

Révision des règles droit régissant l'indécence et à la nudité 1999

INTRODUCTION

Le 19 juillet 1991, une jeune femme de Guelph (Ontario) a enlevé la partie supérieure de ses vêtements et s'est promené dans les rues de la ville les seins nus. Arrivée à une maison, elle s'est assise sur la galerie pendant un certain temps. Environ 250 personnes l'ont vue. Certains jeunes hommes se sont rendus à l'endroit où elle était pour la reluquer; d'autres personnes sont venues pour s'objecter à sa tenue vestimentaire. Certains ont rappelé leurs enfants qui jouaient à l'avant de leur maison. La circulation a été interrompue parce que les automobiles et les autobus ralentissaient pour regarder. Finalement, la police est arrivée sur les lieux après avoir reçu des plaintes, et la femme a déclaré qu'elle avait chaud et qu'elle était plus confortable sans ses vêtements. Elle a été accusée d'avoir commis une action indécente dans un endroit public, contrairement au paragraphe 173(1) du Code criminel. À l'issue de son procès, elle a été déclarée coupable. La condamnation a été maintenue par la Cour d'appel des poursuites sommaires. En appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, la condamnation a été annulée et l'accusée a été acquittée ¹.

La Couronne de l'Ontario a révisé le dossier et décidé de ne pas en appeler de la décision devant la Cour suprême du Canada. On a conclu que vraisemblablement, la Cour suprême n'accorderait pas une autorisation de pourvoi. La réaction du public a été violente et plutôt bruyante. Le Procureur général de l'Ontario a reçu des centaines de lettres et d'appels téléphoniques de partout en Ontario, protestant contre la décision de la Cour d'appel de l'Ontario et réclamant des mesures en vue d'empêcher les femmes de se découvrir les seins en public. Durant l'été 1997, plusieurs conseils municipaux de l'Ontario ont examiné et débattu la question des femmes se montrant les seins nus dans leur municipalité, et les mesures à prendre, le cas échéant, à cet effet. Bon nombre de ceux-ci ont écrit au Procureur général de l'Ontario enjoignant la province de prendre des mesures. Le Procureur général a écrit au ministre de la Justice lui demandant de modifier le Code criminel.

Le problème a été soumis pour discussion lors de la réunion de 1997 de la Section de droit criminel de la Conférence sur l'harmonisation des lois. À l'issue d'un long débat, il a été décidé d'effectuer des travaux supplémentaires avant de faire des recommandations spécifiques à ce sujet. La résolution suivante a été adoptée:

- Constituer un groupe de travail de la Section du droit criminel de la Conférence sur l'harmonisation des lois qui serait chargé d'étudier les dispositions relatives à l'indécence et à la nudité en public du Code criminel, ainsi que les problèmes juridiques et constitutionnels liés à la possibilité de prendre des règlements locaux (municipaux). Ce groupe aurait également pour mission de faire rapport à la prochaine Conférence.

Le présent document examine l'état du droit relatif à l'indécence et à la nudité, et la question de savoir si la réglementation locale peut être utilisée pour aborder le problème de la tenue vestimentaire dans les endroits publics.

DISPOSITIONS DU CODE CRIMINEL SUR L'INDÉCENCE

Les articles 173 et 174 du Code criminel régissent actuellement ce sujet. Les dispositions prévoient ce qui suit :

ARTICLE 173

(1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque volontairement commet une action indécente :

- (a) soit dans un endroit public en présence d'une ou de plusieurs personnes;
- (b) soit dans un endroit quelconque avec l'intention d'ainsi insulter ou offenser quelqu'un.

(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire toute personne qui, en quelque lieu que ce soit, à des fins d'ordre sexuel, exhibe ses organes génitaux devant un enfant âgé de moins de quatorze ans.

ARTICLE 174

(1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, sans excuse légitime, selon le cas :

- (a) est nu dans un endroit public;
- (b) est nu et exposé à la vue du public sur une propriété privée, que la propriété soit la sienne ou non.

(2) Est nu, pour l'application du présent article, quiconque est vêtu de façon à offenser la décence ou l'ordre public.

(3) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction visée au présent article sans le consentement du procureur général.

Les autres infractions du Code criminel qui comportent la notion d'indécence sont les suivantes:

- Alinéa 163(2)b [publiquement montre un spectacle indécent]
- Article 167 [représentation théâtrale indécente]
- Article 168 [mise à la poste de choses indécentes]
- Alinéa 175(1)b [troubler la paix en exposant des choses indécentes]
- Article 197 [la définition de maison de débauche englobe un local pour la pratique d'actes indécents].

L'évolution du droit régissant l'indécence vise toutes les dispositions ci-dessus. Les critères utilisés par les tribunaux pour déterminer s'il y a indécence s'appliquent à toutes les dispositions qui comprennent la notion d'indécence.

HISTORIQUE DE L'INDÉCENCE

1. Angleterre

La première infraction d'outrage à la pudeur a été jugée dans l'affaire R. v. Sidley en 1663². Dans cette affaire, l'accusé s'est montré nu à un balcon de Covent Garden. La cour a jugé qu'en common law, était coupable d'un délit quiconque exposait son corps³. À compter du dix-neuvième siècle, il n'était plus nécessaire que l'exposition ait eu lieu dans un endroit public :

- [Traduction] il suffit qu'elle ait lieu dans un endroit où certaines personnes puissent être offensées par celle-ci, et qu'elle soit vue par plusieurs personnes⁴.

Dès le milieu du vingtième siècle, on a jugé que "la poursuite n'a pas à prouver que l'acte d'indécence dégoûtait ou indisposait, de fait, les personnes qui en seraient témoin⁵". Le critère applicable à l'indécence est celui de savoir si l'acte en question aurait dégoûté ou indisposé une personne ordinaire du public qui en aurait été témoin.

En plus des infractions de common law, certaines lois prévoyaient une infraction dans les cas d'exposition du corps : la Vagrancy Act, 1824, article 4, la Town Police Clauses Act, 1847 et d'autres ordonnances et règlements locaux⁶.

En plus des infractions ayant trait directement à l'exposition du corps, il existe également l'infraction de common law d'"outrage à la pudeur publique"⁷. Cette infraction a été récemment appliquée dans l'affaire Gibson and Sylveire⁸. Dans cette affaire, l'accusé avait exposé dans une galerie d'art une paire de boucles d'oreilles fabriquée à partir de fœtus humains séchés à froid. La cour a affirmé l'existence de l'infraction de common law d'"outrage à la pudeur publique", et poursuivie en la distinguant de l'infraction d'obscénité :

- [Traduction] À notre avis, il semble exister deux grands types d'infractions ayant trait à l'obscénité. D'une part, il y a celles ayant trait à la corruption de la moralité publique et, d'autre part, et distinctes des premières, il y a celles qui outragent la pudeur publique, qu'elles comportent ou non un aspect de moralité publique... On ne laisse pas entendre en l'espèce qu'une personne puisse être corrompue en raison de l'exposition de ces boucles d'oreilles. À notre avis, ces deux types d'infractions sont distincts tant du point de vue des faits que de la moralité publique. (pages 344 et 345)

La distinction entre l'indécence et l'obscénité est devenue très évidente et très bien établie en Angleterre. La distinction a été énoncée comme suit par le Lord juge en chef Parker dans l'affaire Stanley⁹ :

- [Traduction] Les mots "indécent et obscène" véhiculent une seule idée, à savoir une offense aux normes reconnues de la convenance, l'indécence étant au niveau le plus bas de l'échelle et l'obscénité étant au niveau supérieur de l'échelle... un objet indécent n'est pas nécessairement obscène, tandis qu'un objet obscène est certainement indécent.

La différence entre l'indécence et l'obscénité reconnue par les cours de l'Angleterre est pertinente et importante parce que, comme nous le verrons ci-après, les tribunaux canadiens n'ont pas fait une distinction analogue. Dès lors, au Canada, l'indécence exige

essentiellement le même degré de gravité que l'obscénité.

2. CANADA

Une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire interdisant l'indécence figure dans le Code criminel depuis son adoption en 1892. La première disposition à cet égard se lisait comme suit:

Est coupable de contravention et passible, sur conviction sommaire devant deux juges de paix, d'une amende de cinquante piastres ou d'un emprisonnement de six mois, avec ou sans travaux forcés, ou de l'amende et de l'emprisonnement en même temps, celui qui, de propos délibéré,

- a) Se livre à une action indécente, en présence d'une ou de plusieurs personnes, dans un endroit où le public a ou peut avoir accès; ou
- b) Se livre à une action indécente dans un endroit quelconque, avec l'intention d'insulter ou offenser quelqu'un ¹⁰.

La disposition a été modifiée dans le cadre de la révision globale qui a eu lieu en 1953-1954 ¹¹, et elle a pris sa forme actuelle.

Une infraction interdisant la nudité n'a été ajoutée au Code criminel qu'en 1931:

Est coupable d'une infraction et passible, après déclaration sommaire de culpabilité, de trois ans d'emprisonnement, quiconque, dans un état de nudité, est trouvé dans un endroit public seul ou en compagnie d'une ou plusieurs autres personnes qui paradent ou se sont rassemblées avec l'intention de parader, ou ont paradé nues dans un endroit public, ou

- est trouvé dans un endroit public seul ou en compagnie d'une ou plusieurs autres personnes, ou
- est trouvé sans excuse valable d'être nu sur une propriété privée autre que la sienne, de manière à être exposé à la vue publique, seul ou en compagnie d'autres personnes, ou

d) se montre sur sa propriété de manière à être exposé à la vue publique, seul ou en compagnie d'autres personnes ¹².

La disposition a été modifiée en 1953-54 afin de prévoir une définition de la "nudité":

- Est censé être nu quiconque est si peu vêtu qu'il porte atteinte à la décence ou à l'ordre public ¹³.

LA SIGNIFICATION DE L' 'INDÉCENCE'

Comme il a été signalé ci-dessus, l'Angleterre a eu tendance à faire une distinction entre l'indécence et l'obscénité. Au Canada, cependant, les règles régissant l'indécence ont été, et continuent d'être considérablement influencées par les règles régissant l'obscénité. Un des

principaux points d'analyse de la présente révision repose sur le fait que la transformation des règles régissant l'obscénité, d'une infraction "reposant sur la morale" à une infraction "reposant sur le préjudice", s'est révélée problématique dans le cas de l'indécence. L'évolution du droit dans ce domaine pourrait peut-être tirer profit d'une distinction reconnue entre les deux infractions et, compte tenu de l'état d'esprit actuel de la jurisprudence tendant à lier les deux infractions, une telle modification de la définition de l'indécence doit être apportée par le Parlement.

1. Critères pour déterminer le caractère obscène

Les règles régissant l'obscénité au Canada prennent leurs origines dans la loi anglaise. La décision de la Chambre des Lords prononcée en 1868 dans l'affaire R. v. Hicklin était l'arrêt clé, et elle établissait le critère suivant :

- [Traduction] J'estime que le critère de l'obscénité est celui de savoir si l'objet que l'on prétend obscène a tendance à dépraver et à corrompre les personnes susceptibles de subir ces influences immorales et à avoir en leur possession une publication de ce genre ¹⁴.

Ce critère a été appliqué au Canada ¹⁵ jusqu'à la modification du Code criminel en 1959, laquelle ajoutait la définition suivante de l'obscénité :

- toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir : le crime, l'horreur, la cruauté et la violence ¹⁶.

À l'issue de cette modification, les tribunaux canadiens ont cessé d'appliquer le critère établi dans l'arrêt Hicklin, et ils ont tenté de déterminer comment évaluer "l'exploitation indue de choses sexuelles".

La première décision rendue par la Cour suprême du Canada sur ce point est l'arrêt R. c. Brodie ¹⁷ dans laquelle la cour a adopté le "critère de la norme sociale" élaboré en Australie et en Nouvelle-Zélande ¹⁸. Dans son jugement, le juge Judson souscrit à l'énoncé suivant :

- [Traduction] Il existe dans toutes les communautés, à toutes les époques - bien que la norme puisse varier à l'occasion - un sentiment instinctif général de ce qui est décent et de ce qui est indécent, de ce qui est propre et de ce qui ne l'est pas... Certaines normes de la décence prévalent dans la société, et on fait appel (aux jurys) pour trancher ces (affaires) parce qu'ils sont réputés incarner ces normes et être capables de les appliquer avec équité. Sera obscène ce qui contrevient à ces normes. (p. 182)

L'évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt Brodie a établi et précisé la notion de la norme sociale. Il s'agit :

- e ce que la communauté pense et ressent généralement¹⁹
- d'une norme nationale²⁰
- d'une norme telle que les juges puissent juger d'office, sans une preuve d'expert, quand celle-ci a été outrepassée ²¹.

L'expression utilisée actuellement, à savoir la "norme sociale de tolérance" tire probablement son origine du mot "tolérance" utilisé par le juge McGillivray dans l'affaire R. v. Goldberg and Reitman, mais on peut soutenir que le mot "tolérance" n'a rien ajouté aux

éléments essentiels du critère, ou n'a nullement modifié le critère élaboré sur ce point.

Un important développement du critère applicable à l'obscénité a eu lieu dans la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine* ²². Dans cette affaire, le juge en chef Dickson a déclaré que la norme sociale de tolérance n'est qu'un moyen d'évaluer le caractère indu de l'exploitation des choses sexuelles aux fins de déterminer si le matériel est obscène:

- L'exploitation des choses sexuelles peut être "indue" d'autres façons. Notre société n'est pas parfaite et il est malheureux mais tout de même vrai que la société peut tolérer des publications nocives pour ses membres et, par conséquent, pour l'ensemble de la société. Même si parfois il y a coïncidence entre ce qui n'est pas toléré et ce qui est nocif pour la société, il n'y a pas nécessairement de lien entre ces deux concepts.

Ainsi, la définition légale du mot "indue" doit viser également les publications nocives pour les membres de la société et, par conséquent, pour l'ensemble de la société. (page 505)

Par conséquent, selon l'arrêt *Towne Cinema Theatres*, le matériel peut être obscène s'il est nocif, ou s'il dépasse la norme sociale de tolérance acceptée au Canada, étant donné que la présence de l'un de ces critères rendra indue l'exploitation des choses sexuelles dans ce matériel. En ce qui a trait au premier critère (c.-à-d. le caractère nocif), le matériel peut être jugé nocif s'il "représente des personnes d'une manière dégradante, comme faisant l'objet de violence, de cruauté ou d'autres formes de traitement déshumanisant" (par le juge en chef Dickson, p. 505); le deuxième critère a été expliqué de la façon suivante :

Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient. (le juge en chef Dickson, p. 508) ²³

Enfin, la Cour suprême du Canada a rendu une décision définitive dans l'arrêt *R. c. Butler* ²⁴. L'importance de la décision vient du fait que la Cour devait décider si la disposition sur l'obscénité du Code criminel (art. 163) était constitutionnellement valide compte tenu du droit à la liberté d'expression garanti à l'alinéa 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés ²⁵.

Dans le jugement de la Cour, prononcé par le juge Sopinka, on reconnaît formellement les deux critères distincts énoncés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres*, nommément le caractère "nocif" (manifesté par des représentations dégradantes ou d'autres formes de traitement déshumanisant dans le matériel) et la "norme sociale de tolérance". Toutefois, dans cette décision, on commence à fusionner les deux critères. Par exemple, le juge Sopinka renvoie aux décisions dans lesquelles il a été jugé que le matériel dégradant ou déshumanisant échouera nécessairement le test des normes sociales ²⁶. Le juge Sopinka conclut :

- Il ressort de cette analyse de la jurisprudence qu'elle ne mentionne pas la corrélation qui existe entre les critères. Cette lacune en ce qui concerne le critère des normes

sociales et le critère du traitement dégradant ou déshumanisant, par exemple, soulève une importante question quant aux facteurs sur lesquels se fonde la société pour déterminer si le matériel contesté sera toléré. En appliquant ces deux critères au même matériel et apparemment de façon indépendante, nous ne savons pas si la société a jugé le matériel intolérable parce qu'il était dégradant ou déshumanisant, parce qu'il choquait la morale ou pour quelque autre motif. (page 483)

En toute déférence, cette déclaration pourrait révéler une incompréhension de la corrélation entre les deux critères. La question légale à trancher est celle de savoir si le matériel est obscène. Autrement dit, il s'agit de savoir si l'exploitation des choses sexuelles est indue. La détermination du "caractère indu" peut reposer sur deux enquêtes distinctes :

- 1. Le matériel outrepassé-t-il la norme sociale de tolérance (comme cela a été expliqué)? ou
- 2. Le matériel cause-t-il un préjudice (bien que la norme sociale de tolérance puisse accepter le matériel)?

De façon purement théorique, il est possible qu'une réponse positive à la première question (c.-à-d. que le matériel outrepassé la norme sociale de tolérance) vienne du fait que le matériel est nocif. Autrement dit, à un moment précis, la société ne tolérerait pas que d'autres personnes voient le matériel en raison de sa nature nocive. Mais il s'agit d'une chose tout à fait aléatoire. Par exemple, le matériel pourrait ne pas être nocif mais outrepasser quand même la norme sociale de la tolérance en raison de ses effets à l'égard de la moralité publique. Ou, comme le signale à juste titre le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres*, le matériel peut être nocif mais être néanmoins toléré par la société. Même si c'était le cas, selon le jugement du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres*, le matériel doit néanmoins être jugé obscène.

Parce qu'il confond l'application des critères, le juge Sopinka fusionne effectivement les deux critères distincts et rend la norme sociale de tolérance tributaire du préjudice que pourrait causer le matériel:

- Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. (page 485)

En raison de cette fusion des critères dans l'arrêt *Butler*, le matériel dont on ne peut dire qu'il cause un préjudice ne peut, par définition, outrepasser la norme sociale de tolérance ²⁷.

La fusion des deux critères (préjudice et norme sociale de tolérance) dans l'arrêt *Butler* a peut-être été influencée par le fait que l'interdiction criminelle ayant trait au matériel portait atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par la Charte. Si cette restriction à la liberté d'expression, punissable à titre d'infraction criminelle, se justifie, celle-ci doit reposer sur des intérêts sociaux impératifs. Dès lors, seul le préjudice que pourrait causer le matériel peut fonder une telle restriction. L'intolérance de la société à l'égard de l'expression, lorsqu'elle repose sur une assise autre que le préjudice causé par celle-ci (notamment son effet à l'égard de la moralité, ou son caractère profondément offensif), ne saurait justifier la restriction d'un droit constitutionnel.

De fait, ce raisonnement se retrouve dans le jugement du juge Sopinka. En discutant le

critère appliqué dans l'arrêt Hicklin, il déclare que l'objectif dominant de l'interdiction criminelle concernant l'indécence était le suivant:

- favoriser une conception particulière de la moralité. Toute dérogation à cette moralité était considérée comme peut souhaitable en soi, indépendamment du préjudice causé à la société... Je suis d'accord avec le juge Twaddle de la Cour d'appel que cet objectif particulier n'est plus défendable compte tenu de la Charte. (page 492) ²⁸

Dans cette veine, le juge Sopinka déclare que "l'article 163 vise avant tout non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société" (page 493).

Compte tenu des préoccupations soulevées par la Charte, il était peut-être juste de conclure que le critère de la norme sociale de tolérance ne peut désormais justifier une limite à la liberté d'expression. Mais, on soutient que le fait de transformer ce critère en un critère reposant sur le préjudice cause une certaine confusion qui s'est révélée évidente dans le contexte des dispositions pénales ayant trait à l'indécence ²⁹.

2. Critère de détermination de l'indécence

La Cour suprême du Canada a eu l'occasion récemment d'examiner la signification juridique de l'indécence dans deux affaires. Dans la première affaire R. c. Tremblay ³⁰, la Cour a conclu que le critère pour déterminer si un acte est indécent repose sur la norme de tolérance de la société (le juge Cory, page 958), c'est-à-dire un critère "semblable à celui utilisé en matière d'obscénité". La Cour a ensuite appliqué la version de la norme de tolérance de la société retenue dans l'arrêt Butler, nommément "le degré de préjudice qui peut résulter de la présentation au public du matériel en cause" (pages 959 et 960), et elle a déclaré :

La même question du degré de préjudice pouvant résulter de l'œuvre incriminée doit également être prise en considération aux fins de déterminer la norme de tolérance de la société applicable aux actes qualifiés d'indécents. (page 960)

La principale différence entre l'utilisation du critère dans les affaires mettant en cause l'obscénité et l'indécence, comme l'a répété la Cour suprême dans l'affaire Tremblay, tient à ce que les circonstances entourant l'acte doivent être prises en compte lors de l'application du critère pour déterminer si un acte est indécent. À cet effet, la Cour cite et souscrit à la décision rendue par la Cour supérieure du Québec dans l'arrêt R. v. Pelletier ³¹:

- ...l'indécence vise le comportement sexuel ou sa représentation qui n'est ni obscène ou immorale mais mal à propos selon les normes canadiennes de tolérance à cause du contexte où il survient. En d'autres termes, l'indécence ne provient pas du comportement lui-même mais plutôt des circonstances où il se produit. (page 604)

Dès lors, l'auditoire, l'endroit et le contexte sont des éléments essentiels dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a indécence.

Les faits dans l'affaire Tremblay sont relativement bien connus. L'accusation portait sur le

fait d'avoir tenu une maison de débauche à des fins de pratique d'actes d'indécence. Dans cet endroit, un client était invité à choisir une danseuse à partir d'un jeu de photos. Il était ensuite amené dans une pièce individuelle meublée d'un matelas et d'un fauteuil. La danseuse choisie entrait, se déshabillait puis exécutait une danse érotique sur le matelas. Tout contact physique était interdit entre le client et la danseuse. Dans chacune des chambres, une petite ouverture avait été pratiquée dans le mur et permettait aux propriétaires de s'assurer que la règle "aucun contact physique" était respectée. Pour une somme additionnelle, la danseuse se caressait à l'aide d'un vibreur. Durant la danse, elle se masturbait ou feignait de le faire. Le client était invité à se dévêtir et plusieurs clients se masturbaient pendant la prestation de la danseuse.

La Cour suprême a conclu que les actes qui se produisaient dans les chambres n'étaient pas indécents. Cette décision reposait sur les facteurs suivants :

- selon un témoin expert, la masturbation est une activité courante pratiquée par la vaste majorité de la population et qui est considérée comme un comportement sain et acceptable par les Canadiens;
- le spectacle de danse présentée était similaire aux spectacles donnés par les danseuses nues dans plusieurs autres clubs et qui sont tolérés tant par la police que par le public;
- il n'y avait aucun contact physique entre le client et la danseuse;
- les activités sexuelles avaient lieu derrière des portes closes, hors la vue du grand public (même si l'établissement était un endroit public au sens du Code criminel);
- les activités ne causaient aucun préjudice; elles avaient lieu entre des adultes consentants qui avaient choisi de se rendre dans un lieu relativement privé.

Compte tenu de ces facteurs, la Cour a conclu:

- En conséquence, ni les actes des danseuses ni la pratique de la masturbation, étant donné les faits de la présente affaire, ne constituaient des actes d'indécence. En l'espèce, vu les circonstances, ces actes sont tolérés par la société et ne sont donc pas indécents. D'aucuns seront choqués par les présentes conclusions, mais ils doivent se rappeler qu'il ne s'agit pas d'appliquer les normes du bon goût, mais plutôt de déterminer si les actes en cause sont tolérés par la société. (page 972)

La décision importante suivante de la Cour suprême du Canada concernant l'indécence a été rendue dans l'affaire R. c. Mara et East ³². Dans cette affaire, l'accusation portait sur le fait "d'avoir permis la présentation de spectacles indécents" (par. 167(1)), et concernait des actes de "danse-contact" dans un club de Toronto. Au procès, un policier banalisé a témoigné de ce qu'il a vu après s'être rendu au club pendant plusieurs jours. À cet endroit, des femmes exécutaient des danses érotiques sur une scène. Mais, en échange d'une somme d'argent, la danseuse exécutait une danse à la table du client, vêtue seulement d'une longue blouse déboutonnée. Durant cette danse, la danseuse permettait au client de lui toucher les seins. Pour une somme plus importante, la danseuse exécutait une danse-contact au cours de laquelle la danseuse tournait le dos au client, ses fesses nues appuyées sur le bas- ventre de celui-ci. Durant la danse-contact, la danseuse portait la main à l'entrejambe du client et elle le masturbait apparemment ou réellement. Le client était autorisé à caresser le corps de la danseuse et à toucher les parties de son corps avec sa bouche.

En première instance, le juge a conclu que les actes n'étaient pas indécents, faisant reposer sa décision en partie sur l'arrêt Tremblay. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé la décision et, compte tenu des faits, elle a inscrit des déclarations de culpabilité contre les accusés. La Cour suprême du Canada a conclu que les actes étaient indécents, mais le propriétaire et l'exploitant ne pouvaient être déclarés coupables parce qu'ils n'avaient pas une connaissance suffisante des actes exécutés dans l'établissement pour justifier une condamnation. La condamnation prononcée contre le gérant a été maintenue.

Dans sa conclusion, la Cour a confirmé que le critère applicable pour déterminer l'indécence était la norme de tolérance de la société énoncée dans l'arrêt Towne Cinema Theatres, modifiée par l'arrêt Butler, à savoir "le préjudice est le principe qui sous-tend la notion de ce que les Canadiens toléreraient" (page 644). La principale question est celle de savoir si le préjudice social causé par le spectacle est tel que les Canadiens ne toléreraient pas que celui-ci ait lieu :

- Le préjudice social qui doit être examiné conformément à l'article 167 est le préjudice résultant d'une attitude chez ceux qui assistent au spectacle, tel qu'il est perçu par l'ensemble de la société. (page 645)

La Cour a conclu que comme il y avait des attouchements sexuels entre la danseuse et le client, les actes causaient un préjudice résultant d'une attitude parce qu'ils présentaient les femmes comme des objets sexuels que les hommes pouvaient utiliser : "il est inacceptable et dégradant pour les femmes de permettre qu'un tel usage soit fait de leur corps au cours d'un spectacle public dans une taverne". (page 646) La Cour a fait une distinction avec l'arrêt Tremblay parce que dans cette dernière affaire, il n'y avait aucun contact physique, et les actes étaient accomplis dans une chambre privée : "la nature publique de l'activité et le contact physique créent un contexte factuel très différent des affaires précédentes". (page 649)

LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO DANS L'AFFAIRE R. c. JACOB

Les faits de cette affaire sont énoncés dans l'Introduction du présent document. Une bonne partie de la décision de la Cour d'appel portait sur la question de savoir si l'acte devait être posé dans un contexte sexuel pour être qualifié d'indécent. C'est sur cette question principale que les jugements de la majorité et de la minorité différaient, bien que les deux jugements souscrivent à la conclusion selon laquelle l'acte en cause, c'est-à-dire le fait de se montrer les seins nus dans les rues de la ville, n'était pas un acte indécent.

Le fondement de la décision repose sur deux conclusions : le juge de première instance n'a pas appliqué le bon critère et, quoi qu'il en soit, il n'y avait aucune preuve de préjudice.

En ce qui a trait à la première conclusion, le juge de première instance a jugé que l'acte de se promener les seins nus dans la ville outrepassait la norme de tolérance de la société parce qu'en règle générale, les femmes ne se montrent pas en public les seins nus et les journaux ayant rapporté la nouvelle n'ont pas publié une photo de la femme aux seins nus.

Selon le juge de première instance, ce fait révèle ce qu'était la norme de tolérance de la société, nommément que l'exposition publique par une femme de ses seins ne serait pas tolérée ³³.

Commentant l'application de la norme de tolérance de la société par le juge de première instance, le juge Osborne a déclaré :

[Traduction] le juge de première instance a mesuré le choix vestimentaire et la conduite de l'accusée par rapport à ce que, d'après lui, les femmes de Guelph auraient estimé à propos pour elles-mêmes. Le juge de première instance semble avoir appliqué un critère semblable à celui qui a été refusé par la présente cour dans l'arrêt R. v. Giambalvo.

À mon avis, tant le juge de première instance que le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires ont erré en droit en appliquant le mauvais critère pour déterminer si la conduite de l'appelante était indécente. Ils ont appliqué un critère d'acceptation basé sur l'évaluation du juge quant à savoir comment les femmes choisissent d'agir, par opposition à ce que la société nationale contemporaine pourrait tolérer. (page 16)

Toutefois, et ce qui est peut-être plus significatif, même si le mauvais critère a été appliqué, le juge Osborne conclut que la norme de tolérance de la société n'a pas été outrepassée dans cette affaire par l'acte de se promener les seins nus, parce qu'aucun préjudice n'a découlé de l'acte posé :

[Traduction] ...il n'y a aucune preuve de préjudice, sauf ce qui est plus qu'outrageusement supposition. Le juge du procès n'avait devant lui que quelques preuves révélant l'absence d'acceptation de la part d'individus spécifiques au sujet du choix vestimentaire de l'appelante. Il n'y avait rien de dégradant ou de déshumanisant dans le geste posé par l'appelante. La portée de son acte était limitée et totalement démunie de caractère commercial. Aucune personne offensée n'était tenue de continuer à la regarder. (page 16) ³⁴

La conclusion de la Cour d'appel sur la façon d'appliquer la norme de tolérance de la société repose, à l'évidence, sur les arrêts Butler et Tremblay et sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Mara et East (la décision de la Cour suprême n'avait pas encore été rendue, mais elle a néanmoins confirmé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario). Dans toutes ces affaires, la question de la norme de tolérance de la société est, en dernière analyse, une question de préjudice causé par les actes, et plus particulièrement sur la question de savoir si les actes étaient dégradants ou déshumanisants. Dès lors, l'état du droit est donc le suivant : l'indécence et l'obscénité sont déterminées en fonction du préjudice susceptible d'être causé par l'acte en cause.

EXPOSITION DES PARTIES DU CORPS ET INDÉCENCE

Même sans les développements récents au sujet de la façon de déterminer la norme de tolérance de la société, la question de savoir quand l'exposition des parties du corps constitue un acte indécent n'a jamais été complètement tranchée. Bien entendu, il convient de préciser au départ que conformément au paragraphe 174(1), le Code criminel prévoit que la nudité intégrale constitue une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Cependant, en vertu du paragraphe (3), le consentement du procureur général est nécessaire pour engager une poursuite. Parfois, les cas de nudité intégrale ont été poursuivis en vertu de l'article 173, et les tribunaux ont jugé qu'il ne s'agissait pas dans ce cas d'un exercice inopportun du pouvoir discrétionnaire de poursuite ³⁵ .

Néanmoins, dans les cas où les poursuites pour nudité intégrale reposent sur l'article 173, la jurisprudence a conclu, avec une certaine cohérence, que la nudité n'est pas, comme telle, indécente; il doit y avoir autre chose de plus que l'exposition ³⁶. Certains tribunaux ont qualifié cet élément additionnel de "turpitude morale" ³, mais il semble que ce soit, en bout de ligne, une question de contexte : l'heure, le lieu, la façon, l'auditoire et d'autres facteurs connexes..

La question de la nudité partielle sera toujours un aspect de l'indécence étant donné que le paragraphe 174(2) définit la nudité, aux fins du paragraphe (1), comme une question de savoir si la décence ou l'ordre public a été offensé. Dans l'arrêt R. v. Giambalvo ³⁸, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le critère applicable en vertu du paragraphe(2) est celui de la norme de tolérance de la société.

Ainsi, il serait difficile d'affirmer avec précision ou certitude que l'acte de se promener les seins nus est, de lui-même, un acte indécent. Nous savons, compte tenu de la réponse à l'arrêt Jacob, que certains membres du public sont profondément troublés ou offensés à l'idée que les femmes se promènent les seins nus dans les endroits publics ³⁹. Certains s'y objectent pour des raisons religieuses, d'autres pour des raisons morales (par exemple, une image sexuelle, les réactions obscènes des hommes); d'autres renvoient à la question des enfants exposés à cette situation, et de la tentative des parents d'inculquer à leurs enfants des valeurs exprimant la modestie et d'autres croyances incompatibles avec le fait de se promener les seins nus en public.

De plus, plusieurs décisions ayant trait à l'indécence (par exemple Tremblay, Mara et East) concernent des accusations visant une conduite ayant eu lieu dans des endroits publics et ceux qui y étaient exposés ou confrontés étaient des observateurs consentants. Personne ne serait obligé d'être témoin de cette manifestation parce qu'en règle générale, celle-ci devait être recherchée.

Le critère qui consiste à déterminer ce que la société ne tolérerait pas que les autres voient

est logique dans ces situations parce que la restriction empêche à la fois l'acteur et l'observateur de subir ce comportement. Toutefois, dans l'affaire Jacob, l'acte de se promener les seins nus sur une rue de la ville entraîne la situation selon laquelle plusieurs observateurs non consentants sont témoins d'une conduite qu'ils auraient profondément préféré ne pas voir. Personne n'a eu à rechercher cette conduite et donc, aurait pu l'éviter facilement si elle la jugeait offensante. Au contraire, les enfants qui jouaient sur le parterre à l'avant de la maison y ont été exposés. Cette situation pose, soutient-on, un problème différent de celui envisagé par la norme de tolérance de la société. La question de savoir ce que la société ne tolère pas que d'autres voient ne semble pas le critère applicable dans ce type de situation ⁴⁰.

CONCLUSION

Deux grandes conclusions peuvent être tirées de l'analyse ci-dessus. La première est que l'indécence est désormais évaluée de la même façon que l'obscénité, en termes du préjudice causé par l'acte. Mais on s'interroge véritablement sur la question de savoir si l'indécence et l'obscénité devraient être traitées de façon équivalente à des fins juridiques. Comme il a été dit ci-dessus, l'indécence a trait à une conduite ou un comportement, tandis que l'obscénité a trait à du matériel. Il existe des différences entre les actes et les formes d'expression, et il serait peut-être important que la loi soit consciente de ces différences, et en tienne compte dans la façon d'aborder l'indécence ou la conduite, et l'obscénité ou la forme d'expression. Si la loi doit reconnaître une différence entre l'indécence et l'obscénité, même si elle les envisage simplement comme différents niveaux d'une même échelle, il serait nécessaire d'apporter certaines modifications législatives qui établiraient différents critères à appliquer pour déterminer ce qui est indécent et ce qui est obscène.

La deuxième conclusion concerne le fait que le critère actuel de l'indécence ne soit pas facilement applicable dans les cas où les personnes qui sont témoins de la conduite pourraient ne pas la tolérer. Si l'on reconnaît que les personnes ont un intérêt légitime de choisir d'être témoins d'une conduite profondément offensante dans des circonstances où il est raisonnable pour eux de supposer qu'elles n'auront pas à en être témoin, alors une réponse législative pourrait être nécessaire pour aborder ce type de problème ⁴¹. Toutefois, ce n'est peut-être pas le type de réponse juridique pour laquelle le droit criminel est approprié ou pertinent.

LA FAISABILITÉ DE LA RÉGLEMENTATION MUNICIPALE

Tel que signalé ci-dessus, il serait peut-être mieux à propos d'avoir recours à d'autres moyens juridiques que le droit criminel pour répondre aux préoccupations locales ayant trait au problème des femmes qui se promènent les seins nus en public dans les endroits où, en raison des activités quotidiennes qui s'y produisent, on ne s'attend pas à être témoin d'un tel comportement. Il faut tenir compte de la légalité constitutionnelle (c.-à-d. le partage des compétences) pour savoir si une province peut déléguer à une municipalité le pouvoir d'adopter des normes vestimentaires applicables dans les divers endroits publics de cette

municipalité.

Le pouvoir de prendre des lois en matière de droit criminel relève exclusivement de la compétence du Parlement fédéral (par. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867). Les provinces ont le pouvoir de prendre des lois dans les domaines suivants :

- propriété et droits civils (par. 92(13)), ou
- "les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province" (par. 92(16)).

En ce qui a trait au partage des compétences, il convient de signaler trois points importants :

1. Depuis la décision du juge Rand dans l'affaire *Margarine Reference* ⁴², ce pouvoir vise un "ensemble d'interdictions" adoptées en vue d'un objectif public; l'expression "objectif public" englobe la paix, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité publique. La liste n'est pas exhaustive, et il n'est pas vrai que les mesures législatives adoptées en rapport avec l'un de ces objectifs publics fait qu'il s'agit nécessairement d'une loi de droit pénal ⁴³.

2. La moralité et la criminalité ne sont pas la même chose. Dans l'affaire *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil* ⁴⁴, on a demandé à la Cour suprême du Canada de déterminer la validité des mesures législatives provinciales interdisant la projection du film *Last Tango In Paris*. En décidant que les mesures législatives étaient valides et qu'elles relevaient du droit provincial et non du droit criminel, le juge Ritchie a fait le commentaire suivant :

- Je partage l'opinion exprimée dans cet extrait : la moralité et la criminalité ne sont pas une même chose et, par conséquent, toute législation qui permet d'établir et d'appliquer des normes locales de moralité dans la projection de films n'est pas nécessairement, à mon avis, un empiètement dans le domaine du droit criminel. (page 692) ⁴⁵

3. Le "caractère véritable" des mesures législatives doit relever des pouvoirs législatifs fédéraux ou provinciaux ⁴⁶. Cependant, le fait qu'essentiellement, certaines mesures législatives relèvent des pouvoirs législatifs d'une administration ne signifie pas qu'en vertu d'un autre aspect de celui-ci, elles ne peuvent relever des pouvoirs législatifs d'une autre administration ⁴⁷. Dès lors, le Parlement fédéral et l'assemblée législative d'une province (ou d'une municipalité) peuvent aborder certains sujets, par exemple la nudité publique, et les deux ensembles de règles législatives pourront être valides. Lorsqu'il y a un conflit direct entre les deux séries de règles, les lois fédérales prévalent ⁴⁸. Toutefois, en l'absence de conflit direct, les deux séries de règles peuvent coexister.

Il y a donc lieu de savoir si la réglementation municipale établissant les normes vestimentaires (plus particulièrement celles concernant la nudité ou la nudité partielle) peut être interprétée, essentiellement, comme relevant du pouvoir législatif de l'assemblée législative provinciale.

On soutient qu'une disposition contrôlant le fait de paraître nu ou partiellement nu dans les rues d'une ville, dans des parcs ou dans d'autres endroits publics pourrait être envisagée

comme relevant de la propriété et des droits civils (par. 93(13)) ou comme une matière d'une nature purement locale ou privée dans la province (par. 92(16)). La disposition viserait à réglementer l'utilisation des espaces municipaux pour répondre à l'une ou plusieurs préoccupations suivantes :

- nuisance
- engorgement de la rue et désordre
- exposition des enfants à un comportement contraire aux valeurs que tentent de leur inculquer leurs parents
- s'assurer que les personnes de la localité peuvent jouir de leur droit de propriété.

Les tribunaux ont jugé que tous ces objectifs pouvaient constituer un fondement acceptable pour une province ou une municipalité à l'adoption de lois ou de règlements, bien que le sujet puisse également être interprété comme de nature morale ou puisse faire double emploi avec certaines dispositions du Code criminel.

Tenue vestimentaire des employés des salons de massage

Par exemple, les tribunaux ont confirmé la validité des lois provinciales prescrivant le type ou la quantité de vêtements que devaient porter les employés des salons de massage. Dans l'affaire *Cal Investments Ltd. v. Winnipeg* ⁴⁹, la Cour d'appel du Manitoba a examiné un règlement municipal qui exigeait que la personne qui travaille dans un salon de massage "porte un vêtement de dessus non transparent la couvrant du cou aux genoux". Le règlement a été contesté au motif qu'il outrepassait la simple réglementation des salons de massage et qu'il en résultait une interdiction des salons de massage et un empiétement sur le pouvoir législatif fédéral en matière de droit criminel. La Cour s'est fondée sur l'analyse appliquée dans l'arrêt *McNeil* (précité) et a conclu que "le caractère véritable du règlement contesté visait à réglementer le commerce des salons de massage". Bien qu'elle aborde la question de la moralité, la cour a jugé que la disposition n'était pas une disposition législative en matière de droit criminel, et donc qu'elle n'était pas invalide ⁵⁰.

De même, dans l'affaire *Re Moffat and City of Edmonton* ⁵¹, on a contesté la constitutionnalité d'un règlement municipal établissant des normes vestimentaires pour les personnes offrant des services de massages. La Cour s'est fondée sur les décisions rendues dans les affaires *Cal Investments* et *MacNeil*, et a conclu :

[Traduction] Si le conseil municipal estime que ce règlement ou cette restriction est raisonnablement nécessaire pour empêcher ce qui est normalement un massage de devenir un acte néfaste pour la santé ou la moralité, je ne peux voir comment cela peut, de soi, aller aussi loin que d'empiéter sur le domaine du droit criminel. (page 109)

La tenue vestimentaire et la relation avec l'auditoire

Les tribunaux ont également confirmé la validité des règlements provinciaux ou municipaux qui stipulent la quantité de vêtements que doivent porter les artistes de music-hall et la relation qu'ils peuvent avoir avec l'auditoire. Dans l'arrêt *Rio Hotel* (précité), on a contesté

la loi provinciale qui autorisait l'imposition de conditions dans les permis d'alcool, spécifiant le degré de nudité acceptable et les règles applicables à la présentation de spectacles qui supposaient que l'on enlève des vêtements. On soutenait que le Code criminel comportait des dispositions ayant trait à la nudité et que les exigences imposées dans le cas des permis par la Liquor Licensing Board empiétaient sur le pouvoir du fédéral en matière criminelle. Dans son jugement rendu au nom des juges de la majorité de la Cour suprême du Canada, le juge en chef Dickson a conclu que les mesures étaient un exercice opportun du pouvoir législatif de la province parce qu'elles étaient liées à la propriété et aux droits civils et à des matières de nature purement locale. Le législateur ne cherchait qu'à "réglementer les formes de divertissements dont les propriétaires d'établissements titulaires d'une licence peuvent se servir comme instruments de commercialisation pour augmenter les ventes d'alcool". Selon le juge en chef Dickson, même s'il y avait un certain chevauchement de la disposition contestée et des dispositions du Code criminel, il n'y avait aucun conflit direct entre les conditions du permis et les dispositions du Code criminel ayant trait à la nudité. De plus, aucune conséquence pénale ne découlait d'un manquement aux conditions du permis, tandis que les dispositions du Code criminel étaient de nature punitive. Les dispositions provinciales et fédérales n'étaient pas incompatibles, et elles pouvaient donc s'appliquer concurremment ⁵².

Distribution de vidéos pour adultes

Les tribunaux ont confirmé la validité des lois provinciales régissant la distribution des vidéos pour adultes. Dans l'affaire *It's Adult Video Plus Ltd. v. British Columbia (Director of Film Classification)* ⁵³, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé la validité d'une loi provinciale exigeant que tous les films pour adultes soient soumis pour classification avant leur distribution, et permettant seulement la distribution des films approuvés. La Cour a jugé que le but de la loi était la réglementation de la diffusion des films pornographiques afin :

- * de supprimer les conditions qui donnent ouverture à la perpétration d'infractions;
- * d'établir des contrôles de production et de qualité pour l'industrie dans la province;
- * de protéger les résidents, plus particulièrement les enfants, de la "distribution clandestine de matériel prohibé".

Exposition de publications érotiques, sauf à certaines conditions

Les tribunaux ont confirmé la validité des lois provinciales qui réglementaient l'exposition des publications érotiques, et les interdisaient même dans certaines conditions. Dans l'affaire *Information Retailers Association of Metropolitan Toronto v. Metropolitan Toronto* ⁵⁴, on a contesté la loi provinciale autorisant les municipalités à décerner des licences et à réglementer les endroits où l'on vendait des livres ou des revues faisant appel à "l'appétit et aux tendances sexuelles ou érotiques".

Le règlement exigeait que les livres pour adultes soient placés à 1,5 mètres du sol, et que seul le nom de la publication soit visible.

La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que la loi relevait du pouvoir législatif de la province en vertu du paragraphe 92(13) parce qu'elle portait sur la réglementation d'un commerce autorisé et n'allait pas aussi loin que d'interdire le commerce. L'intention principale de la loi était de "limiter l'accès physique et visuel des enfants à certaines publications, plus particulièrement aux publications pour adultes ou aux revues de peau". Sur la question de la moralité, la cour a déclaré :

[Traduction] il est bien connu que la présence d'un élément moral dans l'objectif visé ne rend pas, de ce fait, le règlement invalide au motif qu'il s'agisse d'un exercice inopportun du pouvoir du fédéral de légiférer en matière criminelle. Le caractère véritable du règlement contesté était la réglementation d'un commerce permis. La moralité n'est pas une valeur constitutionnelle distincte, et elle peut être réglementée soit par le Parlement, soit par une législature provinciale, selon la qualification de l'ensemble de la loi. À mon avis, un règlement visant à réglementer un commerce ou une industrie afin de protéger les enfants a comme "objet, but, nature et caractère véritables" un sujet qui relève du pouvoir législatif provincial et il n'est pas invalide du seul fait que cet objectif puisse s'étendre à des aspects moraux. (pages 462 et 463)

La Cour n'a trouvé aucun conflit entre les dispositions du règlement et les dispositions sur l'obscénité du Code criminel parce que les deux lois visaient des objectifs totalement différents.

Contrôle des nuisances et prévention du crime

Les tribunaux ont confirmé la validité des lois provinciales contrôlant l'exploitation des maisons de désordre. Dans l'affaire *Bédard c. Dawson*⁵⁵, on contestait la validité d'une loi adoptée par la province de Québec. La loi conférait le droit à des citoyens privés de présenter une demande d'injonction à la Cour en vue d'obtenir la fermeture d'un endroit parce qu'il était utilisé comme une maison de désordre. La Cour suprême du Canada a conclu que la loi était valide parce que la province avait le pouvoir de légiférer afin d'empêcher les nuisances. Le juge *Idington* a déclaré:

[Traduction] la province a le pouvoir que l'on conteste en l'espèce en ce qui a trait aux faits pertinents. De fait, le devoir de protéger les propriétaires du voisinage dans les cas comme en l'espèce rend la question difficile à soutenir. Il y a plusieurs cas d'autres nuisances susceptibles d'être mieux rectifiées par la réglementation locale s'inscrivant dans le pouvoir des assemblées législatives de prendre des lois concernant la propriété et les droits civils, plutôt qu'en qualifiant ces actes d'infractions et en laissant au Parlement le soin de les régler. (Nous soulignons, page 684)

Le juge Anglin a ajouté:

À mon avis, cette loi n'empiète nullement sur le domaine du droit criminel, mais elle vise exclusivement le contrôle et la jouissance de la propriété et la sauvegarde de la collectivité

contre les conséquences d'une utilisation illégale ou blessante qu'on en fait _ une pure question de droit civil. À mon avis, en adoptant la loi sous examen, la législature exerce le pouvoir qu'elle possède sans aucun doute d'éliminer les nuisances et de prévenir sa répétition en ayant recours au processus civil. (page 685) ⁵⁶

Bon ordre dans les rues

Les tribunaux ont maintenu la validité des règlements municipaux contrôlant l'utilisation des rues. Dans l'affaire A.G. (Can.) and Dupond v. Montreal 57 , la Cour suprême du Canada a maintenu la validité d'un règlement municipal interdisant de tenir "toute assemblée, parade ou rassemblement dans le domaine public de la ville de Montréal pour une période de trente jours". Le juge Beetz a déclaré, dans le jugement de la majorité, que le règlement concernait des matières de nature locale et qu'il était de nature réglementaire. La nature préventive du règlement et le fait qu'il s'agisse d'une mesure temporaire étaient des éléments importants de la conclusion. Toutefois, la Cour a conclu que la province avait le pouvoir législatif de supprimer les conditions susceptibles de favoriser la perpétration d'infractions.

À l'évidence, les tribunaux n'ont pas confirmé la validité de toutes les mesures provinciales ou municipales. Dans une trilogie de décisions, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'invalidité des règlements municipaux qui tentaient de contrôler les normes vestimentaires des personnes qui offraient un service ou un divertissement dans des établissements pour adultes (bar, club, salons de massage) 58 . Toutefois, dans l'arrêt Rio Hotel, le juge Estey a conclu, dans un jugement différent mais souscrivant au jugement de la majorité, après avoir discuté de ces affaires: "Avec égards, je suis d'avis que les décisions rendues respectivement dans les affaires Koumoudouros, Nordee and Sherwood précitées, sont erronées". (page 79) De fait, plus récemment, dans l'affaire Re Ontario Adult Entertainment Bar Association and Municipality of Metropolitan Toronto ⁵⁹, la Cour d'appel de l'Ontario a suivi le jugement du juge Estey dans l'arrêt Rio Hotel et conclut que ces trois décisions étaient désormais infirmées.

Dans l'affaire Re Ontario Adult Entertainment, on demandait à la cour d'examiner la validité d'un règlement municipal interdisant la danse-contact dans les établissements de divertissements pour adultes. La Cour a jugé que le règlement s'inscrivait à bon droit dans le pouvoir législatif provincial car il concernait la santé, la sécurité et la prévention du crime. Bien que l'effet subsidiaire du règlement touche à la question de la moralité, la cour a déclaré, en appliquant Rio Hotel :

[Traduction] les provinces ont le droit, en vertu du partage des pouvoirs prévu dans la Loi constitutionnelle de 1867, d'adopter des règlements de nature policière ou purement locale afin de préserver la paix et la décence publique de la municipalité et de réprimer l'ivresse et la conduite déréglée et tapageuse. (page 167)

Enfin, il faut signaler la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c.

Westendorp ⁶⁰. Dans cette affaire, on contestait un règlement pris par la ville de Calgary. Le règlement établissait un régime réglementaire global concernant l'utilisation des rues de la ville. Toutefois, une disposition concernait la prostitution et interdisait de se trouver sans la rue à des fins de prostitution. La Cour a jugé que cette partie de la disposition était invalide parce qu'il s'agissait d'une tentative déguisée de la ville d'interdire la prostitution, ce qui relève clairement du domaine du droit criminel. La Cour a jugé que la disposition n'avait aucun lien avec l'ensemble du règlement, et elle a signalé que la nuisance connexe à la prostitution de rue était particulièrement interdite, tandis que d'autres nuisances de rue équivalentes n'étaient pas signalées. Par conséquent, il était évident que la ville tentait d'interdire et de punir la prostitution de rue sous le couvert de son pouvoir de contrôler les nuisances locales, de prévenir le crime, de maintenir l'ordre public et de contrôler l'utilisation des rues.

CONCLUSION

Il devrait ressortir clairement ces affaires mentionnées ci-dessus que les municipalités peuvent, de fait,

prendre des règlements régissant les normes vestimentaires contrôlant la nudité ou la nudité partielle dans les endroits publics, les rues et les parcs. Mais ce n'est pas tous les règlements pris par une municipalité afin de contrôler la nudité qui seront jugés valides. Par exemple:

- une municipalité ne peut adopter un règlement concernant la nudité publique qui est en conflit direct avec une disposition connexe du Code criminel ⁶¹;
- une municipalité ne peut adopter un règlement dont le but est de punir les personnes qui se montrent nues en public.

Il s'ensuit qu'une municipalité devra prendre un règlement municipal bien ciblé qui vise clairement à prévenir les nuisances, à maintenir l'ordre public et à empêcher les enfants d'être exposés à la nudité ou à la nudité partielle. Ce type de règlement ne comporterait probablement pas une interdiction générale de la nudité ou de la nudité partielle, et il ne doit pas créer une infraction du fait de se montrer nu ou partiellement nu. Si le règlement comporte des normes vestimentaires à respecter dans certains endroits publics (par exemple les piscines publiques, les parcs, les plages), plus particulièrement dans les endroits où on peut raisonnablement s'attendre à ce que des enfants s'y trouvent, il s'apparente davantage à des questions ayant trait à la propriété et aux droits civils ou à des matières de nature purement locale qu'au droit criminel. De plus, si le règlement confère le pouvoir d'empêcher la personne de continuer de se trouver dans ces lieux ainsi dévêtue, au lieu de créer une infraction punissable, le "caractère véritable" du règlement semblera lié aux objectifs locaux appropriés. On soutient qu'un tel règlement ne vise pas à punir l'indécence (plus particulièrement lorsque les normes locales de l'indécence diffèrent de celles figurant dans le Code criminel), mais à contrôler une conduite au sein de la localité, conduite que la majorité des membres de celle-ci veulent établir pour eux-mêmes.

Ce type de règlement, par exemple, pourrait autoriser un représentant municipal présent

sur les lieux d'une piscine à exiger d'une personne qui n'est pas vêtue adéquatement de prendre des mesures pour respecter les normes vestimentaires (par exemple, demander à une baigneuse aux seins nus de remettre le haut de son maillot). Si la personne refuse, on pourrait l'enjoindre de quitter la piscine. À cette étape, le refus de quitter l'endroit pourrait entraîner une contravention à une loi provinciale sur le droit de propriété. Mais le règlement en lui-même ne viserait pas à punir la personne; par contre, il viserait à contrôler comment la personne doit être vêtue pour fréquenter cet endroit, compte tenu des préoccupations et des objectifs légitimes locaux.

Selon la municipalité et ses préoccupations locales (plus particulièrement l'opinion de la collectivité au sujet des normes vestimentaires applicables dans les endroits publics), le règlement pourrait permettre une atténuation des normes vestimentaires dans certains endroits, à savoir établir des "zones de tolérance", et on pourrait dire clairement au public que tous ceux qui ne veulent pas être témoins de cette activité, ou exposer leurs enfants à celle-ci, n'ont qu'à éviter ces zones ⁶².

Il doit être précisé que les normes pénales ayant trait à l'indécence permettent aux Canadiens d'empêcher d'autres Canadiens de voir ou de faire ce qu'ils veulent dans les endroits publics. Il s'agit d'un contrôle important à l'égard des actes d'autrui et, comme il ressort de l'exposé ci-dessus, il se pourrait que pour respecter la Charte, ces restrictions pénales à l'égard des actes des personnes qui souhaitent faire des expériences ne puissent se justifier qu'en vertu du préjudice que ces actes peuvent causer.

Toutefois, les règlements locaux régissant les normes vestimentaires dans certains endroits publics visent non à empêcher les Canadiens de voir quelque chose parce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens la voie, mais parce que les membres de cette collectivité ont décidé qu'eux-mêmes ne veulent pas être exposés à ce comportement, ou ne veulent pas que leurs enfants y soit exposé.

Il va sans dire que le droit criminel est un instrument brutal pour aborder des problèmes de cette nature. Comme les tribunaux l'ont reconnu, ce type de problème est mieux abordé dans le cadre de la réglementation locale. On soutient que si une municipalité tente de bonne foi de réglementer la tenue vestimentaire dans les endroits publics, cet exercice serait vu par les tribunaux comme un exercice approprié du pouvoir législatif de la province.

1 R. c. Jacob (1997) 112 C.C.C. (3d) 1. Le juge dissident n'était pas en désaccord avec la décision, mais uniquement avec les critères juridiques applicables à la conclusion d'indécence. Les juges de la majorité ne limitaient pas l'indécence à la conduite sexuelle, contrairement au jugement dissident.

2 (1663) 1 Sid. 168; 82 E.R. 1036.

3 Voir, généralement, Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice, volume 2,

London, Sweet et Maxwell, 1994, aux pages 31 à 64, et Smith et Hogan, *Criminal Law*, 7e éd. 1992, London, Butterworths, aux pages 474 à 476.

4 R. v. Thallam (1863) 9 Cox C.C. 388.

5 R. v. Mayling [1963] 2 W.L.R. 709.

6 Voir Archbold, précité, aux pages 31 à 65, et Smith et Hogan, *Criminal Law*, précité.

7 Voir Knüller v. D.P.P. [1973] A.C. 435; 56 Cr.App.R. 633 (C.L.)

8 (1990) 91 Cr.App.R. 341 (C.A. Angl.)

9 (1965) 49 Cr.App.R. 175 (C.A. Angl.), aux pages 180 et 181.

10 Code criminel, S.C. 1892, ch. 29, art. 177.

11 Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 158. Le paragraphe 171(2) a été ajouté dans le cadre du projet de loi C-15, L.C., 1987, ch. 24, art. 7.

12 S.C. 1931 ch. 28, art. 2, Code criminel, art. 205A. Le paragraphe 2 exigeait le consentement du procureur général de la province avant l'institution d'une poursuite.

13 S.C. 1953-54, ch. 51, art. 159.

14 L.R. 3 Q.B. 360, le juge Cockburn, à la page 371.

15 Voir R. v. American News Co. (1957) 118 C.C.C. 152 (C.A. Ont.); R. v. National News Co. (1953) 106 C.C.C. 26 (C.A. Ont.); R. v. Stroll (1951) 100 C.C.C. 121 (C.S.P. Mtl.).

16 S.C. 1959, ch. 41, art. 11.

17 (1962) 132 C.C.C. 161.

18 Voir R. v. Close [1948] V.L.R. 445.

19 Dominion News and Gifts c. La Reine [1969] 2 C.C.C. 103 (C.S.C.) confirmant [1967] 3 C.C.C. 1 (C.A. Man.).

20 R. v. MacMillan Company of Canada (1976) 31 C.C.C. (2d) 286 p. 322 (C.A. Ont.); R. v. Kiverago (1973) 11 C.C.C. (2d) 463 p. 464 (C.A. Ont.); R. v. Goldberg and Reitman (1971) 4 C.C.C. (2d) 187 p. 191 (C.A. Ont.).

21 R. v. Great West News Ltd. [1970] 4 C.C.C. 307 par le juge Dickson, à la page 315

(autorisation d'appel refusée).

22 (1985) 1 R.C.S. 494; 18 C.C.C. (3d) 193.

23 La majorité des juges ont conclu de plus que l'auditoire ciblé était également un facteur pertinent dont il convenait de tenir compte pour déterminer la norme de tolérance.

24 [1992] 1 R.C.S. 452; (1992) 70 C.C.C. (3d) 129.

25 La Cour a conclu que, même si l'article 163 portait atteinte au droit à la liberté d'expression, la disposition était néanmoins valide au motif qu'elle constituait une limite raisonnable et qu'elle était justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

26 Voir page 478. L'utilisation du mot "nécessairement" est important parce que dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres*, même si le juge en chef Dickson reconnaît que bien qu'il puisse être possible, d'un point de vue théorique, qu'une représentation dégradante ou déshumanisante puisse, de fait, outrepasser la norme sociale de tolérance, les deux critères étaient distincts d'un point de vue conceptuel. En utilisant le mot "nécessairement", le juge Sopinka, et les arrêts auxquels il renvoie, font correspondre les deux critères comme étant équivalents du point de vue conceptuel.

27 Ce résultat pourrait être acceptable dans les cas d'obscénité (laquelle, devons-nous préciser, est davantage une forme d'expression qu'une conduite). Toutefois, parce que l'indécence est beaucoup plus basse sur l'échelle des normes reconnues de conduite acceptable, comme l'ont affirmé les cours d'Angleterre, on soutient que l'approche canadienne actuelle cause un problème parce que la cour, en déterminant s'il y a indécence, tient compte actuellement du préjudice et ne tente pas d'évaluer directement le degré de tolérance sociale. Dès lors, le critère applicable à la tolérance sociale en vue de déterminer ce qui est indécent a été haussé artificiellement.

28 Il convient de signaler que le critère énoncé dans l'arrêt *Hicklin* - la tendance du matériel à dépraver et à corrompre - n'était pas simplement, peut-on soutenir, une question d'appliquer une norme morale; on croyait qu'il était nécessaire d'empêcher les effets nocifs qu'auraient le matériel sur l'individu eu égard à ses valeurs et à sa conduite en découlant. Le juge Sopinka lui-même déclare que "dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale... Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement". (page 485) De fait, même le juge Sopinka convient que les notions de corruption morale et de préjudice social ne sont pas distinctes : "C'est la corruption morale d'un certain type qui entraîne l'effet nocif sur la société" (page 494). Selon le juge Sopinka, le Parlement a le droit de prendre des lois en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique (page 493). Pourquoi la corruption morale ne cadrerait-elle

pas dans cette "conception fondamentale"?

29 Il convient de signaler que l'indécence se préoccupe, essentiellement, de la conduite ou du comportement, tandis que l'obscénité se préoccupe des formes d'expression (documents, films, art). Bien qu'une conduite puisse être une forme d'expression, les intérêts en jeu dans le cadre de la réglementation d'une conduite plutôt que d'une pure forme d'expression sont très différents et donc, le fondement de la justification ayant trait à la restriction de la conduite (même si elle est une forme d'expression) peut être différent de ce qui peut justifier une restriction de la forme d'expression qui n'est pas une conduite.

30 (1994) 84 C.C.C. (3d) 97.

31 [1986] R.J.Q. 595; (1985) 27 C.C.C. (3d) 77.

32 [1997] 2 R.C.S. 630; (1997) 115 C.C.C. (3d) 539.

33 (1997) 112 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), le juge Osborne, page 15.

34 En dissidence, le juge Weiler a souscrit à l'énoncé selon lequel le juge du procès avait appliqué incorrectement la norme de tolérance de la société et qu'il avait erré en n'examinant pas si un préjudice avait été causé : voir page 27.

35 R. c. Verette (1978) 40 C.C.C. (2d) 273 (C.S.C.); R. v. Bennet (1975) 29 C.C.C. (2d) 403 (C.S. C.-B.).

36 Voir R. v. Pickard (1984) Ont.D.Crim.Conv. 6095-07 (C.Prov. Ont.); R. v. Hecker (1980) 58 C.C.C. (2d) 66 (C.T. Yuk.); R. v. Balazsy (1980) 54 C.C.C. (2d) 346 (C.Prov. Ont.); R. v. Springer (1975) 31 C.R.N.S. 48 (C. Dist. Sask.); R. v. Niman (1974) 31 C.R.N.S. 48 (C.Prov. Ont.); R. v. Beaupre (1971) 7 C.C.C. (2d) 320 (C.S. C.-B.)

37 Voir Beaupre, précitée et Niman, précitée.

38 (1982) 70 C.C.C. (2d) 324.

39 Il convient de signaler que les membres du public troublés et préoccupés au sujet du fait de se promener les seins nus peuvent varier selon les collectivités. Ce facteur appuie l'idée proposée dans le présent document selon laquelle le problème ayant trait au fait de se promener les seins nus devrait être abordé dans le cadre de la réglementation locale plutôt que dans une loi nationale.

40 Il convient de signaler, à cette étape, que l'approche anglaise énoncée dans l'affaire Mayling (précitée) à l'égard de l'indécence comporte l'examen de la question de savoir si l'acte en cause dégoûterait ou indisposerait les membres du public qui en seraient témoin.

41 On soutient que la réponse de la Cour d'appel dans l'arrêt Jacob selon laquelle toute personne offensée peut simplement regarder ailleurs, ne tient pas compte de l'importance de ce qui se produit réellement dans ce type de situation.

42 [1949] R.C.S. 1, page 50, confirmée par le Conseil privé à [1951] A.C. 179.

43 Voir, par exemple, la décision dans l'affaire Labatt Breweries c. P.G. Canada [1980] 1 R.C.S. 914 dans laquelle les juges de la majorité de la Cour suprême du Canada ont conclu qu'une disposition de la Loi sur les aliments et drogues adoptée par le gouvernement fédéral (interdisant l'étiquetage ou la publicité d'une bière dite légère à moins que celle-ci respecte une norme prescrite par le Parlement, et prévoyant que la violation de cette interdiction constitue une infraction mixte qui rend le contrevenant passible d'une amende ou d'un emprisonnement de trois ans) n'est pas une loi de droit criminel, même si elle se rapporte à la santé.

44 [1978] 2 R.C.S. 662.

45 Dans la dernière affaire Rio Hotel c. Liquor Licence Board [1987] 2 R.C.S. 59; 44 D.L.R. (4th) 663, le juge Estey a déclaré, dans une opinion minoritaire mais souscrivant au jugement de la majorité, en rapport avec cet aspect de la décision, que cette décision ne devait pas être prise sur ce fondement et qu'on pourrait peut-être aborder ce point dans une opinion incidente.

46 Voir Lord's Day Alliance of Canada v. A.G.B.C. [1959] R.C.S. 497, le juge Kerwin, à la page 503; Churchill Falls (Labrador) Cor. c. P.G. Terre-Neuve, [1984] .

47 Cette notion est connue sous le nom de "doctrine du double aspect". Voir Hodge c. The Queen (1883) 9 App.Cas. (P.C.) 117 p. 130; et Multiple Access Ltd. c. McCutcheon [1982] 2 R.C.S. 161.

48 Voir Rio Hotel, précité, aux pages 666 et 667.

49 (1978) 84 D.L.R. (3d) 699 (C.A. Man.).

50 *ibid*, aux pages 704 et 705.

51 (1979) 99 D.L.R. (3d) 101 (C.B.R. Alb.).

52 Voir également Re Sharlmark Hotels Ltd. v. Metropolitan Toronto (1981) 32 O.R. (2d) 129.

53 (1991) 81 D.L.R. (4th) 436 (C.S. C.-B.).

54 (1985) 52 O.R. (2d) 449 (C.A. Ont.).

55 [1923] R.C.S. 681 (C.S.C.).

56 Plus récemment, la compétence du procureur général de la province de restreindre une conduite qui constitue une nuisance publique a été confirmée par la Cour de l'Ontario (division générale) dans l'affaire *Ontario Attorney General v. Dieleman* (1994) 20 O.R. (3d) 229; 117 D.L.R. (4th) 449. Cette affaire portait sur le piquet dans les rues et les trottoirs publics près des cliniques d'avortement, des hôpitaux, des cabinets de médecins et des résidences des médecins. Le juge Adams a conclu que le Procureur général avait la compétence pour demander une injonction restreignant cette activité parce qu'il avait un intérêt à empêcher les nuisances publiques qui avaient un effet néfaste à l'égard du confort et de la commodité de vie raisonnables des citoyens locaux qui devaient faire face à la situation.

57 [1978] 2 R.C.S. 770 (C.S.C.).

58 Voir *Koumoudouros v. Metropolitan Toronto* (1985) 52 O.R. (2d) 442 (C.A. Ont.); *Sherwood Park Restaurant Inc. v. Markham* (1984) 48 O.R. (2d) 449 (C.A. Ont.); *Nordee Investments Ltd. v. Burlington* (1984) 48 O.R. (2d) 123 (C.A. Ont.).

59 (1997) 35 O.R. (3d) 161 (C.A. Ont.); autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada refusée.

60 [1983] 1 R.C.S. 43; 2 C.C.C. (3d) 330.

61 Le fait que le règlement interdise une conduite qui est permise en vertu du Code criminel ne constitue pas un conflit direct. Même s'il est difficile d'évaluer ce fait dans l'abstrait, la question générale de savoir s'il est possible de respecter les deux dispositions ou si une disposition exige un acte qui est interdit par l'autre, sont des éléments clés d'un conflit direct.

62 Un exemple évident serait la désignation de certaines plages, ou zones de plages où il serait permis d'aller les seins nus, ou de se baigner nu. Une signalisation claire du périmètre de la plage aviserait qu'au-delà de ce point, les personnes sont susceptibles de ne porter aucun vêtement. Quiconque est offensé par cette situation n'est pas tenu de fréquenter cette plage.

mars 1999