

Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique

René Pepin

Volume 19, Number 4, 1988

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058501ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058501ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Pepin, R. (1988). Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique. *Revue générale de droit*, 19(4), 865–894.
<https://doi.org/10.7202/1058501ar>

Article abstract

This text aims at determining the scope of provincial legislative competence on matters relating to public morality. A major difficulty encountered results from the fact that under the *Constitution Act 1867*, the federal Parliament enjoys an exclusive jurisdiction in matters of criminal law. The present study explores to what extent the provinces and municipalities can regulate matters relating to prostitution, erotic magazines, massage parlours, etc., without infringing upon federal powers.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique

RENÉ PEPIN

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Sherbrooke

RÉSUMÉ

Ce texte cherche à cerner l'étendue de la compétence législative provinciale sur la moralité publique. La difficulté vient du fait que la Loi constitutionnelle de 1867 attribue au Parlement fédéral une compétence exclusive en matière de droit criminel. Il s'agit ainsi de voir jusqu'où les provinces et les municipalités peuvent réglementer des sujets tels la prostitution, les revues érotiques, les salons de massage, etc., sans empiéter sur la compétence fédérale.

ABSTRACT

This text aims at determining the scope of provincial legislative competence on matters relating to public morality. A major difficulty encountered results from the fact that under the Constitution Act 1867, the federal Parliament enjoys an exclusive jurisdiction in matters of criminal law. The present study explores to what extent the provinces and municipalities can regulate matters relating to prostitution, erotic magazines, massage parlours, etc., without infringing upon federal powers.

SOMMAIRE

Introduction	866
I. La compétence fédérale sur le droit criminel	867
II. Le fondement de la compétence législative provinciale	871
III. Les films	873
IV. Les « arcades de jeux »	876

V. La prostitution	878
VI. Les kiosques à journaux et revues	881
VII. Les salons de massage et services d'escorte	883
VIII. Les « clubs » de danseuses et danseurs	884
Conclusion	892

INTRODUCTION

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* reconnaît au Parlement fédéral une compétence législative sur le droit criminel. Les tribunaux se sont vite rendu compte que cette disposition, en apparence fort simple et claire, soulevait beaucoup de difficultés. C'est que le concept « droit criminel » n'y est pas défini, de sorte qu'il a fallu très tôt se poser la question de savoir comment déterminer si une loi fédérale est englobée ou non par cette notion. Ce genre de question ne se pose pas dans des pays unitaires comme l'Angleterre ou la France. Le principe de la souveraineté parlementaire veut qu'en Angleterre le Parlement puisse légiférer sur n'importe quel sujet : il n'y a pas et il ne peut pas y avoir de loi invalide¹. Au Canada, où existe une forme d'État fédératif, il fallait inévitablement chercher à cerner le concept « droit criminel », pour éviter que le Parlement fédéral ne puisse se servir de ce pouvoir pour empiéter facilement sur les compétences provinciales. Si on disait en effet que tout ce qui est dans le *Code criminel* canadien tombe dans la compétence fédérale, il serait tentant pour ce Parlement d'y ajouter des dispositions criminalisant la vente d'assurance sans permis, ou la fabrication de la margarine, par exemple².

Toute cette question a pris plus d'acuité encore ces dernières années car plusieurs provinces canadiennes et municipalités se sont mises à légiférer ou réglementer sur des questions qui touchent de très près le droit criminel, comme la vente de revues dites « pour adultes », les salons de massage, les films ou vidéos à caractère érotique, etc. C'est ce que nous voulons étudier ici, soit tracer cette frontière existant entre le droit criminel et le droit des provinces de légiférer de façon exhaustive sur les sujets qui relèvent de leurs compétences.

En principe, pour connaître l'étendue de la compétence législative des provinces, il devrait suffire de bien cerner la compétence fédérale, vu

1. E.C.S. WADE and G.G. PHILLIPS, *Constitutional and Administrative Law*, 9th ed., by A.W. BRADLEY, London, Longman, 1977, p. 59.

2. Sur l'assurance, cf. *A.G. for Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328, IIOLM 356; sur la margarine cf. *Re Art. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1.

la règle de l'exclusivité du partage des pouvoirs législatifs canadiens³. Mais en pratique il faut faire davantage et étudier les compétences provinciales. La jurisprudence a en effet reconnu aux provinces des pouvoirs qui s'apparentent de très près au droit criminel : ainsi elles ont une compétence en droit pénal, elles peuvent légiférer pour préserver l'ordre public, pour éliminer les conditions qui favorisent le crime⁴... C'est pourquoi nous nous proposons, après avoir rappelé brièvement en quoi consiste la compétence fédérale sur le droit criminel, d'étudier la jurisprudence portant sur les pouvoirs des municipalités et provinces de régir ce que l'on peut appeler la moralité publique. Les décisions des tribunaux ont essentiellement porté sur les sujets suivants : les bureaux de surveillance et de censure du cinéma, les arcades de jeu, la prostitution, les kiosques à magazines et journaux, les salons de massage et services d'escorte, et surtout les « clubs » de danseuses et de danseurs.

I. LA COMPÉTENCE FÉDÉRALE SUR LE DROIT CRIMINEL

Dans un article publié en 1972⁵, le professeur F. Chevette a très bien montré que trois approches sont traditionnellement utilisées pour cerner l'étendue de la compétence fédérale sur le droit criminel, bien qu'aucune ne permette véritablement d'arriver à une certitude absolue. Il s'agit du critère matériel, de celui de la finalité, et des pénalités. Le critère matériel cherche à identifier un ensemble de comportements qui seraient criminels de façon inhérente. Sa faiblesse vient du fait que les tribunaux ont très tôt affirmé qu'il n'y a pas de « domaine » du droit criminel⁶. Ils signifient par là que le Parlement fédéral n'est pas limité à déclarer criminel ce qui était inclus dans le *Code criminel* britannique en 1867, et qu'il peut créer de nouveaux crimes, c'est-à-dire déclarer criminel un comportement qui jusque-là était considéré légal. Il a, par exemple, utilisé ce pouvoir dans les années 1970, en rendant criminel le fait pour un automobiliste de refuser de fournir un échantillon d'haleine lorsque requis par un policier⁷. L'approche matérielle a une certaine valeur tout de même puisqu'elle permet de reconnaître de compétence fédérale le fait de criminaliser des comportements qui font traditionnellement partie en Angleterre du droit criminel, comme une loi conservant au dimanche son

3. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1985, pp. 332-333.

4. Cf. *infra*, section II.

5. « Prolégomènes à l'étude de la notion de droit criminel en droit constitutionnel canadien », (1972) R.J.T. 1, pp. 17-52. Voir aussi son article « Le droit canadien en matière d'obscénité : aspects constitutionnels », (1976) 54 R. du B. Can. 499.

6. Cf. *Proprietary Articles Trade Association c. A.G. of Canada*, [1931] A.C. 310, pp. 323-324.

7. Cf. art. 241 C.cr.

caractère sacré⁸ ou interdisant des pratiques commerciales incompatibles avec un système de libre-entreprise⁹.

Le critère de la finalité est peut-être le plus important. Il signifie que les lois dites criminelles ont comme caractéristique commune de rechercher certains buts. La jurisprudence en a identifié plusieurs : la préservation de la paix publique, de la sécurité publique, de la santé publique, de l'ordre public ou de la moralité publique. Cette approche est aussi fort utile, mais elle recèle deux faiblesses. D'une part, les finalités identifiées par la jurisprudence sont trop générales. Il serait assez facile de montrer en effet qu'un grand nombre de lois fédérales, que personne ne penserait à justifier sous le paragraphe 91(27), cherchent directement ou indirectement à atteindre un de ces buts. D'autre part, ces buts peuvent aussi parfaitement être poursuivis par des lois provinciales. Il suffit de penser au *Code de la sécurité routière* ou aux lois relatives à l'alimentation pour réaliser que de nombreuses lois provinciales valides car rattachées à divers paragraphes de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* poursuivent les mêmes buts. Le dernier critère, celui des pénalités, est peut-être le moins utile. On a pu penser à un moment donné que les lois criminelles se caractérisaient par le fait qu'elles prévoyaient l'emprisonnement ou l'amende ou les deux pour les contrevenants. Cela est encore exact, mais il faut vite réaliser que le fait qu'une loi mentionne à titre de pénalité l'emprisonnement ou l'amende n'est pas suffisant en soi pour la qualifier de loi criminelle. En effet, les provinces se voient octroyer clairement au paragraphe 92(15) la possibilité d'assortir leurs lois de pénalités. Et elles sont seules juges des pénalités appropriées, de sorte qu'elles peuvent parfaitement prévoir que les contrevenants seront soumis à l'amende ou à l'emprisonnement¹⁰ ou aux deux, ou à d'autres types de pénalités, tels les points de démerite pour les automobilistes.

Qu'en est-il donc de la compétence fédérale sur le droit criminel? Peut-on la définir plus précisément que par les trois critères que nous venons de mentionner? Il semble que oui. Compte tenu de nombreuses décisions de la Cour suprême sur le sujet rendues ces dix dernières années, on peut tenter de résumer l'état du droit de la façon suivante.

8. Cf. *Henry Birks & Sons c. Cité de Montréal*, [1955] R.C.S. 799, p. 807 : « On ne dispute plus qu'une législation sur l'observance du dimanche fait partie du droit criminel au Canada comme en Angleterre » (le juge Fauteux).

9. Cf. *supra*, note 6. Il s'agit de la *Loi sur la concurrence*, traditionnellement connue sous le nom de *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

10. Notons en passant que l'article 1 du *Code de procédure civile* mentionne que l'emprisonnement est supprimé en matière civile. Ce qu'on a abrogé en 1965 est ce qui était traditionnellement appelé « l'emprisonnement pour dettes ». Mais l'emprisonnement reste encore prévu en droit pénal provincial et de toute façon le Parlement provincial pourrait modifier complètement cet article 1 C.p.c.

En matière constitutionnelle on sait que la qualification est ce qu'il y a de plus important. C'est le processus par lequel le juge cherche à déterminer le sujet véritable d'une loi, sa caractéristique principale, ou, en d'autres termes, l'angle sous lequel la loi envisage la réalité. Ce sont ces mêmes règles qui sont applicables quand on étudie le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi on dira qu'une loi fait partie de la compétence fédérale sur le droit criminel lorsqu'elle aura comme caractéristique principale et essentielle d'interdire un geste ou un comportement. Ceci n'ôte pas au Parlement fédéral le pouvoir, en vertu de ses compétences accessoires, de légiférer pour éliminer des conditions qui favorisent le crime ou pour aider à la réhabilitation des criminels. Mais ces lois doivent s'imbriquer dans un ensemble plus grand dont la caractéristique est l'interdiction de certaines choses. De plus, les lois doivent contenir une interdiction pour protéger l'un des intérêts publics mentionnés plus haut, c'est-à-dire la santé publique, moralité publique, etc. Ici les juges laissent une grande latitude au Parlement fédéral, en regardant seulement si une personne raisonnable peut voir un lien logique entre le texte de loi adopté et le but poursuivi. C'est ainsi que la *Loi des aliments et drogues*¹¹ a été jugée valide dans ses dispositions essentielles puisqu'elle interdit la manutention d'aliments ou la fabrication de médicaments dans des conditions non hygiéniques¹².

Enfin les lois fédérales doivent comporter des pénalités mais ne doivent pas être des lois déguisées, soit chercher par un texte qui a l'apparence d'une loi dite criminelle à réglementer un secteur d'activité qui relève des compétences provinciales. C'est là la seule limite véritable à la compétence législative fédérale sur le droit criminel. Car, puisqu'il lui est possible de créer de nouveaux crimes, donc de déclarer interdits des comportements qui jusque-là étaient légaux, les juges doivent regarder, pour déterminer la validité de la loi, s'il s'agit essentiellement d'un texte qui interdit un comportement, au nom d'un intérêt public, ou s'il ne s'agit pas principalement d'un texte qui réglemente un secteur provincial d'activité. Ainsi en a-t-il été dans l'affaire de la margarine¹³. Pour répondre aux pressions de l'industrie laitière canadienne, le Parlement fédéral avait décidé de criminaliser la fabrication, l'importation, la vente, etc. de la margarine. La loi fut jugée invalide parce que les procureurs fédéraux n'ont pas pu montrer quel intérêt public la loi poursuivait : on n'a pu faire la démonstration du fait que la consommation de margarine mettait en jeu la santé publique. La loi fut qualifiée de loi réglementant

11. S.R.C. 1970, c. F-27.

12. Cf. *Standard Sausage c. Lee*, (1933) 4 D.L.R. 501, et, plus récemment, *R. c. Kripps Pharmacy*, [1983] 2 R.C.S. 284.

13. Cf. *supra*, note 2.

un commerce local¹⁴. Plus récemment, dans l'affaire *Labatt*¹⁵ la Cour suprême a déclaré invalide un article du règlement adopté en vertu de la *Loi des aliments et drogues* qui prescrivait une espèce de « recette légale » de brassage de bière annoncée comme « bière légère ». Selon le juge Estey, ce qui était en jeu en l'espèce n'était pas le pouvoir du Parlement fédéral de prescrire des normes concernant l'étiquetage pour éviter que le public soit trompé, mais le droit du Parlement fédéral de déterminer des normes de fabrication et la teneur de ce produit¹⁶. Or, le fait d'exiger qu'une bière dite légère ait une teneur en alcool non supérieure à 2,5 % par volume n'avait rien à voir avec la protection de la santé publique. Il en a été de même dans *Boggs c. R.*¹⁷, où la Cour suprême a invalidé l'ancien paragraphe 238(3) C.cr.¹⁸ qui criminalisait le fait de conduire une automobile sans permis de conduire. La cour a noté qu'en vertu du droit ontarien il y avait plus de vingt motifs de suspension du permis de conduire, plusieurs n'ayant rien à voir avec la capacité de l'automobiliste de conduire son véhicule de façon adéquate, comme le fait de ne pas avoir acquitté le montant d'une amende ou une prime d'assurance-automobile. Il s'agissait d'une tentative d'assortir d'une conséquence pénale le fait de ne pas avoir respecté une loi provinciale, sans lien aucun avec la conduite qui a amené une suspension du permis de conduire.

Ceci dit, il restera toujours relativement difficile de cerner la compétence fédérale sur le droit criminel. On se souvient des affrontements quasi épiques durant les années 1970 entre le juge Laskin et ses collègues sur le sujet. Ainsi dans l'affaire *Dupont*¹⁹ le juge Beetz écrivait, à propos de cette compétence fédérale sur le droit criminel : « Dans l'exercice de leur propre compétence, les provinces peuvent constitutionnellement compléter la législation fédérale²⁰. » Le juge Laskin lui répliquait dans la même décision qu'« ils prétendent qu'il n'existe aucun obstacle constitutionnel à l'adoption d'une législation provinciale ou municipale qui vient compléter le *Code criminel* fédéral. Cet argument est en contradiction ouverte avec le partage des pouvoirs législatifs »²¹. Et il dit dans l'affaire *McNeil* : « Au mieux, la législation contestée a pour but de compléter le droit criminel édicté par le Parlement, ce qui est interdit²². » La situation

14. Seule fut jugée valide la disposition interdisant l'importation de la margarine, car visée par l'article 122 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, conférant pouvoir au Parlement fédéral sur les tarifs douaniers.

15. *Les brasseries Labatt du Canada Ltée c. Le procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914.

16. *Id.*, p. 934.

17. (1981) 34 N.R. 520 (C.S.C.).

18. Édicté par S.C. 1974-5-6, c. 93, par. 19(2).

19. *Dupont c. La Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770.

20. *Id.*, p. 794.

21. *Id.*, p. 777.

22. *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, p. 682.

ne semble guère avoir évolué car en 1986 encore la Cour suprême écrivait dans l'affaire *Glendinning* : « Le droit criminel est plus facile à reconnaître qu'à définir. Il est plus facile de dire ce qui ne constitue pas du droit criminel que ce qui en est ²³. »

Quelles sont les dispositions du *Code criminel* les plus pertinentes pour nous, celles qui ont un rapport avec les questions de moralité publique? Il s'agit d'abord des articles concernant la prostitution, surtout l'article 195.1 C.cr. On sait qu'au Canada la prostitution n'est pas criminalisée comme telle, mais les activités qui s'y rattachent le sont. Ainsi l'article 195.1 interdit la sollicitation aux fins de prostitution. D'autres dispositions interdisent la tenue d'une maison de prostitution de même que le fait de vivre des fruits de la prostitution (proxénétisme). L'article 159 interdit la publication, vente ou exposition en public de choses obscènes, l'obscénité étant définie au paragraphe 8 du même article : « toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation induite des choses sexuelles »²⁴. L'article 163 interdit toute représentation, spectacle ou divertissement ayant un caractère indécent, immoral ou obscène, et prévoit des pénalités pour ceux qui y prennent part. Enfin, l'article 170 interdit la nudité en public, et l'article 169 les gestes indécents en public. Selon la jurisprudence un « endroit public » est tout endroit que le public en général est invité à fréquenter (restaurant, bar, etc.) et le fait de porter une pièce de vêtement tels collier, souliers ou foulard ne constitue pas une défense à l'accusation d'être nu dans un endroit public²⁵.

II. LE FONDEMENT DE LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE PROVINCIALE

Avant d'aborder l'étude des décisions portant sur les compétences provinciales en matière de moralité publique, il est bon d'identifier sur quoi s'appuient constitutionnellement les provinces pour légiférer sur des sujets qui sont à la limite du droit criminel. On sait d'abord qu'elles ont une compétence en droit pénal (par. 92(15), *Loi constitutionnelle de 1867*), ce qui leur permet d'assortir leurs lois de pénalités. Ce pouvoir va tellement de soi qu'on peut dire que même si le paragraphe 92(15) n'existait pas les provinces auraient implicitement ce

23. *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 236.

24. En 1985, on a soulevé devant les tribunaux la question de l'invalidité de cette disposition vu le droit à la liberté d'expression (par. 2(b)) et à la justice fondamentale (art. 7) contenu dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais la *Court of Appeal* de la Colombie-Britannique a rejeté ces arguments : *R. c. Red Hot Video*, (1985) 18 C.C.C. (3d) 1.

25. Cf. *R. c. Richard Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838 et l'analyse jurisprudentielle qu'y fait le juge Beetz.

pouvoir. C'est d'ailleurs la situation au niveau fédéral, où on ne retrouve pas l'équivalent du paragraphe 92(15) sans que quiconque pense à contester le droit du Parlement fédéral d'assortir ses lois de pénalités pour forcer le public à les respecter. Ce qu'on doit retenir ici est que le fait qu'une loi fasse mention de pénalités n'est pas suffisant pour qu'elle soit visée par le paragraphe 92(27). Les provinces s'appuient aussi sur les paragraphes 8, 13 et surtout 16 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit le pouvoir de légiférer sur les municipalités, la propriété et les droits civils, et « généralement tout ce qui est local et privé » dans la province. Ceci leur donne, ainsi qu'aux municipalités auxquelles le pouvoir a été délégué, une autorité très large de réglementer l'utilisation des places publiques (trottoirs, rues, parcs), d'adopter des normes pour protéger les mineurs et prendre toutes sortes de mesures destinées à préserver la paix publique. Dès 1883 dans *Hodge c. La Reine*, le Comité judiciaire du Conseil privé avait reconnu de compétence provinciale l'adoption de règlements « municipaux ou de police d'un caractère purement local [...] et, comme tels ayant pour but de préserver, dans les limites de la municipalité la paix [...] et de réprimer [...] la conduite désordonnée et tumultueuse »²⁶. En 1938, dans le *Renvoi sur l'Adoption Act* la Cour suprême a écrit, sous la plume du juge Duff, que « l'élimination du crime et des troubles de l'ordre public a, depuis le tout début de la confédération, été reconnue comme étant la responsabilité des provinces »²⁷. Et dans *Bédard c. Dawson*, arrêt de la Cour suprême rendu en 1923 on lit, sous la plume du juge Idington, la proposition fondamentale suivante : « [...] c'est le devoir de la législature de faire tout ce qui est en son pouvoir pour prévenir et faire disparaître, dans toute la mesure du possible, tout ce qui peut tendre à favoriser la crime »²⁸. Cette dernière affirmation n'est pas fausse en soi, mais, on le verra, elle est trop large. En effet, on pourrait l'appliquer à la moitié peut-être de toutes les lois fédérales et provinciales. D'autre part, elle laisse croire que toute loi provinciale est valide pourvu qu'elle poursuive ce but. En ce sens elle devient inexacte. Ce qu'il faut dire c'est qu'une loi provinciale, pour être valide, doit avoir nécessairement comme sujet principal un élément mentionné à l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, si c'est le cas, elle peut très bien avoir été adoptée dans le but d'éliminer des conditions favorisant le crime. Il est absolument essentiel que le sujet de la loi se retrouve à l'article 92, qu'il s'agisse d'une question de réglementation d'un commerce local, de protection de la jeunesse ou autre. Comme l'a écrit le juge Laskin dans l'affaire *Dupont* :

26. [1883] 9 A.C. 117, cité par le juge Beetz dans l'affaire *Dupont*, *supra* note 19, p. 791.

27. [1938] R.C.S. 398, p. 403, cité aussi par le juge Beetz dans *Dupont*, p. 791.

28. [1923] R.C.S. 681, p. 684, traduit dans F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 760.

Il ne découle pas de ce qui précède que le pouvoir législatif provincial ne peut s'étendre à des questions impliquant des considérations morales, mais il faut que ces questions soient elles-mêmes rattachées aux pouvoirs provinciaux et qu'en plus elles ne soient pas en conflit avec la législation fédérale valide ²⁹.

Nous pouvons maintenant examiner chacun des domaines où ont été adoptées des lois susceptibles d'être jugées empiéter sur le droit criminel.

III. LES FILMS

Dès le début du siècle, les provinces canadiennes se sont mises à légiférer en matière de cinéma, sans trop se poser la question de savoir si ce sujet, dont on ne parle pas dans la constitution, tombait dans leur champ de compétence. L'Ontario fut l'une des premières à agir en ce sens ³⁰. La plupart des législations sont au même effet. Elles mettent sur pied un organisme public qui a pour tâche de réglementer les caractéristiques physiques des salles de cinéma, mais surtout de délivrer les visas autorisant la projection en public des films. Cet organisme a généralement le pouvoir de classer les films et aussi de les censurer au besoin. À ce sujet la loi lui donne carte blanche, en ce sens qu'il a la tâche d'élaborer lui-même les critères à respecter pour l'obtention d'un visa, critères qui peuvent être modifiés chaque fois que cela est jugé nécessaire.

La loi québécoise se conforme aussi à ce modèle. La Régie du cinéma a le devoir de classer les films ³¹, mais peut aussi les censurer en tout ou en partie puisque l'article 81 de la loi prévoit qu'un film sera classifié si la Régie est d'avis « que le contenu du film ne porte pas atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, notamment en ce qu'il n'encourage ni ne soutient la violence sexuelle » ³².

On devine qu'un tel état de fait devait inévitablement soulever un litige. Puisque les organismes provinciaux ont le pouvoir de censurer les films, et ce en vertu de leurs propres critères, il est très facile d'imaginer que certains films se sont vus refuser un visa, parce que jugés indécents, immoraux ou obscènes. Se pose inévitablement alors la question de savoir s'il y a empiètement sur la compétence fédérale sur le droit criminel. En effet, l'article 163 C.cr. interdit les « représentations » obscènes, indécentes ou immorales, et l'alinéa 159(1)(a) interdit la publication de quelque objet que ce soit jugé obscène.

La Cour suprême a eu l'occasion de trancher cette question en 1978 dans l'affaire *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil* ³³ où le film

29. Cf. *supra*, note 22, p. 683.

30. Cf. S.O. 1911, c. 73.

31. *Loi sur le cinéma*, L.Q. 1983, c. 37, art. 81.

32. *Ibid.*

33. Cf. *supra*, note 22.

Le Dernier tango à Paris avait été l'objet d'un refus de projection en Nouvelle-Écosse par le *Board of Censors*. L'organisme n'avait pas fourni les motifs de son refus, mais tous ont tenu pour acquis, y compris la Cour suprême, que des raisons morales l'avaient animé. Le juge Ritchie, qui rendit l'opinion majoritaire jugea la loi valide, car il la qualifie de relative au commerce local, c'est-à-dire les films qui se trouvent à l'intérieur de la province. On le voit dans la phrase suivante, où il utilise les adverbes « principalement » et « globalement » :

La Loi et le Règlement pris globalement me semblent principalement orientés vers la réglementation, la surveillance et le contrôle de l'industrie du cinéma dans la province³⁴.

Selon ce raisonnement, puisque les provinces peuvent constitutionnellement réglementer un commerce local, elles peuvent instaurer un régime de permis et décider des conditions à respecter avant qu'un permis soit accordé. Et il n'y aurait pas de limites préétablies au nombre et au type de conditions dont les provinces peuvent décider d'assortir les permis.

Quant à l'argument spécifique à l'effet que la loi empiétait sur le droit criminel, le juge Ritchie l'a rejeté, car à son avis, la loi ne cherche pas, à l'instar du droit criminel, à prohiber certaines activités et à punir les contrevenants. La loi, au lieu d'avoir un caractère répressif, serait surtout préventive : elle empêcherait la représentation de nombreux films qui risqueraient justement, s'ils étaient projetés, de faire l'objet d'accusations, en vertu du *Code criminel*³⁵.

L'un des passages les plus intéressants du jugement traite de l'argument à l'effet que des objections morales expliquaient le refus du visa. Le juge Ritchie cite sur ce point un passage de la décision *P.A.T.A.* du Conseil privé où l'on fait une distinction entre les notions de criminalité et d'immoralité :

La moralité et la criminalité sont loin d'être la même chose; de même la criminalité ne fait pas nécessairement partie d'un domaine plus étendu qui serait la moralité³⁶.

On pourrait donc représenter le lien entre ces deux concepts par deux ensembles qui s'interpénètrent partiellement. Ainsi, certaines choses peuvent être déclarées criminelles sans être jugées immorales par la majorité des gens (v.g. par. 234(2) C.cr. interdisant le ski nautique la nuit). À l'inverse, certains comportements réprouvés par la morale (v.g. l'homosexualité, la tentative de suicide) peuvent ne pas être déclarés actes criminels. Il y aurait ainsi un vaste domaine de comportements

34. Id., p. 688.

35. Id., p. 692.

36. Ibid., *P.A.T.A. c. Procureur général du Canada*, [1931] A.C. 310, p. 324, cité par le juge Ritchie à la p. 692.

immoraux où les parlements provinciaux peuvent intervenir sans empiéter sur la compétence fédérale. L'important à retenir est qu'une loi provinciale sera valide si son sujet est visé par l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en l'occurrence le paragraphe 92(13) (propriété et droits civils, dont le commerce local) et le paragraphe 92(16) (les questions locales). Si c'est le cas, il importe peu qu'elle soit fondée sur des considérations morales.

Le juge Laskin, qui rendit l'opinion dissidente, ne se gêna pas pour affirmer que le jugement majoritaire était une aberration où la forme l'emporte sur le fond. Il est vrai que le refus de l'octroi d'un visa n'entraînait ni pénalité ni sanction, mais, rétorque-t-il :

[...] peut-on dire vraiment qu'aucune infraction n'est créée quand le détenteur d'un permis qui contrevient à l'ordonnance risque l'annulation de son permis et une amende ³⁷.

À son avis, la véritable question posée dans ce pourvoi est de savoir si une province a le pouvoir illimité de décider quel film peut être présenté en public, selon quelque critère que ce soit : religieux, moral, politique, etc. En d'autres termes, une province pourrait revendiquer :

[...] le droit de protéger les bonnes mœurs en évitant que le public soit exposé à des films, des idées et des images qu'elle considère comme moralement offensants, indécents et probablement obscènes ³⁸.

Le rejet total de cette prétention ne se fit pas attendre :

La définition de ce qui est décent, indécent ou obscène, dans un comportement ou une publication, ce qui peut moralement être montré au public dans les arts ou dans les spectacles, relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada aux termes de son pouvoir énuméré de légiférer relativement au droit criminel ³⁹.

Sur la question du lien entre criminalité et immoralité, il n'est pas en désaccord complet avec son collègue le juge Ritchie, mais il ne peut se convaincre que la loi puisse être qualifiée de relative au commerce local ou à l'utilisation de locaux ⁴⁰.

On peut tenter de résumer ce que la décision *McNeil* reconnaît comme compétence législative aux provinces en matière de films. Il est clair, depuis cette décision, que les provinces peuvent mettre sur pied des organismes de réglementation du cinéma, qui ont le pouvoir de régir les salles, classer les films et aussi les censurer en tout ou en partie. Cette censure peut se fonder sur plusieurs motifs ⁴¹, y compris des considérations

37. Cf. *supra*, note 22, p. 682.

38. *Id.*, p. 680.

39. *Ibid.*

40. Cf. *supra*, note 38, pp. 683-684.

41. Ces motifs doivent depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982 être formulés dans la loi ou un règlement ou un autre texte ayant force juridique sinon ils seront jugés invalides car empiétant irrémédiablement sur une liberté

morales, sans que cela soit jugé empiéter sur le droit criminel. Trois *caveats* cependant : comme le dit le juge Ritchie à la fin de son opinion, il se pourrait que des visas soient refusés pour des motifs qui empièteraient sur des libertés fondamentales telle la liberté d'expression. Les décisions de l'organisme de réglementation pourraient dans ce cas être contestées avec succès devant les tribunaux⁴². L'opinion du juge Ritchie a aussi pour effet d'établir une distinction entre les critères utilisés par les organismes provinciaux pour accorder ou non un visa à un film et ceux qu'on retrouve à l'article 159 C.cr. Il devient ainsi clair que la détention d'un visa ne peut constituer une défense valable à une accusation d'avoir montré en public un film obscène et, à l'inverse, un visa peut être refusé sans qu'un film soit jugé enfreindre l'article 159 C.cr. Enfin, dans cette affaire, fut jugé invalide l'article 32 de la loi provinciale interdisant les représentations indécentes ou inconvenantes. On jugea qu'il y avait empiètement sur le droit criminel, puisqu'on reproduisait essentiellement les dispositions de l'article 163 C.cr.

Ce dernier élément montre que l'arrêt n'est pas exempt de toute ambiguïté. Bien sûr, personne ne contestera à l'avenir le droit des provinces de légiférer dans le domaine du cinéma et on comprend les motifs fournis par le juge Ritchie pour juger la loi valide dans *McNeil*. Mais on voit que la frontière entre le droit criminel et la compétence provinciale n'est pas clairement tracée. On déclare en effet invalide un texte de loi interdisant les spectacles indécents mais est valide la décision d'une régie du cinéma interdisant la projection d'un film parce qu'à son avis il contiendrait des scènes indécentes. Qu'est-ce qui explique la différence entre ces deux situations? L'opinion du juge Ritchie peut mener à la conclusion qu'est invalide seule la loi provinciale qui contient une disposition identique à un article du *Code criminel*. Pourtant cela est impossible. On sait que les provinces ne peuvent créer de nouveaux crimes; elles ne peuvent rajouter à ce qui existe déjà dans le *Code criminel*. À partir de quand une province empiète-t-elle sur le droit criminel? Cette question ne trouve manifestement pas réponse complète dans l'arrêt *McNeil* et on devine que la Cour suprême aura à se pencher à nouveau sur le sujet pour nous éclairer davantage.

IV. LES « ARCADES DE JEUX »

Cette question est perçue par plusieurs municipalités comme moins aiguë que d'autres mais elle fait néanmoins l'objet d'une réglementation à maints endroits. Les villes qui les régissent considèrent, à

fondamentale : cf. *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 58 (Ont. H. Ct.), confirmé en appel à (1984) 5 D.L.R. (4th) 766 (Ont. C.A.).

42. Cf. *supra*, note 22, p. 700.

tort ou à raison, qu'elles ont un impact néfaste sur la jeunesse (flânage, habitude du jeu, mauvaise gestion de l'argent de poche...) et qu'elles attirent des éléments indésirables de la société, tels les revendeurs de drogue. Ceux qui contestent les règlements municipaux soulèvent principalement qu'il s'agit d'une tentative de réglementer les paris et les jeux de hasard, ce qui fait l'objet des articles 185 et 189 du *Code criminel*. Un cas a fait l'objet d'une décision qui s'est rendue jusqu'en Cour suprême du Canada.

Il s'agit de l'affaire *Arcade Amusements Inc. c. Ville de Montréal*⁴³ mettant en jeu la validité du *Règlement 5156* de la ville de Montréal. Il s'agit d'un texte fort détaillé sur les appareils et salles d'amusement, dont les deux articles les plus contestés interdisaient l'utilisation de tels appareils ou locaux à moins de 200 mètres d'une école et en réservaient la fréquentation aux plus de 18 ans. La compagnie appelante voulait faire déclarer invalide le règlement pour plusieurs motifs⁴⁴, notamment parce qu'il aurait un caractère prohibitif : sous l'apparence d'un règlement de zonage, il viserait à interdire le jeu considéré sous l'aspect de la moralité publique et du droit criminel.

Le juge Beetz n'a pas eu de difficulté à rejeter cet argument. S'appuyant sur les motifs du juge de première instance, il qualifia le règlement de relatif à un commerce local, au zonage, visant à protéger la jeunesse, et adopté à des fins de police, c'est-à-dire ayant pour but de préserver, dans les limites de la municipalité, la paix et de réprimer les conduites désordonnées et tumultueuses. En un paragraphe⁴⁵, il fournit quatre motifs appuyant la validité du règlement, fondés sur les paragraphes 8, 13 et 16 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sur la question de la protection de la jeunesse et de la prévention de conditions favorisant le crime, le juge Beetz fit preuve d'une fine connaissance de la psychologie infantile en expliquant à quels dangers sont exposés les enfants qui fréquentent ces établissements. Dotés de moyens financiers limités, il arrive inévitablement un moment où, à bout de ressources, ils sont susceptibles de se faire proposer par des adultes ou d'autres jeunes des moyens louches de s'en procurer davantage, d'où le risque de corruption et de délinquance que les autorités municipales ont raison de vouloir combattre. Fait à noter, le juge ajoute qu'il importe peu que les mesures contenues dans le règlement soient efficaces, ni que les salles d'amusement contribuent effectivement à la délinquance. Vu le principe de validité des lois, il suffit qu'au moment où le texte a été adopté l'autorité compétente ait été de bonne foi.

43. (1985) 58 N.R. 339, 18 D.L.R. (4th) 161. Jugement unanime de la cour, rendu par le juge Beetz.

44. La plus grande partie de la décision porte sur des considérations relevant du droit administratif.

45. Cf. *supra*, note 43, p. 356.

On en déduit que les municipalités et les provinces ont constitutionnellement le pouvoir de réglementer ce type de commerce comme bon leur semble. Notons toutefois que le règlement municipal n'interdisait pas carrément les appareils et salles d'amusement. Cela risquerait d'être jugé illégal. Du point de vue du droit administratif, il s'agirait d'un règlement dont la caractéristique principale est d'interdire et non de réglementer une activité⁴⁶ et du point de vue du droit constitutionnel il y aurait danger qu'un juge déclare que le règlement fait essentiellement double emploi avec les dispositions du *Code criminel* sur le jeu.

V. LA PROSTITUTION

Plusieurs municipalités ont historiquement tenté de s'attaquer au fléau de la prostitution avec les moyens mis à leur disposition par les lois provinciales sur les cités et villes. Fortes d'un pouvoir général de réglementer les places publiques (rues, parcs et trottoirs), elles ont cherché à contenir ou éliminer la prostitution par des textes portant sur la bonne circulation automobile ou piétonnière.

Les règlements municipaux ont surtout été adoptés dans la décennie 1972-82. C'est qu'en 1972 la disposition du *Code criminel* sur le vagabondage et le flânage a été abolie et remplacée par un texte plus précis, soit l'article 195.1, qui se lisait comme suit :

toute personne qui sollicite une personne dans un endroit public aux fins de la prostitution est coupable d'une infraction⁴⁷.

Le ministère public a connu beaucoup de difficultés dans les poursuites relatives à cette disposition. La Cour suprême a, en effet, rendu deux décisions importantes qui ont eu pour effet de réduire la portée de l'article 195.1. Dans *Hutt c. R.*⁴⁸, une prostituée, répondant au sourire d'un policier en civil, monta dans sa voiture et lui offrit spontanément ses services. La cour renversa la condamnation parce que l'automobile du policier n'était pas un « endroit public » au sens du *Code criminel*. D'autre part, et surtout, mademoiselle Hutt n'avait pas fait de « sollicitation » comme l'exige l'article 195.1 car, selon le dictionnaire, il faut un élément d'insistance et de pression pour qu'il y ait sollicitation, ce que la preuve n'avait pas établi. Dans *R. c. Whittier*⁴⁹, une condamnation fut aussi renversée. La question posée était de savoir si la « sollicitation » peut se déduire du racolage antérieur et répété de plusieurs

46. Sur le règlement totalement prohibitif, cf. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, Montréal, Éd. Yvon Blais inc., 1982, pp. 129-130.

47. S.C. 1972, c. 13, art. 15.

48. [1978] 2 R.C.S. 476.

49. [1981] 2 R.C.S. 606.

personnes non identifiées ou s'il doit se manifester dans le racolage même de la personne censée avoir été sollicitée. Selon la cour, chaque acte de racolage est un acte distinct de sorte que la Couronne doit prouver que l'agent double qui a été sollicité le fut avec insistance.

Avant que le Parlement fédéral, en réponse aux échecs répétés de la Couronne, n'ait modifié le *Code criminel*⁵⁰, certaines municipalités ont voulu corriger cet état de fait et se sont mises à légiférer carrément sur la prostitution. Elles ont connu un certain succès, surtout au niveau des instances inférieures. Ainsi dans *R. c. Westendorp*⁵¹ la ville de Calgary avait adopté un règlement sur le sujet, définissant la prostitution comme la vente ou l'offre de services sexuels. L'article 6, le plus important, prévoyait sans ambage que « No person shall be or remain in a street for the purpose of prostitution », et « No person shall approach another person on a street for the purpose of prostitution ». Suivait une disposition sur la sanction, prévoyant une peine maximale de 500 \$ d'amende et six mois de prison. Le règlement fut jugé valide par la *Court of Appeal* de l'Alberta malgré qu'il semblait bien porter sur le même sujet que l'article 195.1 C.cr. et était même plus sévère vu qu'il n'exigeait pas de sollicitation avec insistance. La cour jugea que le règlement portait sur l'élimination des nuisances publiques et des conduites désordonnées. Il voulait éviter aux citoyens l'irritation et l'embarras causés par des offres non sollicitées. Quant à l'argument à l'effet que le règlement empiétait sur l'article 195.1, elle dit qu'il n'y avait pas de conflit entre les deux textes, et que, malgré leur similarité, ils traitaient chacun d'un aspect différent de la réalité. Le *Code criminel* interdirait la prostitution en tant que telle, alors que le règlement municipal traite principalement de l'élimination d'une nuisance à la bonne circulation piétonnière.

La Cour d'appel du Québec raisonna de façon similaire dans *Ville de Montréal c. R. Goldwax*⁵². Le *Règlement 5464* de la ville de Montréal prévoyait qu'il « est interdit de se tenir dans un endroit public aux fins de la prostitution ou d'y aborder une personne à ces fins ». La Cour supérieure avait estimé le règlement *ultra vires*, mais le juge Bélanger, au nom de la majorité, fut d'avis contraire, en s'appuyant essentiellement sur la décision *Dupont c. Ville de Montréal*⁵³. Il qualifia ainsi le règlement :

Considéré dans son ensemble, son texte révèle que le but réel, la portée véritable du règlement est d'assurer aux citoyens leur libre circulation sur la

50. En 1985, le texte de l'article 195.1 fut modifié (S.C. 1985, c. 50, art. 1) de façon à contourner les décisions de la Cour suprême. On y prévoit spécifiquement (par. 2) qu'une automobile est un endroit public et que l'infraction est commise dès qu'une personne communique avec une autre dans le but de se livrer à la prostitution (al. 1(c)).

51. (1982) 134 D.L.R. (3d) 338. Cf. le commentaire de J.D. WHYTE à 32 C.R. (3d) 107, pp. 107-117.

52. [1983] C.A. 342.

53. Cf. *supra*, note 19.

voie publique, leur utilisation paisible des endroits publics, en plus d'y interdire des activités favorisant la criminalité⁵⁴.

Et plus loin :

Dans chaque cas, l'activité interdite est considérée comme dommageable aux citoyens, qu'elle soit suivie ou non de la commission d'un acte criminel⁵⁵.

On voit qu'il a accepté la totalité des motifs avancés par les municipalités pour justifier une compétence sur le sujet. La disposition incriminée du règlement avait bien un caractère prohibitif mais cela n'était pas crucial parce qu'elle s'imbrique dans l'ensemble d'un texte, le *Règlement 5464*, dont la caractéristique principale est de régir, moyennant certaines interdictions, la circulation sur les rues et trottoirs.

La Cour suprême, par la plume du juge Laskin, renversa les décisions *Westendorp* et *Goldwax*⁵⁶. À notre avis, il a eu raison de dire dans l'affaire *Westendorp* que l'article 6 du règlement municipal de Calgary avait un caractère tout à fait particulier. S'il avait vraiment cherché à régir les rassemblements de personnes dans les rues ou leur encombrement, il n'aurait pas fait allusion à ce que font ou disent les personnes. En l'occurrence, un encombrement de la rue ne constituait pas une infraction à l'article 6. L'infraction découlait de l'existence d'une offre ou sollicitation en vue de la prostitution⁵⁷. C'est donc empiéter carrément sur le droit criminel.

Le juge Laskin fit aussi une distinction entre cette affaire et la décision *Dupont*, dans laquelle le règlement anti-manifestation de la ville de Montréal avait été reconnu valide. Dans *Dupont*, il s'agissait d'une mesure essentiellement temporaire et qui visait clairement la tenue d'assemblées, défilés ou attroupements⁵⁸. Enfin, l'argument du double aspect fut aussi rejeté : on ne pouvait prétendre que le règlement traitait de la même réalité que celle envisagée à l'article 195.1 C.cr. mais sous un autre aspect⁵⁹. En réalité, la substance du règlement municipal consistait en la création d'un nouveau crime, défini de façon plus sévère même que les termes employés dans le *Code criminel*. Tout comme les provinces ou municipalités ne peuvent prétexter régir l'utilisation des trottoirs pour interdire la prostitution, elles ne peuvent légiférer sur les voies de fait ou le trafic de stupéfiants⁶⁰.

54. *Supra*, note 52, p. 345.

55. *Ibid.*

56. *Westendorp c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 43; *R. Goldwax c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 525.

57. *Westendorp c. R.*, *supra*, note 56, p. 52.

58. *Cf. supra*, note 19.

59. *Cf. supra*, note 57, p. 53.

60. *Id.*, p. 54.

On doit retenir de ces décisions que les municipalités ont certes un vaste pouvoir de régir la circulation sur les rues et trottoirs, l'utilisation des places publiques, et que ce faisant elles peuvent prendre des mesures destinées à éliminer des conditions qui favorisent le crime. Mais il doit s'agir de textes qui, lorsqu'on les qualifie au point de vue constitutionnel, portent essentiellement sur une question de compétence provinciale. Il ne peuvent avoir comme effet principal de créer un crime, ni même de reproduire une disposition se trouvant dans le *Code criminel*. Sur ce dernier point, il faut dire qu'il peut arriver très exceptionnellement qu'une disposition réglementaire jugée valide soit quasi identique à un article du *Code criminel*. Ainsi en est-il de l'interdiction dans divers codes de la route de quitter les lieux d'un accident de la route, ou de conduire avec facultés affaiblies. Dans ces cas, les tribunaux estiment qu'il s'agit de dispositions qui ont un double aspect, relevant autant d'une compétence provinciale sur les routes que d'une compétence fédérale sur le droit criminel⁶¹. Mais, dans la majorité des cas, force nous est de constater qu'un règlement qui reprend textuellement ou presque une disposition du *Code criminel* sera jugé invalide par les tribunaux parce que relatif précisément au droit criminel.

VI. LES KIOSQUES À JOURNAUX ET REVUES

La réglementation municipale en ce domaine est relativement récente. On peut penser que les villes ont traditionnellement considéré que les dispositions du *Code criminel* canadien sur l'obscénité suffisaient pour endiguer le flot de livres ou revues dits « pour adultes », soit à caractère érotique ou pornographique. Mais pour répondre aux demandes pressantes de certains groupes de citoyens, surtout de groupes féministes, elles ont adopté des dispositions qui, pour la plupart, n'interdisent pas ce commerce mais le réglementent en exigeant la détention d'un permis et la disposition des revues ou livres de cette nature à une distance minimale du sol et de façon à ce que seul le titre soit visible.

Une décision importante a été rendue à ce sujet, qui au niveau de la décision en appel, est conforme, on le verra, aux principes qui se dégagent de la jurisprudence vue jusqu'ici. Il s'agit de l'affaire *Re Info. Retailers Ass'n of Metro Toronto Inc and Municipality of Metro Toronto*⁶². En Ontario, le *Municipal Act* accorde spécifiquement aux municipalités le pouvoir de réglementer les librairies ou tabagies vendant du matériel érotique. La ville de Toronto avait, en conséquence, adopté

61. *Vg. R. c. Morley*, (1986) 44 Sask. R. 4 (Q.B.).

62. (1985) 13 D.L.R. (4th) 251 (Ont. H.C.); confirmé à l'appel à (1986) 22 D.L.R. (4th) 161 (Ont. C.A.).

en 1983 un règlement sur le sujet. On y définissait l'expression « publication réservée aux adultes » comme toute représentation de la région génitale ou anale ou, pour les femmes, des seins, de façon à susciter l'appétit sexuel. Ces documents devaient être placés à une distance d'au moins 1,5 mètre du sol et disposés de façon à ce que seul le titre soit visible. L'association des détaillants de journaux contesta la validité du règlement pour plusieurs motifs, notamment parce qu'il empiéterait sur la compétence fédérale sur le droit criminel.

En première instance, la *High Court* admit que des motifs moraux expliquaient probablement les agissements du Parlement provincial et de la ville en l'occurrence. C'est ce qui lui fit conclure que le règlement et l'article de la loi sur lequel il est basé sont *ultra vires* : il s'agissait d'une tentative de réglementer une question de moralité publique. La sévérité des peines prévues au règlement (amende de 10 000 \$ et un an d'emprisonnement pour les particuliers) militait aussi en faveur de cette conclusion. On jugea également que le règlement traitait de choses déjà prévues à l'article 159 C.Cr. sur les publications obscènes, mais en étant encore plus sévère, vu que des documents simplement érotiques étaient visés au règlement. Il y avait donc conflit entre une loi fédérale qui tolérait les publications érotiques et une loi provinciale les sanctionnant.

La *Court of Appeal* a complètement renversé cette décision. Se basant sur les affaires *McNeil* et *Arcade Amusement*, le juge Robins dit que la moralité n'est pas une valeur constitutionnelle autonome, en ce sens que le Parlement fédéral et les provinces peuvent avoir des motifs moraux en adoptant des lois. Ce qui est essentiel est de dégager le sujet véritable du texte en jeu. Ici, il estima qu'il s'agissait fondamentalement de la réglementation d'un commerce local de façon à prémunir les jeunes esprits de cette influence qui pourrait être maléfique⁶³. À son avis, le règlement ne pouvait constituer du droit criminel, car il ne cherchait pas à définir les concepts « immoral », « obscène » ou « indécent » et n'interdisait pas la vente de ces publications, ni aux adultes, ni aux mineurs; il ne faisait qu'encadrer ce commerce. Le juge trouva aussi un fondement constitutionnel au règlement au paragraphe 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (les questions locales et privées) car la loi laissait à chaque municipalité le soin de définir le genre de réglementation à laquelle on voulait soumettre ces commerces⁶⁴. Enfin, il n'y avait pas de conflit entre le règlement et l'article 159 C.cr.; ils diffèrent fondamentalement d'objet et de but et il est facile pour un citoyen de se plier simultanément aux deux ensembles de dispositions⁶⁵.

Retenons de cette décision que les parlements provinciaux et les municipalités qui en ont reçu le pouvoir, peuvent réglementer le

63. *Id.*, p. 174.

64. *Id.*, p. 175.

65. *Id.*, p. 176.

commerce des publications érotiques, mais non l'interdire carrément. Elles ne pourraient non plus substituer leur propre définition de l'obscénité à celle existant dans le *Code criminel*.

VII. LES SALONS DE MASSAGE ET SERVICES D'ESCORTE

Plusieurs villes se sont intéressées à cette question dans la seconde moitié des années 1970, alors que sont apparus des salons de massage d'un « nouveau genre » dans les grandes villes canadiennes. Ces établissements offrent en réalité des services sexuels dispensés par de soi-disant « masseuses » qui donnent des massages dans un état de nudité partielle ou totale selon le désir du client et sa volonté de payer un surplus. Certains endroits sont aussi dotés de pièces où les clients peuvent peindre, dessiner, photographier ou sculpter des modèles qui posent nus. Les édiles municipaux ont probablement été mûs par des objections d'ordre moral vis-à-vis ce nouveau genre de divertissement, mais aussi par des plaintes de propriétaires de salons de massage traditionnels qui estimaient qu'on leur faisait une concurrence déloyale.

Dans *Re Try-San International Ltd and City of Vancouver*⁶⁶, on trouve le texte du règlement de la ville de Vancouver, qui paraît assez typique. Il constitue une réglementation assez détaillée de ces établissements, dont les principales dispositions sont les suivantes. Les propriétaires doivent remplir une déclaration au bureau du chef de police les identifiant, ainsi que leur personnel, qui doit absolument être majeur. Les clients aussi doivent avoir plus de 18 ans; les pièces où se donnent les massages doivent être munies de portes sans serrures et sans fenêtres; les masseuses doivent porter des vêtements propres et opaques couvrant le corps du cou jusqu'au genoux; enfin, il ne doit y avoir aucune identification à l'extérieur de ces établissements laissant deviner qu'on y offre des services ou des divertissements de nature sexuelle, et le « commerce » doit fermer ses portes à minuit au plus tard.

Plusieurs motifs ont été avancés pour faire déclarer invalides les règlements municipaux, certains relevant du droit administratif. On a ainsi allégué que les règlements ont été adoptés de mauvaise foi ou sont discriminatoires ou qu'ils cherchent essentiellement à prohiber une activité plus qu'à la réglementer. Tous ont échoué, même ceux basés sur des arguments de droit constitutionnel, à l'effet qu'on cherchait à réglementer la moralité publique et privée.

Quelques décisions n'ont étudié que les arguments relevant du droit administratif. Les juges les ont rejetés car à leur avis, il n'y avait tout

66. (1978) 83 D.L.R. (3d) 236 (B.C.C.A.).

simplement pas suffisamment de preuve à l'effet que le conseil municipal aurait agi de mauvaise foi ou de façon discriminatoire⁶⁷.

Les arguments de droit constitutionnel n'ont pas eu plus de succès. Dans *Cal Investments Ltd c. City of Winnipeg*⁶⁸, la *Court of Appeal* du Manitoba s'est appuyée sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *McNeil*⁶⁹ pour conclure que le règlement cherche moins à interdire qu'à réglementer, c'est-à-dire organiser juridiquement, un commerce en particulier. La cour prit bien note du fait que le règlement ne portait pas tant sur la conduite des masseuses que sur la façon dont les établissements peuvent être opérés. Il s'appliquait à tous les établissements de ce genre, qu'il s'agisse des traditionnels ou ceux du « nouveau genre » et leur imposait des règles communes. Encore une fois l'argument basé sur les motifs moraux des conseils municipaux fut rejeté car d'autres décisions ont établi qu'il ne s'agit pas d'un motif suffisant pour faire invalider un règlement : il faut plutôt voir s'il porte sur un sujet de compétence provinciale, en l'occurrence, le commerce local⁷⁰.

Il n'y a qu'une décision, à notre avis, traitant de « services d'escorte » : *Re Canada and City of Winnipeg*⁷¹. La *Court of Appeal* du Manitoba a étudié un règlement de la ville de Winnipeg, adopté en 1980, ayant pour effet de réglementer ce service de façon assez semblable à ce qui existait pour les salons de massage. La ville voulait éviter que ce service, qui peut avoir une fonction légitime, ne soit dévoyé en service de location d'hétaïres ou prostituées. Ici le règlement fut jugé valide; il prévoyait que des dossiers devaient être conservés sur le nom des clients, le service fourni et le prix exigé. Ces dossiers devaient être fournis « en tout temps » à l'inspecteur municipal désigné. La cour s'est appuyée sur la jurisprudence antérieure⁷² pour affirmer qu'il s'agissait d'une mesure de réglementation et sur une disposition très générale du *City of Winnipeg Act* accordant à la ville le pouvoir d'adopter tout règlement relatif à la santé et sécurité publique et au bien-être des habitants.

VIII. LES « CLUBS » DE DANSEUSES ET DANSEURS

Cette question est certes celle qui a donné le plus de difficulté aux tribunaux. Elle a fait l'objet d'un grand nombre de décisions. On a l'impression, à les lire, qu'elles sont contradictoires les unes par rapport

67. Voir aussi, au même effet, *Re Moffat and City of Edmonton*, (1979) 99 D.L.R. (3d) 101 (Alb. Sup. Ct.).

68. (1978) 84 D.L.R. (3d) 699 (Man. C.A.).

69. Cf. *supra*, note 22.

70. Cf. *supra*, note 68, p. 705.

71. (1985) 15 D.L.R. (4th) 632 (Man. C.A.).

72. *Id.*, pp. 634-635.

aux autres, ou, si ce n'est pas le cas, qu'il est très difficile d'en dégager un fil conducteur. On peut tout de même les regrouper, pour fins d'étude, en deux catégories. Il y a celles qui traitent de règlements municipaux sur les règles de conduite à suivre des participants ou participantes à des spectacles ou aux clients de lieux de divertissements réservés aux adultes. D'autres décisions portent sur la question encore plus difficile de savoir si l'organisme provincial qui accorde les permis d'alcool peut directement ou indirectement réglementer les spectacles offerts dans ces établissements ou la conduite des « artistes » qui y travaillent.

La décision de la Cour du Banc de la Reine en 1969 dans l'affaire *L'abbé c. Ville de Montréal*⁷³ fait partie de la première catégorie. Elle concerne la validité d'un règlement de la ville de Montréal à l'effet que les employés et artistes des établissements offrant des boissons alcooliques ne devaient pas fraterniser avec les clients de l'établissement, soit s'asseoir à leur table, ou danser ou boire avec eux. Le jugement n'est pas très éclairant parce que sur l'argument à l'effet qu'un nouveau crime est créé, le juge Casey s'est contenté d'écrire : « [...] it has not been established [...] that the acts contemplated by by-law 3416 fall into an area already indicated by the Federal [Parliament] as being within the general field of criminal law »⁷⁴. Cela laisse entendre qu'un règlement ne serait invalide que s'il porte sur un sujet déjà couvert par le *Code criminel*. On a vu que cela ne peut être le cas, vu que les municipalités n'ont pas le droit de créer un nouveau crime. Le juge Casey a dû anticiper cette difficulté car il écrit : « this does not mean [...] that there cannot be encroachment on the field of criminal law unless Parliament have already declared the act in question a crime »⁷⁵. Mais il n'est pas plus explicite sur le sujet. On peut quand même retenir de la décision que fut jugé valide un règlement municipal sur la conduite des « artistes » travaillant dans des établissements détenteurs de permis d'alcool.

Les décisions subséquentes datent des années 1980 et traitent de règlements municipaux qui s'attaquent carrément à la question de la nudité masculine ou féminine dans les établissements offrant des biens ou services cherchant à satisfaire l'appétit sexuel des personnes qui les fréquentent. En 1981, dans *Re Sharlmark Hotels and Municipality of Metro Toronto*⁷⁶, la *High Court* d'Ontario a jugé valide un règlement exigeant d'abord que tout propriétaire d'établissement appelé *adult entertainment parlour* soit détenteur d'un permis. Le règlement s'appuyait sur une disposition de la loi provinciale (le *Municipal Act*) déléguant clairement aux municipalités le pouvoir de régir ce type d'établissement.

73. [1969] B.R. 1098.

74. *Id.*, p. 1102.

75. *Ibid.*

76. (1981) 121 D.L.R. (3d) 415 (Ont. H.C.).

Cette partie du règlement fut facilement jugée valide comme faisant partie du pouvoir général des municipalités de réglementer les commerces, qu'il s'agisse de les classer, inspecter, exiger un permis, etc.

La disposition la plus contestée du règlement était l'article 28. Selon son premier paragraphe, toute personne travaillant dans un *adult entertainment parlour* doit être vêtue proprement et décentement et se conduire de façon impeccable avec la clientèle. Le second paragraphe prévoit que les personnes qui fournissent des « services », soit des représentations sur scène ou services aux tables, doivent porter des vêtements opaques couvrant toute la région pubienne. Cela peut sembler répétitif par rapport au premier paragraphe, mais le paragraphe 2 avait été ajouté deux ans après le paragraphe 1 pour plus de certitude. À ce sujet, la cour fut d'avis que l'article 28 était également valide. Il ne créait pas de crime, ne traitait pas de spectacles indécents, immoraux ou obscènes. Il ne visait donc pas les mêmes comportements que ceux mentionnés aux articles 163 et 169 C.cr. : il y avait possibilité pour une personne d'enfreindre ces deux articles sans violer le règlement, et vice versa⁷⁷. Il n'y avait un empiètement possible que sur l'article 170 C.cr. interdisant la nudité en public. Mais le juge Saunders estima que les deux dispositions ne visaient pas exactement la même chose. La nudité totale en l'occurrence entraînait une violation du règlement, mais pas toujours de l'article 170 C.cr. puisqu'il contenait une défense d'excuse légitime, et, en l'absence de nudité totale, la Couronne doit faire la preuve, selon le paragraphe 170(2) C.cr., que la décence ou l'ordre public ont été offensés⁷⁸. C'est pourquoi il conclut que l'article 28 faisait valablement partie d'un mécanisme de réglementation et qu'il importait peu qu'il ait été adopté dans le but d'éliminer des conditions qui favorisent le crime.

En 1984 et 1985, la *Court of Appeal* d'Ontario est arrivée à une position contraire dans trois instances impliquant une situation semblable. Dans la décision *Nordee Investments Ltd*⁷⁹, un règlement de la ville de Burlington cherchait à prohiber à l'intérieur du territoire de la municipalité, « any form of activity, including dancing, where any part of the breasts or buttocks are exposed ». Le règlement s'appliquait surtout aux *adult entertainment parlours*. La cour aborda la question de la validité du règlement en appliquant les règles pertinentes aux domaines des conflits de loi et des champs inoccupés. À son avis, le règlement traitait au moins en partie de comportements déjà visés dans des articles du *Code criminel*, que ce soit le paragraphe 163(1) sur les représentations indécentes ou obscènes, l'article 169 sur les actes indécents en public ou l'article 170 C.cr. Cela ne le rendait pas automatiquement invalide puisqu'il pouvait

77. *Id.*, p. 426.

78. *Ibid.*

79. *Re Nordee Investments Ltd and City of Burlington*, (1985) 13 D.L.R. (4th) 37 (Ont. C.A.).

avoir un fondement législatif dans l'une des compétences législatives provinciales. Restait à voir s'il y avait conflit entre les dispositions du règlement et les articles du *Code criminel*. C'est ici qu'on arriva à une conclusion totalement opposée à celle de la *High Court* d'Ontario. Ici, la cour estima qu'il y avait conflit avec l'article 170 C.cr. Le règlement, sous le couvert de traiter des vêtements que doivent porter les personnes travaillant dans des endroits publics, prévoit une norme, quant à la nudité en public, encore plus sévère que les dispositions de l'article 170 C.cr. Cette norme est plus sévère parce qu'en vertu du règlement, la nudité entraîne nécessairement la violation, alors qu'en vertu du *Code criminel*, il reste toujours une défense d'excuse légitime et en cas de nudité partielle, la Couronne doit faire la preuve d'attentat à la décence ou à l'ordre public⁸⁰. On rejeta aussi l'argument à l'effet qu'il s'agit d'un texte qui cherche à prévenir la commission de crimes, vu qu'il s'applique à tant de situations et d'établissements qu'on ne peut vraiment dire qu'il aura une incidence réelle sur la criminalité⁸¹. On a enfin jugé que le règlement n'avait tout simplement pas de lien suffisant avec la question de la réglementation d'une activité commerciale. C'était plutôt une imposition d'une forme de censure⁸². Le tribunal ontarien arriva aux mêmes conclusions dans les décisions *Koumoudouros*⁸³ et *Sherwood Park*⁸⁴ où on a affirmé que le règlement incriminé portait sur la moralité publique et qu'il n'y avait tout simplement pas de lien rationnel suffisant entre la manutention salubre des aliments et la prescription d'un code vestimentaire.

Nous n'en dirons pas davantage sur ces décisions de la *Court of Appeal* d'Ontario car la Cour suprême les a analysées et rejetées en bloc dans l'affaire *Rio Hotel*⁸⁵.

Quelques décisions ont étudié la question du pouvoir de réglementer indirectement les spectacles de danseuses ou danseurs nus que pourraient posséder les organismes provinciaux chargés d'accorder les permis d'alcool. Ce pouvoir serait fondé tantôt sur une autorisation claire trouvée dans la loi, ou sur leur pouvoir général d'assortir les permis de conditions.

L'affaire *Rio Hotel* a donné lieu à deux séries de décisions devant les tribunaux. Dans le premier cas, qui s'est rendu devant la *Court*

80. *Id.*, pp. 45-46.

81. *Ibid.*

82. *Id.*, p. 51.

83. *Re Koumoudouros and Municipality of Metro Toronto*, (1986) 24 D.L.R. (4th) 638 (Ont. C.A.) renversant (1984) 6 D.L.R. (4th) 523.

84. *Re Sherwood Park Restaurant Inc. and town of Markham*, (1985) 48 O.R. (2d) 449 (Ont. C.A.).

85. *Rio Hotel Ltd c. Liquor Licencing Board of New Brunswick*, [1987] 2 R.C.S. 59, (1987) 77 N.R. 104, 44 D.L.R. (4th) 663.

of Appeal du Nouveau-Brunswick⁸⁶, fut contesté l'article 14 de la *Loi sur la réglementation des alcools* de cette province, à l'effet que la Commission peut annuler un permis lorsqu'elle est convaincue « que les spectacles ou divertissements offerts dans l'établissement titulaire d'une licence [...] sont immoraux, indécents ou obscènes ». La compagnie appelante avait décidé de présenter depuis avril 1981, dans son établissement des spectacles de danseuses nues. Elle fut convoquée en août 1982, après avoir été avertie de l'illégalité de son geste, à une audience publique où elle devrait expliquer pourquoi son permis ne devrait pas lui être retiré. Elle rétorqua en alléguant l'invalidité constitutionnelle de l'article 14 de la loi.

La décision de la cour fut rendue par le juge Le Dain. Il n'y avait pas d'hésitation à son avis à l'effet que la loi visait globalement à réglementer le commerce de l'alcool, ce qui est reconnu depuis fort longtemps être de compétence provinciale. Mais l'objet de l'article 14 était tout autre. Il qualifia l'article 14 en étudiant le but et l'effet. Selon lui son but était « de donner à la commission le pouvoir de contrôler la moralité des spectacles présentés dans les établissements licenciés par elle »⁸⁷; son effet était « d'interdire et punir par l'annulation ou la suspension de permis les titulaires de ce permis qui présentent ces spectacles que la Commission juge immoraux, indécents ou obscènes »⁸⁸. L'article contesté ne pouvait donc être considéré comme faisant partie d'une mesure de réglementation de l'utilisation des locaux, ou de leur sécurité, ou reliée au commerce des boissons alcooliques. Il viserait carrément la valeur morale et la qualité des spectacles qui y sont présentés, ce qui serait une intrusion directe dans la compétence fédérale sur le droit criminel. Le juge Le Dain rejeta ensuite l'argument d'une double compétence sur le sujet, la compétence fédérale exclusive sur le sujet apparaissant, entre autres, à l'article 163 C.cr. interdisant tout « spectacle, divertissement ou représentation immorale, indécente ou obscène ». Il se basa à ce sujet sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *McNeil*⁸⁹ où avait été déclaré invalide l'article 32 de la loi provinciale sur le cinéma interdisant les représentations « indécentes ou inconvenantes ».

Dans la seconde affaire *Rio Hotel*⁹⁰ et dans la décision *Marquis*⁹¹, la situation était quelque peu différente. On y attaqua encore la validité de certaines dispositions législatives, mais qui avait effet tout

86. (1983) 47 N.B.R. (2d) 436, 124 A.P.R. 436.

87. *Id.*, p. 440.

88. *Ibid.*

89. *Cf. supra*, note 22.

90. (1986) 29 D.L.R. (4th) 662 (N.B.C.A.).

91. *Entreprises C. et H. Marquis c. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1987] R.J.Q. 1369 (C.S.).

simplement de donner de vaste pouvoirs discrétionnaires à l'organisme provincial de réglementation. Dans *Rio Hotel* fut contesté l'article 63 de la même *Loi sur la réglementation des alcools*, modifiée probablement à la suite de la décision du juge Le Dain. L'article 63 prévoyait que la Commission provinciale pouvait accorder des permis de vente d'alcool pour des établissements où ont lieu des spectacles et assortir les permis de conditions « concernant la nature des spectacles et la conduite des participants à ces spectacles ». En l'occurrence, la Commission avait accordé un permis spécifiant, entre autres, que les spectacles de nudité intégrale n'étaient pas permis, et réglementant sévèrement les autres types de spectacles à saveur érotique. La *Court of Appeal* du Nouveau-Brunswick fut partagée sur la question mais la majorité estima que l'article 63 était *intra vires*. Dans un court passage, le juge Richard trancha le litige en appliquant les règles relatives aux lois à double aspect. À son avis, il y avait compétence concurrente sur le sujet⁹². La loi provinciale ne devait alors être déclarée invalide que si elle était en conflit avec la loi fédérale. Ce n'était pas le cas, car selon la définition moderne de conflit de loi fournie par la Cour suprême dans *McCutcheon*⁹³, il n'y a conflit que si le même citoyen ne peut en même temps respecter les prescriptions des deux lois, car elles sont contradictoires. Or, ce n'était clairement pas le cas ici. Quant à l'argument à l'effet que la loi provinciale est encore plus sévère que la disposition équivalente du *Code criminel* (en interdisant, sans aucune défense possible, la nudité en public) il le rejeta en disant, comme on l'avait fait, dans l'affaire *McNeil*, que les provinces peuvent imposer des « standards locaux de moralité »⁹⁴.

Dans la décision *Marquis*, la *Loi sur les permis d'alcool* du Québec prévoyait, à l'article 74, que la Régie peut accorder l'autorisation de présenter des spectacles ou la projection de films « si elle juge que l'activité qu'elle autorise ne nuira pas à la tranquillité publique ». En l'occurrence, la Régie, suite aux représentations de l'Aféas, notamment, assortit le permis d'une condition à l'effet que le détenteur ne devrait pas offrir un service de salons de bronzage, ni présenter des spectacles de danseuses nues. La Cour supérieure jugea que l'article 74 de la loi était valide, mais non la décision de la Régie. Selon le juge Corriveau, la Régie outrepassait son pouvoir de prendre des mesures pour préserver la tranquillité publique. Elle utilisait un moyen qui relevait clairement de la compétence fédérale sur le droit criminel. La question de la nudité

92. *Supra*, note 90, p. 668.

93. *Multiple Access Ltd c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

94. *Cf. supra* note 91, p. 669. Notons que le juge Richard fit porter la plus grande partie de ses motifs sur une question relevant des libertés fondamentales et qu'il n'était peut-être pas fâché de traiter rapidement de la question du partage des pouvoirs car il admet à la p. 669 son « complete lack of understanding of what constitutes provincial morality encroaching on an area of federal jurisdiction over criminal matters ».

publique étant traitée à l'article 170 C.cr., la Régie ne pouvait prendre à son compte ces interdictions, et encore moins être plus sévère que le *Code criminel*, ce qui était la situation en l'occurrence⁹⁵.

On voit que ce qui fait difficulté dans cette décision n'est pas tant la conclusion à l'effet que la loi est valide. Il est assez évident qu'il s'agit d'une disposition qui s'inscrit dans le pouvoir général des provinces de réglementer le commerce de l'alcool, ce qui implique la possibilité de mettre sur pied un système de permis et d'imposer des conditions avant que les permis puissent être accordés. Ce qui est plus discutable est la conclusion à l'effet que la décision de la Régie est invalide. Sur ce point, il apparaît clairement que d'autres décisions auraient pu conclure différemment. On voit que les tribunaux ont beaucoup de difficulté à qualifier les lois, règlements ou décisions contestés. Au-delà d'un accord sur le principe à l'effet que les provinces peuvent légiférer en ayant en arrière-pensée des considérations morales, les tribunaux ne parviennent pas à former un consensus sur les règles applicables. On ne s'entend pas quant à savoir si les normes législatives ou réglementaires ont un double aspect ou si elles empiètent carrément sur le droit criminel parce que c'est là leur aspect principal. Et si l'on doit juger qu'elles ont un double aspect, on ne sait pas si elles doivent être considérées ou non en conflit avec les dispositions du *Code criminel*.

Cette situation devait prendre fin le 29 juillet 1987, lorsque la Cour suprême rendit sa décision dans la seconde affaire *Rio Hotel*. La décision a été rendue par 7 juges, dont trois ont fourni des motifs. Le juge Beetz, dans deux paragraphes, s'est dit d'accord avec ses collègues Estey et Dickson. Le juge Dickson fournit des motifs en son nom et celui des juges McIntyre, Wilson et Le Dain. Il se dit d'accord avec les motifs du juge Estey mais préfère en fournir d'autres. Rappelons que la question était de savoir si une province, en se basant sur son pouvoir de réglementer le commerce de l'alcool et d'assortir les permis de conditions, peut interdire les spectacles de nudité malgré les interdictions analogues dans le *Code criminel*. Il trancha le litige en appliquant la théorie du double aspect. À son avis, la loi provinciale ne constituait pas fondamentalement ou essentiellement une mesure relevant du droit criminel. La loi ne visait que les formes de divertissements acceptables dans une catégorie d'établissements : ceux titulaires d'un permis. De plus, la peine prévue pour manquement aux conditions du permis ou violation de la loi était la révocation du permis. Ni l'artiste, ni le propriétaire de l'établissement n'étaient soumis à une conséquence pénale. La loi était donc valide car relative, entre autres, à la propriété et aux droits civils et à des matières d'une nature purement locale⁹⁶. Elle serait devenue inopérante en raison

95. Cf. *supra*, note 91, p. 1373.

96. (1987) 77 N.R. 104, pp. 108-110.

d'un conflit direct avec une disposition du *Code criminel*, mais ce n'était pas le cas, puisqu'il est très facile pour le citoyen concerné d'obéir aux deux prescriptions en même temps.

Le juge Estey, en son nom et celui du juge Lamer, rendit l'opinion la plus longue et, à notre avis, la plus intéressante. Après avoir rappelé les dispositions pertinentes de la loi et de la décision de la Commission, il formule en ces termes la question à trancher :

[...] si les conditions auxquelles la Commission a assujéti la délivrance de la licence empiètent sur la compétence fédérale en matière de droit criminel ou si ces conditions peuvent être rajoutées à un régime législatif provincial valide, ou adoptées à l'appui d'un tel régime ⁹⁷.

Il importe donc peu à ses yeux que la loi traite de la nature des spectacles pouvant être présentés dans le débit de boissons ou laisse à la Commission la discrétion de juger cas par cas : ce qu'il faut déterminer est le point où cesse la compétence provinciale sur le commerce de l'alcool et où commence celle sur le droit criminel.

Le juge Estey rappelle d'abord qu'une province peut prévoir les conséquences civiles d'une condamnation en vertu du *Code criminel* (par exemple, la suspension ou la révocation du permis de vente d'alcool) mais ne pourrait adopter les mêmes dispositions que celles existant dans le *Code criminel*, en déclarant le titulaire d'un permis « coupable » d'une infraction et le poursuivant conformément à sa propre procédure et devant son propre tribunal. La ligne de démarcation entre le droit civil et le droit criminel sera donc d'autant plus difficile à identifier ⁹⁸ car le juge Estey, contrairement au juge Dickson, refuse d'appliquer la théorie du double aspect. Pour ce faire, il aurait fallu considérer comme le juge Dickson, que la loi provinciale porte sur un sujet qui peut faire l'objet tant d'une loi provinciale que fédérale.

Le juge Estey arrive à la conclusion que la loi provinciale en cause et la décision de la Commission sont valides en se basant, entre autres, sur la présomption de validité des lois et sur la compétence bien reconnue des provinces, en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16), depuis le XIX^e siècle de légiférer sur la vente de l'alcool et la consommation des boissons alcoolisées ⁹⁹. L'application de ces règles veut qu'il n'y ait pas de limites préétablies aux conditions dont les permis peuvent être assortis. En l'absence d'une démonstration claire d'un empiètement sur le droit criminel, il faut considérer la loi et la décision de la Commission valides. Cette conclusion lui paraît s'imposer tout naturellement dans une situation comme en l'occurrence où ce qui est en jeu est un système de réglementation provinciale au moyen de permis ¹⁰⁰. Il fait une distinction qu'il juge

97. *Id.*, p. 115.

98. *Id.*, p. 122. Il admet que cette frontière est « parfois étroite ».

99. *Id.*, p. 126.

100. *Ibid.*

essentielle entre la réglementation d'établissements titulaires d'un permis et le cas où une province veut prévoir des peines dans le cadre d'une activité provinciale valide, comme la circulation automobile. Dans le premier cas, il est plus facile de déterminer si la loi provinciale est valide « parce que le comportement visé se rapporte seulement au déroulement d'une activité qui relève à juste titre de la compétence provinciale »¹⁰¹. Il suffit alors, comme on l'a vu, de vérifier si la loi reprend ou non à son compte une disposition inscrite dans le *Code criminel*. En l'occurrence, la mesure législative traite surtout de sujets visés aux paragraphes 92(13) et 92(16) et il n'est même pas nécessaire d'invoquer la compétence provinciale sur la moralité locale ou le principe de la prépondérance¹⁰².

La situation la plus délicate est celle où la loi provinciale interdit certains comportements, mais en dehors du cadre d'un régime de permis. Quel critère doit-on alors utiliser? Le juge Estey rappelle les règles fondamentales sur la qualification :

Dans ce cas la province doit encore trouver un programme provincial valide de réglementation et limiter les infractions à l'appui de ce programme à celles qui sont raisonnablement nécessaires à cette fin¹⁰³.

La loi devra donc être considérée comme globalement relative à une matière faisant partie de l'une des catégories mentionnées à l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il mentionne deux éléments pertinents ici : la durée de la peine et la terminologie de la loi¹⁰⁴. Plus la durée de la peine sera longue et plus la terminologie de la loi se rapprochera de celle traditionnellement utilisée dans le *Code criminel*, plus il y aura risque que la loi soit considérée invalide, comme ce fut le cas dans l'affaire *Westendorp* sur la prostitution.

CONCLUSION

Cette décision de la Cour suprême nous semble fort utile car elle nous éclaire sur plus que le pouvoir des provinces et municipalités de régir les « clubs » de danseuses et danseurs. Elle nous donne une « clé » pour revoir et comprendre tous les jugements antérieurs. Les critères élaborés par le juge Estey permettent de dépasser les considérations générales véridiques mais insuffisantes à l'effet que moralité et criminalité

101. *Ibid.*

102. *Id.*, p. 129.

103. *Id.*, p. 126.

104. *Ibid.*

ne sont pas la même chose, que les provinces peuvent légiférer pour éliminer les conditions qui favorisent le crime et peuvent en légiférant être motivées par des considérations de moralité publique, sans verser dans le droit criminel.

Dans *Rio Hotel*, la Cour suprême nous dit que les provinces peuvent légiférer sur la nudité dans les établissements détenteurs d'un permis d'alcool, que cela apparaisse dans la loi, un règlement municipal ou un permis octroyé par un organisme provincial. Une majorité de juges croient que s'applique alors la doctrine du double aspect, la norme provinciale relevant autant du droit criminel que d'un régime de réglementation d'un commerce local. Le juge Estey, pour sa part, juge inutile cet argument : lorsqu'il s'agit d'une activité réglementée par un système de permis, la norme provinciale est valide en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) et d'une abondante jurisprudence. Les provinces sont donc presque totalement libres d'organiser à leur guise au moyen de permis tant les « clubs » de danseuses et danseurs que les kiosques à journaux, les arcades de jeux, les salons de massage, les films, etc. La seule limite est la loi déguisée : il ne faut pas adopter une mesure qui, sous le couvert d'une réglementation, a comme caractéristique principale et essentielle l'interdiction d'une conduite, au nom de l'intérêt public et avec pénalités appropriées.

Pour tout ce qui n'est pas activité réglementée au moyen d'un permis, la rédaction législative devient un critère essentiel de validité de la loi provinciale ou du règlement municipal. Ainsi, si les provinces s'attaquent à la prostitution en l'interdisant comme telle, on dira que la mesure est invalide pour la simple raison qu'elle envahit carrément le domaine du droit criminel. Si cependant, une province ou une municipalité se contentent d'adopter des mesures destinées à éliminer les « nuisances publiques » et tout ce qui interfère avec la circulation aisée des autos et piétons, sans identifier et punir un comportement précis, on dira que la mesure est valide. Il faut éviter que la norme apparaisse clairement ou principalement comme une mesure qui identifie et interdit un comportement.

On se souviendra que dans l'affaire *McNeil*, on avait jugé valide le refus d'un visa au motif que le film était obscène, mais invalide une disposition de la loi interdisant à un artiste de prendre part « à une représentation indécente ou inconvenante » ou à un propriétaire de salle de tolérer cela. Il y a une ligne de démarcation ténue entre ces deux éléments mais elle est réelle. Dans *Rio Hotel*, la Cour suprême aurait probablement de même jugé invalide une disposition dans la loi interdisant les spectacles « indécents, immoraux et obscènes » et punissant l'artiste ou le propriétaire de l'établissement. Mais est valide un pouvoir donné à une régie d'accorder ou refuser ou annuler un permis pour des motifs qu'elle peut définir elle-même, y compris le respect de sa conception de la

moralité publique. On voit donc qu'au moyen d'un texte législatif très soigneusement libellé les provinces et municipalités peuvent, au fond, régir à leur guise les principaux secteurs de l'activité humaine que nous avons identifiés comme touchant à la question de la moralité publique.