

Les théories de la criminalisation à l'épreuve de la prostitution

MARIE-PIERRE ROBERT and STÉPHANE BERNATCHEZ

Volume 47, Number 1, 2017

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1040496ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1040496ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

On the heels of the Bedford judgment and the subsequent modifications to the Criminal Code, this paper discusses the criminalization of prostitution-related offences in Canada. More specifically, it analyzes the various theories mustered to justify criminalization of various prostitution-related offences: legal moralism, harm principle, as well as the values expressed in the Charter and the principle of living together. These theories all have their limits and can hardly justify criminalizing prostitution.

Cite this article

Robert, M.-P. & Bernatchez, S. (2017). Les théories de la criminalisation à l'épreuve de la prostitution. *Revue générale de droit*, 47(1), 47–76.
<https://doi.org/10.7202/1040496ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2017

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>



This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Les théories de la criminalisation à l'épreuve de la prostitution*

MARIE-PIERRE ROBERT** ET STÉPHANE BERNATCHEZ***

RÉSUMÉ

Dans la foulée de l'arrêt Bedford et de l'adoption de la loi modifiant le Code criminel qui a suivi celui-ci, le présent article s'intéresse à la criminalisation des infractions reliées à la prostitution au Canada. Plus précisément, il analyse les théories de la criminalisation qui peuvent être utilisées afin de tenter de justifier la criminalisation de certaines infractions relatives à la prostitution : le moralisme juridique, la théorie du préjudice ainsi que les valeurs de la Charte et le vivre ensemble. Révélant leurs limites, ces théories parviennent difficilement à justifier la criminalisation de la prostitution.

MOTS-CLÉS :

Prostitution, criminalisation, moralisme juridique, préjudice, valeurs, vivre ensemble.

ABSTRACT

On the heels of the Bedford judgment and the subsequent modifications to the Criminal Code, this paper discusses the criminalization of prostitution-related offences in Canada. More specifically, it analyzes the various theories mustered to justify criminalization of various prostitution-related offences: legal moralism, harm principle, as well as the values expressed in the Charter and the principle of living together. These theories all have their limits and can hardly justify criminalizing prostitution.

* Les auteurs souhaitent remercier la Fondation du Barreau du Québec pour l'octroi d'une subvention, qui a permis de financer la majeure partie de la recherche ayant servi à la rédaction du présent article. Les auteurs remercient également MM. Jean-Luc Filion et Claudiu Popa pour leur travail d'assistance de recherche.

** Professeure agrégée et vice-doyenne à l'enseignement, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

*** Professeur titulaire, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

KEY-WORDS:

Prostitution, criminalization, legal moralism, harm, values, living together.

SOMMAIRE

Introduction.....	48
I. Le nouveau cadre législatif relatif à la prostitution.....	49
II. La difficile application des théories de la criminalisation au cas de la prostitution.....	54
A. Le déclin du moralisme juridique.....	55
B. L'insuffisance de la théorie du préjudice.....	62
C. Vers les valeurs de la <i>Charte</i> et le vivre ensemble comme fondements de la criminalisation?.....	69
Conclusion.....	73

INTRODUCTION

La prostitution a plusieurs visages, allant de celui de la travailleuse du sexe autonome, ayant choisi ce métier, à celui de la victime vulnérable au coin de la rue. Les expériences vécues par les personnes qui rendent des services sexuels contre rémunération sont multiples, tout comme le sont les contextes dans lesquels elles s'inscrivent : agences d'escortes, salons de massage, prostitution de rue, etc¹. Ces différents visages entraînent des conceptions diamétralement opposées de la prostitution, de l'opportunité de l'interdire et des raisons qui motivent ce choix.

S'il existe un consensus sur la nécessité de criminaliser la prostitution des personnes mineures² et le proxénétisme, basé sur l'exploitation, il y a davantage de débats sur l'opportunité de criminaliser d'autres comportements tels que la sollicitation, la publicité ou l'achat de services sexuels. Dans la foulée de l'arrêt *Bedford*³, dans lequel la Cour suprême a invalidé certaines dispositions du *Code criminel* relatives à

1. Tamara O'Doherty, «Criminalization and Off-Street Sex Work in Canada» (2011) 53:2 Can J Corr 217.

2. *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 286.1(2) (anciennement, l'article 212(4)). La peine maximale est passée de 5 à 10 ans d'emprisonnement.

3. *Canada (Procureur général) c Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 RCS 1101 [*Bedford*].

la prostitution, et de la réponse législative que le Parlement fédéral lui a donnée⁴, le présent texte analyse les justifications de la criminalisation de ces comportements au moyen de différentes théories.

Après avoir, dans une première partie, expliqué le nouveau régime législatif applicable à la prostitution au Canada et le contexte dans lequel il a été adopté, il s'agira d'analyser, dans une seconde partie, différentes théories qui auraient pu permettre d'en expliquer la logique: le moralisme juridique, la théorie du préjudice ainsi que les valeurs de la *Charte* et le vivre ensemble. À moins de travestir ces théories de la criminalisation, il s'avère difficile de trouver les justifications de l'action législative.

I. LE NOUVEAU CADRE LÉGISLATIF RELATIF À LA PROSTITUTION

Jusqu'à tout récemment, la prostitution entre adultes était légale au Canada. L'échange de services sexuels contre rémunération n'était pas, en soi, criminalisé, mais plusieurs infractions relatives à la prostitution rendaient très difficile le fait de se livrer à cette activité sans enfreindre la loi. L'infraction de communiquer dans un endroit public, dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre⁵, visait essentiellement la prostitution de rue. Cette infraction s'appliquait tant à la personne qui cherche à vendre des services sexuels qu'à celle qui cherche à les acheter. La prostitution intérieure était, quant à elle, visée par l'infraction de tenir une maison de débauche ou de s'y trouver⁶, c'est-à-dire dans tout local tenu, occupé ou fréquenté à des fins de prostitution ou de pratique d'actes d'indécence⁷. Enfin, le *Code criminel* contenait toute une série d'infractions reliées au proxénétisme, dont celles d'induire une personne à se prostituer et de vivre des fruits de la prostitution d'une autre personne⁸.

4. *Loi modifiant le Code criminel pour donner suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Procureur général du Canada c Bedford et apportant des modifications à d'autres lois en conséquence*, LC 2014, c 25. La loi, dont le titre abrégé est *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*, a été sanctionnée le 6 novembre 2014.

5. *Code criminel*, *supra* note 2, ancien art 213(1)(c).

6. *Ibid*, ancien art 210.

7. *Ibid*, ancien art 197.

8. *Ibid*, ancien art 212(1)(d) et (j).

Ce régime législatif permettait deux types de prostitution : 1) la prostitution de rue, tant que la communication à ce sujet se fait hors de la vue du public; 2) la prostitution itinérante, pourvu qu'aucun endroit ne soit régulièrement utilisé à cette fin⁹.

Ces dispositions ont été appliquées de façon très inégale, créant un régime à deux vitesses entre les prostituées¹⁰ de rue et les autres. Les prostituées de rue, souvent considérées comme les plus vulnérables et marginalisées, ont été beaucoup plus visées par les accusations criminelles, fondées principalement sur la sollicitation publique. Ne formant qu'une minorité de 5 % à 20 %¹¹ des prostituées, les prostituées de rue sont pourtant impliquées dans plus de 90 % des incidents rapportés à la police¹². Comparées à leurs clients, les prostituées de rue sont d'ailleurs beaucoup plus souvent déclarées coupables et se voient imposer des peines plus lourdes que ces derniers pour des infractions liées à la prostitution¹³. Ces prostituées ont de plus été victimes, en grand nombre, de disparitions et de meurtres, notamment, les femmes autochtones.

La constitutionnalité de ce régime législatif a été contestée avec succès jusqu'à la Cour suprême du Canada. Ainsi, dans l'affaire *Bedford*, dont le jugement a été rendu le 20 décembre 2013, le plus haut tribunal canadien a invalidé les dispositions relatives à la sollicitation publique et aux maisons de débauche tenues à des fins de prostitution, ainsi que l'infraction de vivre des fruits de la prostitution d'autrui, parce que ces infractions portaient atteinte au droit à la sécurité des prostituées, ne respectant pas les principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [ci-après *Charte*]. En effet, la Cour a jugé que ces dispositions augmentaient les risques auxquels s'exposent les prostituées, en les empêchant de prendre des

9. *Projet de loi C-36: Loi modifiant le Code criminel pour donner suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Procureur général du Canada c Bedford et apportant des modifications à d'autres lois en conséquence*, Résumé législatif, 18 juillet 2014 à la p 1 [Projet de loi C-36, Résumé législatif].

10. Dans le texte, le terme « prostituée(s) » est écrit au féminin, à l'instar de l'arrêt *Bedford*, rendu par la Cour suprême du Canada. Lorsque le contexte le permet, ce terme inclut les prostitués de sexe masculin ou dont le genre est autre, lesquels vivent une réalité particulière impliquant souvent une double marginalisation à laquelle les auteurs sont sensibles.

11. Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne et du Sous-comité de l'examen des lois sur le racolage, *Le défi du changement : étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada* (décembre 2006) à la p 5.

12. *Ibid* aux pp 94–95.

13. *Ibid* à la p 57.

mesures pour assurer leur sécurité, telles que travailler à l'intérieur, embaucher un garde du corps ou discuter avec un client afin d'évaluer sa dangerosité et son degré d'intoxication. Ce faisant, les dispositions ont été jugées arbitraires et de portée excessive¹⁴. Leur effet sur le droit à la sécurité des prostituées a été jugé totalement disproportionné par rapport à l'objectif de prévenir les nuisances publiques. L'interdiction de vivre des produits de la prostitution d'autrui, qui vise à réprimer le proxénétisme et l'exploitation, a une portée excessive, puisqu'elle s'applique à toute personne, indépendamment du fait qu'elle exploite la prostituée ou, au contraire, augmente la sécurité de celle-ci, comme peut le faire, par exemple, un chauffeur ou un réceptionniste¹⁵.

L'effet de la déclaration d'invalidité a été suspendu pour un an, délai dans lequel le législateur devait adopter un projet de loi s'il ne voulait pas que les activités reliées à la prostitution deviennent légales au Canada. Pour répondre à cette problématique, le Parlement fédéral a adopté le *Projet de loi C-36*, devenu la *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*¹⁶, laquelle modifie le régime législatif relatif à la prostitution en s'inspirant du modèle nordique, développé par la Suède en 1999. Ainsi, la mesure phare de cette loi est la criminalisation de l'achat de services sexuels dispensés par des adultes, une nouvelle infraction ne visant que les clients¹⁷. En criminalisant, pour la première fois, l'achat de tels services en tout temps et en tout lieu, la loi rend *de facto* illégale la prostitution au Canada¹⁸. Elle criminalise aussi la publicité relative à la vente de services sexuels d'autres personnes¹⁹. Le préambule de la nouvelle loi fait référence à trois objectifs : 1) protéger les prostituées, considérées comme victimes d'exploitation; 2) protéger les collectivités; 3) réduire la demande pour les services sexuels.

Selon le nouveau régime législatif, il n'y a plus d'infraction reliée aux maisons de débauche tenues à des fins de prostitution. Les dispositions relatives à la sollicitation et au proxénétisme ont été modifiées de façon à répondre (en partie, pourrait-on dire) à l'arrêt *Bedford*.

14. Pour une analyse critique de l'application de l'article 7 de la *Charte* qui est faite dans cet arrêt, voir Hamish Stewart, « *Bedford* and the Structure of Section 7 » (2015) 60:3 RD McGill 575.

15. *Bedford*, *supra* note 3.

16. *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*, *supra* note 4.

17. *Code criminel*, *supra* note 2, art 286.1. Cette infraction vise l'obtention de services sexuels rémunérés ou la communication dans ce but.

18. *Projet de loi C-36*, Résumé législatif, *supra* note 9 à la p 1.

19. *Code criminel*, *supra* note 2, arts 286.4 et 286.5.

Ainsi, la sollicitation n'est plus interdite en tout lieu public, mais plutôt « dans un endroit public ou situé à la vue du public qui est une garderie, un terrain d'école ou un terrain de jeu ou qui est situé à côté d'une garderie ou de l'un ou l'autre de ces terrains »²⁰. Quant au fait de vivre des produits de la prostitution, la nouvelle infraction vise le fait de bénéficier d'un avantage matériel provenant de la prostitution d'une autre personne, mais ne s'applique pas à quiconque reçoit un avantage :

- a) dans le cadre d'une entente de cohabitation légitime avec la personne qui rend les services sexuels à l'origine de l'avantage matériel;
- b) en conséquence d'une obligation morale ou légale de la personne qui rend ces services sexuels;
- c) en contrepartie de la fourniture de biens ou services qu'il offre à la population en général, s'ils sont fournis aux mêmes conditions que pour celle-ci;
- d) en contrepartie de la fourniture de biens ou services qu'il n'offre pas à la population en général mais qu'il a offert ou fourni à la personne qui rend ces services sexuels, tant qu'il ne conseille pas à cette personne de rendre de tels services sexuels ni ne l'y encourage et que l'avantage reçu soit proportionnel à la valeur de ces biens ou services²¹.

Ces exceptions ne sont cependant pas applicables en cas de violence, intimidation, abus de pouvoir, fourniture de drogue, ou à la personne qui « a reçu l'avantage matériel dans le cadre d'une entreprise commerciale qui offre des services sexuels moyennant rétribution »²².

En outre, la nouvelle loi augmente les peines maximales applicables et ajoute des peines minimales à plusieurs infractions relatives à la prostitution (proxénétisme, traite de personnes, prostitution juvénile, etc.). La loi contient aussi plusieurs mesures, dont la possibilité de prélèvements d'ADN et d'inscription dans le registre des délinquants sexuels, et l'exception de non-contrainabilité du conjoint pour l'infraction d'achat de services sexuels.

20. *Ibid*, art 213(1.1).

21. *Ibid*, art 286.2(4).

22. *Ibid*, art 286.2(5)(e).

Plusieurs commentateurs et organismes²³ estiment que ce nouveau régime législatif est inconstitutionnel parce qu'il restreint la liberté d'expression, ainsi que le droit protégé par l'article 7 de la *Charte*, pour le même motif que celui énoncé dans l'arrêt *Bedford*: il accroît les dangers de la pratique de la prostitution. L'interdiction de communiquer près des endroits où se trouvent des enfants dans le but d'offrir des services sexuels et, surtout, l'interdiction, pour les clients, de communiquer en vue d'obtenir de tels services maintiennent la clandestinité des communications et empêchent, comme dans le régime antérieur, les prostituées d'évaluer la dangerosité des clients et de convenir de conditions sûres. En fait, ces interdictions les empêchent même encore davantage, car celle visant les clients n'est pas limitée aux endroits publics, mais s'applique à tous les lieux. Le fait que le client soit visé rejaillit bien sûr sur la prostituée, qui doit protéger sa clientèle. Même si l'infraction d'achat ne s'applique pas à la prostituée, elle s'applique à la relation de celle-ci avec le client, à leurs communications et à leur contrat. Tout comme avant, il faut faire vite, ne pas trop poser de questions, se déplacer vers des lieux plus isolés.

En ce qui concerne l'infraction de vivre des produits de la prostitution, elle a été resserrée par l'ajout de plusieurs exceptions. Cependant, celles-ci comportent elles-mêmes des exceptions importantes, qui maintiennent le champ d'application de l'infraction. L'une des plus importantes de ces exceptions est celle qui concerne l'entreprise commerciale, à laquelle l'infraction de vivre des produits de la prostitution s'applique, même en l'absence d'exploitation. Ainsi, cette disposition²⁴ empêche la pratique de la prostitution à l'intérieur, de manière organisée, c'est-à-dire de façon à assurer la sécurité des prostituées.

L'Association du Barreau canadien donne l'exemple suivant, qui tomberait sous le coup de la nouvelle loi, malgré l'absence d'exploitation, à cause de la présence d'une entreprise commerciale :

M^{me} Smith effectue, moyennant rétribution, des danses-contact qui simulent un rapport sexuel. Elle effectue ce travail de son plein gré et parce qu'elle a choisi de le faire. Elle le fait

23. Par ex Human Rights Watch, lettre à M^{me} Shaila Anwar, greffière du Comité sénatorial des affaires juridiques et constitutionnelles, « *Projet de loi sur la prostitution : un pas dans la mauvaise direction* », 1^{er} août 2014, et Association du Barreau canadien, « *Projet de loi C-36, Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation* », mémoire, octobre 2014.

24. *Code criminel*, supra note 2, art 286.2(5)(e).

dans un appartement d'un ami. L'ami l'encourage à utiliser son appartement pour ses activités, acceptant un loyer mensuel de M^{me} Smith.

M^{me} Smith fait la publicité de ses services dans son site Web et est payée comptant. Elle a mené ses activités avec succès pendant des années. Ses activités sont hautement organisées: elle recourt aux mêmes garde du corps, réceptionniste et infirmière chaque vendredi. Tous sont payés grâce au travail de M^{me} Smith. Grâce aussi à son succès, le petit ami de M^{me} Smith ne travaille plus et vit des profits réalisés par M^{me} Smith. Personne n'a d'aucune façon exploité M^{me} Smith²⁵.

Toutes ces personnes seraient considérées vivre des fruits de la prostitution de M^{me} Smith, ce qui démontre l'importance de la disposition relative à l'entreprise commerciale, ainsi que son caractère paradoxal, du moins par rapport à l'objectif de la loi qui est de protéger les victimes d'exploitation.

La nouvelle loi relative à la prostitution prétend conjuguer plusieurs objectifs différents, mais la mesure dans laquelle elle contribuera à protéger les personnes exploitées est loin d'être établie. Sous-jacente à la définition des infractions, l'exploitation semble être un *a priori* à partir duquel le gouvernement conçoit la prostitution. La prostitution est un sujet sensible qu'il est possible d'appréhender de plusieurs manières différentes: exploitation de la femme, travail légitime, nuisance publique, etc. La manière dont on aborde la prostitution influencera bien sûr le cadre législatif applicable. Ainsi, la prostitution est un exemple très riche permettant d'illustrer différentes théories de la criminalisation, qui ont guidé les différents régimes législatifs canadiens relatifs à cette question.

II. LA DIFFICILE APPLICATION DES THÉORIES DE LA CRIMINALISATION AU CAS DE LA PROSTITUTION

Des auteurs de différentes disciplines ont élaboré des théories sur les justifications et les limites de la criminalisation, par l'État, d'un comportement. Les théories de la criminalisation permettent de justifier la mobilisation du droit criminel pour faire face à une problématique sociale, en se basant sur différents maux (atteinte à la moralité,

25. Association du Barreau canadien, *supra* note 23 à la p 17.

préjudice, etc.). Il s'agit de visions différentes de la fonction du droit criminel, du contexte dans lequel l'État devrait y recourir et des limites de son champ d'application. Dans cette seconde partie, les principales théories de la criminalisation seront appliquées au cas de la prostitution. Après avoir constaté les limites du moralisme juridique et de la théorie du préjudice quant à la justification de la criminalisation de la prostitution, il s'agira d'examiner les valeurs de la *Charte* et le vivre ensemble²⁶ pour tenter de comprendre les fondements des nouvelles infractions relatives à la prostitution.

A. Le déclin du moralisme juridique

La criminalisation d'actes considérés immoraux a préoccupé la philosophie politique²⁷ et juridique ainsi que la théorie du droit depuis le XIX^e siècle²⁸. La question : « qu'est-ce qu'un crime? » a mobilisé la réflexion des philosophes, criminologues, sociologues, politologues et juristes²⁹. Différentes positions et théories ont été avancées, allant du moralisme et du paternalisme, à l'utilitarisme, au libéralisme, au féminisme, au communautarisme, etc³⁰. Selon la célèbre formulation de John Stuart Mill, représentant de l'approche libérale, « la seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres »³¹. En découle ce qu'il convient aujourd'hui de nommer la théorie du préjudice, sur laquelle nous reviendrons plus loin. Cette conception libérale

26. *Infra*, section II C) du présent article.

27. George P Fletcher, « Political Theory and Criminal Law » (2006) 25:1 Criminal Justice Ethics 18.

28. Sur l'histoire de la criminalisation, voir notamment Nicola Lacey, « Historicising Criminalisation: Conceptual and Empirical Issues » (2009) 72:6 Mod L Rev 936.

29. Voir notamment : Grant Lamond, « What Is a Crime? » (2007) 27:4 Oxford J Leg Stud 609; Douglas Husak, « Why Criminal Law: A Question of Content? » (2008) 2:2 Criminal L and Philosophy 99; Commission du droit du Canada, *Qu'est-ce qu'un crime? Des défis et des choix: document de discussion*, Ottawa, 2003; Commission du droit du Canada, dir, *Qu'est-ce qu'un crime? Mémoires du concours. Perspectives juridiques 2002*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005.

30. Sur ces théories, voir notamment : David A Richards, « The Moral Foundations of Decriminalization » (1986) 5:1 Criminal Justice Ethics 11; John Stanton-Ife, « The Limits of Law », Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2009, en ligne : <plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/law-limits/>; Anthony Duff, « Theories of Criminal Law », Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2008, en ligne : <plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/criminal-law/>; R Anthony Duff, « Towards a Theory of Criminal Law? » (2010) 84:1 The Aristotelian Society Supplementary 1; Jonathan Schonsheck, « Deconstructing Community Self-Paternalism » (1991) 10 Law & Phil 29.

31. John Stuart Mill, *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990 à la p 74.

s'est opposée à l'approche moraliste, défendue notamment par James F Stephen, dont le projet de codification³² du droit criminel anglais a inspiré la rédaction du *Code criminel* canadien en 1892. Selon l'approche du moralisme juridique, jusqu'à récemment encore dominante, l'État peut imposer législativement une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce que celle-ci reflète les conventions d'une société donnée et le consensus social, et se servir du droit criminel afin de promouvoir cette morale de la société. Cette thèse moraliste donne ouverture à un certain paternalisme juridique, tel qu'il est convenu de le nommer, qui permet « l'interdiction d'un comportement qui ne cause préjudice qu'à son auteur »³³. Instrumentalisé, le droit sert alors à promouvoir un certain perfectionnisme moral et une conception particulière de la vie bonne.

La remise en question du moralisme juridique a été causée par la publication, au Royaume-Uni en 1957, du rapport Wolfenden qui recommandait la décriminalisation des pratiques homosexuelles entre adultes consentants ainsi que de la prostitution lorsqu'elles sont exercées en privé, parce que « *[i]t is not the duty of the law to concern itself with immorality as such* »³⁴. Dans le cadre du débat qui l'a opposé au professeur Herbert L A Hart³⁵, Patrick Devlin³⁶ a assoupli le moralisme juridique³⁷ de Stephen, lequel n'exigeait pas la preuve d'un préjudice, « en légitimant l'approche moraliste sur la base d'un préjudice social »³⁸. Devlin défend la thèse selon laquelle les comportements qui portent

32. James Fitzjames Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, Londres (R-U), Sweet & Maxwell, 1877. Ce projet a été rejeté par le Parlement britannique en 1879.

33. *R c Malmo-Levine; R c Caine*, 2003 CSC 74 au para 107, [2003] 3 RCS 571.

34. Royaume-Uni, *The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, New York, Stein and Day, 1963 au para 257. Voir Marie-Élaine Guilbault, *Les valeurs de la communauté et la justification des restrictions aux droits et libertés de la personne*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, 2008.

35. H L A Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963. Sur ce débat, voir notamment : J Paul McCutcheon, « Morality and the Criminal Law: Reflections on Hart-Devlin » (2002–2003) 47 *Crim LQ* 15; Robert F V Heuston, « Morality and Criminal Law » (1972) 23 *N Ir Leg Q* 274; Yves Caron, « The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy » (1969) 15:1 *RD McGill* 9.

36. Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Londres (R-U), Oxford University Press, 1965 [Devlin, *The Enforcement*]; Lord Patrick Devlin, « Law and Morality » (1962–1965) 1 *Man L Sch J* 243.

37. Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995 aux pp 349–71.

38. Tristan Desjardins, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien*, Montréal, LexisNexis, 2007 à la p 35.

atteinte à la morale publique doivent être prohibés³⁹. À l'encontre de cette conception moraliste, Dworkin a remis en question la possibilité d'une telle morale conventionnelle, en invoquant, notamment, la difficulté pour le législateur de suivre un tel consensus moral⁴⁰. Dans la conception moraliste, le juge devient l'arbitre des bonnes mœurs.

Dans l'arrêt *Malmo-Levine/Caine*, la Cour suprême du Canada a accepté que le Parlement puisse criminaliser une conduite qui ne cause pas préjudice à autrui :

le Parlement peut, en application de sa compétence en matière de droit criminel, faire des lois pour protéger les intérêts légitimes de l'État, et non pas seulement pour prévenir un préjudice à autrui dans la mesure où il respecte les limites fixées par la *Charte [canadienne des droits et libertés]*, notamment celles visant les mesures législatives arbitraires, irrationnelles ou exagérément disproportionnées⁴¹.

Selon cet arrêt, le principe du « préjudice » décrit par Mill ne constitue pas une norme fonctionnelle permettant de contrôler la validité d'une disposition — pénale ou autre — au regard de l'article 7 de la *Charte*. Le principe du préjudice ne faisant pas partie des principes de justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire, par conséquent, qu'une atteinte à l'un des droits conférés par cette disposition (vie, liberté et sécurité) soit justifiée par l'existence d'un préjudice.

Ainsi, estimant qu'il n'y a pas consensus sur l'idée selon laquelle le principe du préjudice serait la seule justification possible d'une interdiction en droit criminel, la Cour semble d'accord avec la position paternaliste, lorsqu'elle énonce qu'« il peut parfois arriver que l'État soit justifié de criminaliser un comportement qui soit n'est pas préjudiciable (au sens envisagé par le principe du préjudice) soit ne cause préjudice qu'à l'accusé »⁴². Autrement dit, l'absence de preuve de préjudice à autrui ou à la société ne fait pas totalement obstacle à l'adoption d'une mesure législative en matière de droit criminel. C'est ainsi, d'ailleurs, que la Cour suprême a considéré que la criminalisation du matériel obscène est justifiée, et ce, en l'absence de preuve concluante quant au caractère préjudiciable d'un certain type de pornographie,

39. Devlin, *The Enforcement*, *supra* note 36. Pour une explication, voir Guilbault, *supra* note 34 aux pp 54–60.

40. Dworkin, *supra* note 37 aux pp 365 et s.

41. *R c Malmo-Levine; R c Caine*, *supra* note 33 au para 129.

42. *Ibid* au para 115.

l'existence d'un lien de causalité entre la pornographie et la perpétration de crimes violents, l'agression sexuelle d'enfants ou la désintégration des collectivités et de la société n'ayant pu être établie : « Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance »⁴³.

Dans le cadre du partage des compétences législatives, propre au régime fédéral canadien, la Cour suprême a par ailleurs reconnu que la morale constitue l'un des fondements possibles de la compétence fédérale en matière de droit criminel : « Pour qu'une loi constitue une règle de droit criminel valide, son objet doit répondre à une préoccupation publique touchant à la paix, à l'ordre, à la sécurité, à la morale, à la santé ou à quelque considération semblable »⁴⁴.

La Cour suprême a également conclu que le Parlement fédéral peut agir sur le fondement d'une crainte raisonnée de préjudice, et ce, même si, à l'égard de certains aspects de la question, « la situation n'est pas encore nette »⁴⁵.

Le droit criminel peut viser le comportement dont le Parlement craint raisonnablement qu'il compromette nos règles morales fondamentales [...]. La désapprobation morale suffit en elle-même à justifier le recours au droit criminel lorsqu'il s'agit de résoudre des questions qui sont inhérentes à la société⁴⁶.

Pour justifier sa compétence en matière de droit criminel, dans une analyse axée sur le partage des compétences législatives, le Parlement fédéral doit démontrer l'importance de la question morale, indépendamment de l'existence ou non d'un consensus social quant à la manière dont il convient de la régler⁴⁷ : « Le Parlement a seulement besoin de motifs raisonnables de croire que sa loi s'attaquera à une question morale d'une importance fondamentale, même s'il n'y a pas de preuve tangible à certains égards parce que la situation n'est pas encore nette »⁴⁸.

43. *R c Butler*, [1992] 1 RCS 452 à la p 502.

44. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 au para 43, [2010] 3 RCS 457.

45. *R c Butler*, *supra* note 43 à la p 504; *R c Malmo-Levine*; *R c Caine*, *supra* note 33 au para 78.

46. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 44 au para 50.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*; *R c Malmo-Levine*; *R c Caine*, *supra* note 33 au para 78.

Alors que le moralisme juridique pose problème comme fondement philosophique de la criminalisation, il semble cependant que la morale soit une justification acceptée de la compétence du Parlement fédéral en matière de droit criminel :

En résumé, la défense de la morale constitue un objectif légitime du droit criminel. Il incombe aux tribunaux de s'assurer que, par son caractère véritable, la loi criminelle en cause s'attaque à un comportement qui, selon le Parlement, va à l'encontre de nos préceptes moraux primordiaux et que la société tout entière convient que l'activité réglementée met en jeu une question morale dont l'importance est fondamentale⁴⁹.

Le moralisme juridique est une théorie très associée à la criminalisation de la prostitution, autrefois de façon assez explicite, maintenant de façon plus subtile, mais toujours présente. Depuis toujours, la prostitution a offensé la morale judéo-chrétienne en s'opposant aux idéaux de monogamie, de fidélité et de chasteté⁵⁰. Selon cette conception, il faut criminaliser la prostitution parce qu'il est inacceptable, peu importe dans quelles conditions, de vendre son corps, cette pratique étant jugée dégradante et vicieuse.

Cette vision se reflétait dans le *Code criminel* de 1892, qui créait une infraction de vagabondage visant spécifiquement les femmes prostituées :

Est réputé vagabond, libertin, désœuvré ou débauché, qui-conque : [...]. Étant une prostituée ou coureuse de nuit, erre dans les champs, les rues publiques ou les grands chemins, les ruelles ou les lieux d'assemblées publiques ou de rassemblements, et ne rend pas d'elle-même un compte satisfaisant⁵¹.

Cette infraction assimilant débauche, libertinage et prostitution, rédigée au féminin, vise uniquement les femmes prostituées et non leurs clients. Elle fait référence à l'état, au statut de prostituée, plutôt qu'à une action précise⁵². Même si d'autres infractions visaient

49. Renvoi relatif à la *Loi sur la procréation assistée*, supra note 44 au para 51.

50. Deborah R Brock, *Making Work, Making Trouble: Prostitution as a Social Problem*, Toronto, University of Toronto Press, 1998 à la p 4.

51. *Code criminel*, 1892 (R-U), 55 & 56 Vict, c 29, art 207(i). L'infraction était passible de six mois d'emprisonnement et de 50 piastres d'amende (art 208).

52. Constance B Backhouse, « Nineteenth-Century Canadian Prostitution Law: Reflection of a Discriminatory Society » (1985) 18:36 *Histoire sociale* 387 à la p 395; John P S McLaren, « Chasing the Social Evil: Moral Fervour and the Evolution of Canada's Prostitution Laws, 1867-1917 » (1986) 1 *CJLS* 125 à la p 127.

également les hommes, comme le proxénétisme ou le fait de tenir une maison de débauche ou de s'y trouver, les dispositions les édictant furent rarement appliquées aux hommes⁵³. Elles furent appliquées de manière discriminatoire aux femmes, en particulier aux immigrantes et aux Autochtones⁵⁴, comme c'est le cas encore aujourd'hui.

Cette conception de la prostitution était basée sur la morale victorienne, qui considérait la sexualité de manière très restreinte, monolithique et négative. En étant déconnectées de la réalité sociale des prostituées, ces infractions ont été inefficaces à la fois pour réduire la prostitution et pour protéger les prostituées :

The major problem with the social purity movement was its belief in an ideal of moral perfection which was essential to the survival of society. This article of faith got in the way of a full appreciation of the nature of the social problem with which they were dealing, and prevented them from developing an empathy with the individual distress and hardship which underlay that problem⁵⁵.

Cette conception négative de la prostitution continue de se refléter dans la législation actuelle et demeure un frein à la pleine considération des droits constitutionnels des prostituées. En effet, le préambule de la nouvelle loi fait référence aux « dommages sociaux causés par la chosification du corps humain et la marchandisation des activités sexuelles »⁵⁶. Malgré la référence à des dommages de nature sociale, le jugement moral y transparait encore et toujours; l'importance de la morale dans cette conception de la prostitution ne fait aucun doute, comme en témoigne, notamment, le choix du vocabulaire (« chosification », « marchandisation »). Comme l'expriment Bruckert et Hannem, en matière de prostitution, la réprobation morale se cache souvent derrière les arguments utilitaristes⁵⁷. Comme l'a exprimé un député de l'opposition lors des débats parlementaires relatifs au *Projet de loi C-36* : « Est-ce qu'on utilise les enfants pour justifier l'idéologie religieuse

53. Backhouse, *supra* note 52 à la p 407; McLaren, *supra* note 52 à la p 151.

54. Backhouse, *supra* note 52.

55. McLaren, *supra* note 52 à la p 152. Voir aussi Carolyn Strange et Tina Loo, *Making Good: Law and Moral Regulation in Canada 1867–1939*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.

56. *Loi modifiant le Code criminel pour donner suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Procureur général du Canada c Bedford et apportant des modifications à d'autres lois en conséquence*, *supra* note 4, préambule, al 2.

57. Chris Bruckert et Stacey Hannem, « Rethinking the Prostitution Debates: Transcending Structural Stigma in Systemic Responses to Sex Work » (2013) 28:1 CJLS 43 à la p 50.

conservatrice, selon laquelle il est interdit de payer pour avoir des relations sexuelles? »⁵⁸.

À cet égard, l'arrêt *Labaye* marque un tournant dans la jurisprudence canadienne⁵⁹. Dans cette affaire, le propriétaire d'un club échangiste était accusé d'avoir tenu une maison de débauche où se déroulaient des actes d'indécence. Afin de déterminer si les actes étaient indécents, la Cour suprême a abandonné l'approche de la tolérance de la société, essentiellement basée sur la moralité en matière d'infractions sexuelles, au profit d'une norme basée sur le risque de préjudice :

Historiquement, les concepts juridiques de l'indécence et de l'obscénité, appliqués respectivement à des comportements et à des publications, ont été inspirés et influencés par les valeurs morales de la société. Mais au fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu'ils n'étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu'une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d'une société diversifiée. Cela a mené à l'adoption d'une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective⁶⁰.

Ainsi, pour justifier la criminalisation de comportements, et ce, particulièrement en matière sexuelle, « [l]es convictions morales, même bien ancrées, ne suffisent pas »⁶¹. L'arrêt *Labaye* effectue donc un virage, en abandonnant la norme de tolérance de la société, fondée essentiellement sur la pensée de la majorité en matière d'acceptabilité sexuelle, au profit d'une approche basée sur la preuve d'un préjudice causé aux personnes ou à la société. Ce préjudice doit être évalué en fonction des valeurs constitutionnellement reconnues, telles l'autonomie et la liberté⁶², ce qui exclut les préjudices tels que le mauvais goût ou les convictions morales. Cette conception du lien entre moralité, préjudice et infraction sexuelle peut avoir des conséquences sur les infractions relatives à la prostitution. Par rapport aux anciennes

58. *Débats de la Chambre des communes*, 41^e parl., 2^e sess, n^o 122 (3 octobre 2014) à la p 8233 (Tarik Brahmī).

59. Desjardins, *supra* note 38.

60. *R c Labaye*, 2005 CSC 80 au para 14, [2005] 3 RCS 728.

61. *Ibid* au para 37.

62. Voir les développements à ce sujet dans la partie suivante.

infractions concernant la prostitution, la professeure Craig estime que l'interprétation de celles-ci devrait être influencée par l'arrêt *Labaye*, pour ne viser que les cas entraînant un préjudice relié aux valeurs canadiennes, ce qui exclut toute approche fondée sur la moralité sexuelle. Elle énonce : « *So long as sexual morality continues to inform the interpretation, application and enforcement of these provisions, the provisions will continue to perpetuate harm to those most affected by them* »⁶³.

B. L'insuffisance de la théorie du préjudice

Bien avant l'arrêt *Labaye*, la Cour suprême du Canada avait donné ouverture à la théorie du préjudice; pour ce faire, le tribunal a, dans l'arrêt *Butler*, fusionné la norme de tolérance sociale et la théorie du préjudice, en utilisant « la norme sociale de tolérance pour évaluer le risque de préjudice », et reconnu qu'il « doit exister un rapport entre la tolérance et le préjudice »⁶⁴. Ainsi, « la norme de tolérance de la société canadienne s'avérait désormais tributaire du risque de préjudice pouvant potentiellement résulter du comportement reproché »⁶⁵. L'arrêt *Butler* amorçait le changement de la conception morale de l'obscénité et, indirectement, de l'indécence pour la remplacer par une conception politique, préconisée par le féminisme juridique⁶⁶. En raison des critiques adressées à la norme sociale du test de tolérance, à la suite de l'arrêt *Little Sisters Book*⁶⁷, la Cour suprême a abandonné ce test dans *Labaye* et cherché à clarifier l'état du droit⁶⁸.

Souvent considérée comme le passage d'une norme subjective à l'exigence d'un risque de préjudice objectif⁶⁹ — avec toute la difficulté

63. Elaine Craig, « Re-Interpreting the Regulation of Sex Work in Light of *R c Labaye* » (2008) 12 Can Crim L Rev 327 à la p 351.

64. *R c Butler*, *supra* note 43 à la p 520.

65. Desjardins, *supra* note 38 à la p 28.

66. Catharine A MacKinnon, « Not a Moral Issue » (1984) 2:2 Yale L & Pol'y Rev 321; Jean-François Gaudreault-Desbiens, *Le sexe et le droit : sur le féminisme de Catharine MacKinnon*, Montréal, Liber et Yvon Blais, 2001.

67. *Little Sisters Book and Art Emporium c Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 RCS 1120.

68. Richard Jochelson, « After *Labaye*: The Harm Test of Obscenity, the New Judicial Vacuum, and the Relevance of Familiar Voices » (2010) 46:3 Alta L Rev 741.

69. Voir notamment Desjardins, *supra* note 38 à la p 28. À la p 32: « la théorie du préjudice s'apprécie non pas d'après l'idiosyncrasie du décideur, mais plutôt en fonction de la nature et du degré de préjudice ou de risque appréciable de préjudice que l'acte reproché fait subir à la collectivité ». Voir *R c Labaye*, *supra* note 60 au para 30; *R c Kouri*, 2005 CSC 81 au para 10, [2005] 3 RCS 789.

que représente la prétention à l'objectivité du jugement pratique en ce domaine⁷⁰ —, la théorie du préjudice, qui sert de fondement à la criminalisation, permettrait de mettre les infractions d'ordre moral « au diapason avec la majorité des infractions criminelles, qui se fondent sur la nécessité de protéger la société contre divers préjudices »⁷¹. Selon cette thèse, « [f]aire reposer l'indécence criminelle sur le préjudice représente un progrès important dans ce domaine du droit »⁷².

L'assise de la théorie du préjudice se trouve dans la philosophie libérale de John Stuart Mill, selon laquelle « la seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres »⁷³. Dans son ouvrage *De la liberté*, s'opposant à « la tyrannie de l'opinion et du sentiment dominants »⁷⁴, Mill propose ce principe, « fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l'opinion publique »⁷⁵. Ainsi, pour Mill, qui exclut le moralisme juridique, la seule justification de la restriction à la liberté individuelle demeure la prévention d'un préjudice à autrui; il ne saurait être question de contraindre un individu « pour son propre bien, physique ou moral », car ce n'est pas une « justification suffisante »⁷⁶.

Certains préjudices reliés à la prostitution ont été regroupés sous le concept de nuisance publique. En effet, malgré une influence historique importante de la moralité dans la criminalisation de la prostitution ou d'activités qui sont reliées à celle-ci, en common law, la nuisance publique a toujours été un fondement de la criminalisation de ces activités⁷⁷. Les nuisances publiques, associées à la pratique de la prostitution de rue — soit le bruit, le harcèlement, la perturbation de la circulation automobile et, peut-être, plus récemment, le fait de

70. Dennis J Baker, « The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law » (2011) 56:2 RD McGill 349.

71. *R c Labaye*, *supra* note 60 au para 24.

72. *Ibid.*

73. Mill, *supra* note 31 à la p 74.

74. *Ibid* à la p 67.

75. *Ibid* à la p 74.

76. *Ibid.*

77. Backhouse, *supra* note 52 à la p 388.

trouver des condoms souillés⁷⁸ —, ont permis de justifier la criminalisation de la communication dans un but de prostitution. En 1990, dans le *Renvoi sur la prostitution*⁷⁹, la Cour suprême a estimé que l'infraction de communication visait à empêcher ces nuisances (et non à prévenir l'exploitation des prostituées), ce qui était suffisant pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression des prostituées. Ainsi, tant la doctrine que la jurisprudence ont reconnu que l'infraction de communication vise à rendre la prostitution invisible, et non à l'éradiquer⁸⁰. La *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*⁸¹ fait d'ailleurs référence à la protection des collectivités, ce qui se reflète dans son titre abrégé. Cette notion étant particulièrement applicable à l'infraction plus ciblée, interdisant la communication dans les lieux où risquent de se trouver des enfants, le but deviendrait-il de rendre la prostitution invisible aux yeux des enfants?

Compte tenu du fait que, dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême a reconnu l'accroissement des risques associés à la prostitution, engendré par la criminalisation, on peut se demander dans quelle mesure la réduction des nuisances sociales pourra justifier la nouvelle disposition relative à la communication. Bien qu'elle soit plus ciblée, la question de la disproportion risque également de se poser et la nuisance est susceptible de ne pas peser assez lourd par rapport à l'atteinte à la sécurité des prostituées.

Le préjudice devra alors être évalué. Les nuisances sont-elles des préjudices suffisants pour justifier la criminalisation? Ces inconvénients, qui peuvent nuire aux passants et au voisinage, ne sont certainement pas de la nature et de l'ampleur décrites par la Cour suprême dans l'affaire *Labaye*. Dans cette affaire, la Cour suprême a opté pour une approche de l'indécence, basée sur une vision bien précise du préjudice. Ainsi, afin d'établir la responsabilité criminelle fondée sur l'indécence, la poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable les deux éléments suivants :

De par sa *nature*, la conduite en litige cause ou présente un risque appréciable que soit causé, à des personnes ou à la société, un préjudice qui porte atteinte ou menace de porter

78. *Le défi du changement : étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada*, *supra* note 11 aux pp 34–36.

79. *Renvoi relatif à l'art 193 et à l'al 195.1(1)(c) du Code criminel (Man)*, [1990] 1 RCS 1123.

80. McLaren, *supra* note 52 à la p 127.

81. *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*, *supra* note 4.

atteinte à une valeur exprimée et donc reconnue officiellement dans la Constitution ou une autre loi fondamentale semblable, notamment :

- a) en exposant les membres du public à une conduite qui entrave de façon appréciable leur autonomie et leur liberté;
- b) en prédisposant autrui à adopter un comportement anti-social;
- c) en causant un préjudice physique ou psychologique aux personnes qui participent aux activités.

2. Le préjudice ou le risque de préjudice atteint un *degré* tel qu'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société [italiques dans l'original]⁸².

Ce test, qui a pour but d'objectiver l'analyse en référant aux valeurs constitutionnelles, restreint non seulement le type de préjudice exigé, mais également son degré. Il n'est certainement pas facile de prouver hors de tout doute raisonnable qu'une conduite entraîne un préjudice ou un risque de préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Dans le cas de *Labaye*, la poursuite n'a d'ailleurs pas réussi à prouver que la pratique de l'échangisme causait un préjudice de la nature et du degré exigés, ce qui a conduit à une déclaration de non-culpabilité de l'accusé. L'abandon d'une approche basée sur la morale ou sur la tolérance de la société au profit d'une approche fondée sur le préjudice vient restreindre la portée de l'infraction, si bien qu'on peut se demander dans quel contexte celle de tenir une maison de débauche pour actes d'indécence pourra s'appliquer, maintenant que ce n'est plus applicable à la prostitution. La Cour suprême donne l'exemple extrême d'un local où auraient lieu des relations sexuelles lors desquelles une personne est tuée⁸³. À la suite de l'arrêt *Labaye*, les accusations relatives aux maisons de débauche risquaient davantage de se baser sur la prostitution, mais, comme nous l'avons vu, l'alinéa permettant cette éventualité a été abrogé par la modification législative résultant de la *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*⁸⁴. Ainsi, après les arrêts *Labaye* et *Bedford*, le champ d'application des infractions relatives aux maisons de débauche a été considérablement réduit.

82. *R c Labaye*, *supra* note 60 au para 62.

83. *Ibid* au para 60.

84. *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*, *supra* note 4.

La question du lien entre la prostitution et d'autres crimes (trafic de drogue, menaces, violence, criminalité organisée, traite de personnes, etc.) se pose dans le contexte de l'évaluation du préjudice comme fondement de la criminalisation de cette activité. Le juge Lamer, dans le *Renvoi sur la prostitution*, estimait que l'infraction relative à la communication avait également comme objectifs, au-delà du contrôle des nuisances, de contrôler la prostitution et de restreindre les activités criminelles connexes⁸⁵. L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Bedford*, fait également référence à cet argument⁸⁶. On peut se demander, lorsqu'un premier comportement est déjà criminalisé (par exemple, le trafic de drogue), dans quelle mesure on peut justifier la criminalisation d'un second comportement (par exemple, la communication dans un but de prostitution) par le préjudice causé par le premier. La preuve du lien de causalité entre le premier comportement et le second est bien sûr fondamentale, mais, même à supposer que cette preuve soit faite, des questions se posent sur le principe et l'efficacité de la criminalisation du second comportement, compte tenu des effets pervers qui peuvent en découler.

Ce type d'argument pour justifier la criminalisation a été utilisé, d'une façon peu convaincante, dans le contexte de la polygamie, qui serait reliée à des agressions physiques et sexuelles, ainsi que, selon certains, à la traite humaine⁸⁷. Dans le *Renvoi en première instance sur la criminalisation de la polygamie*, le mariage multiple a été considéré comme préjudiciable de façon inhérente, notamment à cause du fait qu'il institutionnalise l'inégalité entre les hommes et les femmes⁸⁸.

Les tenants de la théorie du préjudice, dont Herbert L A Hart⁸⁹ et Joel Feinberg⁹⁰, ont reconnu que « certains fondements autres que le

85. *Renvoi relatif à l'art 193 et à l'al 195.1(1)(c) du Code criminel (Man)*, supra note 79.

86. *Canada (Attorney General) v Bedford*, 2012 ONCA 186 au para 307.

87. *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588.

88. *Ibid.* Pour une discussion critique de cet argument, voir notamment Stéphane Bernatchez, « Pourquoi criminaliser la polygamie? Un débat constitutionnel et social sur la signification d'une pratique religieuse » (2013–2014) 7 Ann Dr et Religions 459; Stéphane Bernatchez, « Why Criminalize Polygamy? A Constitutional and Social Debate Over the Meaning of a Religious Practice » dans Marie-Pierre Robert, David Koussens et Stéphane Bernatchez, dir, *Of Crime and Religion: Polygamy in Canadian Law*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, 37.

89. Hart, supra note 35.

90. Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* vol 1, New York, Oxford University Press, 1987; Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* vol 2, New York, Oxford University Press, 1988; Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* vol 3, New York, Oxford University Press, 1989; Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* vol 4, New York, Oxford University Press, 1990.

préjudice à autrui peuvent justifier une certaine coercition légale, même si le caractère immoral d'un comportement ne peut intrinsèquement justifier sa criminalisation»⁹¹. En ce sens, Hart ne défend pas intégralement le principe du préjudice, tel que proposé par Mill, car « *there may be grounds justifying the legal coercion of the individual other than the prevention of harm to others* »⁹². Dans le domaine de la moralité sexuelle, particulièrement, « *it seems prima facie plausible that there are actions immoral by accepted standards and yet not harmful to others* »⁹³. Les juges dissidents dans *Labaye* ont d'ailleurs critiqué la théorie de Mill, en soulignant que « la justification de l'intervention de l'État ne peut se réduire à un seul facteur »⁹⁴, et ont plutôt référé à la notion de « moralité sociale »⁹⁵, laquelle serait plus représentative de la multiplicité des critères à partir desquels l'État justifie ses interventions en matière d'infractions d'ordre moral. Les juges renvoient alors à un passage de l'arrêt *Malmo-Levine* dans lequel la position libérale est ainsi résumée : « Qui plus est, même ceux qui souscrivent à sa philosophie tendent à reconnaître que la justification de l'intervention de l'État ne peut se réduire à un seul facteur — le préjudice — et que la question est beaucoup plus complexe »⁹⁶. Les juges dissidents Bastarache et LeBel réfèrent à l'un des plus éminents représentants de l'approche libérale de Mill, le professeur Herbert L A Hart, qui a écrit ceci :

La formulation du point de vue libéral par Mill pourrait bien être trop simple. Les raisons d'empiéter sur la liberté des gens sont beaucoup plus variées que ce que suggère le critère du « préjudice à autrui » : la notion du préjudice à autrui ne s'applique pas facilement, comme l'a constaté Mill lui-même, à la cruauté envers les animaux ou à l'organisation de la prostitution à des fins lucratives. À l'inverse, même lorsqu'un préjudice est causé à autrui au sens le plus littéral de ce terme, d'autres principes peuvent fort bien restreindre la mesure dans laquelle

91. Desjardins, *supra* note 38 à la p 35.

92. Hart, *supra* note 35 à la p 4.

93. *Ibid.*

94. *R c Labaye*, *supra* note 60 au para 105.

95. *Ibid.*

Les infractions du *Code criminel* trouvent donc leur fondement dans des principes et valeurs autres que la notion de préjudice. En l'espèce, il s'agit de la moralité sociale. On comprend dès lors qu'accorder une trop grande importance au critère du préjudice empêchera de mettre en œuvre les principes moraux qui font consensus au sein de la société.

96. *R c Malmo-Levine*; *R c Caine*, *supra* note 33 au para 109.

une activité préjudiciable doit être réprimée par la loi. En conséquence, de multiples critères, et non un seul, permettent de déterminer s'il est permis de restreindre la liberté des gens [nos soulignés]⁹⁷.

La théorie juridique contemporaine a ainsi concédé, contrairement à la théorie du préjudice initialement formulée par Mill, qu'il peut être justifié d'interdire certains actes qui ne causent pas de préjudice à autrui, mais demeurent néanmoins suffisamment préjudiciables à soi-même ou offensants pour que la loi les réprime⁹⁸. Quelle qu'en soit la variante, la théorie libérale refuse toutefois d'admettre que l'on puisse criminaliser un comportement qui n'est ni préjudiciable ni offensant, mais simplement immoral. La reconnaissance d'une sorte de préjudice social, qui se rattache à une notion de moralité sociale, a parfois été comprise comme l'effondrement de la théorie du préjudice, telle qu'elle avait été construite en opposition au moralisme juridique⁹⁹. Cette explication pourrait justifier la reformulation de la théorie de la criminalisation pour y intégrer les valeurs fondamentales de la société. Dans la mesure où il n'est plus possible, à l'ère du pluralisme¹⁰⁰, d'imposer une vision morale du monde, le droit criminel ne peut trouver un fondement valide dans quelque supposé consensus moral au sein de la société. C'est d'ailleurs pourquoi a émergé la théorie du préjudice. Cependant, il semble que ce ne soit pas la seule justification acceptable de la criminalisation, d'autant plus que la théorie du préjudice n'échappe pas entièrement à ce pluralisme. En effet, cette approche implique, à tout le moins, de définir ce qu'est un préjudice, une question qui, paradoxalement, n'a pas suffisamment retenu l'attention, ouvrant ainsi la voie à un certain intuitionnisme en la matière¹⁰¹. Autre limite de cette théorie, il peut parfois s'avérer difficile de repérer

97. Herbert L A Hart, « Immorality and Treason », publié initialement dans *The Listener* (30 juillet 1959) aux pp 162–63, publié de nouveau dans Richard A Wasserstrom, dir, *Morality and the Law*, Belmont (CA), Wadsworth, 1971, 49 à la p 51 (traduction tirée de: *R c Malmo-Levine; R c Caine*, *supra* note 33 au para 109). Dans le même sens, voir Feinberg, *supra* note 90, vol 1 à la p 12; vol 4 à la p 323.

98. Andrew P Simester et Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Oxford (R-U), Hart, 2011.

99. Bernard E Harcourt, « The Collapse of the Harm Principle » (1999) 90 *J Crim L & Criminology* 109.

100. C'est ce que John Rawls a nommé le « fait du pluralisme »: John Rawls, *Libéralisme politique*, traduit par Jacques Bidet, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

101. John Kleinig, « Crime and the Concept of Harm » (1978) 15:1 *American Philosophical Q* 27.

le préjudice effectivement causé par certains comportements considérés comme étant criminels¹⁰².

C. Vers les valeurs de la *Charte* et le vivre ensemble comme fondements de la criminalisation?

Si, jadis, les valeurs religieuses et les normes sociales de corruption des mœurs et de tolérance de la société ont pu servir à fonder des infractions¹⁰³, il semble qu'une conception fondamentale de la moralité, s'appuyant sur les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique, puisse, aujourd'hui, justifier la criminalisation d'un comportement¹⁰⁴. Ainsi, « [l]a désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la *Charte* »¹⁰⁵. Comme l'écrit le juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Labaye*:

il faut démontrer que le préjudice se rattache à une valeur fondamentale exprimée dans la Constitution ou les lois fondamentales semblables de notre société, telles les déclarations des droits, par lesquelles la société reconnaît officiellement que le type de préjudice en cause peut être incompatible avec son bon fonctionnement. Contrairement au test fondé sur la norme de tolérance de la société, l'exigence de la reconnaissance officielle permet de croire que les valeurs défendues par les juges et les jurés sont véritablement celles de la société canadienne. L'autonomie, la liberté, l'égalité et la dignité humaine comptent parmi ces valeurs. [...].

L'exigence d'une reconnaissance officielle empêche que quelqu'un puisse être condamné et emprisonné pour avoir transgressé les règles et heurté les convictions de personnes ou de groupes particuliers. Pour mériter la sanction ultime du droit criminel, il faut avoir porté atteinte à des valeurs auxquelles l'ensemble de la société canadienne a adhéré officiellement¹⁰⁶.

102. Concernant la polygamie, voir par ex Susan G Drummond, « Polygamy's Inscrutable Criminal Mischief » (2009) 47:2 Osgoode Hall LJ 317.

103. Desjardins, *supra* note 38 aux pp 10 et s.

104. *R c Butler*, *supra* note 43.

105. David Dyzenhaus, « Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality » (1991) 1 CR (4th) 367 à la p 376: « Moral disapprobation is recognized as an appropriate response when it has its basis in Charter values » (cité avec approbation par la Cour suprême du Canada dans *R c Butler*, *supra* note 43, d'où la traduction est tirée).

106. *R c Labaye*, *supra* note 60 aux para 33 et 35.

Dans plusieurs jugements concernant des infractions reliées à la sexualité, on note le recours aux valeurs de la *Charte* et, en particulier, celles de l'autonomie et de l'égalité entre les femmes et les hommes, dans le cadre de l'analyse du préjudice causé par le comportement reproché, qu'il s'agisse d'obscénité¹⁰⁷, d'indécence¹⁰⁸ ou de polygamie¹⁰⁹. Cette tendance à instrumentaliser les valeurs de la *Charte* dans un contexte où la théorie du préjudice s'applique difficilement se reflète dans la récente réforme législative relative à la prostitution.

Avec le *Projet de loi C-36*, le législateur a opté pour l'approche dite nordique, criminalisant l'achat de services sexuels. Selon ce modèle, la prostitution est une forme de violence sexuelle « genrée », découlant du modèle patriarcal qui implique nécessairement l'exploitation¹¹⁰, malgré le fait que certaines prostituées peuvent prétendre le contraire. Ainsi, selon cette conception, la prostitution doit être criminalisée, car elle porte atteinte à l'égalité homme/femme et à la dignité humaine.

Le titre abrégé de la loi, *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*¹¹¹, fait d'ailleurs référence à cette exploitation, tout comme son préambule, dans lequel le Parlement exprime ses graves préoccupations concernant « l'exploitation inhérente à la prostitution »¹¹². La question de l'exploitation et de la traite de personnes a été au centre (contrairement à l'arrêt *Bedford*, soit dit en passant) de la présentation du projet de loi faite au Parlement par M^{me} Joy Smith¹¹³. Dans un contexte où la traite humaine est déjà prohibée par le *Code criminel*, tout comme plusieurs formes de proxénétisme, le lien entre ces préoccupations et le projet de loi n'est pas direct (surtout pour les infractions relatives à la communication et à l'achat de services sexuels). Le titre démontre que toute prostituée est considérée comme étant exploitée, victime, et qu'il faut s'attaquer à la demande et tarir le marché en criminalisant les exploiters. Selon cette conception, la prostituée qui choisit de se prostituer n'existe pas. Cette vision de la prostitution conduit toutefois à un cercle vicieux : on justifie

107. *R c Butler*, *supra* note 43.

108. *R c Labaye*, *supra* note 60.

109. *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, *supra* note 87.

110. Bruckert et Hannem, *supra* note 57 à la p 57.

111. *Loi modifiant le Code criminel pour donner suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Procureur général du Canada c Bedford et apportant des modifications à d'autres lois en conséquence*, *supra* note 4.

112. *Ibid*, préambule, al 1.

113. *Débats de la Chambre des communes*, *supra* note 58 aux pp 8207 et s.

la criminalisation par la victimisation ou l'exploitation, alors que l'une ou l'autre découle en bonne partie de la criminalisation¹¹⁴.

Le préambule de cette loi mentionne également « qu'il importe de protéger la dignité humaine et l'égalité de tous les Canadiens et Canadiennes en décourageant cette pratique »¹¹⁵. Dans la mesure où on considère que protéger une personne contre l'exploitation, c'est lui rendre sa pleine autonomie, le préambule fait référence aux valeurs constitutionnelles d'autonomie, de dignité et d'égalité.

Le préambule fait aussi référence à la chosification du corps humain et à la marchandisation des activités sexuelles, des considérations beaucoup plus morales. D'ailleurs, si le législateur avait été réellement animé par la volonté de protéger les droits constitutionnels des prostituées, il aurait adopté un projet de loi conforme aux enseignements de la Cour suprême dans l'affaire *Bedford*, ce qui ne semble pas être le cas. Le Parlement fédéral a été avisé, par des experts et par des députés de l'opposition, des problèmes constitutionnels potentiels du *Projet de loi C-36*¹¹⁶. Au-delà de la protection des valeurs constitutionnelles, celui-ci semble vouloir décourager un comportement qui dérange, qui offense.

Ce recours aux valeurs, telle l'égalité entre les hommes et les femmes, au détriment de la liberté individuelle, afin de justifier l'interdiction d'un comportement féminin qui offense, rappelle étrangement le débat relatif au voile intégral en France. Bien qu'en termes idéologiques, la pratique de la prostitution et le port du voile intégral puissent sembler très éloignés (notamment sur le plan de la pudeur), les arguments pour justifier l'intervention législative visant à interdire ces deux pratiques se rejoignent. Dans les deux cas, on recourt à l'égalité entre les hommes et les femmes et à l'exploitation pour interdire un comportement, même si certaines femmes insistent sur le fait qu'elles ont fait ce choix librement, sans contrainte de la part de la gent masculine. Dans les deux cas, le choix semble tellement marginal que le législateur semble douter que les femmes puissent le faire librement, sans manipulation, oppression ou crainte de représailles.

114. Bruckert et Hannem, *supra* note 57 à la p 53.

115. *Loi modifiant le Code criminel pour donner suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Procureur général du Canada c. Bedford et apportant des modifications à d'autres lois en conséquence*, *supra* note 4, préambule, al 3.

116. *Débats de la Chambre des communes*, *supra* note 58 aux pp 8214 et 8235.

Après que la France eut interdit le port du voile intégral dans l'espace public, une contestation a été déposée à la Cour européenne des droits de l'homme, notamment pour atteinte à la liberté de religion. Dans ce contexte, la République a avancé plusieurs arguments pour justifier sa loi, dont le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes et de la dignité des personnes, et les exigences minimales de la vie en société. La Cour, dans un arrêt rendu en grande chambre, a rejeté l'argument basé sur l'égalité, pour les motifs suivants :

La Cour estime en revanche qu'un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes — telle la requérante — revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux¹¹⁷.

Dans le contexte de l'arrêt *Bedford*, fondé sur le droit à la sécurité de la personne, ces propos pourraient bien s'appliquer à la question de la prostitution. L'argument basé sur la dignité de la personne pourrait être rejeté pour la même raison¹¹⁸ : la personne à protéger est la même que celle dont les droits sont atteints.

La Cour européenne des droits de l'homme a estimé, en fin de compte, qu'il n'y a pas violation des droits et libertés par l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, car la loi est justifiée par la valeur du « vivre ensemble »¹¹⁹, ce « droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble »¹²⁰. En conclusion, « la Cour estime que l'interdiction litigieuse peut être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du “vivre ensemble” »¹²¹. Ainsi, la Cour a jugé légitime la volonté de l'État de « protéger une modalité d'interaction entre les individus, essentielle à ses yeux pour l'expression non seulement du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l'esprit d'ouverture,

117. *SAS c France*, GC, n° 43835/11, [2014] CEDH au para 119.

118. *Ibid* au para 120. Sur la protection de la dignité par la criminalisation, voir notamment Tatjana Hörnle, « Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity » (2012) 6:3 Criminal L & Philosophy 307.

119. Hörnle, *supra* note 118 aux para 121, 157.

120. *Ibid* au para 122.

121. *Ibid* au para 142.

sans lesquels il n'y a pas de société démocratique»¹²². Alors que l'arrêt est considéré comme reposant sur une motivation juridique discutable, la Cour semble plutôt avoir cherché une conclusion philosophiquement fondée¹²³. On peut se demander dans quels autres contextes cette justification, relativement floue, du vivre ensemble pourrait s'appliquer et, surtout, si celle-ci peut être invoquée dans le contexte de la prostitution.

CONCLUSION

La prostitution pose un défi de taille aux théories contemporaines de la criminalisation et en révèle les limites. Comme nous l'avons montré, la théorie de la criminalisation semble insuffisante pour faire de la prostitution un crime. Si le moralisme juridique a pu, à une certaine époque et pendant un certain temps, offrir une justification acceptable de la criminalisation de la prostitution, ou de certains actes qui y sont reliés, la théorie du préjudice s'avère une justification inadéquate de l'approche consistant à rendre illégal l'achat de services sexuels. C'est sans doute pourquoi le Parlement fédéral semble s'être davantage tourné vers le recours aux valeurs de dignité et d'égalité pour fonder sa loi, faisant de toutes les prostituées des victimes.

Si tous s'entendent pour dire que la prostitution juvénile et l'exploitation par les proxénètes doivent être criminalisées, il n'en est pas de même des infractions relatives aux maisons de débauche, à la communication dans un but de prostitution ou à l'achat de services sexuels. Si, dans une société libérale, l'on doit exclure les arguments moraux basés sur une conception particulière de la morale sexuelle, si les préjudices associés à la vente de services sexuels sont trop bénins ou éloignés pour justifier l'atteinte à la sécurité des travailleuses, causée par la criminalisation, et si les valeurs, telles que l'égalité entre les hommes et les femmes ou le vivre ensemble, sont insuffisantes, aucune des théories de la criminalisation ne réussit à justifier la récente législation fédérale. Ainsi, au-delà du problème constitutionnel envisagé,

122. *Ibid* au para 153.

123. Gérard Gonzalez et Guy Haarscher, « Consécration jésuitique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne » (2015) 101 R trimestrielle des droits de l'Homme 219. Pour l'analyse juridique, voir aussi Gérard Gonzalez, « La notion de "vivre ensemble" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la liberté de religion » (2016) 1 Quaderni di diritto e politica ecclesiastica 99.

il semble y avoir une insuffisance dans la théorie de la criminalisation en ce qu'elle s'avère incapable de penser la prostitution.

La question : « qu'est-ce qu'un crime? »¹²⁴ a depuis longtemps retenu l'attention non seulement des criminologues, mais aussi des théoriciens du droit, notamment du droit pénal. L'analyse du fondement de la criminalisation a ainsi permis de considérer que certains crimes peuvent être mal fondés dans la mesure où ils constituent des « crimes sans dommage »¹²⁵ (comme l'homosexualité, la sodomie, etc.) ou des « crimes sans victime »¹²⁶ (comme l'homosexualité, l'avortement, la consommation de drogues). Une réflexion interdisciplinaire, à laquelle collaborent la sociologie du droit pénal, la philosophie du droit pénal, la criminologie, la théorie du droit et la doctrine pénale, a suggéré des distinctions entre différents types de crimes, telle, par exemple, celle entre les crimes contre la personne et les crimes contre les biens, pour montrer leurs importantes différences.

Ainsi, l'on distingue les crimes « illicites standard » des crimes « illicites à double face »¹²⁷. Les premiers correspondent à des crimes conventionnels, tels que le meurtre, les agressions sexuelles et physiques, le vol, la fraude, la destruction volontaire de la propriété d'autrui, lesquels « obéissent à certaines normes de fabrication du droit pénal »¹²⁸. Quant aux crimes illicites à double face, ceux-ci sont fondés uniquement sur la « constatation que le droit criminel confondait dans ces illicites l'auteur et la victime directe; ou, plus précisément, de la constatation que le droit criminel *n'était pas capable* d'identifier de façon nette dans ces cas un *auteur* et une *victime* concrète et distincte du crime » [italiques dans l'original]¹²⁹, par exemple, comme le mentionne Alvaro Pires, les crimes reliés aux drogues illicites et aux jeux

124. Commission du droit du Canada, *supra* note 29.

125. Hart, *supra* note 35.

126. Edwin M Schur, *Crimes without Victims. Deviant Behavior and Public Policy: Abortion, Homosexuality, Drug Addictions*, Englewood Cliffs (NJ), Prentice Hall, 1965. Pour une discussion, voir aussi Graham Hughes, « Who Is a Victim? » (1974) 1:3 Dal LJ 425.

127. Alvaro P Pires, *La politique législative et les crimes à « double face » : éléments pour une théorie pluridimensionnelle de la loi criminelle (drogues, prostitution, etc.)*, Rapport d'expert à l'intention du Comité spécial du Sénat du Canada sur les drogues illicites, 2002. Pires établit une série de critères propres à chaque type.

128. *Ibid* à la p 14.

129. *Ibid*.

d'argent, l'avortement¹³⁰, l'homosexualité, la sodomie, la prostitution, le vagabondage et la mendicité, ainsi que la tentative de suicide. Ce n'est ni l'absence de préjudice ou de dommage ni l'absence de victime qui caractérise le crime illicite à double face, mais bien le fait que le droit criminel soit incapable de distinguer l'auteur et la victime du crime : « on peut dire aussi qu'il s'agit moins de l'absence de victime que d'un *télescopage* entre auteur et victime ou d'un *point aveugle* du droit criminel : son impossibilité à observer ces deux figures (auteur/victime) qu'il est par ailleurs en mesure d'observer dans les illicites standard » [italiques dans l'original]¹³¹. Les crimes illicites à double face, dont fait partie la prostitution, se distinguent par le fait, du moins pour la majorité d'entre eux, qu'il n'y a pas d'intention de faire du mal à autrui ou à soi-même, la criminalisation de tels actes étant alors considérée comme une forme de paternalisme juridique, dans la mesure où l'État cherche à protéger l'individu contre lui-même.

Selon Alvaro Pires, « les illicites à double face ne sont pas propices à faire, en principe, l'objet d'une interdiction par une loi criminelle et, tout particulièrement, ne doivent pas autoriser une peine carcérale (et moins encore une peine maximale sévère) »¹³². En fait,

la criminalisation éventuelle de ces comportements (ou une autre forme de restriction coercitive) doit être strictement circonscrite à une situation spéciale où il s'agit de souligner un risque tangible et direct à autrui (par exemple, conduire en état d'intoxication) ou d'affirmer le principe de la non-exploitation directe d'enfants mineurs (par exemple, les forcer à vendre des services sexuels)¹³³.

Devant la difficulté de criminaliser un crime illicite à double face, le Parlement fédéral a tenté de simplifier la conceptualisation de la criminalisation : en adoptant le modèle nordique, qui interdit l'achat de services sexuels. Le législateur fédéral a ainsi cherché à faire d'un crime à deux faces un crime standard, en s'ingéniant à identifier et à distinguer l'auteur du crime (le client) et la victime (la prostituée). Au-delà des insuffisances intrinsèques d'un tel travestissement, cette approche

130. Voir John Dombrink et Daniel Hillyard, *Sin No More: From Abortion to Stem Cells, Understanding Crime, Law, and Morality in America*, New York, NYU Press, 2007, qui traite notamment de l'avortement et des jeux de hasard.

131. Pires, *supra* note 127 à la p 15, n 14.

132. *Ibid* à la p 81.

133. *Ibid*.

du droit criminel ne permet pas de résoudre le problème juridique reconnu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bedford*, soit l'atteinte au droit à la sécurité des personnes qui pratiquent la prostitution. De même que le principe du préjudice peut s'avérer incapable de protéger les droits¹³⁴, l'approche qui sous-tend la nouvelle législation en matière de prostitution n'accorde pas la priorité à la protection des prostituées et de leurs droits. Bien que le Parlement fédéral estime que c'est par la criminalisation que cet objectif sera atteint, cette approche pose problème quant à la sécurité des prostituées. Un investissement de ressources sociales cherchant à mieux encadrer la pratique de la prostitution ou encore permettant à celles qui le souhaitent de cesser de se prostituer aurait davantage d'effets bénéfiques.

134. Hamish Stewart, «The Limits of the Harm Principle» (2010) 4:1 Criminal L and Philosophy 17.