, contenue à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* . . .

Sections 7 and 11(d) will also be infringed where the statutory definition of the offence does not include an element which is required under s. 7.

He then cited the words of Dickson C.J. in *Oakes, supra*, set out earlier and continued:

It is clear from this passage that what offends the presumption of innocence is the fact that an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence, and I do not think that it matters whether this results from the existence of a reverse onus provision or from the elimination of the need to prove an essential element.

Finally, the legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. In my view, this will be constitutionally valid only if upon proof beyond a reasonable doubt of the substituted element it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element. If the trier of fact may have a reasonable doubt as to the essential element notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the substituted element, then the substitution infringes ss. 7 and 11(d).

In *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, the accused was charged with having the care and control of a motor vehicle while impaired. The accused was found in the driver's seat of an automobile, slumped over the steering wheel. The keys were in the ignition but the engine was not running. The Crown relied on the same presumption considered in *Appleby, supra*, which placed the burden on an accused found in the driver's seat of establishing the absence of an intention to enter the vehicle for the purpose of setting it in motion. The presumption was challenged and it was found that it did in fact infringe s. 11(d). It was held that the word "establishes" required proof on a balance of probabilities. The Crown argued that the section only required proof of an excuse rather than a disproof of any essential element of the offence. That

Il y a aussi atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) lorsque la définition légale de l'infraction n'inclut pas un élément requis en vertu de l'art. 7.

Après avoir repris le passage, cité précédemment, du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, il a poursuivi ainsi:

Il ressort clairement de ce passage que ce qui contrevient à la présomption d'innocence, c'est le fait qu'un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction, et je ne crois pas qu'il importe que cela résulte de l'existence d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve ou de l'élimination de la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel.

Enfin, au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. À mon sens, cela ne sera constitutionnel que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Si le juge des faits peut avoir un doute raisonnable quant à l'élément essentiel malgré la preuve hors de tout doute raisonnable qui a été faite de l'existence de l'élément substitué, alors la substitution contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Dans l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, l'accusé a été inculpé d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur à un moment où ses facultés étaient affaiblies. On l'avait trouvé dans une voiture assis à la place du conducteur, affaissé sur le volant. La clé était dans le contact mais le moteur ne tournait pas. La poursuite s'est fondée sur la même présomption que celle qui était en cause dans l'arrêt *Appleby*, précité, laquelle imposait à l'accusé trouvé à la place du conducteur la charge d'établir l'absence d'intention de monter dans le véhicule afin de le mettre en marche. La présomption a été contestée et on a conclu qu'elle portait de fait atteinte à l'al. 11d). Il a été jugé que le verbe «établir» exigeait une preuve selon la prépondérance des probabilités. La poursuite soutenait que la disposition exigeait simplement que l'accusé fasse la preuve d'une excuse et non qu'il réfute un élément essentiel de l'infraction. L'argu-

argument was not accepted. Dickson C.J. for the Court stated at p. 18:

The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

He then continued:

If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

In the passage from *Vaillancourt* quoted earlier, Lamer J. recognized that in some cases substituting proof of one element for proof of an essential element will not infringe the presumption of innocence if, upon proof of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of the essential element. This is another way of saying that a statutory presumption infringes the presumption of innocence if it requires the trier of fact to convict in spite of a reasonable doubt. Only if the existence of the substituted fact leads inexorably to the conclusion that the essential element exists, with no other reasonable possibilities, will the statutory presumption be constitutionally valid.

It was held that the presumption in that section did not have that required "inexorable" character and thus failed the test proposed in *Oakes* and *Vaillancourt*.

In *R. v. Kowlyk*, [1988] 2 S.C.R. 59, the validity of a conviction based solely on the doctrine of recent possession was questioned. McIntyre J. held that the provision created no more than a permissive presumption from which the trier of fact may, but not must, draw an inference of guilt of theft

ment n'a pas été retenu. Au nom de la Cour, le juge en chef Dickson s'est exprimé comme suit, à la p. 18:

*a* La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

*b* Puis il a ajouté:

*c* Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

*d*

*e* Dans le passage de l'arrêt *Vaillancourt* cité précédemment, le juge Lamer reconnaît que, dans certains cas, substituer la preuve d'un élément à la preuve d'un élément essentiel ne portera pas atteinte à la présomption d'innocence si, après qu'on a prouvé l'existence de l'élément substitué, il était déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Il s'agit d'une autre façon de dire que la présomption légale porte atteinte à la présomption d'innocence si elle oblige le juge des faits à prononcer une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable. La présomption légale ne sera constitutionnelle que si l'existence du fait substitué entraîne inexorablement la conclusion que l'élément essentiel existe, sans aucune autre possibilité raisonnable.

*f* On a conclu que la présomption contenue dans cette disposition n'avait pas le caractère «inexorable» requis et ne satisfaisait donc pas aux critères énoncés dans les arrêts *Oakes* et *Vaillancourt*.

*g* Dans l'arrêt *R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59, la contestation portait sur la validité d'une déclaration de culpabilité uniquement fondée sur la théorie de la possession de biens récemment volés. Le juge McIntyre a estimé que la disposition créait tout au plus une présomption comportant une faculté en vertu de laquelle le juge des faits peut, mais sans y être obligé, conclure à la culpabilité de vol du fait qu'une personne est en possession de

from the possession of recently stolen property. He put his position in this way at pp. 71-72:

... where an explanation is offered for such possession which could reasonably be true, no inference of guilt on the basis of recent possession alone may be drawn, even where the trier of fact is not satisfied of the truth of the explanation. The burden of proof of guilt remains upon the Crown, and to obtain a conviction in the face of such an explanation it must establish by other evidence the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, the presumption of innocence was again considered. The appellant was charged under a section which provided for relief from conviction if it could be established "that the statements communicated were true". Once again the section was challenged as contravening s. 11(d). Dickson C.J. confirmed that the presumption of innocence is infringed whenever the accused is liable to be convicted despite the existence of a reasonable doubt. He reviewed the reasons in *Whyte, supra*, and then put forward his position in these words (at p. 790):

As is evident from the above quotation, the categorization of a factual finding as forming an element "essential" to the offence is of no consequence when determining whether s. 11(d) has been breached.

Applying the approach taken in *Whyte* to this appeal, it is obvious that s. 319(3)(a) runs afoul of the presumption of innocence. Contrary to the arguments of those who would find s. 319(3)(a) compatible with s. 11(d), it matters not that the defence of truth may be intended to play a minor role in providing relief from conviction. What is of essence is not the "essential nature" of the crime, but that the trier of fact will have to convict even where there is a reasonable doubt as to the truth of an accused's statements.

Perhaps it may be helpful to summarize the principles to be derived from the authorities.

biens récemment volés. Il s'est exprimé comme suit aux pp. 71 et 72:

... lorsqu'on fournit une explication de cette possession qui pourrait raisonnablement être vraie, le juge des faits ne peut tirer aucune déduction de culpabilité sur le fondement de la seule possession de biens récemment volés, même s'il n'est pas convaincu de la véracité de l'explication. Le fardeau de la preuve de la culpabilité incombe au ministère public qui, pour obtenir une déclaration de culpabilité face à une telle explication doit démontrer par une autre preuve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

La question de la présomption d'innocence a de nouveau été abordée dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. L'appelant a été accusé en vertu d'une disposition qui prévoyait une protection contre la déclaration de culpabilité s'il était établi «que les déclarations communiquées étaient vraies». Là encore, on a allégué la violation de l'al. 11d). Le juge en chef Dickson a confirmé qu'il y a atteinte à la présomption d'innocence chaque fois que l'accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable. Après avoir passé en revue les motifs de l'arrêt *Whyte*, précité, il a formulé ainsi sa position, à la p. 790:

Comme l'indique clairement ce passage, il est sans conséquence qu'une conclusion de fait soit qualifiée d'élément «essentiel» de l'infraction quand il s'agit de déterminer s'il y a violation de l'al. 11d).

Quand on applique au présent pourvoi l'approche adoptée dans l'arrêt *Whyte*, il est évident que l'al. 319(3)a va à l'encontre de la présomption d'innocence. Contrairement à ce que font valoir ceux qui concluraient à la compatibilité de l'al. 319(3)a et de l'al. 11d), il est sans importance que le moyen de défense de véracité soit destiné à ne jouer qu'un rôle mineur dans la protection contre les déclarations de culpabilité. L'important n'est pas la «nature essentielle» du crime, mais que le juge des faits ait à rendre un verdict de culpabilité même lorsqu'il subsiste un doute raisonnable relativement à la véracité des déclarations de l'accusé.

Il peut être utile de résumer les principes dégagés de la jurisprudence.

I - The presumption of innocence is infringed whenever the accused is liable to be convicted despite the existence of a reasonable doubt.

II - If by the provisions of a statutory presumption, an accused is required to establish, that is to say to prove or disprove, on a balance of probabilities either an element of an offence or an excuse, then it contravenes s. 11(d). Such a provision would permit a conviction in spite of a reasonable doubt.

III - Even if a rational connection exists between the established fact and the fact to be presumed, this would be insufficient to make valid a presumption requiring the accused to disprove an element of the offence.

IV - Legislation which substitutes proof of one element for proof of an essential element will not infringe the presumption of innocence if as a result of the proof of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of the other element. To put it another way, the statutory presumption will be valid if the proof of the substituted fact leads inexorably to the proof of the other. However, the statutory presumption will infringe s. 11(d) if it requires the trier of fact to convict in spite of a reasonable doubt.

V - A permissive assumption from which a trier of fact may but not must draw an inference of guilt will not infringe s. 11(d).

VI - A provision that might have been intended to play a minor role in providing relief from conviction will nonetheless contravene the *Charter* if the provision (such as the truth of a statement) must be established by the accused (see *Keegstra, supra*).

VII - It must of course be remembered that statutory presumptions which infringe s. 11(d) may still be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*. (As for example in *Keegstra, supra*.)

I - Il y a atteinte à la présomption d'innocence chaque fois que l'accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable.

a II - Si les dispositions d'une présomption légale obligent l'accusé à établir, c'est-à-dire à prouver, selon la prépondérance des probabilités, l'existence ou l'absence d'un élément de l'infraction ou d'une excuse, cette présomption contrevient alors à l'al. 11d) car elle permettrait une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable.

c III - Même s'il existait un lien rationnel entre le fait établi et le fait devant être présumé, cela ne suffirait pas à rendre valide une présomption obligeant l'accusé à établir l'absence d'un élément de l'infraction.

d IV - Le texte législatif qui substitue la preuve d'un élément à la preuve d'un élément essentiel ne portera pas atteinte à la présomption d'innocence si, par suite de la preuve de l'élément substitué, il e serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'autre élément. En d'autres termes, la présomption légale sera valide si la preuve du fait substitué entraîne inexorablement la preuve de l'autre élément. Cependant, la présomption légale portera atteinte à l'al. 11d) si elle oblige le juge des faits à prononcer une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable.

g V - Une présomption créant, pour le juge des faits, la faculté et non l'obligation de conclure à la culpabilité ne portera pas atteinte à l'al. 11d).

h VI - Une disposition qui était peut-être destinée à ne jouer qu'un rôle mineur dans la protection contre la déclaration de culpabilité contreviendra néanmoins à la *Charte* si la preuve (telle la véracité d'une déclaration) doit en être établie par l'accusé (voir l'arrêt *Keegstra*, précité).

j VII - Il ne faut naturellement pas oublier que les présomptions légales qui portent atteinte à l'al. 11d) peuvent encore être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. (Comme, par exemple, dans l'arrêt *Keegstra*, précité.)

It is now necessary to apply these principles to the presumption set out in s. 195(2) to determine whether it contravenes s. 11(d) of the *Charter*.

*Application of the Principles Pertaining to Section 11(d) to the "Living on Avails" Provision*

The presumption contained in s. 195 infringes s. 11(d) of the *Charter* since it can result in the conviction of an accused despite the existence of a reasonable doubt. For example consider the situation of a spouse or companion of a prostitute, who is working, self-supporting and not dependent or relying upon the income garnered by the spouse or companion from prostitution. There is nothing parasitical about such a relationship. Neither being a prostitute nor being a spouse of a prostitute constitutes a crime. Yet as a result of the presumption, the spouse could be found guilty despite the existence of a reasonable doubt. The fact that someone lives with a prostitute does not lead inexorably to the conclusion that the person is living on avails. The presumption therefore infringes s. 11(d).

Il faut maintenant appliquer ces principes à la présomption énoncée au par. 195(2) pour décider si elle contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*.

*a Application des principes relatifs à l'al. 11d) à la présomption de «vivre des produits de la prostitution»*

b La présomption contenue à l'art. 195 porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* puisqu'elle peut donner lieu à une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable. Prenons le cas, par exemple, de la personne conjointe ou compagne d'un prostitué ou d'une prostituée, qui a un emploi, est autonome et ne dépend pas du revenu que son ou sa partenaire tire de la prostitution. Dans une telle relation, il n'y a pas de parasitisme. Et ni le fait d'être prostitué ni celui d'être le conjoint d'une personne prostituée ne constituent en soi un crime. Pourtant, à cause de cette présomption, le conjoint pourrait être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable, car le fait de vivre avec une personne prostituée ne signifie pas inexorablement que l'on vit des produits de la prostitution. La présomption porte donc atteinte à l'al. 11d).

*f La présomption peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*?*

*La nature de l'infraction*

g Le paragraphe 195(1) (maintenant le par. 212(1)) du *Code criminel* dispose:

**195.(1)** Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque

h a) induit, tente d'induire ou sollicite une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, soit au Canada, soit hors du Canada;

i b) attire ou entraîne une personne qui n'est pas prostituée ou une personne reconnue de mauvaises mœurs vers une maison de débauche ou une maison de rendez-vous aux fins de rapports sexuels illicites ou de prostitution;

j c) sciemment cache une personne dans une maison de débauche ou une maison de rendez-vous;

d) induit ou tente d'induire une personne à se prostituer, soit au Canada, soit hors du Canada;

Can the Presumption Be Justified Pursuant to Section 1 of the Charter?

*The Nature of the Offence*

Section 195(1) (now s. 212(1)) of the *Criminal Code* provides as follows:

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

(a) procures, attempts to procure or solicits a person to have illicit sexual intercourse with another person, whether in or out of Canada,

(b) inveigles or entices a person who is not a prostitute or a person of known immoral character to a common bawdy-house or house of assignation for the purpose of illicit sexual intercourse or prostitution,

(c) knowingly conceals a person in a common bawdy-house or house of assignation,

(d) procures or attempts to procure a person to become, whether in or out of Canada, a prostitute,

(e) procures or attempts to procure a person to leave the usual place of abode of that person in Canada, if that place is not a common bawdy-house, with intent that the person may become an inmate or frequenter of a common bawdy-house, whether in or out of Canada,

(f) on the arrival of a person in Canada, directs or causes that person to be directed or takes or causes that person to be taken, to a common bawdy-house or house of assignation,

(g) procures a person to enter or leave Canada, for the purpose of prostitution,

(h) for the purposes of gain, exercises control, direction or influence over the movements of a person in such manner as to show that he is aiding, abetting or compelling that person to engage in or carry on prostitution with any person or generally,

(i) applies or administers to a person or causes that person to take any drug, intoxicating liquor, matter or thing with intent to stupefy or overpower that person in order thereby to enable any person to have illicit sexual intercourse with that person, or

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

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

This section had its roots in the old offence of vagrancy which was in force in the *Criminal Code* from 1892 (S.C. 1892, c. 29, s. 207) until the revision of the *Code* in 1953-54 (S.C. 1953-54, c. 51). Vagrancy was defined as follows:

Every one is a loose, idle or disorderly person or vagrant who,

having no peaceable profession or calling to maintain himself by, for the most part supports himself by gambling or crime, or by the avails of prostitution.

The *Code* made that conduct an offence in the following terms:

Every loose, idle or disorderly person or vagrant is liable, on summary conviction, to a fine not exceeding fifty dollars or to imprisonment, with or without hard

e) induit ou tente d'induire une personne à abandonner son lieu ordinaire de résidence au Canada, lorsque ce lieu n'est pas une maison de débauche, avec l'intention de lui faire habiter une maison de débauche ou pour qu'elle fréquente une maison de débauche, au Canada ou hors du Canada;

f) à l'arrivée d'une personne au Canada, la dirige ou la fait diriger vers une maison de débauche ou une maison de rendez-vous, ou l'y amène ou l'y fait conduire;

g) induit une personne à venir au Canada ou à quitter le Canada pour se livrer à la prostitution;

h) aux fins de lucre, exerce un contrôle, une direction ou une influence sur les mouvements d'une personne de façon à démontrer qu'il l'aide, l'encourage ou la force à s'adonner ou à se livrer à la prostitution avec quelque personne en particulier ou d'une manière générale;

i) applique ou administre, ou fait prendre, à une personne, quelque drogue, liqueur enivrante, matière ou chose, avec l'intention de la stupéfier ou de la subjuger de manière à permettre à quelqu'un d'avoir avec elle des rapports sexuels illicites; ou

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

f

Cette disposition tire son origine de l'ancienne infraction de vagabondage qui avait force de loi dans le *Code criminel* de 1892 (S.C. 1892, ch. 29, art. 207) jusqu'à la révision du *Code* en 1953-54 (S.C. 1953-54, ch. 51). Le vagabondage était ainsi défini:

Est réputé vagabond, libertin, désœuvré ou débauché, quiconque,

h

N'exerce pas de profession ou de métier honnête propre à le soutenir, mais cherche surtout des moyens d'existence dans les jeux de hasard, le crime ou les fruits de la prostitution.

La disposition constitutive de l'infraction était ainsi conçue:

Tout vagabond, libertin, désœuvré ou débauché est, après déclaration sommaire de culpabilité, passible d'une amende d'au plus cinquante dollars, ou d'un

labour, for any term not exceeding six months, or to both: . . . .

In the 1953-54 revision of the *Code*, prostitution offences were consolidated in the Procuring section, then s. 184. Vagrancy and disorderly conduct appeared separately and without any reference to prostitution. Moreover, the language of the Procuring section in the English version was modified from living on the "earnings" to living on the "avails" of prostitution, the latter being the terminology of the original vagrancy provision. It is that provision which now appears as s. 212(1)(j).

The old s. 216(1)(i) (R.S.C. 1927, c. 36), which dealt with exercising control or influence remained practically unchanged in s. 184(1)(h) of the 1953-54 *Code* and today appears as s. 212(1)(h).

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 195(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. See *R. v. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53 (Ont. C.A.); *R. v. Celebrity Enterprises Ltd.* (1977), 41 C.C.C. (2d) 540 (B.C.C.A.); and *Shaw v. Director of Public Prosecutions* (1961), 45 Cr. App. R. 113 (H.L.).

A reading of the reports such as those of the Fraser Committee (*Pornography and Prostitution in Canada* (1985)) and the Badgley Committee (*Sexual Offences Against Children* (1984)) emphasizes the tragedy and the gravity of the social problem posed by prostitution. As well, they carefully document the cruel, pernicious and exploitative evil of the pimp. In its report to Parliament, the Special Committee on Pornography and Prostitution (the "Fraser Committee") found that most prostitutes in Canada were independent operators.

emprisonnement, avec ou sans travail forcé, de six mois au plus ou des deux peines à la fois.

Dans la révision du *Code* de 1953-54, les infractions relatives à la prostitution ont été regroupées au sein d'un même article visant les entremetteurs, soit l'art. 184. Le vagabondage et la conduite désordonnée y sont traités séparément et sans référence à la prostitution. De plus, dans la version anglaise, le libellé de l'article sur les entremetteurs a été modifié en ce qui concerne le fait de vivre des produits de la prostitution, le terme «*earnings*» ayant été changé pour celui de «*avails*», lequel correspondait à la terminologie de la disposition initiale sur le vagabondage. C'est cette disposition qui constitue maintenant l'al. 212(1)*j*).

L'ancien al. 216(1)*i* (S.R.C. 1927, ch. 36), qui visait le fait d'exercer un contrôle ou une influence, est devenu, pratiquement sans modification, l'al. 184(1)*h* du *Code* de 1953-54, et constitue maintenant l'al. 212(1)*h*.

On peut constater que la majorité des infractions mentionnées à l'art. 195 visent le proxénète qui entraîne ou encourage une personne à s'adonner à la prostitution ou la harcèle à cette fin. L'alinéa 195(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. Voir *R. c. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53 (C.A. Ont.); *R. c. Celebrity Enterprises Ltd.* (1977), 41 C.C.C. (2d) 540 (C.A.C.-B.); et *Shaw c. Director of Public Prosecutions* (1961), 45 Cr. App. R. 113 (H.L.).

La tragédie que constitue la prostitution et le grave problème social qu'elle pose ressortent à la lecture de rapports comme ceux du comité Fraser (*La pornographie et la prostitution au Canada* (1985)) et du comité Badgley (*Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984)). On y trouve un tableau fouillé des ravages insidieux du proxénétisme et du fléau de l'exploitation des souteneurs. Dans son rapport au Parlement, le Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution (le «comité Fraser») a constaté que la majo-

However, in some cities, pimps control street prostitution. The activities of pimps were described in this way:

It appears that pimps do not run large "stables" of prostitutes but usually control two to six women within a well-defined territory. Pimps, along with customers, are the major source of violence against prostitutes. Women who would talk about their pimps indicated that physical violence, forced acts of sexual degradation and subtle forms of coercion, were used by the pimps to keep them on the streets. In some ways the relationship is most closely analogous to slavery. Prostitutes have no control over their lives, they are subject to constant exploitation and there are accounts of prostitutes being traded to another pimp to pay off debts or for money.

(Fraser Committee, vol. 2, at p. 379.)

The findings of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (the "Badgley Committee") make particularly sad and disturbing reading. There it was stated that:

Many girls who work on the streets believe that a prostitute who gives evidence against a pimp is almost certain to be murdered, if not by her own pimp, then by his fellow pimps. These murders are purported to be extraordinarily brutal and the prostitutes claim that they are accomplished by severe beatings of head and face. Another palpable fear of female prostitutes which suffices to dissuade many of them from giving information about their pimps is that of being ostracized by the other prostitutes in whose company they work. Furthermore, the Committee's survey indicates that many of the young prostitutes either were "in love" with their pimps, or were psychologically dependent upon them to such an extent that they could not conceive of functioning without them. As a result, many girls adopted a highly protective attitude toward their pimps and were unwilling to divulge information which might have proved damaging to them, or which portrayed them in a negative light.

(Badgley Committee, vol. 2, at pp. 1057-58.)

The reports of these committees echo the result of studies carried out in England. See:

rité des prostituées au Canada travaillaient de façon indépendante. Toutefois, dans certaines villes, ce sont les souteneurs qui contrôlent la prostitution de rue. Leurs activités y sont ainsi décrites:

*a* Les proxénètes ne contrôlent généralement pas un grand nombre de prostituées, d'ordinaire de deux à six dans un territoire bien délimité. Ils représentent, avec les clients, la principale source de violence pour les prostituées. Les *b* femmes qui ont accepté de faire des déclarations au sujet de leur souteneur ont fait état de violences physiques, d'actes sexuels dégradants exécutés sous la menace et de formes subtiles de contrainte par les-*c* quelles les souteneurs les obligaient à faire le trottoir. D'une certaine manière, ce genre de rapport est proche de l'esclavage. Les prostituées n'ont aucun contrôle sur leur existence, elles sont soumises à une exploitation constante et l'on sait que certaines d'entre elles ont été vendues à d'autres souteneurs pour régler des dettes ou contre argent comptant.

(Comité Fraser, vol. 2, à la p. 409.)

Les conclusions du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (le «comité Badgley») sont particulièrement troublantes. On y lit:

*f* Beaucoup de filles qui font le trottoir sont persuadées qu'une prostituée qui témoigne contre son souteneur est vouée à une mort presque certaine, soit de sa propre main, soit de celle des autres souteneurs. Ces meurtres, d'une violence inouïe, sont, selon leurs dires, le résultat de terribles volées de coups sur la tête et le visage. Il y a une autre crainte, qui suffit à dissuader beaucoup de *g* prostituées de fournir des renseignements sur leurs souteneurs, celle d'être ensuite exclue par les autres prostituées avec qui elles travaillent. En outre, l'enquête du Comité révèle que beaucoup des jeunes prostituées étaient soit «amoureuses» de leurs souteneurs, soit psychologiquement dépendantes vis-à-vis d'eux, à un tel point que la vie sans eux leur semblait impensable. C'est pourquoi plusieurs filles avaient une attitude très protectrice à l'égard de leurs souteneurs et se sont refusées à donner tout renseignement qui leur aurait fait du tort ou en auraient donné un portrait peu flatteur.

(Comité Badgley, vol. 2, à la p. 1150.)

*j* Les rapports de ces comités font écho aux résultats d'études menées en Angleterre. Voir:

Criminal Law Revision Committee, Working Paper on Offences relating to Prostitution and allied Offences (1982), at pp. 15-18;

Criminal Law Revision Committee, Seventeenth Report, *Prostitution: Off-street activities* (1985), at pp. 5-12.

American research has detailed the threats, exploitation and violent physical abuse suffered by prostitutes at the hands of pimps. See:

M. H. Silbert and A. M. Pines, "Occupational Hazards of Street Prostitutes" (1981), 8 *Crim. Just. & Behavior* 395, at p. 397;

N. Erbe, "Prostitutes: Victims of Men's Exploitation and Abuse" (1984), 2 *Law & Inequality* 609, at p. 613;

D. K. Weisberg, "Children Of The Night: The Adequacy of Statutory Treatment Of Juvenile Prostitution" (1984), 12 *Am. J. Crim. L.* 1.;

B. Milman, "New Rules for the Oldest Profession: Should We Change Our Prostitution Laws?" (1980), 3 *Harv. Women's L.J.* 1, at p. 33.

Strangely, despite the abusive and corrosive relationship that exists between the pimp and prostitute, many prostitutes are strongly attached to their pimps and truly believe that they are in love with them. See:

Fraser Committee, *supra*, at p. 379;

Badgley Committee, *supra*, at pp. 1057-58;

Weisberg, *supra*, at p. 9;

New South Wales, Report of the Select Committee of the Legislative Assembly Upon Prostitution (1986), at pp. 26-48 (the "Rogan Committee").

Whether pimps maintain control by the emotional dependence of prostitutes upon them or by physical violence, prostitutes have exhibited a marked reluctance to testify against their pimps. The Fraser Committee comments on the difficulty of successfully prosecuting pimps in this way:

Criminal Law Revision Committee, Working Paper on Offences relating to Prostitution and allied Offences (1982), aux pp. 15 à 18;

a Criminal Law Revision Committee, Seventeenth Report, *Prostitution: Off-street activities* (1985), aux pp. 5 à 12.

b Aux États-Unis, des recherches font état des menaces, de l'exploitation et de la violence dont les prostituées sont victimes aux mains des souteneurs. Voir:

c M. H. Silbert et A. M. Pines, «Occupational Hazards of Street Prostitutes» (1981), 8 *Crim. Just. & Behavior* 395, à la p. 397;

d N. Erbe, «Prostitutes: Victims of Men's Exploitation and Abuse» (1984), 2 *Law & Inequality* 609, à la p. 613;

e D. K. Weisberg, «Children Of The Night: The Adequacy of Statutory Treatment Of Juvenile Prostitution» (1984), 12 *Am. J. Crim. L.* 1.;

f B. Milman, «New Rules for the Oldest Profession: Should We Change Our Prostitution Laws?» (1980), 3 *Harv. Women's L.J.* 1, à la p. 33.

g f Paradoxalement, malgré les relations abusives et corrosives qui existent entre souteneurs et prostituées, beaucoup de prostituées sont fortement attachées à leurs souteneurs et croient sincèrement qu'ils sont amoureux d'elles. Voir:

Comité Fraser, *op. cit.*, à la p. 409;

Comité Badgley, *op. cit.*, à la p. 1150;

h Weisberg, *loc. cit.*, à la p. 9;

i New South Wales, Report of the Select Committee of the Legislative Assembly Upon Prostitution (1986), aux pp. 26 à 48 (le «comité Rogan»).

j Qu'elles soient sous la dépendance émotive des souteneurs ou victimes de leur violence physique, les prostituées manifestent une réticence marquée à témoigner contre eux. Les auteurs du comité Fraser soulignent la difficulté d'obtenir des condamnations dans ces conditions:

Although the successful prosecution of this offence does not require corroboration, police authorities are agreed that enforcement is difficult; the activities of pimps are sufficiently clandestine in most instances that it is only when a complaint is lodged by a prostitute who has been badly mistreated and is willing to testify, that there is any chance of securing a conviction.

a La corroboration n'est pas exigée pour cette infraction mais les autorités policières reconnaissent que cette disposition est d'application difficile; la plupart du temps, les proxénètes agissent de façon clandestine et ce n'est que lorsqu'une prostituée est disposée à porter plainte parce qu'elle a été suffisamment maltraitée pour vouloir témoigner qu'il existe de bonnes chances d'obtenir une condamnation.

b

The reality then, is that it is normally only in the case of an ongoing saga of violence and its threat that conditions are created in which the police are likely to act.

Fraser Committee, *supra*, at pp. 417-18; see also:

Weisberg, *supra*, at p. 60;

D. Sansfaçon, *Prostitution in Canada: A Research Review Report* (Department of Justice, 1984), at pp. 109-10.

The problem of the prostitute as a reluctant witness is not confined to Canada. A study by a Legislative Committee in New South Wales (the Rogan Committee) found that enforcement of anti-pimping laws was rendered virtually impossible in several countries for the same reason. The United Nations has repeatedly urged all the member nations to protect prostitutes from exploitation:

D. Sansfaçon, *Agreements and Conventions of the United Nations with respect to Pornography and Prostitution* (Department of Justice, 1984).

With that background, it is now necessary to consider the principles and factors pertaining to the possible justification of s. 195 under s. 1 of the Charter.

The procedure which should be followed in order to determine whether a statutory provision which infringes a Charter right is nevertheless justified under s. 1 has been stated in *R. v. Oakes*, *supra*, and restated many times since. In *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, it was put forward in this way (at pp. 1335-36):

1. The objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitu-

c Comité Fraser, *op. cit.*, aux pp. 451 et 452; voir aussi:

Weisberg, *loc. cit.*, à la p. 60;

d D. Sansfaçon, *La prostitution au Canada: une synthèse des résultats de recherche* (Ministère de la Justice, 1984), aux pp. 99 et 100.

e Le problème de la réticence des prostitués à témoigner n'est pas limité au Canada. Selon l'étude d'un comité législatif des Nouvelles-Galles du Sud (le comité Rogan), le même phénomène rend les lois anti-souteneurs quasi impossibles à appliquer dans plusieurs pays. Les Nations-Unies ont pour leur part incité à maintes reprises tous les États membres à protéger les prostitués contre l'exploitation:

g D. Sansfaçon, *Accords et conventions des Nations-Unies sur la pornographie et la prostitution* (Ministère de la Justice, 1984).

h Dans ce contexte, il y a maintenant lieu d'examiner les principes et les facteurs relatifs à la justification possible de l'art. 195 en vertu de l'article premier de la *Charte*.

i Les étapes à suivre pour décider si une disposition législative portant atteinte à un droit garanti par la *Charte* est néanmoins justifiée en vertu de l'article premier ont été formulées dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, et souvent reprises par la suite. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, elles ont été ainsi énoncées, aux pp. 1335 et 1336:

j 1. L'objectif que vise la disposition attaquée doit être suffisamment important pour justifier la suppression

tionally protected right or freedom; it must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

2. Assuming that a sufficiently important objective has been established, the means chosen to achieve the objective must pass a proportionality test; that is to say they must:

- (a) be "rationally connected" to the objective and not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations;
- (b) impair the right or freedom in question as "little as possible", and
- (c) be such that their effects on the limitation of rights and freedoms are proportional to the objective.

When the presumption set out in s. 195(2) is reviewed in the context of s. 195 itself, it is apparent that the objective of the impugned provision is of sufficient importance to warrant overriding s. 11(d). From a review of Committee Reports and the current literature pertaining to the problem it is obvious that the section is attempting to deal with a cruel and pervasive social evil. The pimp personifies abusive and exploitative malevolence.

### *The Proportionality Test*

#### Rational Connection

In order to be valid the measures taken must be carefully designed to respond to the objective. Yet the proportionality test can and must vary with the circumstances. Parliament is limited in the options which it has at hand to meet or address the problem. Rigid and inflexible standards should not be imposed on legislators attempting to resolve a difficult and intransigent problem. Here, Parliament has sought, by the presumption, to focus on those circumstances in which maintaining close ties to prostitutes gives rise to a reasonable inference of living on the avails of prostitution. This is not an unreasonable inference for Parliament to legislatively presume, as it cannot be denied that there is often a connection between maintaining close ties to prostitutes and living on the avails of prostitution. Evidence of pimps living on avails would

d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution; il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

a 2. En présumant qu'a été établi le caractère suffisamment important d'un objectif, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent satisfaire au critère de la proportionnalité, en ce sens qu'ils doivent:

- b (a) avoir un «lien rationnel» avec l'objectif et ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles;
- b (b) porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question; et
- c (c) être de telle nature que leurs effets sur la restriction des droits et libertés sont proportionnels à l'objectif.

d Si l'on examine la présomption prévue au par. 195(2) dans le contexte global de l'art. 195, il est manifeste que l'objectif que vise la disposition attaquée est suffisamment important pour justifier la dérogation à l'al. 11d). D'après les rapports des différents comités et les études effectuées récemment sur le problème, il ressort en effet clairement que la disposition vise à endiguer un fléau social aux ravages cruels et étendus. Le souteneur, c'est l'abus et l'exploitation incarnés.

f *Le critère de la proportionnalité*

#### Le lien rationnel

g Pour être valides, les mesures prises doivent être soigneusement conçues en vue d'atteindre l'objectif. Toutefois, le critère de la proportionnalité peut et doit varier suivant les circonstances. Les options dont le législateur dispose sont en effet limitées et h il ne conviendrait pas d'imposer des normes inflexibles à ceux qui s'efforcent de résoudre un problème épique. En l'espèce, le législateur a, par la présomption, fait porter son attention sur les cas où le fait d'entretenir des liens étroits avec des prostitués conduit raisonnablement à en déduire le fait de vivre des produits de la prostitution. Ce n'est pas une déduction déraisonnable de la part du législateur, car on ne peut nier qu'il y a souvent un rapport entre le fait d'entretenir des liens étroits avec un prostitué et celui de vivre des produits de la prostitution. On devrait normalement s'attendre

ordinarily be expected to come from prostitutes, yet the reluctance of prostitutes to testify against pimps is well documented. By enacting this section, Parliament has recognized that evidence of this type was difficult if not impossible to obtain without the cooperation of prostitutes which is seldom forthcoming. The section recognizes both the social evil of pimps and prostitutes' fear of violence at their pimps' hands. I have no concern that the section will result in innocent persons who have non parasitic legitimate living arrangements with prostitutes being inculpated. A description sufficient to constitute evidence to the contrary will generally be included in the Crown's case. If not, such evidence can easily be led. In either event, the presumption will be displaced.

#### Minimal Impairment

It has been determined that Parliament is not required to choose the absolutely least intrusive alternative in order to satisfy this branch of the analysis. Rather the issue is "whether Parliament could reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively". (See *Chaulk, supra*, at p. 1341.)

It is of some significance that similar reverse onus provisions pertaining to living on the avails of prostitution presently exist in Britain and some Australian jurisdictions.

*Sexual Offences Act, 1956* (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, s. 30(2); *R. v. Clarke*, [1976] 2 All E.R. 696 (C.A.);

*Prostitution Act, 1979*, No. 71 (N.S.W.), s. 5; *Prostitution Regulation Act 1986*, No. 124 (Vict.), ss. 4 and 12(3).

Parliament has chosen a reasonable and sensitive position which carefully avoids either of the two extreme positions. One extreme position would eliminate the presumption completely. This would reward the accused for the intimidation of vulnerable witnesses in a situation where it has been demonstrated that just such intimidation is

à ce que la preuve qu'un souteneur vit de la prostitution vienne des prostitués mêmes, mais leur réticence à témoigner est bien connue. En édictant cette disposition, le législateur a reconnu qu'une preuve de cette nature est difficile, sinon impossible, à obtenir sans leur collaboration, laquelle est peu fréquente. La disposition reconnaît donc à la fois le fléau social que constituent les souteneurs et la peur des prostitués d'être les victimes de leur violence. Le fait que la disposition puisse entraîner l'inculpation de personnes innocentes qui partagent la vie de prostitués de façon légitime et non parasitaire ne me préoccupe pas. Le ministère public présentera généralement une description suffisante pour établir la preuve du contraire. Sinon, il est facile de produire cette preuve. D'une façon ou d'une autre, la présomption sera écartée.

#### d L'atteinte minimale

Il a été jugé que le législateur n'est pas tenu de choisir le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, pour satisfaire à cette partie de l'analyse. La question est plutôt «de savoir si le législateur aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace l'objectif identifié». (Voir l'arrêt *Chaulk*, précité, à la p. 1341.)

Il n'est pas sans intérêt de constater que des dispositions semblables portant inversion de la charge de la preuve en ce qui concerne les produits de la prostitution existent présentement en Grande-Bretagne et dans certaines parties de l'Australie.

*Sexual Offences Act, 1956* (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, ch. 69, par. 30(2); *R. c. Clarke*, [1976] 2 All E.R. 696 (C.A.);

*Prostitution Act, 1979*, No. 71 (N.S.W.), art. 5; *Prostitution Regulation Act 1986*, No. 124 (Vict.), art. 4 et par. 12(3).

Le législateur a choisi une position raisonnable, adaptée aux besoins et qui évite soigneusement les extrêmes. L'une des positions extrêmes serait de supprimer complètement la présomption. Mais ce serait là récompenser l'accusé pour l'intimidation de témoins vulnérables dans une situation où l'on a précisément démontré que ce phénomène est

widespread. The other extreme would provide a reverse onus which would cast a heavier legal burden on the accused. This would constitute a more serious infringement of the presumption of innocence than the evidential burden imposed by s. 195(2).

It is noteworthy that in the United Kingdom the Criminal Law Revision Committee stressed the necessity of just such a provision as it appears in s. 195(2). In its working paper on prostitution, *supra*, this appears (at p. 16):

All those with practical experience of these matters agree that only in a very exceptional case would a prostitute testify in open court against her ponce, even a woman determined enough to rid herself of him. The presumption in subsection (2) of section 30 (against a man habitually in the company of a prostitute, etc.) is of great value in that it enables a prosecution to be instituted without it being necessary for the prostitute to give evidence that she had handed over some of her earnings to the defendant. Comparable offences in the law of some other countries that we have examined similarly avoid the need for the woman to give testimony. It must be accepted, we consider, that any offence to replace section 30 which was drafted in such a way as to depend upon evidence being available from prostitutes would be largely unenforceable. [Emphasis added.]

(In its final report written three years later, the committee favoured an overhaul of the offence provisions but did not deal with the presumption: see Criminal Law Revision Committee, Seventeenth Report, *supra*, at pp. 12-13.)

### Proportionality

I agree with the position taken by the intervener the Attorney General of Canada that the determination as to whether the extent of the infringement is proportional to the legislative objective involves a balancing of societal and individual interests. The section is aimed at those who parasitically live on the avails of prostitution. The accused need only point to evidence capable of raising a reasonable doubt on this issue. The infringement is rela-

répandu. L'autre extrême serait de prévoir une inversion de la charge de la preuve qui imposerait à l'accusé une charge ultime encore plus lourde. Cela constituerait une atteinte plus grave à la présomption d'innocence que la charge de présentation imposée par le par. 195(2).

Fait intéressant à souligner, au Royaume-Uni, le Criminal Law Revision Committee a fait valoir la nécessité d'une disposition semblable à celle du par. 195(2). Dans leur document de travail sur la prostitution, *op. cit.*, les auteurs écrivent (à la p. 16):

*c* [TRADUCTION] Tous ceux qui ont connu une expérience pratique en cette matière s'accordent pour dire que ce n'est qu'exceptionnellement qu'une prostituée témoignera publiquement en cour contre son souteneur, même si elle est déterminée à s'en délivrer. La présomption du paragraphe (2) de l'article 30 (à l'encontre de l'homme se trouvant habituellement en compagnie d'une prostituée, etc.) est un outil précieux en ce qu'elle permet d'engager une poursuite sans qu'il soit nécessaire que la prostituée vienne témoigner qu'elle a remis une partie de ses revenus au défendeur. Dans certains pays dont nous avons examiné la législation, on évite de la même façon aux femmes de venir témoigner relativement à des infractions comparables. À notre avis, toute disposition appelée à remplacer l'infraction de l'article 30, qui serait conçue de telle façon qu'elle nécessiterait le témoignage des prostituées, serait largement inapplicable. [Je souligne.]

(Dans son rapport final remis trois ans plus tard, le comité s'est prononcé en faveur d'une refonte des dispositions constitutives de l'infraction, sans aborder la question de la présomption: voir Criminal Law Revision Committee, Seventeenth Report, *op. cit.*, aux pp. 12 et 13.)

*h*

### La proportionnalité

Je partage la position du procureur général du Canada, intervenant au pourvoi, selon laquelle, pour déterminer dans quelle mesure l'atteinte est proportionnelle à l'objectif législatif visé, il faut pondérer les intérêts de la société et ceux du particulier. La disposition vise ceux qui vivent en parasite des produits de la prostitution. L'accusé n'a qu'à faire ressortir un élément de preuve susceptible de soulever un doute raisonnable à cet égard.

tively minor and the objective is fundamentally important. In so far as the societal interests are concerns, the Fraser Committee Report starkly outlines the social problems flowing from prostitution including drug abuse and violence. In my view there cannot be any question of the importance of successfully prosecuting pimps. It is the pimp that has the parasite's interest in the prostitute's earnings. It is the pimp that encourages and enforces the activities of the prostitute. The same violent behaviour which forces street prostitutes to remain in their line of work can be used and has been used to thwart prosecutions by depriving the Crown of essential witnesses.

Prostitutes are a particularly vulnerable segment of society. The cruel abuse they suffer inflicted by their parasitic pimps has been well documented. The impugned section is aimed not only at reme-<sup>a</sup> d ding a social problem but also at providing some measure of protection for the prostitute by eliminating the necessity of testifying. It would be unfortunate if the *Charter* were used to deprive a vulnerable segment of society of a measure of protection. The nature of the infringement of s. 11(d) by s. 195(2) is minimal. All that is required of the accused is to point to evidence capable of raising a reasonable doubt. That can often be achieved as a result of cross-examination of Crown witnesses. The section does not necessarily force the accused to testify. In my view s. 195(2) is justified under s. 1 of the *Charter* and is valid.

In the result the appeal should be dismissed.

The reasons of McLachlin and Iacobucci JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I have read Cory J.'s reasons and agree with him that the mandatory presumption contained in s. 195(2) (now s. 212(3)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringes the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in that proof of the substituted fact that the accused person lives with or is habitually in the

L'atteinte est relativement mineure et l'objectif est d'une importance fondamentale. En ce qui concerne les intérêts sociétaux, le comité Fraser souligne de façon saisissante dans son rapport les problèmes sociaux découlant de la prostitution, notamment la drogue et la violence. À mon avis, on ne saurait douter de l'importance d'obtenir des condamnations contre les souteneurs. Ce sont les souteneurs qui ont un intérêt parasitaire dans les revenus des prostitués. Ce sont eux qui encouragent leurs activités et veillent à leur exécution. Or, le même comportement violent qui force les prostitués à continuer de faire le trottoir peut être utilisé, et l'a été, pour compromettre les poursuites en privant le ministère public de témoins essentiels.

Les prostitués font partie d'un groupe particulièr-<sup>b</sup> e ment vulnérable de la société. Les abus cruels dont ils sont victimes aux mains de leurs souteneurs parasites sont bien connus. La disposition attaquée vise non seulement à remédier à un problème social mais également à accorder aux prostitués une certaine protection en supprimant la nécessité de recourir à leur témoignage. Il serait malheureux que la *Charte* serve à priver de cette protection des éléments vulnérables de la société. L'atteinte à l'al. 11d) que constitue le par. 195(2) est minime. Tout ce que l'on demande à l'accusé c'est de faire ressortir un élément de preuve susceptible de soulever un doute raisonnable et il y parvient souvent par le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite. La disposition ne le force pas nécessairement à témoigner. À mon avis, le par. 195(2) est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* et est, par conséquent, valide.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges McLachlin et Iacobucci rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—J'ai lu les motifs du juge Cory et je conviens avec lui que la présomption impérative contenue au par. 195(2) (maintenant le par. 212(3)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en ce sens que la preuve du fait substitué que l'accusé vit ou

company of a prostitute does not lead inexorably to proof of the statutorily required or essential element of living on the avails of prostitution.

se trouve habituellement en compagnie d'un prostitué n'entraîne pas inexorablement la preuve de l'élément essentiel ou requis par la loi qu'il vit des produits de la prostitution.

a

Toutefois, contrairement au juge Cory, je ne crois pas que la justification de la présomption puisse se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*.

b

Comme mon collègue, je suis d'avis qu'on a démontré le premier critère de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte* formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139, soit l'existence d'un objectif se rapportant à des préoccupations urgentes et réelles et justifiant la dérogation au droit. J'estime aussi que la présomption vise le fléau que constituent les souteneurs qui exploitent les prostitués et vivent en parasite de leurs revenus, et je conviens avec le juge Cory de l'importance de l'objectif visant à déclarer ces personnes coupables.

c

La difficulté, à mon avis, réside dans le second volet du critère *Oakes*, celui de la proportionnalité. La présomption est générale à un point tel qu'elle frappe un grand nombre de personnes étrangères à l'exploitation visée. En raison de cette généralité excessive, la présomption est, pour emprunter les termes de l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, à la p. 139, «arbitraire, inéquitable» et fondamentalement «irrationnelle».

d

Le droit de l'accusé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi, garanti par l'al. 11(d) de la *Charte*, confirme le fardeau du ministère public d'établir tous les éléments d'une infraction hors de tout doute raisonnable. La présomption impérative libère le ministère public de ce fardeau. Dès que les faits substitués sont établis hors de tout doute raisonnable, la présomption est créée, et si l'accusé [TRA-DUCTION] «ne réussit pas à produire une preuve (avec les témoins à charge ou ceux de la défense) qui soulève un doute raisonnable quant aux éléments [essentiels], il sera déclaré coupable»: *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), à la p. 211.

e

The difficulty, as I see it, lies with the second branch of the *Oakes* test, proportionality. The presumption is so broad that it catches many people who are innocent of the exploitative activity at which it is aimed. This overbreadth renders it "arbitrary, unfair" and ultimately "irrational", to use the language of *R. v. Oakes, supra*, at p. 139.

f

The guarantee of the right to be presumed innocent until proven guilty according to law contained in s. 11(d) of the *Charter* confirms that the Crown has the burden of proving all elements of an offence beyond a reasonable doubt. The effect of a mandatory presumption is to relieve the Crown of that burden. Upon proof beyond a reasonable doubt of the substituted facts the presumption arises, putting the accused in a position where if "he fails to adduce evidence (through the Crown witnesses or defence witnesses) which raises a reasonable doubt with respect to [the essential] elements, conviction will ensue": *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at p. 211.

g

The first aspect of the proportionality enquiry asks whether the presumption is rational. A presumption, like any other challenged legislative provision, must be externally rational, in the sense that it must evince a rational connection to the legislative purpose behind its enactment. But in the case of a presumption external rationality alone does not suffice. As this Court held in *Oakes, supra*, at p. 141, the presumption must be "internally rational" in the sense that there must be a rational connection between the "basic fact" and the "presumed fact". Otherwise, as Dickson C.J. put it, "the reverse onus clause could give rise to unjustified and erroneous convictions....". In so holding, this Court affirmed the judgment of Martin J.A., *R. v. Oakes* (1983), 40 O.R. (2d) 660 (Ont. C.A.), at p. 681, who after citing various criteria relevant to the justification of a presumption under s. 1, stated:

Great weight must be given to Parliament's determination with respect to the necessity for a reverse onus clause in relation to some element of a particular offence. Certainly, reverse onus clauses exist in other free and democratic societies; cf., for example, s. 30(2) of the *Sexual Offences Act; Prevention of Corruption Act*, 1916 (U.K.), c. 64, s. 2; *R. v. Carr-Briant*, [1943] K.B. 607, 29 Cr. App. R. 76. However, a reverse onus provision, even if otherwise justifiable by the above criteria, cannot be justified as a reasonable limitation of the right to be presumed innocent under s. 1 of the Charter in the absence of a rational connection between the proved fact and the presumed fact. In the absence of such a connection the presumption created is purely arbitrary. [Emphasis added.]

What Martin J.A. said there with respect to reverse onus clauses is equally applicable to mandatory presumptions as in the case at bar: *Re Boyle and The Queen, supra*, at p. 212.

Cory J., as I read his reasons, focuses exclusively on the external rationality of the presumption, arguing that the presumption assists in curb-

La première étape de l'analyse de la proportionnalité porte sur la rationalité de la présomption. Comme toute autre disposition législative contestée, la présomption doit avoir une rationalité extrinsèque, en ce qu'elle doit révéler un lien rationnel avec l'objectif législatif qui sous-tend son adoption. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une présomption, la seule rationalité extrinsèque ne suffit pas. Comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Oakes*, précité, aux pp. 141 et 142, la présomption doit être «[elle]-même rationnel[le]» en ce qu'il doit exister un lien rationnel entre le «fait établi» et le «fait présumé». Sinon, selon le juge en chef Dickson, «la disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait avoir pour conséquence que des personnes [...] soient erronément et sans justification déclarées coupables ...». Notre Cour a ainsi confirmé l'opinion du juge Martin dans l'arrêt *R. c. Oakes* (1983), 40 O.R. (2d) 660 (C.A. Ont.), à la p. 681, qui, après avoir formulé différents critères pertinents relativement à la justification d'une présomption en vertu de l'article premier, a dit:

[TRADUCTION] Il faut accorder beaucoup de poids à la décision du Parlement concernant la nécessité d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve relativement à un élément d'une infraction particulière. De toute évidence, ces dispositions existent également au sein d'autres sociétés libres et démocratiques; voir, par exemple, le par. 30(2) de la *Sexual Offences Act; Prevention of Corruption Act*, 1916 (R.-U.), ch. 64, art. 2; *R. c. Carr-Briant*, [1943] K.B. 607, 29 Cr. App. R. 76. Toutefois, en l'absence d'un lien rationnel entre le fait prouvé et le fait présumé, la disposition portant inversion de la charge de la preuve, tout en étant par ailleurs justifiable selon les critères mentionnés précédemment, n'est pas une limite raisonnable au droit d'être présumé innocent qui soit justifiée en vertu de l'article premier de la Charte. En l'absence d'un tel lien, la présomption créée est purement arbitraire. [Je souligne.]

Ces commentaires du juge Martin à l'égard des dispositions portant inversion de la charge de la preuve s'appliquent également aux présomptions impératives comme en l'espèce: *Re Boyle and The Queen*, précité, à la p. 212.

Si je comprends bien ses motifs, le juge Cory porte son attention exclusivement sur la rationalité extrinsèque de la présomption et il soutient que la

ing the exploitive activity of pimps. But *Oakes* requires us to ask the preliminary question of whether the presumption is internally rational in the sense that there is a logical connection between the presumed fact and the fact substituted by the presumption.

This case, as I see it, requires us to consider the degree of internal rationality required to justify a presumption under s. 1. In *Oakes*, this Court held that there was insufficient rational connection between the substituted fact of being in possession of a narcotic, and the presumed fact of being in possession for the purposes of trafficking. The reverse onus clause in issue there was held to be irrational despite the obvious fact that in some cases an inference could be made from proof of possession that that possession was for the purposes of trafficking. The fact that there would be some cases, for example where the possession was of only a small quantity of narcotics, where the inference would be unreasonable, was sufficient to render the reverse onus clause irrational and therefore incapable of being saved with reference to s. 1 of the *Charter*.

This holding in *Oakes* suggests that s. 1 requires a very high degree of internal rational connection between the substituted and presumed facts. The fact that the existence of the presumed fact would be a rational inference in some cases is not enough — the connection between the substituted and presumed facts must be more certain than that in order to pass constitutional muster. An example of a sufficiently close connection can be found in the decision of this Court in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 21. In that case it was held that the connection between the substituted fact of a person being in the driver's seat and the presumed fact that that person was in care or control of the vehicle was sufficiently close to meet the rational connection test. As Dickson C.J. said at pp. 21-22:

... there is plainly a rational connection between the proved fact and the fact to be presumed. There is every reason to believe the person in the driver's seat has the care or control of the vehicle. . . . It is true that a vehicle can be occupied by one who does not assume care or

présomption facilite la répression de l'exploitation par les souteneurs. Toutefois, l'arrêt *Oakes* nous oblige à nous prononcer sur la question préliminaire de la rationalité intrinsèque de la présomption, à savoir s'il existe un lien logique entre le fait présumé et le fait substitué par la présomption.

À mon avis, en l'espèce, nous devons étudier le degré de rationalité intrinsèque requis pour justifier une présomption en vertu de l'article premier. Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a conclu que le lien rationnel entre le fait substitué, la possession de stupéfiants, et le fait présumé, la possession à des fins de trafic, était trop faible. On a également conclu que la disposition portant inversion de la charge de la preuve était irrationnelle même si, de toute évidence, il est possible, dans certains cas, de déduire de la preuve de la possession qu'il s'agit d'une possession à des fins de trafic. Le fait que l'inférence serait déraisonnable dans certains cas, par exemple dans celui de la possession d'une quantité infime de stupéfiants, était suffisant pour conclure au caractère irrationnel de la disposition portant inversion qui, par conséquent, ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Cette conclusion de l'arrêt *Oakes* donne à entendre que l'article premier exige un lien rationnel intrinsèque très fort entre le fait substitué et le fait présumé. Il ne suffit pas que l'existence du fait présumé soit une inférence rationnelle dans certains cas: pour réussir l'examen constitutionnel, le lien entre le fait substitué et le fait présumé doit être plus sûr. L'arrêt de notre Cour *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 21, offre un exemple d'un lien suffisamment étroit. Dans cette affaire, on a conclu que le lien entre le fait substitué d'occuper la place du conducteur et le fait présumé d'avoir la garde ou le contrôle du véhicule est suffisamment étroit pour satisfaire au critère du lien rationnel. Comme l'a dit le juge en chef Dickson, aux pp. 21 et 22:

... il y a manifestement un lien rationnel entre le fait démontré et le fait présumé. Il y a toutes les raisons de croire que la personne qui occupe la place du conducteur a la garde ou le contrôle du véhicule. [...] Il est vrai qu'une personne peut prendre place à bord d'un

control, but a person in this state of mind is likely to assume a position in the vehicle intended for a passenger rather than the driver. In my view, the relationship between the proved fact and the presumed fact under s. 237(1)(a) is direct and self-evident, quite unlike that which confronted the Court in *Oakes*.

I note that the United States Supreme Court has taken a similar position with respect to the constitutionality of presumptions under the Fourteenth Amendment. The leading case would appear to be *County Court of Ulster County v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). Stevens J. delivered the judgment of the majority of the Court and, at p. 156, recognized that:

Inferences and presumptions are a staple of our adversary system of factfinding. It is often necessary for the trier of fact to determine the existence of an element of the crime — that is, an ‘ultimate’ or ‘elemental fact’ — from the existence of one or more ‘evidentiary’ or ‘basic’ facts. The value of these evidentiary devices, and their validity under the Due Process Clause, vary from case to case, however, depending on the strength of the connection between the particular basic and elemental facts involved and on the degree to which the device curtails the factfinder’s freedom to assess the evidence independently. Nonetheless, in criminal cases, the ultimate test of any device’s constitutional validity in a given case remains constant: the device must not undermine the factfinder’s responsibility at trial, based on evidence adduced by the State, to find the ultimate facts beyond a reasonable doubt. [Citations omitted.]

Stevens J. distinguished between permissive presumptions, which although they may violate the Due Process guarantee, will only be held to do so if there is no rational way the trier of fact could make the inference permitted by the presumption, and mandatory presumptions as in the case at bar. The latter were said by Stevens J. at pp. 157-59 to be

a far more troublesome evidentiary device. For it may affect not only the strength of the “no reasonable doubt” burden but also the placement of that burden; it tells the trier that he or they *must* find the elemental fact upon

véhicule sans en avoir la garde ou le contrôle, mais une personne dans cet état d'esprit occupera vraisemblablement la place du passager plutôt que celle du conducteur. À mon avis, le rapport qui existe entre le fait démontré et le fait présumé aux termes de l'al. 237(1)a) est direct et évident en soi, contrairement à celui qu'examinait la Cour dans l'arrêt *Oakes*.

Je remarque que la Cour suprême des États-Unis a adopté une position semblable à l'égard de la constitutionnalité des présomptions en vertu du Quatorzième amendement. L'arrêt de principe semble être *County Court of Ulster County c. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). Le juge Stevens a rendu le jugement au nom de la majorité de la cour, et à la p. 156, il a admis:

[TRADUCTION] Les inférences et les présomptions sont des éléments essentiels de notre système contradictoire de recherche des faits. Le juge des faits doit fréquemment déterminer l'existence d'un élément du crime — le fait «fondamental» ou «essentiel» — à partir de l'existence d'un ou plusieurs faits «prouvés» ou «établis». Toutefois, le poids de ces moyens de présentation de preuve et leur validité en vertu de la clause de l'application régulière de la loi varient d'un cas à l'autre en fonction de la force du lien entre les faits établis et les faits essentiels particuliers en cause et en fonction de l'importance de la restriction qu'ils imposent à la liberté du juge des faits d'apprécier la preuve d'une manière indépendante. Néanmoins, en matière criminelle, le critère ultime de la constitutionnalité d'un moyen dans un cas donné demeure constant: ce moyen ne doit pas miner le rôle du juge des faits, fondé sur la preuve produite par l'État, de conclure, hors de tout doute raisonnable, à l'existence des faits fondamentaux. [Références omises.]

Le juge Stevens a établi une distinction entre les présomptions impératives comme en l'espèce et les présomptions créant une faculté, qui, même si elles peuvent porter atteinte à la garantie de l'application régulière de la loi, ne seront ainsi considérées que s'il n'existe aucun moyen rationnel pour le juge des faits de tirer la conclusion découlant de la présomption. Des premières, le juge Stevens a dit aux pp. 157 à 159 qu'elles sont

[TRADUCTION] un moyen de présentation de la preuve beaucoup plus ennuyeux puisqu'elles risquent non seulement d'affaiblir le fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable mais aussi de le déplacer; cette pré-

proof of the basic fact, at least unless the defendant has come forward with some evidence to rebut the presumed connection between the two facts. In this situation, the Court has generally examined the presumption on its face to determine the extent to which the basic and elemental facts coincide. To the extent that the trier of fact is forced to abide by the presumption, and may not reject it based on an independent evaluation of the particular facts presented by the State, the analysis of the presumption's constitutional validity is logically divorced from those facts and based on the presumption's accuracy in the run of cases. [Emphasis in original; citations omitted.]

As the presumption in issue in *Ulster County* was held to be merely permissive, Stevens J. did not have to decide what level of rational connection he would have required in the case of a mandatory presumption. Nonetheless, he went on to say at p. 167 that in the case of a mandatory presumption, "since the prosecution bears the burden of establishing guilt, it may not rest its case entirely on a presumption unless the fact proved is sufficient to support the inference of guilt beyond a reasonable doubt".

The foregoing authorities lead me to the following conclusions. The fact that a presumption fails the inexorable connection test and is therefore found to violate s. 11(d) is by no means determinative of the issue of whether such a presumption will pass the internal rationality test under s. 1. While the probity of the link between proven fact and presumed fact remains the focus of the inquiry, the balancing of the rights of the accused against deference to the democratic will of the legislature may mandate a less rigorous level of examination at the s. 1 stage. This may mean that the American requirement that the substituted fact must prove the presumed fact beyond a reasonable doubt will not prove appropriate in the Canadian context. However that may be, it is clear that the fact that in some cases one can infer the presumed fact from the proven fact is insufficient to establish the internal rational connection required under s. 1. I am satisfied that, at a minimum, proof of the substituted fact must make it likely that the presumed fact is true. Any lesser degree of probability must

somption *oblige* le juge des faits à conclure à l'existence du fait essentiel sur la preuve du fait établi, à moins que l'accusé ne produise une preuve réfutant le lien présumé entre les deux faits. Dans un tel cas, la cour a généralement étudié la nature de la présomption à première vue afin d'évaluer la correspondance entre les faits établis et les faits essentiels. Dans la mesure où le juge des faits est forcé de respecter la présomption et de l'adopter malgré une analyse indépendante des faits présentés par l'État, l'étude de la constitutionnalité de cette présomption est logiquement distincte de ces faits et repose sur la précision de la présomption en cause dans les diverses affaires. [En italique dans l'original; références omises.]

Puisque, dans l'arrêt *Ulster County*, il a conclu qu'il s'agissait simplement d'une présomption créant une faculté, le juge Stevens n'a pas eu à déterminer la nature du lien rationnel qu'il aurait exigé dans le cas d'une présomption impérative. Il a toutefois ajouté, à la p. 167, que dans ce dernier cas, [TRADUCTION] «puisque il lui incombe d'établir la culpabilité de l'accusé, la poursuite ne peut fonder sa preuve entièrement sur une présomption, à moins que le fait prouvé suffise à justifier la conclusion que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable».

Cette jurisprudence m'amène à conclure ceci. Le fait qu'une présomption ne réponde pas au critère du lien inexorable et qu'il viole donc l'al. 11d) n'est absolument pas déterminant en ce qui concerne la question de savoir si une présomption de ce genre satisfait au critère de la rationalité intrinsèque aux termes de l'article premier. La probité du lien entre le fait prouvé et le fait présumé continue à être le point central de l'examen, mais la pondération entre les droits de l'accusé et la retenue envers la volonté démocratique du législateur peut exiger un examen moins rigoureux en application de l'article premier. Cela peut signifier que l'exigence des cours américaines selon laquelle le fait substitué doit prouver le fait présumé hors de tout doute raisonnable ne s'avérera peut-être pas adéquate dans le contexte canadien. Quoi qu'il en soit, il est évident que, bien que dans certains cas il soit possible de déduire le fait présumé du fait prouvé, cela ne permet pas d'établir le lien rationnel intrinsèque requis en vertu de l'article premier. J'estime qu'à tout le moins, la preuve du fait subs-

be fatal under the rational connection branch of the proportionality enquiry.

The rationality test from *Oakes* also has a fairness aspect. An irrational presumption operates unfairly in that it unduly enmeshes the innocent in the criminal process by arbitrarily catching within its ambit those who are not guilty of the offence. Of course, any presumption may occasionally catch an innocent person, leaving it to him or her to establish or raise a reasonable doubt with respect to innocence. But where the presumption is so broadly cast that it catches persons whom it is unlikely were engaged in the prohibited crime, it goes too far.

In the case of s. 195(2) the required logical link is lacking, rendering it both irrational and unfair. It cannot be said that it is likely that one who lives with or is habitually in the company of a prostitute is parasitically living on the avails of prostitution. It is a possible inference, reasonable in some cases, but not in all or even in most. Spouses, lovers, friends, children, parents, room-mates, business associates, providers of goods and services — all of these may live with or be habitually in the company of a prostitute. In *R. v. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53, at p. 61, Arbour J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, discussed examples of relationships which ought not to be seen as living on the avails:

For example, when a prostitute financially supports a disabled parent or a dependent child, she clearly provides an unreciprocated benefit to the recipient. However, in light of her legal or moral obligations towards her parent or child, the recipient does not commit an offence by accepting that support. The prostitute does not give money to the dependent parent or child because she is a prostitute but because, like everybody else, she has personal needs and obligations. The true parasite whom s. 212(1)(j) [as the provision is now numbered] seeks to punish is someone the prostitute is not otherwise legally or morally obliged to support. Being a prostitute is not an offence, nor is marrying or living

titué doit rendre le fait présumé vraisemblable. Un degré moindre de probabilité ne satisfait pas au critère du lien rationnel de l'analyse fondée sur la proportionnalité.

a

b

c

d

e

f

g

h

i

j

Le critère du lien rationnel de l'arrêt *Oakes* tient également de l'équité. La présomption irrationnelle crée une injustice en entraînant indûment et arbitrairement dans le processus criminel ceux qui ne sont pas coupables de l'infraction. Évidemment, toute présomption risque, à l'occasion, d'impliquer un innocent, lui laissant le fardeau d'établir son innocence ou de soulever un doute raisonnable à cet égard. Mais lorsque le libellé de la présomption est général au point d'englober des personnes peu susceptibles de se prêter à l'infraction prohibée, c'est aller trop loin.

Le paragraphe 195(2) ne possédant pas le lien logique requis, il est à la fois irrationnel et injuste. On ne peut pas dire qu'une personne vivant ou se trouvant habituellement en compagnie d'un prostitué vit vraisemblablement en parasite des produits de la prostitution. Cette déduction est possible, et est raisonnable dans certains cas, mais pas dans tous les cas ni même dans la plupart. Le conjoint, l'amoureux, les amis, les enfants, les parents, les colocataires, les partenaires d'entreprise, les pourvoyeurs de biens et de services, toutes ces personnes peuvent vivre ou se trouver habituellement en compagnie d'un prostitué. Dans l'arrêt *R. c. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53, à la p. 61, le juge Arbour, se prononçant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a étudié des situations où il ne faut pas conclure que la personne vit des produits de la prostitution:

[TRADUCTION] Ainsi, la prostituée qui soutient financièrement un parent handicapé ou un enfant fournit manifestement un avantage non mutuel au bénéficiaire. Toutefois, compte tenu des obligations légales ou morales qui obligent la prostituée envers le parent ou l'enfant, le bénéficiaire ne commet pas une infraction en acceptant ce soutien. La prostituée ne soutient pas le parent ou l'enfant à charge parce qu'elle est une prostituée, mais parce que, comme tout le monde, elle a des besoins et des obligations personnels. Le vrai parasite que l'al. 212(1)j) [la nouvelle disposition] cherche à punir est celui envers qui la prostituée n'a par ailleurs aucune obligation légale ou morale. Ni le fait d'être une prosti-

with a prostitute. A person may choose to marry or live with a prostitute without incurring criminal responsibility as a result of the financial benefits likely to be derived from the pooling of resources and the sharing of expenses and other benefits which would normally accrue to all persons in similar situations.

The unfairness caused by this irrational presumption is arguably much worse than it was in *Oakes*. There, at least, the onus to establish that one was not in possession of narcotics for the purposes of trafficking was placed only on those who had already been proven to be guilty of a criminal offence, namely possession of a narcotic. In the case of s. 195(2), the evidential burden of raising a reasonable doubt with respect to whether one is living on the avails of prostitution is placed on those who have been proven only to be habitually in the company of a prostitute, which is not a criminal offence. Yet the presumption applies to these innocent people, placing on them the burden of raising a reasonable doubt as to whether they have been living on the avails of prostitution. Any presumption which has the potential to catch such a wide variety of innocent people in its wake can only be said to be arbitrary, unfair and based on irrational considerations.

At a minimum, the effect of this presumption on the innocent people it catches may be that they have to bear the expense, indignity and stigma of undergoing a criminal prosecution for living on the avails. In the course of an eventual trial, if the evidence adduced in the Crown's case does not raise a reasonable doubt as to whether the innocent person was parasitically living on the avails of prostitution, the innocent person will have herself to adduce evidence which raises such a doubt. At its worst, where the innocent person is unable or perhaps unwilling to adduce evidence which does raise a reasonable doubt, this presumption will have the effect of mandating the conviction of an innocent person. While there may be circumstances in which the presumption of innocence may be justifiably infringed, the line must drawn

tuée, ni celui d'être le conjoint d'une prostituée ou de vivre avec elle ne constituent une infraction. On peut choisir de vivre avec une prostituée ou de l'épouser sans encourir une responsabilité criminelle en raison des avantages financiers qui, vraisemblablement, découlent de la mise en commun des ressources et du partage des dépenses et des autres bénéfices qui normalement reviennent à tous ceux qui vivent une situation semblable.

*b* On pourrait soutenir que l'injustice causée par cette présomption irrationnelle est bien pire que celle dont il était question dans l'arrêt *Oakes*. Dans cette affaire, au moins, le fardeau de démontrer *c* qu'une personne n'est pas en possession de stupéfiants à des fins de trafic n'était imposé qu'aux personnes déjà déclarées coupables de l'infraction criminelle de possession de stupéfiants. Dans le cas du par. 195(2), le fardeau de présenter une preuve soulevant un doute raisonnable sur la question de savoir si elle vit des produits de la prostitution, incombe à la personne trouvée coupable seulement de se trouver habituellement en compagnie *d* d'un prostitué, ce qui n'est pas une infraction criminelle. La présomption s'applique tout de même à ces innocents puisqu'ils ont le fardeau de soulever un doute raisonnable à ce chapitre. La présomption susceptible d'entraîner un si grand nombre *e* d'innocents dans son sillage ne peut être qu'arbitraire, inéquitable et basée sur des considérations irrationnelles.

*g* À tout le moins, cette présomption oblige des innocents à subir la dépense, l'affront et l'opprobre d'une accusation criminelle de vivre des produits de la prostitution. Au cours d'un procès éventuel, si la preuve produite par le ministère public ne laisse aucun doute raisonnable sur le fait que la personne innocente vivait en parasite des produits de la prostitution, cette dernière devra elle-même produire une telle preuve. Au pire, lorsque la personne innocente est incapable de produire une preuve soulevant un doute raisonnable ou ne souhaite pas le faire, cette présomption entraînera la déclaration de culpabilité d'un innocent. Bien que dans certaines circonstances il puisse être justifié de porter atteinte à la présomption d'innocence, il faut fermer la porte là où la personne dont la culpabilité n'a pas été établie doit se défendre elle-*i*

short of the point at which persons, who have not been proven guilty of any offence, are forced to defend themselves merely on the basis that a fact has been proven by the Crown which does not make it even likely that they are guilty of any criminal offence. <sup>a</sup>

The irrational and unfair effects of the presumption extend beyond those who innocently keep company with prostitutes, to prostitutes themselves. In so far as the object of the presumption is the suppression of pimping and the protection of prostitutes from the evil of being subject to the malevolent control of pimps, these effects on prostitutes are such as to bring into question the external rationality of the presumption—i.e., whether the legislation furthers its purported objects. While few in our society approve of prostitution and most regard it as an unfortunate fact of life, a fact of life it remains, and one which Parliament has not seen fit to sanction by making it a crime. The effect of the presumption is to compel prostitutes to live and work alone, deprived of human relationships save with those whom they are prepared to expose to the risk of a criminal charge and conviction and who are themselves prepared to flaunt that possibility. By this presumption prostitutes are put in the position of being unable to associate with friends and family, or to enter into arrangements such as those evidenced in this case, arrangements which may alleviate some of the more pernicious aspects of their frequently dangerous and dehumanizing trade. The predictable result is to force prostitutes onto the streets or into the exploitative power of pimps, thereby undercutting the very pressing and substantial objective which the presumption was designed to address. Where legislation has the actual effect of operating to preserve and exacerbate the very exploitation the amelioration of which is its purported objective, it cannot be said to possess the degree of rationality necessary to justify the violation of a right guaranteed by our *Charter*. <sup>b</sup>

Section 195(2) can be seen as one of the network of laws which the Special Committee on Por-

même pour le seul motif que le ministère public a fait la preuve d'un fait qui ne rend même pas vraisemblable sa culpabilité à une infraction criminelle. <sup>c</sup>

Les effets irrationnels et injustes de la présomption s'étendent au-delà de ceux qui, en toute innocence, se trouvent en compagnie de prostitués, soit aux prostitués eux-mêmes. Dans la mesure où la présomption a pour objet d'enrayer le proxénétisme et de protéger les prostitués contre le contrôle malveillant des souteneurs, ces effets sur les prostitués sont tels qu'on peut remettre en question le lien rationnel extrinsèque de la présomption—c.-à-d., se demander si le texte législatif réussit à atteindre ses objectifs. Bien qu'une grande partie de notre société désapprouve la prostitution et la considère comme une réalité regrettable, elle demeure une réalité, et le législateur n'a pas jugé opportun de la sanctionner en la rendant criminelle. La présomption a pour effet d'obliger les prostitués à vivre et à travailler seuls, privés de relations humaines à l'exception des personnes qu'ils exposent volontairement au risque d'une accusation criminelle et d'une déclaration de culpabilité et qui sont elles-mêmes prêtes à faire fi de cette possibilité. En raison de cette présomption, les prostitués ne peuvent fréquenter les amis et la famille ni conclure d'ententes de la nature de celle démontrée en l'espèce, ententes qui sont susceptibles d'adoucir certains aspects plus pernicieux de leur commerce souvent dangereux et déshumanisant. Les prostitués se verront donc probablement forcés de retourner dans la rue ou entre les mains de souteneurs exploiteurs, sapant de ce fait l'objectif des plus urgent et réel que cette présomption est destinée à atteindre. Lorsque des dispositions législatives ont pour effet de conserver et d'exacerber l'exploitation même qu'elles sont censées atténuer, on ne peut pas dire qu'elles ont le degré de rationalité nécessaire pour justifier la violation d'un droit garanti par notre *Charte*. <sup>d</sup>

Le paragraphe 195(2) peut être considéré comme faisant partie du réseau de lois dont parle

nography and Prostitution was referring to when it said:

The fact that we have special laws surrounding prostitution does not, however, result in curtailing all of the worst aspects of the business, or in affording prostitutes the same protection as other members of the public. Indeed, because there are special laws, this seems to result in prostitutes being categorized as different from other women and men, less worthy of protection by the police, and a general attitude that they are second class citizens.

Although, as we have pointed out, the law on prostitution is only enforced in a perfunctory way, it is nevertheless enforced from time to time, even in relation to activities in private. The result is that there is just enough in the way of uncertainty about the prostitute's legal status whether on the street, using a private residence, or while employed in an escort service or massage parlour, that the individual concerned has the sense of being a legal outcast. . . . In the result, while we talk of prostitution being free of legal sanction, we in reality use the law indirectly and capriciously to condemn or harass it, providing no safe context for its operation except that which can be bought by the prostitute of means, or, as is more likely, the well-heeled sponsor or sponsors.

The law on prostitution, as presently constituted, has not achieved what is presumably its theoretical object, that of reducing prostitution (or even of controlling it within manageable limits). Moreover, it operates in a way which victimizes and dehumanizes the prostitute. [Emphasis added.]

(*Pornography and Prostitution in Canada* (1985), vol. 2, at pp. 392 and 533.)

This Court, unlike the Special Committee, is not charged with the task of recommending a comprehensive revision of the criminal law as it pertains to the control of prostitution. But where, as here, an element of that labyrinth of laws which have as their object the control of prostitution violates a principle so fundamental to our society as the presumption of innocence, and does so in a manner which is so manifestly capricious, unfair and irra-

le Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution lorsqu'il dit:

Le fait que nous ayons des lois qui traitent spécifiquement de la prostitution ne signifie cependant pas que l'on ait pu mettre un frein aux aspects les plus négatifs de cette activité, ou assurer aux prostituées la même protection qu'aux autres membres du public. En fait, étant donné l'existence même de ces lois, il en résulte que les prostituées sont considérées comme différentes des autres citoyens, qu'elles ne méritent pas la même protection de la police et, d'une façon générale, sont considérées comme des citoyens de seconde classe.

Nous avons dit que les dispositions visant la prostitution sont appliquées sans grande conviction, mais cela n'empêche pas qu'elles le soient de temps à autre, même contre des actes qui ont lieu en privé. Cette situation a pour résultat d'entraîner suffisamment d'ambiguité quant au statut légal de la prostituée, qu'elle travaille dans la rue, dans un appartement ou soit employée par une agence d'escorte ou un studio de massage, pour qu'elle ait le sentiment de vivre en marge de la loi. . . . Ceux qui affirment que la loi ne réprime pas la prostitution oublient qu'en réalité la société applique la loi de manière indirecte et capricieuse afin de faire obstacle à l'activité des prostituées, ou du moins de certaines d'entre elles, c'est-à-dire des plus démunies ou de celles qui n'ont pas accès à de riches «commanditaires» pouvant les faire travailler à l'abri des regards policiers.

Les dispositions actuellement en vigueur n'ont pas permis d'atteindre leur objectif au moins théorique, c'est-à-dire réduire la prostitution ou, du moins, en circonscrire (sic) le développement dans des limites tolérables. De plus, elles sont appliquées d'une manière qui tend à avilir et à déshumaniser la prostituée. . . [Je souligne.]

h (*La pornographie et la prostitution au Canada* (1985), vol. 2, aux pp. 423, 571 et 572.)

Contrairement au Comité spécial, notre Cour n'a pas pour tâche de recommander une révision globale du droit pénal se rapportant au contrôle de la prostitution. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, un élément de ce dédale de lois qui ont pour objet le contrôle de la prostitution viole un principe aussi fondamental pour notre société que la présomption d'innocence, et le fait de façon aussi manifestement arbitraire, inéquitable et irration-

tional, then we must fulfil our constitutional duty and declare that law to be of no force or effect.

I add this note. Since the appellant was charged the relevant provisions of the *Criminal Code* have been amended: S.C. 1987, c. 24, s. 9 (now R.S.C., 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 9). Section 195(1)(j), which did not differentiate between living on the avails of juvenile and adult prostitution, has been amended to create two distinct offences: living on the avails of prostitution (s. 212(1)(j)), and the more serious offence of living on the avails of prostitution of a person who is under the age of eighteen years (s. 212(2)). I would not wish these reasons to be read as precluding the argument that a rational connection sufficient to justify s. 212(2) under s. 1 of the *Charter* can be established between the facts substituted by the presumption and the essential element of living parasitically on the avails of juvenile prostitution.

I would allow the appeal.

*Appeal dismissed, LA FOREST, McLACHLIN and IACOBUCCI JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Singleton Urquhart Macdonald, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Jack Watson, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Monique Rousseau and Gilles Laporte, Ste-Foy.*

nelle, nous devons alors nous acquitter de notre devoir constitutionnel et déclarer ces dispositions législatives inopérantes.

J'ajouterais ceci. Depuis que l'appelant a été accusé, les dispositions pertinentes du *Code criminel* ont été modifiées: S.C. 1987, ch. 24, art. 9 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 9). L'alinéa 195(1)(j), qui ne différenciait pas entre le fait de vivre des produits de la prostitution d'une personne mineure ou adulte, a été modifié pour créer deux infractions distinctes, soit celle de vivre des produits de la prostitution (al. 212(1)(j)), et l'infraction plus grave de vivre des produits de la prostitution d'une personne âgée de moins de dix-huit ans (par. 212(2)). Je ne voudrais pas que l'on déduise des présents motifs qu'il est impossible de soutenir qu'un lien rationnel suffisant pour justifier le par. 212(2) en vertu de l'article premier de la *Charte* peut être établi entre les faits substitués par la présomption et l'élément essentiel du fait de vivre en parasite des produits de la prostitution d'une personne mineure.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, McLACHLIN et IACOBUCCI sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Singleton Urquhart Macdonald, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Jack Watson, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Monique Rousseau et Gilles Laporte, Ste-Foy.*