

Kenneth Dale Downey *Appellant*

Kenneth Dale Downey *Appelant*

v.

c.

Her Majesty The Queen *Respondent*

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

and

et

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

^b **Le procureur général du Canada et le procureur général du Québec** *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. DOWNEY

RÉPERTORIÉ: R. c. DOWNEY

File No.: 21874.

^c N^o du greffe: 21874.

1991: November 1; 1992: May 21.

1991: 1^{er} novembre; 1992: 21 mai.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'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).

^e *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 incombant 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(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).

^g *Droit criminel — Prostitution — Vivre des produits de la prostitution — Agence d'hôtesses — Présomption d'innocence — Accusé déclaré coupable de vivre des produits de la prostitution — La charge de présentation incombant 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(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)(f) 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 activi-

ⁱ L'accusé et sa compagne, propriétaire d'une agence d'hôtesses, ont fait l'objet conjointement de deux chefs d'accusation d'avoir vécu des produits de la prostitution, en contravention de l'al. 195(1)f) du *Code criminel*. Les hôtesses 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 hôtesses 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 prostituées, [. . .] 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 incombant 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 exploitive 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.

^a 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 prostituées, 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 parasitique. 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.

^e 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). 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 présomp-

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 prostituées 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 parasitique. 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 exploitive 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(f), 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.

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 perniciose 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 exploitteurs, 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*.

e 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.

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; *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, 11(d). *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 212(1)(f), h), (2) [aj. ch. 19 (3^e 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).

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.

Code criminel, S.C. 1892, ch. 29, art. 207(l), 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)j) [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).

Doctrine citée

c Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada*, vol. 2. Ottawa: Ministère 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: Ministère des Approvisionnements et 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.

e Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.

f 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.

g New South Wales. Parliament. Report of the Select Committee of the Legislative Assembly Upon Prostitution, 1986.

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.

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.

i Silbert, Mimi H. and Ayala M. Pines, «Occupational Hazards of Street Prostitutes» (1981), 8 *Crim. Just. & Behavior* 395.

j 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 avails 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'appelant.

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 prostituées 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 prostituées. Autrement dit, en raison de la nature parasitique 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 prostituées, 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 parasitique. 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'annuler 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 «[I]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 incombant 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 président 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 présupposait 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.

Le paragraphe 195(2) porte-t-il atteinte à l'al. 11(d) 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 «établis» 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.

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.

L'adoption de la *Charte* a conduit à un examen du sens intrinsèque de la présomption d'innocence.

L'alinéa 11d) de la *Charte* dispose:

11. Tout inculpé a le droit:

d) 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.

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:

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 . . .

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^e 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".^a

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.^d

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.^e

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.ⁱ

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».

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:

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.

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.

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'acquiescement 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:

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 acquiescement soulève alors une question de droit seulement.

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