

THE CANADIAN BAR REVIEW
LA REVUE DU BARREAU
CANADIEN

Vol. LIV

SEPTEMBER 1976 SEPTEMBRE

No. 3

LE DROIT CANADIEN EN MATIERE D'OBSCENITE:
ASPECTS CONSTITUTIONNELS *

FRANÇOIS CHEVRETTE† HERBERT MARX††

Montréal

Introduction

Les divers projets de révision de la législation canadienne en matière d'obscénité suscitent un certain nombre de problèmes constitutionnels.

L'obscénité, en tant que matière législative reliée à la moralité, relève primordialement comme nous le verrons de la compétence fédérale sur le droit criminel,¹ en sorte que les textes de loi les plus importants en la matière se trouvent principalement dans le Code criminel.² Or il arrive qu'à ce jour le législateur fédéral a jugé opportun de proscrire l'obscénité conformément à un schème pénal fort classique, en établissant un certain nombre

* Cette étude révisée et mise à jour a été d'abord préparée pour la Commission de réforme du droit du Canada.

† François Chevette, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

†† Herbert Marx, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

¹ Art. 91(27) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique 1867, 30 & 31 Vic., c. 3 (R.-U.), cité A.A.N.B. dans les pages qui suivent.

² S.R.C., 1970, ch. C-34, spécialement aux articles 159 à 165, cité C.cr. dans les pages qui suivent.

de prohibitions à ce sujet et en donnant mission aux tribunaux criminels de droit commun d'imposer des peines d'amende, de prison ou de confiscation de matériel aux contrevenants.³ Cette façon de procéder n'a point été exempte de problèmes, tenant soit à l'extrême difficulté de définir législativement ce qui est obscène et à l'incertitude en découlant même pour le citoyen respectueux des lois, soit à la difficulté non moins grande suivant certains de faire appliquer ces prohibitions par les autorités judiciaires ou policières, soit encore à une contestation de leur justification même et au risque d'empiètement que beaucoup y voient sur une valeur aussi importante que la liberté d'expression et de communication.

Dans tout ce débat, certains prendront parti pour une dépénalisation complète de l'obscénité. D'autres prendront parti au contraire pour un durcissement de la législation en la matière, allant même jusqu'à réclamer qu'aux prohibitions actuellement existantes l'on ajoute certaines formes de censure ou autorisation préalable — du matériel imprimé par exemple — exercée ou ordonnée par des organes publics habilités à cet effet. D'autres enfin, partisans d'une dépénalisation partielle et d'une libéralisation de la définition de l'obscénité, pouvant par exemple varier territorialement en fonction du milieu de distribution du matériel obscène, souhaiteront néanmoins qu'un certain contrôle étatique demeure, non plus exclusivement sous la forme de prohibitions assorties de pénalités aux contrevenants mais aussi sous la forme plus souple d'une réglementation de type administratif, consistant par exemple en un système de permis aux établissements commerciaux distributeurs de matériel obscène, avec obligation pour eux de se conformer à certaines normes — composition des étalages, interdiction d'accès à un public n'ayant pas atteint un certain âge, et ainsi de suite.

Ainsi l'on se rend aisément compte que le traitement législatif actuel du problème de l'obscénité, d'une philosophie et d'une technique pénales assez traditionnelles, peut se prêter à des révisions très variées selon l'un et l'autre de ces deux derniers points de vue. Dès lors, il vient tout naturellement à l'esprit de se demander si et jusqu'à quel point la compétence constitutionnelle fédérale sur le droit criminel, qui a fondé à ce jour la validité de la législation fédérale en matière d'obscénité, autoriserait ce genre de

³ *Ibid.* Les articles 159, 161, 162, 163, 164 établissent un certain nombre de prohibitions, l'article 160 prévoit la procédure de saisie et de confiscation et l'article 165 pose les pénalités.

renouvellement. C'est cette question que nous nous proposons d'examiner au cours de la première partie de la présente étude.

Nous avons souligné plus haut que l'obscénité en tant que matière législative relève primordialement de l'autorité fédérale, à raison de sa compétence exclusive sur le droit criminel. Pourtant c'est un fait qu'au Canada les provinces, et plusieurs de leurs lois présentes l'attestent comme nous le verrons, ont prétendu, à tort ou à raison, à une certaine autorité législative sur les questions de moralité publique. A tel point qu'il n'est pas absolument invraisemblable que face à une éventuelle politique fédérale de dépenalisation complète ou partielle de l'obscénité, certaines d'entre elles puissent un jour se juger compétentes pour occuper le champ, blâmant le retrait fédéral ou en tirant simplement prétexte comme une incitation à y pénétrer. D'où l'on voit l'utilité de tenter de mesurer, non pas seulement l'étendue de la compétence fédérale en matière d'obscénité, mais bien aussi l'étendue de celle des provinces, pour autant qu'elles en aient une. On peut bien tenir en première analyse, et avec l'appui de nombreuses autorités, que les questions de moralité sont constitutionnellement des matières de droit criminel, relevant à ce titre de la seule et exclusive compétence fédérale. Pourtant il demeure que les provinces ont une compétence bien établie notamment sur le commerce intra-provincial,⁴ la protection de la jeunesse,⁵ la santé mentale⁶ et l'ordre public local,⁷ toutes matières qui ne sont pas sans rapport avec un problème comme celui de l'obscénité. Aussi apparaît-il nécessaire de tenter d'éclaircir cette difficile question et d'évaluer si et dans quelle mesure elles sont capables de légiférer de quelque façon en matière d'obscénité.

Et même s'il devait arriver qu'elles ne le soient pas ou ne le soient que partiellement, il se trouvera certainement des gens pour suggérer qu'elles le deviennent, non point à la suite d'un amendement constitutionnel formel mais bien par quelque technique constitutionnelle pouvant leur laisser une certaine initiative à ce sujet. Une bonne législation en matière d'obscénité, dira-t-on, doit d'une part prendre en considération la diversité des milieux socio-culturels et les variations des mentalités de la collectivité qu'elle entend régir. Elle requiert en outre, pour être bien appliquée, une

⁴ Art. 92(13) et (16) de l'A.A.N.B.

⁵ Pouvoir qu'elles détiennent notamment en vertu de leur compétence en matière d'éducation, telle qu'établie par l'article 93 de l'A.A.N.B. Voir: *In re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, à la p. 402.

⁶ Art. 92(7) de l'A.A.N.B.

⁷ Art. 92(16) de l'A.A.N.B.

bonne organisation judiciaire, administrative et policière. Il est vraisemblable que mis ensemble ces deux motifs puissent en gagner certains à l'idée de donner aux provinces une certaine responsabilité en la matière. D'une part un tel transfert de responsabilité pourrait faciliter la régionalisation souhaitée; d'autre part les provinces ont déjà la responsabilité d'administrer la justice,⁸ tant au niveau judiciaire que policier, et elles disposent de certaines structures administratives — pour la censure et la classification du film en particulier — dont on pourrait songer à se servir en matière d'obscénité.

Cela étant, il nous semble utile aux fins de la présente étude d'examiner non seulement quelle compétence les provinces peuvent avoir en propre et directement en matière d'obscénité, mais aussi de quels types de pouvoirs elles seraient susceptibles d'être investies par l'autorité fédérale et par quelles techniques constitutionnelles cela pourrait se faire. La deuxième partie de la présente étude sera donc consacrée à l'examen de la compétence des provinces en matière d'obscénité, à la fois celle qu'elles peuvent avoir à titre autonome et celle de caractère dépendant ou délégué!

I. *La compétence fédérale en matière d'obscénité.*

Pour les besoins de l'analyse, on peut se représenter une législation en matière d'obscénité comme étant soit de type prohibitif soit de type réglementaire. Rendre coupable d'une infraction, comme le fait l'actuel article 159(1) du Code criminel, celui qui "produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène" est bien l'exemple d'une disposition prohibitive, d'un caractère pénal fort classique. On saisit aisément la différence qu'il y a entre une législation de ce genre et une autre, qui instituerait par exemple un système de permis pour les libraires et marchands de journaux, à charge pour eux de payer certains droits, de tenir leur établissement conformément à certaines normes et de se soumettre aux inspections diverses d'officiers administratifs. Dans le premier cas en effet on est face à une prohibition pure et simple, définie avec un maximum de rigueur et de clarté, portant sur des actes d'une certaine gravité, généralement appliquée par les tribunaux de droit commun au cours d'un procès formel et sanctionnée par la réprobation et la peine que l'on encourt une fois qu'on y a contrevenu et que la violation a été dûment prouvée.

⁸ Art. 92(14) de l'A.A.N.B.

Par comparaison avec ce premier genre, la législation de caractère réglementaire offre une plus grande souplesse, tant au plan du contenu de la norme qu'au plan de ses modalités d'application. Sa violation n'entraînant pas une réprobation d'une gravité comparable à celle de la législation criminelle prohibitive, elle sera naturellement plus souple et l'on pourra envisager plus aisément de confier la responsabilité de son application à une autorité spécialisée, investie de divers pouvoirs de contrôle et rendant ses décisions en suivant une procédure plus simple et plus expéditive que la procédure proprement pénale.

Cela étant, il demeure que la distinction entre une législation prohibitive et une législation réglementaire en est une plus de degré que de nature. Mais elle peut être utile pour mesurer l'étendue de la compétence fédérale en matière d'obscénité, uniquement toutefois à titre d'instrument d'analyse et quitte à faire ressortir le cas échéant sa plus ou moins grande fragilité. Ce sera l'objet du développement qui suit.

1. *Législation fédérale prohibitive.*

Le pouvoir du Parlement central d'adopter une législation prohibitive en matière d'obscénité en vertu de sa compétence exclusive sur le droit criminel ne soulève pas de problème, pas plus d'ailleurs que son pouvoir de l'assortir de pénalités diverses. La jurisprudence constitutionnelle autorise un tel jugement.

Parlant des objets de la compétence fédérale sur le droit criminel, le juge Duff écrivait: "They are concerned primarily not with rights, with their creation, the condition of their exercise, or their extinction; but with some evil or some menace, moral or physical, which the law aims to prevent or suppress through the control of human conduct."⁹ Dans le même sens le juge Rand, appelé à statuer sur la validité d'une disposition législative fédérale prohibant le commerce de la margarine, s'exprimait ainsi: "Is the prohibition then enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by [le droit criminel]."¹⁰ Ainsi il est clair que la compétence fédérale sur le droit criminel, dont la portée

⁹ *Re Combines Investigation Act and Section 498 of the Criminal Code*, [1929] R.C.S. 409, à la p. 413.

¹⁰ *Reference re Validity of Section 5 (a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, à la p. 50.

est d'ailleurs extensible,¹¹ ouvre au Parlement central la possibilité de prohiber et de punir tout acte ou omission attentatoire à l'ordre public. C'est une compétence qui, suivant l'expression consacrée, porte sur des "public wrongs". Ces "public wrongs" au reste pourront se trouver dans des domaines d'activités relevant de la compétence des provinces et la législation criminelle fédérale n'en deviendra pas invalide pour autant.¹² Sa validité tiendra à ce que justement il s'agira de "public wrongs", la compétence du Parlement central de légiférer à leur sujet n'ayant pour limite que l'impossibilité pour lui d'établir des prohibitions comme simple moyen déguisé d'envahir un champ de compétence provinciale exclusive.¹³

Or il arrive que toutes les difficultés et les incertitudes, si familières au juriste de droit criminel, que présente la définition de l'obscénité ne sauraient changer le fait indiscutable que l'obscénité, comme matière de législation et à des fins de qualification constitutionnelle, se relie essentiellement à la moralité. Il arrive aussi, et tout aussi clairement que la moralité, et le juge Rand est explicite sur ce point dans le passage cité plus haut, constitue l'une des fins que peut constitutionnellement poursuivre le droit criminel, l'immoralité pouvant être considérée comme un "public wrong" au sens que nous venons d'indiquer. Il en résulte donc que la compétence du Parlement central pour établir des prohibi-

¹¹ Notamment: *Proprietary Articles Trade Association c. A-G. for Canada*, [1931] A.C. 310, à la p. 324; *Provincial Secretary of P.E.I. c. Egan*, [1941] R.C.S. 396, à la p. 401; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804, à la p. 810. Rappelons aussi que depuis l'affaire *A-G. for Ontario c. Hamilton Street Railway*, [1903] A.C. 524, à la p. 529, l'expression "droit criminel" de l'article 91(27) de l'A.A.N.B. doit être entendue "in its widest sense" et que la compétence fédérale à ce sujet est "plenary", suivant le mot partout cité de la Cour suprême dans l'affaire *Reference re Section 498 A of the Criminal Code*, [1936] R.C.S. 363, à la p. 366.

¹² Ainsi par exemple l'article 382 C.cr. qui prohibe de façon générale la discrimination contre les syndiqués — le domaine du travail étant par ailleurs dans sa plus grande partie de compétence provinciale — tient sa validité de ce qu'un tel comportement prend le caractère d'un "public wrong".

¹³ Pour une étude générale de la compétence fédérale sur le droit criminel, voir: F. Chevrette, *Prolégomènes à l'étude de la notion de droit criminel en droit constitutionnel canadien* (1969), 3 R. J. Thémis 17; B. Laskin, *Canadian Constitutional Law* (3ième éd. rév., 1969), pp. 849 et ss; L. M. Leigh, *The Criminal Law Power: A Move Towards Functional Concurrence* (1966-67), 5 *Alta L. Rev.* 237; P. Normandin, *Jurisdiction provinciale en matière criminelle* (1968), 28 R. du B. 604; *Symposium — The Criminal Law Power in Canada* (1957), 15 U. of T., *Fac. of L. Rev.* 1.

tions dans le domaine de l'obscénité ne saurait faire de doute et il serait probablement inutile de nous y attarder davantage. En ce qui concerne l'éventail des sanctions pénales dont peuvent être assorties les prohibitions fédérales en la matière, l'amende ou la prison ont une validité évidente, tout comme les ordonnances de confiscation du matériel obscène,¹⁴ et l'on peut même soutenir que le Parlement central, s'il le jugeait à propos, pourrait prévoir dans sa législation la possibilité d'injonction visant à empêcher la continuation ou le renouvellement d'actes ou de comportements obscènes ou à établir certains interdits de diffusion.¹⁵

Ainsi donc la compétence fédérale en matière d'obscénité apparaît comme très souple et très large, tant au niveau de la définition de l'infraction qu'à celui du choix des pénalités. Deux questions pourtant méritent une attention particulière à ce stade-ci de notre développement. La première consiste à savoir si la régionalisation du droit criminel au chapitre de l'obscénité, opérée suivant l'une ou l'autre des diverses techniques légales que nous envisagerons; serait de nature à créer quelque difficulté d'ordre constitutionnel. Quant à la seconde, elle concerne la possibilité constitutionnelle pour le Parlement fédéral de substituer ou de compléter les prohibitions criminelles de type courant par une censure ou autorisation préalable. Nous procéderons donc à l'examen successif de ces deux questions, la première relative à la prohibition dans l'espace et la seconde, à la prohibition dans le temps.

A. *La prohibition dans l'espace.*

Il existe différentes techniques juridiques pour opérer une régionalisation en matière de droit criminel.

La première consiste tout simplement à adopter une loi qui soit d'après son texte même, limitée dans son application à certaines parties d'un territoire ou qui en exclut certaines de son champ d'application; une variante de cette technique consistant à donner au Gouvernement le pouvoir discrétionnaire de décider par

¹⁴ *Industrial Acceptance Corporation c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273, où l'on a jugé valide la confiscation de voitures ayant servi au commerce des narcotiques.

¹⁵ *Goodyear Tire c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303, où l'on a reconnu la validité d'injonctions de ce type dans le domaine des coalitions commerciales en vertu de la compétence fédérale sur le droit criminel. Voir notre développement subséquent sur l'aspect préventif de la compétence fédérale — *infra*.

proclamation des endroits où elle sera en vigueur ou de ceux où elle ne le sera pas.¹⁶

Puisque c'est historiquement pour des motifs d'uniformité législative qu'on a jugé bon en 1867 de confier au Parlement central l'exclusivité de la compétence en matière de droit criminel,¹⁷ il n'aurait pas été impensable qu'une pareille façon de faire en cette matière soit jugée d'une constitutionnalité douteuse. Or il semble bien que ce ne soit pas le cas. "Desirable as uniformity may be in criminal law, it is not, *per se*, a dependable test of constitutionality..." observe le juge Fauteux dans l'affaire *A.-G. for British Columbia c. Smith*,¹⁸ d'où la conclusion de ce dernier, rendant jugement pour la Cour Suprême, à l'effet que la Loi sur les jeunes délinquants pouvait valablement stipuler qu'elle entrerait en vigueur, par proclamation, aux endroits où "les facilités convenables pour la mise à exécution des dispositions de la présente loi ont été établies".¹⁹ Au reste l'acceptation par les tribunaux d'une telle possibilité est fort ancienne, comme en fait foi le très classique arrêt *Russell c. The Queen*²⁰ où le Comité judiciaire du Conseil privé reconnut la validité de cette loi fédérale permettant aux électeurs d'un comté ou d'une ville du pays de faire prohiber la vente de boissons alcooliques dans le cadre de ce comté ou de cette ville, la mise en vigueur effective de cette loi pouvant par conséquent varier d'une région à l'autre.

Toujours au sujet de l'arrêt *Russell*, on se rappellera cependant que le Comité judiciaire y avait fortement insisté sur le fait que la loi fédérale en question était destinée à s'appliquer à toutes les provinces, rendant possible un vote en faveur de la prohibition de l'alcool dans toutes et chacune des parties du pays.²¹ Mais l'insistance qu'a mise le Comité judiciaire dans l'arrêt *Russell* sur le fait que la loi fédérale en question s'appliquait au moins virtuellement à l'ensemble du pays venait, non point d'une nécessité

¹⁶ C'est une façon de procéder très souvent utilisée en législation. Voir par exemple: Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C., 1970, ch. J-3, art. 44.

¹⁷ Voir, par exemple, Débats sur la Confédération (1865), p. 41.

¹⁸ [1967] R.C.S. 702, à la p. 711.

¹⁹ *Supra*, note 16, art. 43(1). Pour d'autres exemples de variation territoriale de lois criminelles, voir notamment arts 7 et 572 C.cr.

²⁰ (1881-82), 7 App. Cas. 829.

²¹ *Ibid.*, p. 841. On y lit le passage suivant: "The declared object of Parliament in passing this Act is that there should be uniform legislation in all provinces respecting the traffic in intoxicating liquors, with a view to promote temperance in the Dominion... The Act as soon as it was passed became a law for the whole Dominion..."

constitutionnelle que toutes les lois canadiennes s'appliquent à toutes les provinces, mais bien du fait que l'on souhaitait en l'instance justifier la loi en question en vertu du pouvoir fédéral de légiférer pour l'intérêt général du pays, de sorte qu'une application moins étendue et limitée à une seule province aurait pu faire conclure que la loi poursuivait un but d'intérêt local — compétence provinciale exclusive en vertu de l'article 92(16) — et non un but d'intérêt national.²² Ce qui revient à dire que lorsqu'il légifère en vertu de ses compétences énumérées, et sa compétence sur le droit criminel est de celles-là, le Parlement fédéral peut choisir de limiter territorialement le champ d'application de sa loi, soit directement, soit encore en faisant dépendre son application effective de l'existence de certaines conditions ou d'une simple décision gouvernementale. Il semble non moins certain aujourd'hui qu'il puisse faire la même chose, même dans l'exercice de son pouvoir général ou de ses compétences non énumérées.²³

Ainsi il ne semble pas qu'une régionalisation de la législation criminelle opérée, par le Parlement ou le Gouvernement sur habilitation parlementaire, au moyen d'un découpage territorial de son champ d'application, soit en elle-même génératrice de difficultés constitutionnelles.

La régionalisation peut encore être opérée de plusieurs autres façons, aucune d'entre elles ne paraissant présenter non plus de difficultés constitutionnelles particulières. Ainsi le Parlement central, par le mécanisme bien connu de la législation-renvoi,²⁴

²² Il est très clair d'après le contexte que l'insistance du Comité judiciaire sur le fait que la loi fédérale s'appliquait au moins conditionnellement à l'ensemble du pays avait pour but de montrer qu'il ne s'agissait pas simplement d'une loi d'intérêt local. Notons que cette question sera reprise notamment dans l'affaire *Gold Seal Ltd c. Dominion Express Company* (1921), 62 R.C.S. 424, où le juge Duff écrit qu'il ne serait pas prêt pour sa part à décréter qu'une loi fédérale limitée dans son application à une seule province ne pourrait être qualifiée de ce fait comme étant d'intérêt national, à la p. 459.

²³ Dès 1880, dans l'arrêt *City of Fredericton c. The Queen* (1880), 3 R.C.S. 505, le juge Ritchie de la Cour suprême du Canada avait on ne peut plus clairement émis l'opinion que pour autant qu'une loi relève d'une compétence fédérale, quelle qu'elle soit, le Parlement central avait discrétion pour décider comme il l'entendait de son aire géographique d'application, à la p. 530. Une législation est d'intérêt national d'après la matière sur laquelle elle porte et non d'après l'étendue spatiale de son application, quoiqu'il puisse arriver que la seconde soit un indice à prendre en considération pour décider de la première.

²⁴ C'est cette technique bien connue suivant laquelle l'organe législatif, fédéral ou provincial, peut adopter et faire sienne à ses fins propres

a pu valablement établir que la qualité de délinquant juvénile, aux fins de la loi fédérale à ce sujet, pouvait découler notamment de la violation de toute loi provinciale ou règlement municipal,²⁵ ce qui aboutit, on le comprend, à une variation territoriale dans l'éventail des infractions. Ce résultat, le juge Fauteux dans l'arrêt *A.-G. for British Columbia c. Smith*²⁶ l'a une fois de plus considéré comme valide, tout comme il a considéré comme valide la possibilité de faire varier, d'une province à l'autre, la définition du mot "enfant", c'est-à-dire les personnes à qui la Loi sur les jeunes délinquants pouvait être appliquée.²⁷

On est donc en droit de conclure de ce qui précède qu'une régionalisation législative en matière de droit criminel n'est point en elle-même génératrice de difficultés constitutionnelles, et cela peu importe qu'on choisisse de la réaliser par une délimitation territoriale du champ d'application de la législation ou encore par l'intégration de considérations de lieu au niveau de la définition de l'infraction, des moyens de défense ou des personnes qui y sont assujetties.

A fortiori en irait-il de même si le législateur fédéral choisissait de régionaliser le droit criminel en matière d'obscénité de façon beaucoup plus indirecte, c'est-à-dire en adoptant une notion clairement extrinsèque de l'obscénité, suivant laquelle celle-ci se mesurerait judiciairement non point par la qualité intrinsèque de la chose ou de l'acte prétendument obscène mais en référant à l'impact produit sur le public en ayant pris connaissance.²⁸ Vu que la détermination judiciaire de ce qui est obscène pourrait varier suivant que l'impact a eu lieu par exemple en milieu rural ou en milieu hautement urbanisé, il y aurait donc une certaine possibilité de régionalisation, mais combien plus indirecte et combien plus judiciaire que législative si on la compare à celle opérée par les techniques dont il a été question plus haut. Ces dernières

la législation de l'autre, telle qu'elle est au moment de cette adoption ou telle qu'elle pourra devenir. Pour un exemple parmi plusieurs, voir l'art. 554 C.cr. Il en sera spécialement question dans la seconde partie de cette étude.

²⁵ Voir, *supra*, note 16, art. 2(1) sous la définition des termes "jeune délinquant".

²⁶ Voir, *supra*, note 18. Voir aussi *Regina c. Kelleher* (1964), 3 C.C.C. 299 (C. Supr. C.-B.).

²⁷ Voir, *supra*, note 16, art. 2(2).

²⁸ Pour une bonne présentation de la question, voir: R. G. Fox, Document préliminaire sur l'obscénité, Commission de réforme du droit du Canada (1972), p. 25.

ne paraissant pas présenter de difficultés constitutionnelles, celle-ci en présenterait par conséquent bien moins encore.

Une régionalisation législative en matière de droit criminel — et plus encore une régionalisation d'appréciation judiciaire — n'est point en elle-même génératrice de difficultés constitutionnelles, écrivions-nous plus haut. Cette conclusion appelle deux remarques complémentaires, pour clore ce développement.

La première, pour bien mettre en relief que si l'uniformité législative n'est pas, pour la législation fédérale, criminelle ou autre, un impératif constitutionnel en elle-même, il pourra néanmoins se faire qu'une variation territoriale soit susceptible d'influer sur le caractère véritable d'une loi, lui faisant éventuellement perdre sa validité. Imaginons une loi fédérale qui alléguant des motifs de santé publique, ne prohiberait la consommation d'un produit jugé nocif que dans certaines parties du pays. Une pareille absence d'uniformité n'aurait à première vue guère sa raison d'être. Et si au surplus l'on arrivait à montrer que le Gouvernement avait le souci de favoriser un accroissement de la distribution d'un autre produit, compétitif au premier, dans les régions où devait prévaloir la prohibition de ce dernier, la loi en question, ne prohibant plus un "public wrong", pourrait perdre son caractère criminel et devenir une loi de commerce local.²⁹

Tentons de voir dans une deuxième remarque s'il n'y a pas quelque risque qu'une régionalisation du droit de l'obscénité, surtout si elle était clairement prévue dans un texte de loi, soit jugée contraire au principe de l'égalité de tous devant la loi tel que consacré par la Déclaration canadienne des droits.³⁰

On se souviendra que dans la désormais célèbre affaire *Drybones*³¹ une disposition de la loi fédérale sur les Indiens avait été jugée inopérante parce que contraire au principe de l'égalité devant la loi au motif qu'elle pénalisait les seuls Indiens pour un certain type de comportement qui aux termes d'une autre mesure fédérale n'était point prohibée pour tout autre individu. Qu'advierait-il dès lors de l'allégation d'une personne, accusée par exemple de distribution de littérature obscène à un certain endroit, que sa condamnation irait contre le principe de l'égalité de tous devant la loi vu le fait qu'il pourrait arriver que la distribution de

²⁹ Pour un exemple quelque peu analogue, voir la classique affaire de la margarine, *supra*, note 10.

³⁰ S.R.C. 1970, app. III, art. 1b).

³¹ *Drybones c. La Reine*, [1970] R.C.S. 282.

la même littérature ne soit pas condamnable si elle-même ou une autre la faisait à un endroit différent? Il déborderait évidemment le cadre de notre présent propos de tenter d'apprécier de façon détaillée la signification et les conséquences juridiques du principe de l'égalité de tous devant la loi.³² Qu'il nous suffise de signaler ici que tout porte à croire que dans l'état actuel du droit un tel argument ne serait point retenu. Ce n'est pas tant parce que la différence de traitement ou l'inégalité alléguée en l'occurrence serait fondée sur une considération de lieu, et non sur les motifs mentionnés dans la Déclaration, à savoir la race, l'origine nationale, la couleur, la religion ou le sexe;³³ c'est bien plutôt que les tribunaux considéreraient, selon toute vraisemblance, qu'une régionalisation du droit de l'obscénité constitue, dans l'état actuel de notre société, une "classification raisonnable" et non une classification arbitraire, vu la pertinence, pour la sauvegarde de l'intérêt public, de prendre en considération l'esprit du public recevant une certaine communication et l'impact de cette dernière sur lui. A ce titre on peut tenir avec assez de certitude que la seule régionalisation du droit de l'obscénité ne serait pas jugée contraire au principe de l'égalité de tous devant la loi.

Le développement qui précède nous autorise à conclure, croyons-nous, qu'une politique visant à régionaliser le droit fédéral en matière d'obscénité, par l'une ou l'autre des techniques juridiques dont il a été précédemment question, ne rencontrerait pas d'obstacle constitutionnel. En irait-il de même si le droit fédéral en la matière devait être appelé à varier non plus dans l'espace mais dans le temps, en complétant ou remplaçant les prohibitions du genre de celles que l'on connaît présentement par une forme de censure ou de contrôle *ex ante*.

B. *La prohibition dans le temps.*

Le problème de l'autorisation préalable postule, pour les fins de la présente analyse, deux ordres de considération. Il requiert que l'on s'interroge sur la possibilité pour le Parlement

³² Sur ce principe, voir notamment: H. Marx, *La déclaration canadienne des droits et l'affaire Drybones: Perspectives nouvelles* (1970), 5 R. J. Thémis 305; W. S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights* (2ième éd., 1975), p. 290.

³³ Le professeur Fox a déjà suggéré que les libertés garanties par l'art. 1 de la Déclaration canadienne des droits ne pouvaient être violées en l'absence de discrimination fondée sur l'un des motifs prévus à cet article. Voir R. G. Fox, *op. cit.*, note 28, p. 103. Il semble que ce ne soit pas le cas, si l'on s'en remet à un passage du juge Laskin dans l'affaire *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, à la p. 896.

central de faire sienne une telle procédure dans le cadre de sa compétence sur le droit criminel. Il requiert aussi que l'on tente d'apprécier le degré de conformité de cette procédure avec la liberté de parole ou de presse, telle que garantie par la Déclaration canadienne des droits.³⁴ C'est à l'examen successif de ces deux questions que nous procéderons maintenant.

Le Parlement fédéral pourrait-il, en vertu de sa compétence sur le droit criminel, adopter une législation intégrant certaines formes de censure en matière d'obscénité? La question apparaît d'autant plus complexe qu'une pareille mesure, en plus des différences qu'elle présente avec les prohibitions criminelles actuelles en la matière (dispositions punitives applicables une fois l'infraction commise), pourrait éventuellement devoir s'accompagner de la mise en place d'un système administratif d'inspection et de permis. Au surplus il est vraisemblable que la fonction de censeur pourrait être dévolue, non pas aux tribunaux criminels de droit commun mais à un tribunal fédéral de type spécialisé. Dès lors, une loi fédérale instituant un contrôle de ce genre, en plus de déplacer si l'on peut dire la prohibition dans le temps, pourrait présenter deux caractères supplémentaires: celui de mettre en place un système de réglementation administrative et celui de soustraire aux tribunaux criminels de droit commun une fonction qu'elle attribuerait à un tribunal fédéral spécialisé. L'un et l'autre ne sont pas sans présenter certaines difficultés constitutionnelles, dont nous traiterons cependant au cours de deux développements subséquents.³⁵ Aussi n'envisagerons-nous ici que la question posée par la substitution d'un contrôle *ex ante* ou préalable au mécanisme de la prohibition pénale classique, assortie de pénalités appliquées après violation.

On pourrait en première analyse formuler le problème de la façon suivante: jusqu'à quel point la compétence fédérale en matière d'obscénité peut-elle s'exercer sur un mode préventif? Cela à première vue peut paraître ne poser aucune difficulté. Car en effet instaurer un système de contrôle préalable de choses destinées à être communiquées, en juger suivant certains critères, d'obscénité en l'occurrence, pour émettre éventuellement ensuite un ordre de non-communication, cela revient d'une certaine façon au même que de définir un certain nombre d'infractions reliées à la diffusion des choses obscènes et ordonner aux citoyens de ne

³⁴ Voir, *supra*, note 30, art. 1d), f).

³⁵ Voir, *infra*, l'analyse des aspects réglementaires de la compétence criminelle fédérale et les problèmes de compétence juridictionnelle qui peuvent se poser en la matière.

point les transgresser, sous peine de sanctions. Plus encore, on pourra vouloir insister sur le fait que la première façon de procéder serait préférable à la seconde, pour le simple motif que, l'obscénité étant par nature une notion vague et difficile à définir, le citoyen aurait intérêt à faire déterminer préalablement à la communication si celle-ci est obscène ou si elle ne l'est pas, plutôt que de se voir imposer après le fait une pénalité pour un comportement dont il n'était pas assuré du caractère répréhensible au moment où il l'a affiché. Remarquons que ce même résultat pourrait être atteint dans une certaine mesure non plus par un contrôle préalable généralisé mais par une procédure de jugement déclaratoire, ouvrant par exemple au ministère public la possibilité de faire déterminer en dehors de toute poursuite le caractère obscène ou pas d'un certain matériel, le jugement en étant ensuite communiqué à celui qui s'aviserait de diffuser le matériel en question.³⁶

Dès lors on peut être enclin à croire que le contrôle préalable en matière d'obscénité ne pose guère de difficulté d'ordre constitutionnel au sujet de la compétence fédérale sur le droit criminel, car il s'apparente pourrait-on dire à une certaine forme d'individualisation non pas de la peine mais de l'infraction, en tel sens que celle-ci, en plus d'être définie de façon générale et pour tous, l'est aussi pour chaque cas ou chaque individu, par l'ordre préventif particulier qu'on peut lui donner après examen.

La seule incertitude possible en la matière viendrait d'une exigence constitutionnelle à l'effet qu'une loi criminelle, pour en être une véritablement, doive se limiter à condamner et punir après le fait, sans pouvoir enjoindre, par le moyen d'ordonnance ou d'injonction préventive, à une personne qui n'est ni accusée ni a fortiori coupable, de poser ou de s'abstenir de poser tel acte ou d'afficher tel comportement. Mais il semble bien qu'une telle exigence n'existe pas, et c'est la jurisprudence constitutionnelle la plus classique sur l'aspect préventif de la compétence criminelle fédérale qui nous autorise à l'affirmer.³⁷

³⁶ Cette procédure a cours dans certains pays, en Nouvelle-Zélande notamment, et elle a aussi la faveur de certains juristes canadiens. Pour une présentation de la question, voir: R. G. Fox, *op. cit.*, note 28, p. 133, et références citées. Sur l'utilité du recours à l'action déclaratoire, surtout en matière de libertés publiques, voir: A. Jodouin, *La liberté de manifester* (1970), 1 R.G.D. 9, à la p. 32.

³⁷ Voir *Brusch c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373 et *The Queen c. Neil*, [1957] R.C.S. 685, sur la validité des dispositions du Code criminel sur la détention préventive des repris de justice et des délinquants sexuels dangereux (arts 687 et ss). Voir aussi les affaires *Goodyear Tire and*

Il est vrai que les dispositions criminelles existantes de type préventif ne trouvent pour la plupart application qu'après la commission d'infractions³⁸ et que les plus hauts tribunaux n'ont pas clairement statué sur la validité de dispositions criminelles, au reste rares, autorisant l'émission d'une injonction ou d'une ordonnance en l'absence de condamnation antérieure.³⁹ Mais d'ores et déjà le seul contenu de la jurisprudence en matière de justice criminelle préventive nous permet de croire que cette différence à elle seule ne serait pas significative constitutionnellement⁴⁰ et qu'ainsi la procédure d'autorisation préalable serait valide.⁴¹

Situant toujours notre analyse dans un cadre faisant abstraction de la Déclaration canadienne des droits, hypothèse qui n'a rien de fictif et qui peut fort bien se produire,⁴² rappelons que

Rubber Co. of Canada c. The Queen, supra, note 15 et A.-G. for British Columbia c. Smith, supra, note 18.

³⁸ C'est bien le cas des dispositions du Code criminel sur la détention préventive (arts 687 et ss) de même que celles de la Loi sur les jeunes délinquants, *supra*, note 16, qui ne reçoivent application que postérieurement à la commission d'infractions, si vaguement définies peuvent être parfois celles-ci par ailleurs. Voir *R. c. Buckler* (1970), 2 C.C.C. 4 (C.P. Ont.).

³⁹ Voir par exemple l'article 745 C.cr. et l'article 30(2) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C., 1970, ch. C-23 qui autorise l'émission de certains interdits contre une personne qui "... semble devoir accomplir un acte ou une chose constituant une infraction...". *Rex c. Trapnell* (1910), 22 O.L.R. 219 (C.A. Ont.), sur la validité d'une mesure de détention sans condamnation formelle. Pour une analyse de la question en matière de coalitions, voir: B. C. McDonald, *Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement* (1969), 47 R. du B. Can. 161, aux pp. 181 et 187 en particulier. Sur l'existence d'une juridiction préventive inhérente à la fonction de juge et d'origine anglaise: *MacKenzie c. Martin*, [1954] R.C.S. 361. L'exercice de cette juridiction pourrait éventuellement poser certains problèmes en regard des libertés fondamentales de la Déclaration canadienne des droits. Voir: Jodouin, *op. cit.*, note 36, aux pp. 23 et ss.

⁴⁰ Ainsi par exemple dans l'arrêt *Goodyear, supra*, note 15, le juge Locke reconnaît sans aucune réserve l'autorité du Parlement fédéral non seulement pour définir les infractions et les punir mais aussi pour en prévenir la commission, à la p. 308, et on ne suggère nulle part dans cet arrêt une interprétation moins large. Non moins clairement le juge Fauteux dans l'arrêt *Smith, supra*, note 18 reconnaît que la Loi sur les jeunes délinquants, *supra*, note 16, est "primarily prospective in nature" et qu'elle entend prévenir la délinquance, objet relevant clairement, dit-il, du droit criminel, à la p. 710.

⁴¹ Sous réserve de ce qui suit concernant la Déclaration canadienne des droits.

⁴² Il en est ainsi lorsque la Loi sur les mesures de guerre, S.R.C., 1970, ch. W-2, est proclamée ou lorsque le Parlement central insère dans un texte de loi la formule "nonobstant la Déclaration canadienne des droits".

dans le célèbre avis consultatif *Reference re Alberta Statutes*, le juge Duff (auquel s'était rallié le juge Davis) et le juge Cannon, tirant argument du préambule de la Constitution canadienne qui établit que celle-ci repose "sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni", avaient conclu que les provinces ne pouvaient abolir la liberté d'expression.⁴³ Or rien n'indique d'après ces jugements que cette barrière en était une aussi pour le Parlement central, et seul le juge Abbott, dans une affaire subséquente d'ailleurs, opina que ce dernier était pareillement inhabile à faire disparaître cette liberté.⁴⁴ Quoi qu'il en soit, il n'est pas démontré qu'en elle-même et sans égard à ses modalités d'application, toute censure au préalable serait contraire à la liberté d'expression — nous traiterons la question ci-après — en sorte qu'il n'est pas nécessaire, au moins à ce stade-ci, de nous prononcer sur le point de savoir si le Parlement central pourrait ou non abroger cette liberté. Certes une des définitions les plus classiques de la liberté d'expression en droit anglais, celle de Blackstone, est toute centrée sur l'idée d'absence d'autorisation préalable.⁴⁵ Mais cette définition reflète le droit criminel anglais d'une certaine époque et rien n'autorise à croire qu'elle lie le Parlement canadien. Compte tenu du fait, si bien établi par de nombreuses et classiques décisions judiciaires, qu'au Canada les grandes libertés, d'opinion, de presse, de religion, sont matières de droit criminel et échappent à la compétence des provinces,⁴⁶ il devient opportun de rappeler que le droit criminel est constitutionnellement une notion extensible, qui n'est pas fixative ni limitée par son contenu historique et où le Parlement central a une compétence totale.⁴⁷ On peut donc retenir de tout cela, non pas que le Parlement central peut abroger la liberté d'expression, mais bien qu'il n'est pas lié par une notion

⁴³ [1938] R.C.S. 100, aux pp. 135 à 137 et 146.

⁴⁴ *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 328. Voir aussi: *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local 16-1601 c. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584, à la p. 600.

⁴⁵ "The liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state: but this consists in laying no previous restraints upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter when published. Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public: to forbid this is to destroy the freedom of the press: but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequence of his own temerity." Blackstone, *Commentaries*, vol. 4 (1769), pp. 151 et 152. Ce passage est cité par le juge Cartwright dans l'affaire *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, à la p. 385.

⁴⁶ *Reference re Alberta Statutes*, *supra*, note 43; *Saumur c. City of Quebec*, *ibid.*; *Switzman c. Elbling*, *supra*, note 44; et B. Laskin, *An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights* (1959), 37 R. du B. Can. 77.

⁴⁷ Voir, *supra*, note 11.

proprement historique de celle-ci, d'autant moins qu'on est en matière criminelle et qu'il est bien reconnu que le principe de la souveraineté du parlement y trouve une complète application.

Le développement qui précède nous autorise à conclure, croyons-nous, que la procédure de censure ou d'autorisation préalable, qui d'ailleurs au niveau fédéral n'est point une procédure inédite,⁴⁸ lorsqu'elle s'exerce en matière d'obscénité n'est en elle-même susceptible de poser aucune difficulté constitutionnelle en regard de la compétence fédérale sur le droit criminel. Il nous reste à évaluer sa conformité avec les principes de la Déclaration canadienne des droits.

Une "loi du Canada"⁴⁹ qui établirait une certaine forme de contrôle préalable sur du matériel destiné à la communication pourrait être éventuellement attaquée comme contraire aux libertés de parole et de presse, telles que garanties par la Déclaration canadienne des droits;⁵⁰ suivant la forme du contrôle prévu, on pourrait aussi prétendre qu'elle enfreint l'exigence d'une "audition impartiale . . . selon les principes de justice fondamentale" établie par cette même loi,⁵¹ voire même qu'elle viole "l'application régulière de la loi", autre norme établie par la Déclaration.⁵²

Toute censure ou contrôle préalable est-il en lui-même contraire à la liberté d'expression? Pour en débattre, il faut commencer par rappeler que la liberté d'expression n'est point dans notre système légal une valeur absolue. Comme l'écrivait le juge Duff: "The right of public discussion is, of course, subject to

⁴⁸ Durant le dernier conflit mondial certains règlements fédéraux furent adoptés en vertu de la Loi sur les mesures de guerre, *supra*, note 42, qui établissaient des contrôles préalables sur certains types de publication. Ainsi l'un d'entre eux donnait pouvoir au Secrétaire d'Etat d'empêcher ou de restreindre une publication qu'il jugeait pouvoir être nuisible aux intérêts du pays ou à la poursuite efficace de la guerre. Règlements concernant la défense du Canada, 1939, Règlement 15(1). On a jugé qu'un tel pouvoir était valide. Voir, *Yasny c. Lapointe*, [1940] 3 D.L.R. 204 (C.A. Man.). L'arrêt *Co-operative Committee on Japanese Canadians c. A.-G. for Canada*, [1947] A.C. 87, est l'illustration la plus classique de l'étendue des pouvoirs reconnus au Parlement et au Gouvernement en temps de guerre.

⁴⁹ Voir l'art. 5(2) de la Déclaration canadienne des droits, *supra*, note 30 qui définit cette expression pour les fins de l'application de cette loi.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 1d), f).

⁵¹ *Ibid.*, art. 2e).

⁵² *Ibid.*, art. 1a). C'est là un argument que nous ne prendrons pas la peine d'examiner, vu le peu de contenu de cette clause, du moins aux dires du juge Laskin dans l'arrêt *Curr*, *supra*, note 33.

legal restrictions; those based upon considerations of decency and public order [obscénité], and others conceived for the protection of various private and public interests with which, for example, the laws of defamation and sedition are concerned.”⁵³ En regard du problème de l’obscénité, l’état de notre droit se trouve donc comparable à celui des Etats-Unis où dans l’arrêt *Roth c. United States* la Cour suprême fédérale a établi que l’“obscenity is not within the area of constitutionally protected speech or press”,⁵⁴ et un certain nombre de nos décisions judiciaires le reconnaissent expressément.⁵⁵ Mais la question qui nous occupe ici étant d’apprécier non pas tant le droit substantif de l’obscénité en regard de la liberté d’expression que ses modalités de mise en oeuvre, nous prendrons pour acquis pour les fins de la présente étude et sans autre approfondissement que proscrire les communications obscènes n’est point contraire à cette liberté. En va-t-il de même pour la procédure de censure et celle-ci peut-elle être appliquée de n’importe quelle façon ou ne doit-elle pas présenter au contraire certaines garanties dans ses modalités d’exercice?

Ces questions n’ont point encore reçu l’attention des tribunaux canadiens. Aussi nous est-il paru utile de faire un bref examen du droit américain en la matière, vu la parenté, parfois même l’identité de terminologie entre certaines libertés fondamentales de la Déclaration américaine et certaines de la Déclaration canadienne. Ce faisant, nous garderons toujours présente à l’esprit l’observation de l’éminent constitutionnaliste américain Paul Freund à l’effet que “Not only may like texts produce unlike results; unlike texts may curiously give rise to identical devices and expedients”.⁵⁶ Ainsi l’analyse du droit américain n’a d’autre

⁵³ *Reference re Alberta Statutes, supra*, note 43, à la p. 133. Sur les limites à la liberté d’expression, voir aussi le jugement du juge Taschereau dans l’arrêt *Switzman, supra*, note 44, à la p. 300.

⁵⁴ (1957), 354 U.S. 476, à la p. 485. Le juge Black a pour sa part défendu avec constance la position contraire. Voir aussi par ex. son jugement, auquel s’est rallié le juge Douglas, dans *United States c. Thirty-seven (37) Photographs* (1971), 402 U.S. 363.

⁵⁵ Voir par ex. *Brodie c. R.* (1962), 36 C.R. 200, à la p. 226 (C.A. Qué.) où l’on peut lire: “. . . une oeuvre, dont la tendance est justement de dépraver et de corrompre les moeurs, ne respecte plus les ‘valeurs morales’ proclamées par la Déclaration canadienne des droits . . .”. Voir aussi *R. c. Prairie Schooner News Ltd* (1971), 1 C.C.C. (2d) 251, à la p. 271 (C.A. Man.) où l’on peut lire que la Déclaration “does not serve as a shield behind which obscene matter may be disseminated without concern for criminal consequences”.

⁵⁶ P. A. Freund, *A Supreme Court in a Federation: Some Lessons from Legal History* (1953), 53 Col. L. Rev. 597, à la p. 604. La vérité

but que de dégager pour le droit canadien un certain nombre d'hypothèses et l'on notera aussi que sur aucun point elle ne prétend être exhaustive.

Le premier amendement à la constitution américaine garantit la liberté de parole et de presse⁵⁷ et il lie non seulement le pouvoir fédéral mais aussi les États du fait qu'on a considéré qu'il se trouvait incorporé dans le quatorzième qui lui s'applique à ceux-ci.⁵⁸ Or l'effet de ce premier amendement est en règle générale d'interdire la censure ou le contrôle préalable, qu'il soit imposé par le législatif ou l'exécutif. Toutefois dans l'affaire *Near c. Minnesota*⁵⁹ le principe a connu une limite et l'on a décidé que la censure n'était pas inconstitutionnelle lorsqu'elle s'attaquait à la subversion en temps de guerre, à des communications clairement susceptibles de susciter de la violence ou ayant un caractère obscène. Mais cette dernière exception n'a pas été maintenue⁶⁰ avec le résultat que le contrôle préalable en matière d'obscénité est retombé sous le coup d'une présomption d'inconstitutionnalité que l'on a décrite dans l'affaire *Bantam Books, Inc. c. Sullivan*⁶¹ en ces termes: "Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity."

La jurisprudence américaine récente traite abondamment des diverses modalités procédurales de contrôle préalable. Nous tenterons de dégager, dans leurs lignes directrices, les plus importants critères établis par la Cour suprême des États-Unis en ce qui concerne la censure des publications et des films et en ce qui concerne les contrôles du même type exercés en douane et par les services postaux. Rappelons ici que la possession privée de

de la réflexion est illustrée de la meilleure façon par les clauses de commerce, américaine et canadienne, qui, sous des dehors comparables, ont reçu des interprétations on sait combien différentes. Quoiqu'elle ait été fort peu interprétée à ce jour, tout porte à croire de même que la clause de "l'application régulière de la loi" de la Déclaration canadienne ("due process of law", art. 1a) connaîtra un destin infiniment plus humble que la célèbre clause correspondante de la Déclaration américaine, si l'on s'en remet du moins à l'analyse que le juge Laskin lui a consacrée dans l'arrêt *Curr, supra*, note 33.

⁵⁷ "Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech or of the press. ..."

⁵⁸ Voir, par ex. *Gitlow c. New York* (1925), 268 U.S. 652.

⁵⁹ (1931), 283 U.S. 697.

⁶⁰ Voir, *Kingsley Books Inc. c. Brown* (1957), 354 U.S. 436, à la p. 445.

⁶¹ (1963), 372 U.S. 58, à la p. 70.

matériel obscène ne peut constitutionnellement être prohibée aux Etats-Unis.⁶²

Dans l'affaire *Kingsley Books Inc. c. Brown*,⁶³ on avait attaqué la validité constitutionnelle d'une loi de l'Etat de New York autorisant la puissance publique à obtenir une injonction en vue d'empêcher la distribution ou la vente de matériel obscène. Une disposition du code de procédure criminelle new yorkais stipulait que le procès devait s'ouvrir un jour après l'émission de l'ordonnance, une décision devant être rendue deux jours après qu'il ait pris fin. Statuant en faveur de la validité de la procédure, la Cour suprême dut distinguer la présente affaire de l'affaire *Near*⁶⁴ où elle avait invalidé une loi du Minnesota qui permettait à l'Etat de criminaliser toute publication à venir de nature "obscene, lewd and lascivious" ou "malicious, scandalous or defamatory", après qu'une injonction prohibant toute publication de ce genre eût été obtenue. Elle le fit en insistant sur le fait que l'interdit de publication dans l'affaire *Kingsley Books*, à la différence de celui de l'affaire *Near*, portait sur des publications bien désignées, ayant fait l'objet d'un examen individuel, et non sur des publications à venir, globalement identifiées; au surplus l'interdit n'était que temporaire et la loi prévoyait la tenue dans de courts délais d'une audience judiciaire en vue d'une décision rapide sur le caractère obscène ou pas de la publication.

Subséquentement la Cour suprême devait invalider une loi du Missouri autorisant la saisie de publications prétendument obscènes, sur demande d'un seul simple policier.⁶⁵ Il arriva en l'occurrence que fut émis contre six magasins un mandat ne contenant pas l'énumération complète du matériel à saisir, et la police saisit un total de 11,000 copies de 280 publications différentes. Le procès se tint deux semaines après et sept semaines plus tard une décision fut rendue à l'effet que 100 des 280 publications étaient obscènes.

Cette dernière affaire est facile à distinguer de l'affaire *Kingsley Books* et l'on comprend que la décision ait été différente

⁶² Voir, *Stanly c. Georgia* (1969), 394 U.S. 557, où fut cassée une condamnation pour possession de films pornographiques. Au Canada l'on a décidé que la projection dans une maison privée et à des fins non-commerciales d'un film obscène ne constitue pas une "possession aux fins de publier" au sens de l'art. 159 C.cr. (*R. c. Leong* (1962), 37 C.R. 317, (1962) 132 C.C.C. 273 (C.S. C.-B.)) ni "aux fins de mettre en circulation" au sens de ce même article (*R. c. Rioux*, [1969] R.C.S. 599).

⁶³ Voir, *supra*, note 60.

⁶⁴ Voir, *supra*, note 59.

⁶⁵ *Marcus c. Search Warrant* (1961), 367 U.S. 717.

dans les deux cas. Présence ou absence d'un examen du matériel obscène avant l'émission de l'injonction,⁶⁶ précision dans la désignation des publications faisant l'objet de l'interdit ou de la saisie, délais prévus pour la tenue du procès et la décision en découlant, ce sont là autant de facteurs pertinents, on le comprend aisément, à la détermination du degré de conformité d'une procédure de censure avec le standard de la liberté d'expression. On comprendra aussi qu'il soit impossible d'en fixer précisément l'impact et l'importance respective dans l'abstrait, sans référence à une législation donnée, voire à la façon dont elle est appliquée en pratique, et l'on pourrait se demander par exemple comment il serait possible de censurer valablement une publication paraissant chaque jour ou à très forte périodicité, s'il fallait pour chaque livraison ouvrir un procès avant qu'elle ne paraisse.

Les exigences constitutionnelles américaines pour la censure du film sont analogues à celles de la censure de l'imprimé. Elles furent établies dans l'affaire *Freedman c. Maryland*,⁶⁷ où la Cour suprême a invalidé une loi du Maryland imposant un examen de tout film par un bureau de censure avant sa distribution sans précision quant au délai et sans participation de l'autorité judiciaire dans la décision à rendre sur l'obtention du permis, la seule possibilité à ce niveau étant que le distributeur s'adresse lui-même aux tribunaux au cas où le permis de distribution lui serait refusé par le bureau.

Rendant sa décision à l'effet que cette loi ne satisfaisait pas aux exigences procédurales de la liberté d'expression, la Cour établit les critères suivants:

First, the burden of proving that the film is unprotected expression must rest on the censor. . . . Second, while the state may require advance submission of all films, in order to proceed effectively to bar all showings of unprotected films, the requirement cannot be administered in a manner which would lend an effect of finality to the censor's determination whether a film constitutes protected expression. . . . [O]nly a procedure requiring a judicial determination suffices to impose a valid final restraint. . . . To this end, the exhibitor must be assured by statute or authoritative judicial construction, that the censor will, within a specified brief period, either issue a licence or go to court to restrain showing the film. . . . [T]he procedure must also insure a prompt final judicial decision, to minimize the deterrent effect of an interim and possibly erroneous denial of a licence.

⁶⁶ Dans l'affaire *A Quantity of Books c. Kansas* (1964), 378 U.S. 205, la Cour suprême a décidé qu'il était nécessaire d'entendre les parties intéressées avant de procéder à la saisie d'ouvrages ou d'en interdire la circulation, pour éviter dans toute la mesure du possible de poser des interdits sur des livres non obscènes.

⁶⁷ (1965), 380 U.S. 51, esp. aux pp. 58-59.

On a aussi indiqué que c'était à partir de chaque cas particulier qu'il convenait de décider du sens précis de ces divers critères, par exemple de ce qu'était une procédure administrative indûment longue ou une décision judiciaire prompte.⁶⁸

Dans deux décisions récentes, rendues le même jour, la Cour suprême a enfin jugé valides certaines lois fédérales, en matière de douanes et de service postal, prévoyant une possibilité de saisie de matériel obscène. Dans l'affaire *United States c. Thirty Seven (37) Photographs*,⁶⁹ des douaniers avaient saisi des photographies prétendument obscènes qu'un individu avait en sa possession lors de son retour aux États-Unis rentrant d'Europe. La loi fédérale en cause prévoit la possibilité de retenir du matériel obscène à tout bureau de douane jusqu'à ce que jugement sur la question soit rendu par une cour de district, le procureur général du district devant être averti de la découverte et ayant la charge d'intenter une procédure judiciaire de confiscation. La Cour suprême déclara la loi valide, pour autant que le procès débute dans les quatorze jours de la découverte et qu'il se termine dans les soixante: cette spécification de délais, absente du texte de loi, étant d'initiative judiciaire et suggérée notamment par l'histoire législative. Dans une deuxième affaire, *United States c. Reidel*,⁷⁰ la Cour suprême décida que le droit d'utiliser la poste pour faire le commerce de matériel obscène n'était pas un droit constitutionnellement protégé. Dans l'une et l'autre de ces décisions la Cour fut d'avis que le droit de posséder du matériel obscène n'emportait pas celui d'en importer ni d'en faire circuler par la poste, avec le résultat que le premier, qui est comme on l'a vu constitutionnellement protégé, peut se voir ainsi limité dans son exercice.

On retiendra de l'examen jurisprudentiel qui précède que serait prohibé "any final restraint on the public circulation or exhibition of expressive material prior to an adversary hearing at which there is a judicial determination of the obscenity *vel non* of the material", mais que seraient permis "temporary and tentative restraints prior to such a hearing provided that there is the assur-

⁶⁸ *Teitel Film Corp. c. Cusack* (1968), 390 U.S. 139 où la Cour a invalidé un règlement de censure du film de la ville de Chicago en raison du caractère indûment long de la procédure administrative (50 à 57 jours) qu'il établissait et pour l'absence de disposition prévoyant un prompt arbitrage judiciaire.

⁶⁹ *Supra*, note 54. Voir aussi *United States c. 12,200 Ft. Reels of Super 8 mm. Film* (1973), 413 U.S. 123, où la Cour suprême a décidé que l'importation de matériel obscène même pour l'usage personnel et privé de l'importateur pouvait être constitutionnellement prohibée.

⁷⁰ (1971), 402 U.S. 351.

ance that the requisite judicial determination will be forthcoming within a specified short period of time".⁷¹

Signalons encore que certaines formes de censure déguisée ont été aussi invalidées par les tribunaux américains. Ainsi dans l'affaire *Bantam Books, Inc. c. Sullivan*⁷² la Cour suprême se trouva en présence d'une loi du Rhode Island établissant une commission dite commission pour promouvoir la moralité chez les jeunes. A plusieurs reprises la commission jugea bon d'aviser des commerçants qu'ils vendaient des livres obscènes, ce qui amena certains à les retirer du marché par crainte de poursuites. La Cour suprême devait juger qu'une telle façon de procéder de la part d'une commission gouvernementale équivalait à une intimidation et à une censure officieuse et était par conséquent contraire à la liberté d'expression. L'attitude de certains officiers publics de l'Utah, consistant à dire ouvertement que la distribution du film "Dernier tango à Paris" ne pourrait qu'entraîner des poursuites, des arrestations et des confiscations, constitue une pratique du même genre et serait susceptible des mêmes reproches.⁷³

Ainsi autant une justice criminelle préventive peut être souhaitable, en particulier en matière d'obscénité, à raison de l'effet d'information et d'éclaircissement du droit qu'elle peut comporter au profit des citoyens, autant elle doit être administrée sérieusement et dans le respect des garanties fondamentales de justice, à raison cette fois de son effet dissuasif sur des comportements futurs.

Que retenir de cette rapide incursion dans le droit américain pour les fins de la présente étude? Personne ne peut soutenir bien entendu que ce droit puisse avoir chez nous une autorité directe. Il n'en demeure pas moins que d'un simple point de vue logique on serait en droit de s'attendre à ce que sur la question qui nous occupe ici notre droit connaisse un développement du même genre, tant il est vrai qu'une procédure de censure enfreint de façon certaine la liberté d'expression si par exemple elle peut s'exercer sur des communications futures, mal identifiées, sans examen préalable et si le procès ne se tient que longtemps après l'émission de l'interdit provisoire de circulation. Nos cours

⁷¹ Note, *Prior Adversary Hearings on the Question of Obscenity* (1970), 70 Col. L. Rev. 1403, à la p. 1412.

⁷² (1963), 372 U.S. 58.

⁷³ *Time*, 2 juillet 1973, p. 32 (édition canadienne). Pour un exemple de harcèlements de ce genre au Canada, voir: L. A. Powe Jr., *The Georgia Straight and Freedom of Expression in Canada* (1970), 48 R. du B. Can. 410.

prendront-elles un jour considération de tous ces facteurs pour juger de la conformité des lois de censure, présentes⁷⁴ ou futures, avec la liberté d'expression garantie par la Déclaration? Autant la logique et le bon sens l'exigent, autant on peut n'en être pas absolument assuré, vu qu'elles ont été à ce jour beaucoup plus conservatrices que les cours américaines, allant même jusqu'à considérer que l'ancienneté d'une façon de faire pouvait être un gage de sa conformité à la Déclaration.⁷⁵ Retenons aussi que si la censure, pour être conforme à la liberté d'expression, doit répondre à certaines exigences procédurales, c'est déjà dire qu'en elle-même elle n'est pas nécessairement contraire à cette liberté, quoiqu'aux Etats-Unis, elle soit marquée au départ d'une présomption d'invalidité. Tout cela, il nous semble, nous autoriserait à conclure qu'au Canada la censure ou le contrôle préalable en matière d'obscénité n'est pas en lui-même et du seul fait de son existence contraire à la liberté d'expression, bien qu'il soit logique de conclure aussi que pour que cette conformité subsiste, il doive s'exercer d'une certaine façon au plan de ses modalités procédurales.

En regard de celles-ci, on peut prétendre enfin que c'est non seulement la liberté d'expression qui en la matière impose certaines exigences, c'est encore le principe d'une "audition impartiale . . . selon les principes de justice fondamentale", lui aussi consacré par la Déclaration. Il est incontestable en effet que toute mesure d'interdiction de diffusion ou toute mesure de saisie et de confiscation pour motif d'obscénité entre dans la catégorie des matières judiciaires et quasi-judiciaires et doit répondre à ce titre aux exigences de l'article 2 e) de la Déclaration.⁷⁶ On peut par conséquent soutenir qu'une loi fédérale de censure en matière d'obscénité devrait respecter les exigences de l'avis, de l'examen préalable, de l'audition des parties intéressées et du droit à un avocat avant qu'une décision définitive puisse être prise à ce sujet. Ainsi une loi qui, à l'exemple de cette loi du Québec intitulée *Loi des publications et de la morale publique*,⁷⁷ chargerait le ministère

⁷⁴ Voir nos remarques, *infra*, sur certaines dispositions de la Loi sur les postes, S.R.C., 1970, ch. P-14 et de la Loi sur le Tarif des douanes, S.R.C., 1970, ch. C-41.

⁷⁵ *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, où l'ancienneté des dispositions fédérales donnant discrétion au ministère public de choisir le mode de poursuite pour plusieurs infractions a paru constituer un argument pour établir qu'elles n'enfreignaient pas le principe de l'égalité de tous devant la loi reconnu par la Déclaration, art. 1 b).

⁷⁶ Notamment *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12.

⁷⁷ S.R.Q., 1964, ch. 50, jugée inconstitutionnelle comme empiétant sur la compétence fédérale exclusive sur le droit criminel par la Cour

public de la tâche de dénoncer devant un comité de censure le caractère obscène de certains objets, le comité en décidant et rendant les ordonnances nécessaires sans entendre les parties, serait contraire à l'article 2 e) de la Déclaration. Pour éviter ce résultat, la mesure fédérale de censure devrait plutôt s'aligner de ce point de vue sur les dispositions actuelles du Code criminel en matière d'obscénité,⁷⁸ instituer une procédure de type judiciaire suffisamment rapide pour que la liberté d'expression ne soit pas indirectement bafouée et faire en sorte que les interdits provisoires durent le moins de temps possible.⁷⁹ Cette dernière exigence devrait être d'autant mieux établie qu'on serait face à une mesure de contrôle préalable généralisé, du genre de celui actuellement prévu par les lois provinciales de distribution du film. Dans l'état actuel du droit une mesure de ce genre ne serait pas, croyons-nous, jugée en elle-même contraire à la liberté d'expression telle que garantie par la Déclaration, pas plus qu'une mesure de censure d'application plus spécifique et plus exceptionnelle. Mais son caractère très contraignant devrait être compensé par le caractère judiciaire de sa procédure d'application et par sa célérité.⁸⁰

Quant au fardeau de la preuve, il devrait, il nous semble, reposer sur le ministère public, sous réserve de la possibilité d'établir certaines présomptions secondaires et raisonnables à partir de certains faits prouvés.⁸¹ Il est vrai que celui qui doit se soumettre à un contrôle préalable n'est pas "une personne accusée d'un acte criminel" au sens de l'article 2 f) de la Déclaration qui consacre le principe de la présomption d'innocence. Il demeure

supérieure du Québec dans *R. c. Board of Cinema Censors of Quebec* (1968), 69 D.L.R. (2d) 521, [1969] C.S. 83. Un autre exemple classique de loi de censure nous est fourni par l'ancienne Loi protégeant la province contre la propagande communiste, S.R.Q., 1941, ch. 52 déclarée inconstitutionnelle dans l'arrêt *Switzman*, *supra*, note 44, aussi parce que relative au droit criminel.

⁷⁸ Voir en particulier l'art. 160(1) prévoyant une saisie provisoire, suivie dans les sept jours d'une sommation à l'occupant du local, puis d'une audition pouvant donner lieu à une ordonnance de confiscation.

⁷⁹ Pour un exemple du peu de sensibilité de nos cours aux injustices pouvant découler de certains délais, par ex. un très long délai de poursuite, voir: *Regina c. Acme Produce, Regina c. Muttner* (1972), 28 D.L.R. (3d) 470 (C.A. Man.), où l'on a décidé que le fait de poursuivre pour une infraction plusieurs mois après l'événement n'enfreignait pas l'art. 2 e) de la Déclaration.

⁸⁰ Sur la question de savoir si, comme aux Etats-Unis la décision finale de censurer devrait appartenir à une cour de justice et non à un simple organe administratif, voir *infra*, notre développement sur les problèmes de compétence juridictionnelle en matière d'obscénité.

⁸¹ *Regina c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303.

qu'en logique comme en équité la justice préventive ne doit pas différer, au niveau des garanties, de la justice répressive; dans l'un et l'autre cas on est en matière criminelle et la prohibition préalable, de par son effet de dissuasion et parce qu'elle se ramène à une définition et à une imputation *in futurum* d'une infraction, requiert des garanties analogues à celles d'un procès. Mais même sans égard à la présomption d'innocence, il nous semble évident que faire reposer le fardeau de la preuve sur la personne qui se présente à un contrôle de censure contrevient au principe de la liberté d'expression.⁸²

Dans la perspective des remarques qui précèdent, certaines dispositions législatives fédérales actuelles nous paraissent créer un problème. Il en est ainsi de l'article 7 de la Loi sur les postes⁸³ qui, joint à l'article 164 du Code criminel, autorise le ministre des postes à interdire la livraison de courrier obscène, et celui-ci, malgré l'intervention d'une commission de révision, paraît détenir le pouvoir de décision définitive. La procédure établie par cette disposition, dans la mesure où elle n'est pas appliquée de façon judiciaire et suffisamment expéditive, pourrait mériter les reproches dont il a été question antérieurement. On pourrait en dire autant du pouvoir de confiscation octroyé par l'article 14 de la Loi sur le Tarif des douanes,⁸⁴ bien que l'appel possible de la décision du sous ministre aux cours de justice puisse être ici un facteur jouant en faveur de sa validité.⁸⁵ Quoi qu'il en soit, il demeure à la fois surprenant et regrettable que certaines décisions, rendues à la suite de l'application de l'une ou l'autre de ces dispositions, n'aient fait aucune mention de la Déclaration canadienne des droits et n'aient point eu souci de vérifier la conformité des premières avec celle-ci.⁸⁶

⁸² Notons qu'au plan des présomptions d'inconstitutionnalité notre droit n'a point encore connu des développements comparables à ceux du droit américain, selon lequel par exemple toute censure préalable tombe sous le coup d'une telle présomption, *supra*, à la note 61. Il ne paraît exister au contraire au Canada qu'une présomption de validité constitutionnelle des lois.

⁸³ Voir, *supra*, note 74.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Loi sur les douanes, S.R.C., 1970, ch. C-40, art. 50.

⁸⁶ Voir par exemple l'affaire *Pei-Yan c. The Queen* (1973), 20 C.R.N.S. 37 (C. de Comté, C.-B.), où l'on a pris pour acquis la possibilité pour le pouvoir fédéral de confisquer en douanes des biens destinés à une simple possession privée, ce qu'à lui seul le Code criminel n'autorise pas (*supra*, note 62), et où il ne fut question ni de liberté d'expression ni de garanties procédurales. Sur la question en droit américain, voir *supra*, aux notes 69 et 70. La variation du critère d'immoralité entre par exemple

En résumé et pour conclure cette analyse de la constitutionnalité de mesures fédérales de censure ou contrôle préalable en matière d'obscénité, rappelons que, l'obscénité étant matière de droit criminel, le Parlement central est compétent pour établir à ce sujet un certain nombre de prohibitions, et qu'il peut choisir de les imposer suivant le mode pénal et répressif traditionnel ou encore suivant un mode préventif. Sa compétence en matière criminelle étant totale et plénière, c'est lui qui décidera de la législation la plus opportune en matière d'obscénité, tant au point de vue substantif que procédural, sous réserve de ne pouvoir peut-être enfreindre la liberté d'expression — au moins politique — qui aurait pour lui comme pour les provinces valeur fondamentale en tant que consacrée par le préambule de la Constitution.⁸⁷ Mais cette liberté étant aujourd'hui devenue certainement opposable au Parlement central de par sa propre volonté et par l'effet de la Déclaration canadienne des droits, celui-ci, à moins de déroger expressément à cette dernière loi, ne peut établir n'importe quel contrôle préalable de l'obscénité. Sa législation, tant dans ses critères de fond que dans ses stipulations procédurales, doit demeurer conforme à la Déclaration, en sorte qu'elle ne peut censurer n'importe quoi, ne peut priver les personnes affectées par une mesure de ce genre du droit d'être avisées et entendues et doit établir un contrôle suffisamment expéditif de façon que l'interdit provisoire ne dure que le temps normalement requis pour qu'aient lieu l'examen du matériel et l'audition.

Comme nous le soulignons au début de ce développement, un système de censure ou contrôle préalable, surtout s'il devait être d'application assez généralisée, ne peut guère se concevoir sans la mise en place d'une certaine structure administrative capable de le faire fonctionner. Pour dire les choses d'une autre façon, une loi fédérale en la matière ne pourrait être une loi exclusivement prohibitive et devrait emprunter la forme plus souple d'une mesure réglementaire. La compétence fédérale sur le droit criminel

le Code criminel et la Loi sur le Tarif des douanes, jointe au fait que les deux lois sont appliquées par des autorités et suivant des procédures différentes, peut éventuellement conduire à des jugements contradictoires, sinon en droit du moins dans l'esprit du citoyen. Plus encore le laisser-passer en douane, où les critères sont pourtant plus sévères, ne constitue pas une défense à une accusation subséquente d'obscénité sous le Code criminel. R. c. *Prairie Schooner News and Powers*, *supra*, note 55. Mais voir: *Daylight Theatre Company c. The Queen*, [1972] 6 W.W.R. 481 (C. de district Sask.), sur le lien entre les lois provinciales de cinéma et le Code criminel, décision infirmée cependant par [1973] 6 W.W.R. 325 (C.A. Sask.).

⁸⁷ Voir, *supra*, à la note 43.

autoriserait-elle ce genre d'assouplissement? C'est la question à laquelle nous tenterons maintenant de répondre.

2. *Législation fédérale réglementaire.*

"Criminal law connotes only the quality of such acts or omissions as are *prohibited* under appropriate penal provisions by authority of the State. The criminal quality of an act cannot be discerned by intuition; nor can it be discovered by reference to any standard but one: Is the act *prohibited* with penal consequences?" Cet extrait du jugement de Lord Atkin dans l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. A.-G. for Canada*,⁸⁸ que l'on cite toujours pour montrer l'étendue et la variété de matières sur lesquelles peut s'exercer la compétence fédérale sur le droit criminel, laisse quand même irrésolue une importante question: cette compétence doit-elle toujours s'exercer sous une forme exclusivement prohibitive? Cette question, on l'a vu précédemment, prend une importance singulière en regard de divers projets de réforme possible du droit fédéral de l'obscénité, qu'il s'agisse de censure ou simplement d'un système de permis imposés à certains commerçants, à charge pour eux de se soumettre à certaines inspections et de respecter et faire respecter certains règlements. La compétence fédérale sur le droit criminel peut-elle fonder des mesures de ce genre?

A. *Forme prohibitive et forme réglementaire de la législation.*

A qui se représenterait toute loi pénale comme nécessairement composée d'un ensemble de prohibitions claires, inconditionnelles et bien arrêtées, assorties de sanctions punitives imposées au contrevenant et administrée par le seul pouvoir judiciaire, il ne serait pas bien difficile de montrer qu'en fait les choses se présentent de façon plus complexe que cela.

Ainsi au titre des jeux et paris le Code criminel,⁸⁹ après avoir posé un certain nombre de prohibitions de forme classique, légalise les systèmes de pari mutuel, les taxe et investit un fonctionnaire du pouvoir d'en approuver et d'en surveiller le fonctionnement. Celui-ci doit le faire conformément à une réglementation établie par le Ministère de l'agriculture, le fonctionnaire pouvant en ordonner l'arrêt s'il n'est pas convaincu que cette exigence est respectée.⁹⁰ Certes l'infraction criminelle vient de la violation des interdits posés par la loi et les règlements⁹¹ et elle fait l'objet d'une

⁸⁸ Voir, *supra*, note 11. Les italiques sont de nous.

⁸⁹ Arts 185 et suivants C.cr.

⁹⁰ Art. 188, 3-4-6-7 C.cr.

⁹¹ Art. 188, (8) C.cr.

détermination judiciaire. Il demeure toutefois que s'interpose dans tout cela une présence de caractère administratif et même fiscal et l'on est à toutes fins pratiques face à une réglementation administrative du pari mutuel.

Autre exemple, fourni celui-là encore par le Code criminel, cette fois au titre des loteries et jeux de hasard.⁹² Suivant la présentation habituelle l'on y pose une suite de prohibitions, comportant, notons-le au passage, des conséquences non seulement pénales mais aussi civiles.⁹³ Suit une série d'exemptions en matière de loteries, au profit notamment des Gouvernements, fédéral et provinciaux, qui deviennent ainsi libres d'en organiser eux-mêmes ou d'en permettre l'organisation par certains organismes, héritant du même coup, et c'est ce que l'on retient, d'un pouvoir de réglementation véritable en la matière.⁹⁴

Les dispositions du Code criminel en matière d'avortement présentent aussi un intérêt pour la question qui nous occupe ici.⁹⁵ En effet la prohibition générale y est suivie d'une exception suivant laquelle l'avortement est légalisé sur décision du comité de l'avortement thérapeutique de l'hôpital à l'effet que la grossesse met probablement en danger la vie ou la santé de la mère.⁹⁶ De sorte que l'interdit criminel peut être levé par l'avis d'un comité scientifique, relevant d'ailleurs en définitive de la compétence des provinces en matière de santé, et la prohibition fédérale prend l'allure d'une disposition proprement conditionnelle.

Autre exemple significatif, celui fourni par la loi fédérale des aliments et drogues.⁹⁷ Traditionnellement fondée sur la compétence fédérale sur le droit criminel en tant que poursuivant des fins de santé, d'honnêteté et même de moralité,⁹⁸ cette loi, à raison de la haute technicité de son objet, confie de vastes pouvoirs

⁹² Art. 189 C.cr.

⁹³ Art. 189, 5-6 C.cr., sur la nullité de certaines transactions en la matière et la sauvegarde des droits de l'acquéreur de bonne foi.

⁹⁴ Arts 190(1) a-b-c et 190(2) C.cr. Au plan fédéral-provincial, une technique du même genre a été déclarée valide notamment dans l'affaire *The Lord's Day Alliance of Canada c. A.-G. for British Columbia*, [1959] R.C.S. 497, et il en sera plus longuement question ci-après.

⁹⁵ Art. 251 C.cr.

⁹⁶ Art. 251(4) C.cr.

⁹⁷ Loi des aliments et drogues, S.R.C., 1970, ch. F-27.

⁹⁸ *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501 (C.A. C.-B.); *R. c. Perfection Creameries*, [1939] 3 D.L.R. 185 (C.A. Man.); *In reference as to the Validity of Section 5 (a) of the Dairy Industry Act*, *supra*, note 10.

réglementaires au Gouvernement dans des champs aussi vastes que la publicité, l'étiquetage, la composition des produits, et ainsi de suite,⁹⁹ et la violation de ces règlements, comme celle de la loi, est constitutive de l'infraction.¹⁰⁰ Certains interdits peuvent être levés par décision de l'autorité ministérielle;¹⁰¹ on y met sur pied un système d'inspection des établissements et d'analyse des produits;¹⁰² bref on est en présence d'une réglementation complète et détaillée des aliments et des drogues, l'objet de la loi étant d'ailleurs tel qu'il pouvait difficilement en aller autrement.¹⁰³

Signalons enfin qu'à beaucoup d'égards la loi fédérale sur les jeunes délinquants,¹⁰⁴ qui se fonde elle aussi sur la compétence fédérale sur le droit criminel, s'éloigne nettement du type de la loi criminelle de facture classique. Poursuivant un but d'aide et de réhabilitation du délinquant davantage qu'un but strictement punitif,¹⁰⁵ la loi définit l'infraction de délinquance de façon vague et lâche,¹⁰⁶ institue une procédure d'application peu formaliste¹⁰⁷ et commande une interprétation libérale.¹⁰⁸ Aucun de ces traits n'a paru ébranler sa validité aux yeux de la Cour suprême du Canada, qui a montré du même coup l'interprétation souple, large et libérale qu'elle entendait donner à l'article 91(27) de l'A.A.N.B.¹⁰⁹ Même dans ses dispositions les plus contestables, celle par exemple imposant une obligation civile d'entretien du délinquant aux parents de ce dernier, cette loi a été jugée valide.¹¹⁰

Les exemples qui précèdent suffiront à montrer que la législation criminelle canadienne, que ce soit à raison du caractère complexe, technique et détaillé de certaines normes qu'elle pose, ou du rôle qu'y jouent les autorités administratives et le personnel scientifique — dans la définition de l'infraction ou dans l'admi-

⁹⁹ Voir, *supra*, note 97, art. 25.

¹⁰⁰ *Ibid.*, art. 26.

¹⁰¹ *Ibid.*, art. 12.

¹⁰² *Ibid.*, arts 22 et ss.

¹⁰³ La Loi sur les stupéfiants, S.R.C., 1970, ch. N-1, mériterait la même remarque, à un moindre degré peut-être.

¹⁰⁴ Voir, *supra*, note 16.

¹⁰⁵ *Ibid.*, art. 3(2).

¹⁰⁶ *Ibid.*, arts 2 et 3. On y parle notamment d'"immoralité sexuelle", de "toute forme semblable de vice".

¹⁰⁷ *Ibid.*, art. 17(1).

¹⁰⁸ *Ibid.*, art. 38.

¹⁰⁹ Voir, *supra*, à la note 18.

¹¹⁰ Voir, *supra*, note 16, art. 20(2). *Re Dunne* (1962), 33 D.L.R. (2d) 190 (H.C. Ont.).

nistration de la loi — ou encore des finalités qu'elle poursuit — de réhabilitation par exemple — ou enfin des pénalités qu'elle peut imposer, ne paraît point soumise à des exigences constitutionnelles très contraignantes au plan de la forme et des moyens.

On nous dira qu'il est normal et heureux qu'il en soit ainsi et que le Parlement central, à qui échoit le pouvoir de faire disparaître les "public wrongs", ait une large discrétion pour décider des moyens d'y parvenir. Pourtant c'est là un sujet sur lequel tous les doutes ne sont point encore dissipés, et il suffit pour s'en convaincre de référer à la jurisprudence constitutionnelle en matière de pratiques restrictives du commerce et de coalitions commerciales.¹¹¹

On se souviendra que dans *In re The Board of Commerce Act*¹¹² le Comité judiciaire, suite à un jugement également divisé de la Cour suprême du Canada,¹¹³ avait statué dans le sens de l'invalidité de deux lois fédérales, se réclamant entre autres de la compétence fédérale sur le droit criminel, dont l'effet combiné était d'établir un certain nombre de prohibitions en matière de commerce et de donner à une commission administrative fédérale la responsabilité de les faire respecter, d'enquêter sur les allégations de violation et d'émettre des ordonnances visant non seulement à les faire cesser mais aussi à déterminer certaines marges de prix ou de profits qu'il devenait dès lors interdit de dépasser pour les personnes et entreprises en cause. La loi fut qualifiée comme une loi portant sur la propriété, les droits civils et les commerces particuliers et non sur une matière "which by its very nature belongs to the domain of criminal jurisprudence".¹¹⁴ Peu de temps après la législation fédérale invalidée fut remplacée par une autre, dont la validité allait être cette fois reconnue dans l'affaire *P.A.T.A. c. A.-G. for Canada*, toujours en vertu de l'article 91(27) de l'A.A.N.B.¹¹⁵ Soucieux de bien marquer les différences entre la présente législation et celle qui l'avait précédée, Lord Atkin fit observer que cette dernière s'appliquait non seulement aux commerçants mais aussi à ceux qui ne l'étaient pas, qu'elle donnait, à la différence de la présente, des pouvoirs décisionnels et non des simples pouvoirs d'enquête à une autorité administrative n'ayant rien d'une cour de justice,

¹¹¹ Voir l'excellente étude de B. C. McDonald, *op. cit.*, note 39.

¹¹² [1922] 1 A.C. 191.

¹¹³ *In the Matter of the Board of Commerce Act and the Combines and Fair Prices Act, 1919 (1920)*, 60 R.C.S. 456.

¹¹⁴ Voir, *supra*, note 112, pp. 198-199.

¹¹⁵ Voir, *supra*, note 11.

pouvoirs décisionnels pouvant aller jusqu'à un contrôle de prix et de profits à venir, au surplus exercé discrétionnairement "without applying any principles of general application";¹¹⁶ tous facteurs ayant fait conclure à son invalidité.

On conviendra que ce développement jurisprudentiel laisse planer une certaine incertitude sur la possibilité pour le Parlement central d'avoir toute discrétion dans le choix des moyens pour arriver à proscrire un "public wrong". Plus spécifiquement, l'on peut se demander s'il ne s'en dégage pas une certaine exigence constitutionnelle de précision dans la définition de l'infraction criminelle, qui soit autre chose qu'une décision discrétionnaire de l'autorité administrative sur le caractère nocif ou répréhensible d'un acte ou d'un comportement.¹¹⁷ L'on peut se demander encore, et c'est une décision de la Cour suprême qui nous y invite dans laquelle on a invalidé une disposition ouvrant au Gouvernement fédéral la possibilité de légaliser certaines ententes commerciales autrement prohibées au cas où elles pourraient être avantageuses à l'intérêt public,¹¹⁸ si le caractère conditionnel de certaines infractions ne pourrait pas attenter à leur validité, surtout si la levée de l'interdit pouvait venir d'une décision discrétionnaire de quelque autorité. L'on peut se demander enfin s'il n'y a pas une certaine limite constitutionnelle à la nature de la pénalité imposée, qui par exemple ne pourrait avoir la souplesse et prendre la forme d'une réglementation véritable de la conduite future du délinquant.¹¹⁹ Cette dernière interrogation concerne la portée préventive de la compétence fédérale sur le droit criminel, dont on peut se demander aussi si elle autorise l'émission d'ordres ou d'injonctions visant à prévenir certains actes et qui soient dirigés contre des personnes sans que celles-ci

¹¹⁶ *Ibid.*, à la p. 325.

¹¹⁷ C'est l'idée très classique de spécificité du crime, qui s'impose d'autant plus qu'on est dans une matière où les conduites ne sont pas nécessairement répréhensibles en elles-mêmes et qui requiert que le commandement soit clairement posé au moment où on l'enfreint. Voir B. C. McDonald, *op. cit.*, note 39, à la p. 186.

¹¹⁸ *Reference re Dominion Trade and Industry Commission Act*, [1936] R.C.S. 379: on a jugé que la mesure n'était pas nécessairement incidente à la compétence fédérale sur le droit criminel.

¹¹⁹ Par exemple en matière de délit économique, prévoir une pénalité consistant à fixer les prix de vente ou les marges de profits pour les transactions futures (*supra*, note 113). Voir la réserve exprimée dans l'affaire *R. c. Dominion Steel and Coal Corp. Ltd et al.* (1957), 116 C.C.C. 117, à la p. 139 (H.C. Ont.) sur la possibilité pour le juge de spécifier certains actes éventuels dans l'ordre de prohibition. Citée par B. C. McDonald, *op. cit.*, note 39, à la p. 187, note 87.

aient été au préalable déclarées coupables de quelque infraction. On se rend compte que cette procédure s'apparente à celle d'une autorisation préalable, qui revient en réalité à une enquête de moralité, éventuellement suivie d'un ordre dont la violation postérieure est génératrice d'infractions.

A toutes les questions qui précèdent, il n'est pas possible, dans l'état actuel du droit, d'apporter des réponses certaines. A tout le moins peut-on en déduire que la compétence fédérale sur le droit criminel pose certains problèmes au niveau des moyens qui sont ouverts au Parlement pour faire disparaître ces "public wrongs" auxquels il décide de s'attaquer. Pourtant on ne saurait trop mettre en relief le fait que les incertitudes dont nous venons de faire état ont leur origine pour une large part dans la jurisprudence constitutionnelle en matière de coalitions commerciales et qu'à ce titre il est permis de penser que c'est le contenu de la législation fédérale, bien plus que sa forme, qui les a suscitées. Aussi tenterons-nous de montrer que les critères déterminants de validité constitutionnelle de toute législation criminelle tiennent à sa substance ou sa nature véritable et non à de simples éléments formels, à moins que ceux-ci puissent être perçus et constituer des indices sérieux de celle-là.

B. *Nature véritable de la législation.*

Pour bien illustrer de quoi il s'agit, reprenons au départ l'exemple de la législation criminelle fédérale en matière de coalitions.

On sait l'interprétation traditionnellement étroite que les tribunaux ont donnée à la compétence fédérale sur le commerce. Il en est résulté que le Parlement a dû s'en remettre à sa compétence sur le droit criminel pour légiférer sur les pratiques restrictives du commerce, technique d'autant mieux concevable que le problème avait au départ une coloration quasiment morale et que le droit criminel se prêtait bien à le proscrire.¹²⁰ Dès lors la législation fédérale, pour conserver sa nature criminelle et ne point devenir une simple législation commerciale, devait afficher une certaine rigidité, sa forme ou sa facture pouvant constituer un indice utile pour apprécier sa nature véritable. Que le Gouvernement ou même un simple organe administratif hérite du pouvoir de statuer sur la légalité de certaines ententes en fonction de critères vagues, qu'il puisse en guise de pénalités fixer le niveau des prix et des profits dans certains secteurs, qu'il puisse

¹²⁰ Pour une analyse approfondie de la question, voir B. C. McDonald, *op. cit.*, note 39, à la p. 172.

encore lever certains interdits dans certains cas particuliers, c'était là autant d'indices pouvant faire conclure à la nature de réglementation commerciale de la législation fédérale en cause et par conséquent à son invalidité, dans la mesure où il pouvait s'agir de commerce local, compétence provinciale exclusive, et d'autant qu'on était dans un domaine d'actes non répréhensibles en eux-mêmes mais en fonction d'un contexte économique donné. Le problème n'était pas comme tel et primordialement un problème de forme mais bien un problème de substance, la forme ne venant que comme un indice ou une manifestation de celle-ci.

Dans cette perspective, il apparaît que la distinction constitutionnelle entre une législation prohibitive et une législation réglementaire, la première seule étant autorisée par l'article 91(27) de l'A.A.N.B., opère moins au niveau de la forme qu'au niveau de la substance; ce qui veut dire qu'une législation criminelle pourrait perdre ce caractère moins à raison de sa seule structure, du degré de précision des infractions qu'elle établit, du genre de pénalité qu'elle impose ou de son caractère purement préventif, qu'à raison de son caractère véritable et de la possibilité que ces différents éléments puissent aider à faire conclure qu'il s'agit en réalité d'une législation déguisée, portant par exemple sur la propriété et les droits civils ou le commerce local. Conclusion d'autant plus assurée que la jurisprudence constitutionnelle paraît avoir interprété très libéralement le pouvoir fédéral d'imposer des pénalités de diverses natures,¹²¹ tout comme elle a reconnu le plus clairement du monde la validité de lois criminelles de caractère préventif.¹²²

En regard de tout ce qui précède, on serait donc autorisé à affirmer que si l'objet d'une législation criminelle est de proscrire un certain mal public et non d'envahir de façon détournée un champ de compétence exclusif aux provinces, il est loisible au Parlement central de définir l'infraction comme il le juge à propos, de l'assortir de certaines conditions, de mettre sur pied les structures administratives nécessaires à la bonne application de sa loi, voire de mener des enquêtes préventives débouchant sur des injonctions ou ordonnances visant à prévenir la commission d'illégalités. Au reste, sous réserve d'un déguisement législatif et sous réserve de ce qui a été dit précédemment au sujet des contrôles préventifs en rapport avec la liberté d'expression ou avec certaines garanties procédurales, raisonner autrement tiendrait d'un formalisme aux conséquences fâcheuses. Et l'on verrait

¹²¹ Voir, *supra*, notes 14 et 15.

¹²² Voir, *supra*, note 37.

mal que le Parlement fédéral, compétent pour prohiber par exemple l'adultération de produits, ne le soit pas pour procéder à des inspections et analyses périodiques, par les équipes de spécialistes nécessaires. Et l'on verrait tout aussi mal qu'habile à punir après coup il ne puisse enjoindre préventivement, à condition une fois de plus que son commandement ne constitue point un empiètement sur des matières de législation ne lui appartenant pas. Les pénalités qu'il peut imposer à la suite de la commission d'infractions appellent du reste la même réserve, en sorte qu'autant il est inhabile à instituer par ce biais une réglementation du commerce local, autant il lui est possible de confisquer des biens¹²³ — mesure isolément civile — si c'est là un moyen de punir le crime et d'enrayer son développement.

D'ailleurs la proposition selon laquelle la qualification constitutionnelle d'une loi criminelle doit être opérée par rapport à sa nature véritable et non à ses caractéristiques formelles se trouve corroborée par l'ensemble de la jurisprudence en la matière. Qu'il suffise de rappeler à ce sujet le célèbre arrêt *A.-G. for Ontario c. Reciprocal Insurers*¹²⁴ où fut invalidée une disposition du Code criminel prohibant le fait d'assumer un risque d'assurance sans avoir de permis fédéral au motif qu'en l'occurrence la prohibition pénale constituait un empiètement déguisé sur une matière, soit l'assurance, relevant de la compétence exclusive des provinces; conclusion d'autant plus certaine que pour obtenir et conserver le permis l'assureur devait se conformer à une réglementation fédérale élaborée. Et c'est encore pour un motif de déguisement et d'empiètement sur un champ provincial de compétence que les prohibitions fédérales relatives au commerce de la margarine furent invalidées dans une autre décision importante.¹²⁵ On remarquera enfin que le refus opposé au désir du Parlement central de mettre en place un système de permis pour la vente d'alcool¹²⁶ fut subséquemment interprété par le Comité judiciaire, non pas comme tenant à une impossibilité pour lui de recourir à ce système en lui-même, mais bien parce qu'en l'occurrence, appliqué à la vente d'alcool, ce sys-

¹²³ Voir, *supra*, note 14.

¹²⁴ [1924] A.C. 328, à la p. 342.

¹²⁵ Voir, *supra*, note 10.

¹²⁶ Décision de 1885 non-rapportée ni motivée du Comité judiciaire invalidant l'Acte des licences pour la vente des liqueurs, S.C., 1883, ch. 30 et confirmant la décision non-motivée de la Cour suprême: voir S.C., 1885, ch. 74.

tème aurait équivalu à une réglementation du commerce local,¹²⁷ alors que ce n'était pas le cas si le Parlement se contentait d'instituer des prohibitions à ce sujet.¹²⁸

On peut déduire de tout ce qui précède qu'une législation fédérale en matière d'obscénité ne souleverait de problème au plan de sa validité constitutionnelle que s'il apparaissait que son objectif véritable n'était pas celui-là, mais bien un autre, relevant de l'autorité législative des provinces. En matière d'obscénité, une variation des prohibitions dans l'espace, le temps ou en fonction par exemple des catégories d'âge ne serait point, on en conviendra, de nature à produire à elle seule ce résultat, pas plus qu'une levée de certaines prohibitions au profit par exemple des commerçants munis de permis leur faisant obligation de tenir leur établissement conformément à des normes encore relatives à l'obscénité et définies soit législativement soit réglementairement. Une pénalité consistant en la perte du permis de vendre certains objets ne souleverait pas non plus de problème, pas davantage que la mise en place d'un système d'inspection.¹²⁹

¹²⁷ *A.-G. for Canada c. A.-G. for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588, à la p. 596. On y reconnaît clairement qu'un système de permis et de réglementations locales peut être valide dans le cadre d'une loi fédérale s'il est subordonné à une tâche plus générale relevant de la compétence fédérale.

¹²⁸ *Russell c. The Queen*, *supra*, note 20.

¹²⁹ Cela serait justifié probablement comme mesure accessoire ou nécessaire à la bonne application de la loi (*supra*, note 127). Toutefois on ne saurait passer sous silence la difficile question de savoir quelle est l'étendue de la compétence fédérale sur l'aspect administration, policière en particulier, de ses lois criminelles. L'idée vient tout de suite d'invoquer le principe de l'accessoire, la compétence pour légiférer sur une matière devant comporter celle de voir à ce que la législation en question soit correctement appliquée, sinon au niveau judiciaire, du moins au niveau administratif et policier. Mais la difficulté vient en l'espèce du caractère bien consacré de la compétence provinciale sur l'administration de la justice criminelle et les services policiers. Notamment, *Re Adoption Act*, *supra*, note 5, à la p. 403; *Re Clement*; *Re Public Inquiries Act* (1919), 33 C.C.C. 119 (C.A. C.-B.). Sans minimiser l'incertitude existant à ce sujet, on ne risque pas beaucoup en soutenant que le Parlement fédéral peut valablement pénétrer dans ce champ par le biais de l'accessoire de la même façon qu'il peut, toujours par le même moyen, assurer à un accusé au criminel les services d'un avocat et compléter ou supplanter les dispositions législatives provinciales en matière de services juridiques. Voir, *Regina c. Happeney* (1970), 12 D.L.R. (3d) 538 (C.A. N.-B.), sur la validité de l'art. 611 C.cr. A ce titre, il ne fait guère de doute non plus que le Parlement fédéral puisse remplacer le ministère public provincial par le ministère public fédéral pour l'application de l'ensemble des lois fédérales, y compris toutes les lois criminelles. Voir, art. 2 C.cr., sous la

La distinction entre une loi de prohibition et une loi de réglementation, qui eût son jour de gloire aussi en matière de commerce¹³⁰ où elle n'est plus guère aujourd'hui retenue,¹³¹ ne paraît pas avoir beaucoup plus de consistance en matière criminelle. C'est bien plutôt et heureusement la pensée du juge Rand qui semble devoir y prévaloir :

The evolving and transforming types and patterns of social and economic activities are constantly calling for new penal controls and limitations and that new modes of enforcement and punishment adapted to the changing conditions are not to be taken as being equally within the ambit of parliamentary power is, in my opinion, not seriously arguable.¹³²

La seule chose qui importe est que le Parlement central ne tente point par un moyen plus ou moins déguisé d'envahir la compétence des provinces. Ce ne serait pas le cas si son objet était de proscrire, entièrement ou partiellement, l'obscénité.

Pourtant une incertitude demeure. Elle résulte de la question de savoir si et dans quelle mesure le Parlement fédéral est autorisé à mettre sur pied des organes chargés de voir à l'application de la législation criminelle. L'analyse de cette question est d'autant moins superflue ici qu'il n'est pas interdit de penser que plus la législation fédérale en matière d'obscénité s'assouplira et prendra une coloration réglementaire, plus l'on pourra juger indiqué d'en confier l'administration non plus aux tribunaux de droit commun mais à des organes fédéraux,¹³³ qui au surplus pourront ne pas être nécessairement des cours de justice.

définition de procureur général et *Re Collins and The Queen* (1973), 34 D.L.R. (3d) 243 (H.C. Ont.). Voir aussi l'analyse de la question en rapport avec les coalitions dans B. C. McDonald, *op. cit.*, note 39, à la p. 210.

¹³⁰ Voir l'affaire *A.-G. for Ontario c. A.-G. for Canada*, dite aussi affaire des prohibitions locales, [1896] A.C. 348, à la p. 363, où la réglementation du commerce devait supposer la conservation du produit.

¹³¹ *Reference re Validity of Section 5a of the Dairy Industry Act*, *supra*, note 10, à la p. 53 (juge Rand). Voir aussi, *Caloil Inc. c. A.-G. for Canada*, [1971] R.C.S. 543.

¹³² *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. The Queen*, *supra*, note 15, à la p. 311.

¹³³ Ces derniers pouvant hériter de plusieurs types de pouvoirs : condamnation criminelle, jugement déclaratoire, autorisation préalable, ordonnance préventive, octroi ou retrait de permis, pouvoir de réglementation, etc. Pour une intéressante comparaison des deux techniques, voir : J. Weiler, *Controlling Obscenity by Criminal Sanction* (1971), 9 Osgoode Hall L.J. 415 et S. Makuch, *Controlling Obscenity by Administrative Tribunal: A Study of the Ontario Board of Cinema Censors* (1971), 9 Osgoode Hall L.J. 387.

C. Problèmes relatifs à la compétence juridictionnelle

L'analyse que nous entreprenons requiert que nous envisagions deux questions. D'une part le Parlement central peut-il créer ses propres tribunaux criminels? D'autre part et dans l'hypothèse où cela lui serait possible, est-il requis, pour faire appliquer le droit criminel en matière d'obscénité de mettre sur pied des cours de justice véritables ou peut-il au contraire envisager de déléguer cette tâche à des organes de caractère administratif de sa création? Ce sont ces deux questions que nous analyserons successivement.

Le Parlement fédéral pourrait-il créer ses propres cours de juridiction criminelle? La question n'est pas nouvelle et une réponse négative est suggérée par le texte constitutionnel même.¹³⁴ A quelques reprises certains juges du plus haut tribunal du pays y ont répondu dans ce sens,¹³⁵ mais il semble bien qu'elle ne soit pas définitivement résolue.¹³⁶ En ce qui nous concerne, nous sommes d'avis qu'elle appelle une réponse affirmative pour au moins deux types de raisons, historique et pratique.

Sur le plan historique, on peut avancer avec beaucoup de vraisemblance que la raison pour laquelle les constituants ont soustrait expressément la constitution des tribunaux criminels (art. 91(27) de la compétence fédérale sur le droit criminel et octroyé expressément encore aux provinces la compétence sur la création, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle (art. 92(14)) tint à une volonté de bien montrer que l'attribution d'une compétence exclusive et plénière au Parlement fédéral non seulement sur le droit mais aussi sur la procédure criminelle ne devait pas être entendue

¹³⁴ L'article 91(27) de l'A.A.N.B. octroie au Parlement central compétence sur "le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle". L'article 92(14) octroie aux provinces compétence sur "l'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile dans ces tribunaux".

¹³⁵ *In the Matter of the Board of Commerce Act and the Combines and Fair Prices Act of 1919*, *supra*, note 113, aux pages 473 (J. Anglin, auxquels se sont ralliés les juges Davies et Mignault), 482-487 (J. Idington), 518-519 (J. Brodeur). Après une analyse approfondie, B. C. McDonald conclut aussi dans un sens négatif, *op. cit.*, note 39, aux pp. 218 et ss.

¹³⁶ A preuve l'opinion, favorable au Parlement central, de B. Laskin, *op. cit.*, note 13, à la p. 818. C'est aussi l'opinion de G. Pepin, *Les tribunaux administratifs et la constitution* (1969), p. 324.

comme soustrayant aux tribunaux provinciaux, les seuls existants en 1867 faut-il le rappeler, le pouvoir et même le devoir d'appliquer le droit criminel, même s'il devait être désormais exclusivement fédéral. L'effet combiné des deux dispositions serait donc de maintenir en état la compétence juridictionnelle des cours provinciales en matière criminelle bien plus que de la soustraire aux futures cours fédérales, dont la juridiction éventuelle, par l'effet de l'article 101 de l'A.A.N.B., devait pouvoir s'exercer d'ailleurs "nonobstant" toute autre disposition.¹³⁷ Quant à savoir pourquoi l'on a tenu à répéter à l'article 92(14) ce que l'on avait déjà posé à l'article 91(27), il y a lieu de souligner le fait, presque jamais observé, que la première disposition confirme la compétence des provinces pour maintenir et organiser des tribunaux criminels "provinciaux", ce qui n'excluerait pas les autres à venir. A notre avis cette interprétation, si elle force peut-être la lettre du texte constitutionnel, est conforme à son esprit, car on ne voit aucune raison pour laquelle le Parlement central, compétent pour instituer des cours pour appliquer toutes ses lois, ne le serait pas en ce qui concerne ses lois criminelles.¹³⁸ On doit plutôt tenir que de même que la compétence fédérale sur le droit criminel fut, de toutes les compétences fédérales, la seule où les constituants aient spécifié que l'aspect procédural de ce droit allait être aussi exclusivement fédéral que son aspect substantif, de même ce fut la seule où ils aient cru bon de spécifier aussi que cela n'emportait pas l'aspect juridictionnel, qui comme dans les autres cas continuait de ressortir à l'autorité supplétive des cours des provinces.

D'un point de vue pratique, s'il fallait que la création, le maintien et l'organisation des tribunaux criminels relèvent en toute exclusivité des provinces, il s'ensuivrait par exemple que les commissaires fédéraux à l'extradition autres que les juges provinciaux¹³⁹ agirait illégalement, l'extradition étant évidemment une matière criminelle. Il faudrait aussi se demander comment la

¹³⁷ Dans l'arrêt *A.-G. for Ontario c. A.-G. for Canada*, [1947] A.C. 127 à la p. 153, le Comité judiciaire a jugé que cette clause "nonobstant" de l'article 101 donnait suprématie à cet article sur toutes les compétences de l'article 92. C'est essentiellement ce sur quoi B. Laskin, *op. cit.*, note 136, s'appuie pour décider que le Parlement fédéral peut créer des cours criminelles de première instance, son pouvoir d'en créer en appel ne lui étant disputé par personne, vu le texte même de l'art. 101.

¹³⁸ Personne ne conteste le pouvoir du Parlement fédéral de créer des tribunaux pour appliquer ses lois, la seule incertitude en la matière concernant ses lois criminelles.

¹³⁹ Loi sur l'extradition, S.R.C., 1970, ch. E-21, art. 9.

Cour fédérale peut-elle exercer sur eux un pouvoir de surveillance¹⁴⁰ et comment peut-elle exercer les pouvoirs qu'on lui a pourtant reconnus dans cette autre matière criminelle que sont les coalitions.¹⁴¹ La fonction d'appliquer le droit criminel est une fonction complexe, surtout en regard de la double finalité préventive et répressive de ce droit. Vouloir en confier l'exercice aux seules cours provinciales aboutit soit à "judicialiser" à l'excès l'application de ce droit et à en figer le développement,¹⁴² soit encore à susciter la prolifération de distinctions complexes et tenues entre par exemple ce qui est une application du droit criminel et ce qui n'en pas une. Pour toutes ces raisons nous sommes d'avis que le Parlement fédéral est compétent pour créer ses propres cours criminelles.

Mais dans l'hypothèse où cette opinion serait retenue, les organes mis sur pied par le Parlement central et chargés d'appliquer une certaine législation criminelle devraient-ils être des cours de justice véritables ou pourrait-on envisager au contraire qu'ils puissent être de nature administrative, quitte à être tenus d'adopter une procédure de caractère judiciaire dans leur fonctionnement? L'article 101 impose-t-il à ce niveau quelque limite au Parlement central?

En regard du seul texte constitutionnel, on peut avancer que dans la mesure où leurs fonctions ne seraient pas des fonctions traditionnellement réservées aux cours supérieures, aucune limite ne se poserait à la décision du Parlement fédéral en cette matière, seuls les juges des cours supérieures disposant en vertu de l'article 99 de l'A.A.N.B. d'une garantie d'immovibilité assez difficile à concevoir pour les membres d'un simple organe administratif.¹⁴³ Mais même si leurs fonctions devaient être analogues à celles traditionnellement réservées aux cours supérieures, il nous faut rappeler qu'il n'est pas assuré que les garanties constitutionnellement octroyées aux juges des cours supérieures s'appliquent aux

¹⁴⁰ Pouvoir reconnu dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] R.C.S. 228, où l'on n'a d'ailleurs aucunement mis en question l'autorité des commissaires nommés par le gouvernement fédéral.

¹⁴¹ *La Reine c. Hemlock Park Cooperative Ltd*, [1974] R.C.S. 123 (il s'agissait en l'instance de la Cour de l'Echiquier).

¹⁴² Un des exemples les plus significatifs étant celui du droit criminel en matière de coalitions, tel que décrit par B. C. McDonald, *op. cit.*, note 39, aux pp. 218 et ss.

¹⁴³ On y prévoit qu'ils restent en fonction durant bonne conduite, ne peuvent être démis que sur adresse du Sénat et des Communes et qu'ils deviennent retraités à 75 ans.

cours fédérales tirant leur existence de l'article 101.¹⁴⁴ Notons encore que le juge en chef Laskin, alors juge à la Cour d'appel de l'Ontario, a émis l'opinion que l'article 96 de l'A.A.N.B. ne liait que les provinces et non le Parlement fédéral, avec le résultat que celui-ci-pouvait confier à un fonctionnaire nommé par la province certaines fonctions traditionnelles des cours supérieures en matière de divorce.¹⁴⁵ Si l'on s'en tient à cette opinion, le Parlement fédéral, habile à déléguer à un fonctionnaire provincial l'exercice de fonctions judiciaires relevant traditionnellement des cours supérieures, le serait évidemment aussi pour les déléguer à ses propres fonctionnaires et sans que ceux-ci bénéficient de l'inamovibilité de l'article 99.

Dans cette perspective, le Parlement central pourrait constituer ses propres cours criminelles, appliquant en l'occurrence le droit de l'obscénité, de la façon qu'il jugerait la plus opportune. Quant à savoir s'il n'y aurait pas dans notre droit constitutionnel, à défaut d'exigence expresse, quelque exigence implicite obligeant le Parlement fédéral à faire appliquer sa législation, surtout criminelle, par des cours de justice proprement dites plutôt que par des organes de nature administrative, il convient de rappeler d'abord que le principe de la séparation et de la distinction des pouvoirs n'a point ici une existence aussi nette que par exemple aux Etats-Unis;¹⁴⁶ ensuite que la distinction entre les cours et les tribunaux n'a point, ni en droit anglais ni en droit canadien, une netteté suffisante pour qu'on puisse en tirer commodément un principe de nature constitutionnelle; enfin que depuis toujours à ce chapitre notre droit, comme le droit anglais d'ailleurs, préfère retenir le critère fonctionnel plutôt que le critère organique, ce qui veut dire qu'une fonction de nature judiciaire doit y être exercée judiciairement, peu importe que l'organe qui l'exerce soit ou non une cour de justice au sens propre du mot.

Certes la nécessité qu'une fonction judiciaire soit exercée judiciairement n'en est pas une qui traditionnellement s'impose à

¹⁴⁴ Voir notamment W. R. Lederman, *The Independence of the Judiciary* (1956), 34 R. du B. Can. 769 et 1139, aux pp. 1175 et ss. L'auteur est d'avis que les garanties des arts 96 et ss s'appliquent aux cours fédérales. *Contra*: B. Laskin, *op. cit.*, note 13 à la p. 787 et référence jurisprudentielle. Cette dernière opinion est partagée sans réserve par G. Pepin, *op. cit.*, note 136, aux pp. 317-318.

¹⁴⁵ *Papp c. Papp* (1970), 8 D.L.R. (3d) 389, à la p. 397 (C.A. Ont.).

¹⁴⁶ Voir, G. Pepin, *op. cit.*, note 136, aux pp. 213 et ss. Sur l'exigence du recours à une cour de justice aux Etats-Unis, voir l'arrêt *Freedman c. Maryland*, *supra*, note 67.

un parlement souverain.¹⁴⁷ Mais le Parlement fédéral par l'effet de sa propre volonté s'en est imposé à lui même le respect, en particulier en adoptant l'article 2 e) de la Déclaration canadienne des droits. Une législation criminelle nouvelle en matière d'obscénité devrait donc la respecter.

En résumé, nous sommes d'avis que la seule limite à l'autorité législative fédérale pour l'attribution de la compétence juridictionnelle en matière de législation criminelle concernant l'obscénité réside dans la nécessité de faire en sorte que toute fonction de caractère judiciaire soit exercée conformément aux diverses garanties procédurales dont il a été question précédemment. Et s'il arrivait que le Parlement fédéral, imitant en cela certaines expériences étrangères, jugeait bon de mettre sur pied un tribunal fédéral spécialisé ayant pour seule fonction de rendre des jugements déclaratoires en matière d'obscénité, il faudrait conclure au caractère judiciaire d'une telle fonction, surtout si la décision rendue devait servir de preuve péremptoire lors de poursuites criminelles subséquentes, se trouvant du même coup à avoir un impact sur le droit du citoyen.

Tels nous apparaissent être les différents problèmes constitutionnels suscités par le droit criminel fédéral en matière d'obscénité. On peut en retenir que le Parlement central dispose à ce sujet d'une compétence constitutionnelle fort étendue. Sur l'ensemble des sujets traités la compétence est claire et assurée, sur quelques points elle est douteuse, sur aucun elle est inexistante, à moins bien entendu qu'il ne s'agisse plus d'obscénité mais bien d'autre chose, relevant des provinces, et qu'on soit en présence d'un déguisement législatif. Tout compte fait les limites véritables en la matière procèdent de la Déclaration canadienne des droits, tant par les garanties procédurales qu'elle établit que par sa consécration de la liberté d'expression. Ces dernières limites, si malaisé soit-il de les mesurer avec précision dans l'état actuel du droit, n'en sont pas moins réelles, et si en tant que telles elles n'interdisent clairement aucun des projets de réforme de la législation sur l'obscénité qui ont cours actuellement, elles requièrent qu'ils soient conformes à certaines exigences au plan de leurs modalités d'application. Ici aussi les déguisements législatifs sont interdits!

¹⁴⁷ Voir par exemple les remarques du juge Rinfret dans l'arrêt *L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. The Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140, à la p. 154.

II. La responsabilité des provinces en matière d'obscénité.

Tentons maintenant d'évaluer la compétence constitutionnelle des provinces en matière d'obscénité, à la fois pour découvrir les mesures qu'elles pourraient éventuellement adopter de leur propre chef à ce sujet et pour apprécier jusqu'à quel point et par quels moyens le Parlement fédéral, s'il le jugeait nécessaire ou opportun, pourrait leur laisser l'initiative de certaines tâches en la matière.

Les provinces ont-elles une compétence constitutionnelle quelconque, qui leur soit attribuée directement, en matière d'obscénité?

1. La compétence constitutionnelle des provinces.

Dans la mesure où l'obscénité en tant que matière législative est, comme nous l'avons déjà montré, une question de droit criminel et dans la mesure où le droit criminel relève, comme cela ne fait pas de doute, en toute exclusivité du Parlement central,¹⁴⁸ les provinces étant inhabiles à légiférer à ce sujet même en l'absence de loi fédérale,¹⁴⁹ il s'ensuit en bonne logique que ces dernières n'ont aucune compétence en matière d'obscénité. Telle sera en substance notre position ici, quoique cette position appelle des nuances importantes.

A plusieurs reprises la Cour suprême a émis clairement l'opinion que la moralité et par conséquent l'obscénité relevaient en toute exclusivité du Parlement fédéral.¹⁵⁰ Ainsi l'on trouve sous la plume du juge Fauteux la proposition suivant laquelle: "Seul le Parlement, légiférant en matière criminelle, a compétence pour décréter, définir, défendre et punir ces matières d'un écrit ou d'un discours qui, en raison de leur nature, lèsent l'ordre social ou la sécurité de l'Etat. Tels sont, par exemple, les libelles

¹⁴⁸ Voir par exemple *Russell c. The Queen*, *supra*, note 20, à la p. 839.

¹⁴⁹ Voir par exemple *Union Colliery Co. c. Bryden*, [1899] A.C. 500, à la p. 588.

¹⁵⁰ Voir la citation du juge Duff, *supra*, à la note 9, ainsi que celle du juge Rand, *supra*, à la note 10. Distinguant la notion de droit civil de celle de droit criminel, le Comité judiciaire du Conseil privé écrivait: "Laws . . . designed for the promotion of public order, safety, or morals, and which subject those who contravene them to criminal procedure and punishment, belong to the subject of public wrongs rather than to that of civil rights. They are of a nature which fall within the general authority of Parliament to make laws for the order and good government of Canada, and have direct relation to criminal law. . . ." *Russell v. The Queen*, *supra*, note 20, à la p. 839.

diffamatoires, obscènes, blasphématoires ou séditeux.”¹⁵¹ Mais si vaste et exclusive que soit la compétence fédérale sur la morale publique, il demeure que tous ne veulent pas priver les provinces de toute responsabilité en la matière. A cet égard, on peut distinguer trois théories ou rationalisations distinctes visant à justifier ce résultat.

La première prend sa source dans la théorie constitutionnelle bien connue dite du champ inoccupé.¹⁵² Il existe en effet certaines matières sur lesquelles les provinces sont autorisées à légiférer en l'absence de lois fédérales les régissant ou même concurremment avec ces dernières, au motif en un tel cas que les lois provinciales ont leur aspect propre et qu'elles complètent les lois fédérales dans ces matières. Mais à qui voudrait prendre prétexte de cette théorie pour justifier une intrusion des provinces dans le domaine de l'obscénité, il faudrait opposer tout de suite que le secteur où elle a reçu son application la plus significative est le secteur de la conduite-automobile et de la réglementation routière, matières provinciales en elles-mêmes et sur lesquelles les provinces ont une compétence directe.¹⁵³ La théorie du double aspect ou du champ inoccupé suppose en effet que l'on soit en présence d'une matière législative sur laquelle chaque ordre de gouvernement ait, à sa façon, une compétence législative bien établie. En sorte que l'on ne voit pas comment par exemple une dépénalisation complète ou totale de l'obscénité par le Parlement central pourrait de quelque façon accroître la compétence des provinces sur le sujet puisque celle-ci n'existe pas.¹⁵⁴

¹⁵¹ *Switzman c. Elbling*, *supra*, note 44, à la p. 320. Des prononcés de cette inspiration se retrouvent régulièrement dans la jurisprudence des autres tribunaux, comme en font foi plusieurs décisions que nous citons ci-après.

¹⁵² Les études doctrinales les plus classiques concernant cette théorie sont celles de W. R. Lederman, *The concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada* (1962-63), 9 McGill L.J. 185 et B. Laskin, *Occupying the Field: Paramountcy in Penal Legislation* (1963), 41 R. du B. Can. 234.

¹⁵³ Par ex. *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. The Queen*, [1966] R.C.S. 238. Ce n'est évidemment pas le seul exemple de matière de compétence concurrente. Voir: *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, sur la fausse publicité dans la vente des valeurs mobilières, ce dernier commerce relevant clairement de l'autorité des provinces.

¹⁵⁴ Pour un exemple de cette façon de raisonner, consistant à reconnaître aux provinces la possibilité de légiférer sur des matières, pour autant que celles-ci ne soient pas clairement criminalisées par le droit fédéral, voir: *Dame L'Abbé c. Ville de Montréal*, [1969] B.R. 1098 (C.A. Qué.), sur la validité d'un règlement municipal interdisant aux employés de clubs

Qu'il suffise d'illustrer ce qui précède par un seul exemple jurisprudentiel. Dans l'affaire *R. c. Skagstead and Skagstead*¹⁵⁵ la Cour d'appel du Manitoba a statué dans le sens de la validité d'une disposition provinciale prohibant le fait de susciter du désordre dans les établissements munis d'un permis de vente d'alcool. Mais pour arriver à cette conclusion et pour distinguer, comme l'a fait la Cour, l'objet de la présente prohibition de celle de troubler la paix au sens du Code criminel, il faut qu'il y ait une compétence provinciale de départ; la compétence choisie en l'espèce fut celle sur l'administration de la vente d'alcool et le contrôle des établissements où elle s'opère.¹⁵⁶

Or il arrive que confrontées à une mesure provinciale qualifiée comme portant sur des questions de moralité, les cours la tiennent pour invalide, ce qui dispense évidemment de tout autre interrogation relative au fait de savoir si le champ est occupé ou ne l'est pas par le droit fédéral.¹⁵⁷

Cette première rationalisation, si évidemment fautive, n'appelle pas à notre avis d'autres développements. On conviendra

de nuit de se mêler aux clients. Le juge Casey, sans s'interroger plus avant sur la nature véritable de cette mesure, s'est surtout appliqué à voir ce que contenait le Code criminel à ce sujet: "But with all respect, it has not been established to my satisfaction that the acts contemplated by by-law 3416 fall into an area already indicated by the Federal Government as being within the general field of criminal law.", à la p. 1102.

¹⁵⁵ (1964), 43 D.L.R. (2d) 315 (C.A. Man.).

¹⁵⁶ *Ibid.* Notons qu'avant que la poursuite ait été intentée sous la loi provinciale, les défendeurs avaient été aussi poursuivis pour entrave aux policiers sous le Code criminel, ce dont ils avaient été acquittés. Suivant un raisonnement du même type, on a jugé que les provinces pouvaient réglementer les drogues, le L.S.D. en l'occurrence. Voir: *R. c. Snyder and Fletcher* (1967), 61 W.W.R. 112 (C.S. Alta). Mais si la loi provinciale sur les drogues s'avère ne pas être clairement une mesure de santé, elle devient invalide comme loi criminelle. Voir: *R. c. Simpson, Mack and Lewis* (1969), 1 D.L.R. (3d) 597 (C.A. C.-B.).

¹⁵⁷ Pour des exemples de lois provinciales ou de règlements municipaux jugés invalides comme portant sur la moralité: *R. c. Shaw* (1891), 7 Man. L.R. 518 (C.A. Man.), règlement de Winnipeg sur les maisons de jeu; *Ashley c. de Montigny* (1898), 6 R. du Jur. 228 (C.S. Qué.), règlement de Montréal prohibant la participation à des spectacles indécents; *R. c. Hayduk*, [1938] 4 D.L.R. 762 (C.A. Ont.), loi punissant ceux se présentant faussement comme conjoints lors de la location de chambres d'hôtel; *St-Léonard c. Fournier*, [1956] 3 D.L.R. (2d) 315 (C.A. N.-B.), règlement autorisant le retrait du permis au cas de présentation de spectacle indécents; *Hurrell c. Montréal*, [1963] R.P. 89 (C.S. Qué.), règlement municipal prohibant l'exposition de nus ou semi-nus dans les kiosques à journaux; *R. c. Board of Cinema Censors of Québec*, *supra*, note 77.

cependant qu'en pratique et dans la majorité des cas on ne la présente pas isolément mais bien combinée à une deuxième, visant à établir que les questions de moralité ont le plus souvent un ou plusieurs aspects provinciaux qui justifieraient les provinces d'y légiférer. Il se pose dès lors certains problèmes difficiles de qualification constitutionnelle.

L'exemple probablement le plus significatif à cet égard nous est fourni par l'arrêt *Bédard c. Dawson*.¹⁵⁸ Dans cet arrêt la Cour suprême jugea valide une loi du Québec autorisant la fermeture de maisons de désordre, notamment après condamnation criminelle d'une personne pour y avoir tenu des activités de prostitution. Plusieurs raisons paraissent avoir motivé la décision de la Cour.

D'une part on a semblé attacher beaucoup d'importance au fait que la loi comportait comme sanction la fermeture de l'immeuble, le juge Brodeur allant jusqu'à dire qu'il était pour lui fort douteux que le Parlement central ait l'autorité nécessaire pour adopter une mesure du même genre à titre de pénalité pour la tenue de maisons de désordre.¹⁵⁹ Le caractère *in rem* de la mesure fut donc un facteur ayant joué en faveur de la validité de la loi. Notons qu'au moins un juge, soit le juge Idington, parut embarrassé, en particulier par le fait que si le tenancier était en même temps le propriétaire de l'immeuble, la loi provinciale, en autorisant la fermeture de celui-ci, aurait pour effet d'ajouter à la pénalité prévue par le Code criminel. Quoiqu'il parut satisfait de ce qu'en l'instance ce n'était pas le cas,¹⁶⁰ on ne peut s'empêcher de remarquer que l'effet était le même sur un tenancier simplement locataire, la fermeture du local ne lui étant pas moins préjudiciable qu'au propriétaire. Sur l'ensemble, la Cour jugea que la loi était valide comme loi de contrôle et de jouissance de la propriété. Résultat plus que discutable, s'il ne s'explique que par le caractère *in rem* de la pénalité. Dira-t-on en effet d'une loi provinciale autorisant la confiscation de marijuana qu'il s'agit d'une loi sur la propriété et plus exactement encore sur sa jouissance? A la vérité et quoiqu'on trouve encore aujourd'hui certaines décisions s'inspirant à ce niveau de l'arrêt *Bédard*,¹⁶¹ il faut plutôt tenir, s'appuyant en cela sur deux

¹⁵⁸ [1923] R.C.S. 681. Voir: Loi des maisons de désordre, S.R.Q., 1964, ch. 46.

¹⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 686.

¹⁶⁰ *Ibid.*, à la p. 683.

¹⁶¹ Voir par ex. *Schwartz c. La Cour Municipale de Montréal*, [1963] C. S. 607 (C.S. Qué.), sur la validité d'un règlement municipal autorisant la fermeture de maisons ou locaux dans lesquels deux infractions à la loi

importantes décisions judiciaires subséquentes de la Cour suprême du Canada,¹⁶² que le caractère réel ou personnel d'une pénalité ne saurait en lui-même être un élément déterminant de la validité constitutionnelle de la loi. C'est bien plutôt à la nature véritable de celle-ci qu'il faut s'attacher, telle qu'on peut la déduire de l'ensemble de ses dispositions et de son effet.

Une loi autorisant la fermeture de maisons ayant servi à la diffusion de la pensée communiste n'est point une loi sur la propriété mais bien sur les idées des gens qui s'y trouvent.¹⁶³ Une loi ayant pour effet de rendre impossible l'existence d'un droit de propriété sur les machines à sous et en autorisant la saisie n'est pas non plus une loi sur la propriété mais bien une loi sur les moeurs des personnes qui s'adonnent au jeu.¹⁶⁴ De la même façon, une loi autorisant la fermeture de maisons de désordre doit être qualifiée en fonction des motifs justifiant une pareille mesure. La pénalité ne peut à elle seule permettre de juger du caractère véritable d'une loi.

De ce qui précède, on devrait par conséquent déduire que l'affaire *Bédard c. Dawson* ne fait plus guère autorité aujourd'hui.¹⁶⁵ Mais il ne faut pas négliger le fait que d'autres motifs que celui-là furent invoqués pour soutenir la validité constitutionnelle de la loi provinciale dont il s'agissait.

sur les liqueurs alcooliques, aux règlements municipaux ou à certaines dispositions du Code criminel auraient été commises. Suivant le juge Montpetit: "La mesure dont il s'agit ne vise ni le locataire ni le propriétaire, mais le bâtiment même. Le règlement ne cherche pas à créer ou à punir un crime mais à empêcher que des infractions ne persistent.", à la p. 612. Voir aussi *Re D. & G. Barclay Builders Ltd and St. Jane Plaza* (1973), 31 D.L.R. (3d) 675 (H.C. Ont.), conf. par (1973), 37 D.L.R. (3d) 38 (C.A. Ont.). Cette décision réfère à l'affaire *Bédard*, mais la loi ontarienne dont elle a reconnu la validité est différente de la loi du Québec dont il était question dans l'affaire *Bédard*. Voir *infra*, note 175.

¹⁶² *Johnson c. A.-G. for Alberta*, [1954] R.C.S. 127; *Switzman c. Elbling*, *supra*, note 44.

¹⁶³ *Switzman c. Elbling*, *ibid.* De la même façon, le fait de refuser un permis de distribution d'imprimés sur la rue aux membres d'une certaine secte religieuse n'est point l'exercice d'une compétence sur le bon ordre dans les rues et sur les trottoirs mais bien une forme de censure des idées religieuses de certaines gens qui les empruntent. *Saumur c. Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

¹⁶⁴ *Johnson c. A.-G. for Alberta*, *supra*, note 162.

¹⁶⁵ Voir *A.-G. for Ontario c. Koynock*, [1941] 1 D.L.R. 548 (C.S. Ont.) où fut invalidée une loi de l'Ontario autorisant l'émission d'injonction visant à empêcher la publication d'imprimés immoraux ou obscènes. Soucieux de distinguer cette loi de celle du Québec jugée valide dans

Ainsi, l'on retrouve dans cette affaire la proposition selon laquelle les provinces, si elles ne peuvent punir le crime, sont compétentes pour le prévenir et supprimer les conditions de nature à favoriser son développement.¹⁶⁶ En lui-même ce critère n'est point d'une grande utilité, tant il est vrai que la prévention du crime peut venir d'une infinie variété de moyens. Un bon éclairage dans les rues peut d'une certaine façon prévenir le crime, comme le peut, d'une autre façon, une politique de détention préventive de certains criminels. Or c'est l'affaire des provinces de s'occuper du premier moyen; ce ne l'est pas de s'occuper du second. Ce qui montre que le critère de la prévention du crime n'a point d'utilité à des fins de partage de la compétence législative. Certes les provinces peuvent prévenir le crime, en adoptant des mesures qui relèvent de leur autorité législative, qu'il s'agisse d'éclairage dans les rues ou d'organisation et d'enquêtes policières.¹⁶⁷ Mais s'agit-il de moralité, elles y sont inhabiles car il leur manque la compétence législative requise pour y légiférer.

Il faut enfin remarquer, toujours en rapport avec l'affaire *Bédard c. Dawson*, que certains juges ont tiré argument en faveur de la validité de la loi provinciale en question du fait que celle-ci visait à supprimer une nuisance publique. Qu'est-ce à dire? La notion de nuisance publique, traditionnelle en common law, réfère essentiellement à des situations gênant ou mettant en danger la vie, la santé, la propriété, la moralité ou le confort d'une communauté et qui comme telles ne sont pas susceptibles de donner ouverture à des recours privés, au simple motif que c'est l'intérêt public en tant qu'intérêt public qui en souffre, sans

l'affaire *Bédard*, le juge Kelly fit remarquer que dans le cas présent, à la différence de l'autre, si l'injonction était respectée aucune propriété ne serait en cause, la publication n'ayant pas lieu. La distinction est frivole, si même il y a distinction. Un éditeur achète-t il un écrit d'un auteur pour le publier, comment ne pas voir que l'interdit de publication subséquent affecte au plus haut point son intérêt et sa propriété? Dans l'affaire *R. c. Lamontagne*, [1945] 4 D.L.R. 161 (C.A. Ont.), on a invalidé une loi tout à fait analogue à la loi du Québec jugée valide dans l'affaire *Bédard* en accompagnant le tout de distinctions d'un intérêt comparable à celle qui précède!

¹⁶⁶ L'idée est reprise longuement par le juge Taschereau, d'ailleurs dissident, dans l'arrêt *Switzman*, *supra*, note 44, de même que par les juges Kerwin et Estey, eux aussi dissidents, dans l'affaire *Johnson*, *supra*, note 162. Pour deux curieux jugements où l'on a tenu qu'une juridiction pénale préventive était constitutionnellement de nature civile, voir: *Rex c. MacKenzie*, [1946] 1 D.L.R. 584 (C.A. Ont.); *Frey c. Fedoruk*, [1949] 2 W.W.R. 604, à la p. 634 (C.A. C.-B.).

¹⁶⁷ Voir, *supra*, note 129.

que des intérêts privés soient mis en cause de façon suffisamment spécifique pour qu'on puisse les faire valoir judiciairement.¹⁶⁸ Si l'on se rappelle que le droit criminel, comme on l'a mentionné au début de cette étude, a pour mission de supprimer des "public wrongs", on comprendra aisément que le Parlement central ait pu valablement par ce moyen prohiber les nuisances publiques.¹⁶⁹ Est-ce à dire que les provinces sont dépourvues de toute compétence en cette matière?

Le raisonnement tenu relativement à la prévention du crime trouve une fois encore application ici. Tout dépend à la vérité du type de nuisance publique dont il s'agit. Met-elle en cause la santé du public, le bon ordre dans les rues, la sécurité routière, la jouissance de la propriété, la compétence des provinces à son sujet ne fera pas de doute vu leurs compétences sur les matières en question. Mais la nuisance publique se relie-t-elle aux moeurs des personnes, la compétence pour la proscrire relève de la seule autorité du Parlement.¹⁷⁰

Il se dégage de ce qui précède que la difficulté fondamentale en la matière vient d'un problème de qualification. On a déjà avancé avec raison que "les compétences provinciales sur la paix publique, l'ordre et la sécurité réfèrent essentiellement à des réalités pour ainsi dire *extérieures* et qu'en aucune façon elles ne peuvent porter directement sur des réalités d'un autre ordre, comme la liberté d'expression ou la moralité, qui ne relèvent que

¹⁶⁸ Ainsi dans l'arrêt *R. c. Schula* (1956), 115 C.C.C. 382 (C.A. Alta), tenir des propos obscènes par téléphone à quelqu'un ne fut pas jugé être une nuisance publique au sens de ce qu'est aujourd'hui l'art. 176 C.cr. Dans l'affaire *Toronto Railway Co. c. R.*, [1917] A.C. 630, la compagnie s'engagea auprès de la ville à ce que ses véhicules de transport ne soient pas surchargés de voyageurs, à la suite de quoi une poursuite criminelle fut intentée contre la compagnie sous le chef de nuisance publique. Mais le Comité judiciaire fut d'avis que l'encombrement des véhicules n'avait rien d'une nuisance publique en ce qu'il n'affectait que les passagers ayant acheté un billet de transport de la compagnie.

¹⁶⁹ Arts 176 et ss du C.cr.

¹⁷⁰ Ainsi par exemple des maisons de jeu. "Common gambling houses are a public nuisance at common law, being detrimental to the public, as they promote cheating and other corrupt practices; and incite to idleness and avaricious ways of gaining property by persons whose time might otherwise be employed for the good of the community." Russell on Crime; A Treatise on Felonies and Misdemeanors (10ième éd., par J. W. Cecil, 1950), vol. 2, pp. 1744-1745. Passage cité par le juge Locke dans l'arrêt *Johnson, supra*, note 162, à la p. 152 qui en conclut justement à l'incompétence des provinces en la matière, qui en est une de moeurs et de moralité.

de la compétence fédérale sur le droit criminel".¹⁷¹ Il demeure que certaines matières de législation, en plus d'un aspect de moralité proprement dite, comportent un autre aspect, de santé, de bon ordre ou d'éducation par exemple, qui pourra donner prise à une législation provinciale. Tout sera alors affaire de qualification et l'on pourra à bon droit tenir que, compétentes sur l'éducation, la protection de la jeunesse et les écoles,¹⁷² les provinces peuvent plus aisément statuer sur le contenu moral des publications qui y circulent ou les spectacles qui s'y tiennent que sur ceux destinés au grand public. De même, si le trafic de drogues n'est point en lui-même leur affaire, on ne leur disputera pas pour autant, à cause de leur responsabilité sur la santé, le pouvoir de soumettre certains intoxiqués aux cures et traitements qui s'imposent. Et s'il était bien démontré que la diffusion ou l'affichage de matières obscènes était clairement de nature à créer chez beaucoup de gens des traumatismes émotifs véritables et sérieux,¹⁷³ peut-être pourrait-on aller jusqu'à y voir un motif d'intervention des provinces toujours au titre de leur compétence sur la santé.

Mais plus simplement, ne pourrait-on pas prétendre par exemple que par le moyen d'une réglementation provinciale ou municipale de l'affichage les provinces ou les municipalités pourraient interdire l'exposition d'images ou d'objets obscènes, au motif qu'il pourrait s'ensuivre certains désordres ou attroupements ou même et plus vraisemblablement que cela serait de nature à choquer une partie de la population et par là à constituer une nuisance publique que la province serait habile à proscrire? S'il est du ressort provincial de s'occuper d'urbanisme et d'esthétique municipale, pourquoi ne le serait-il pas de s'occuper de ce genre de pratiques? Pourquoi, compétente à statuer sur la beauté, une province ne le serait-elle pas sur la moralité, surtout qu'en la matière l'une et l'autre ne sont souvent pas sans rapport?

Il n'est pas impossible de prétendre qu'il y a dans le fait par exemple de bannir les affiches obscènes, en plus d'un aspect

¹⁷¹ F. Chevrette, *op. cit.*, note 13, à la p. 41.

¹⁷² Voir, *supra*, note 5.

¹⁷³ Pour une analyse de la question, voir: J. P. Morreale, *Obscenity: An Analysis and Statutory Proposal*, [1969] Wisc. L.R. 421, à la p. 446. Voir aussi *Paris Adult Theatre I c. Slaton* (1973), 413 U.S. 49, où la Cour suprême a déclaré que: "Although there is no conclusive proof of a connection between antisocial behaviour and obscene material, the legislature of Georgia could quite reasonably determine that such a connection does or might exist." (aux pp. 60-61), d'où l'intérêt de l'Etat à bannir l'obscénité.

de moralité, un aspect de confort et d'aménité du public pouvant justifier une intervention provinciale. Certes la validité de pareille intervention pourra dépendre largement des termes de la réglementation proposée. Mais le caractère très provocant d'un certain matériel, joint au fait qu'il soit exposé à la vue du grand public, peut faire naître une certaine compétence provinciale pour en prohiber l'exhibition dans la mesure même où cette prohibition pourrait être présentée comme visant par exemple à garantir à la population un accès et une utilisation paisibles de la voie publique. A ce titre une prohibition provinciale de ce type, relative à l'affichage, serait à notre avis moins susceptible d'être invalidée qu'une autre, relative aux publications.

Pourtant on ne saurait se dissimuler le fait qu'il n'est pas facile, face à une prohibition provinciale des affiches obscènes, de déterminer lequel, de son aspect de moralité ou de son aspect d'aménité et de confort du public, est prédominant. A ce titre, et si souhaitable peut-on considérer la reconnaissance d'une certaine compétence des provinces en pareille matière, une réglementation provinciale se trouvera sous la constante menace d'une invalidation par l'autorité judiciaire, pour autant que celle-ci estime que son aspect de moralité est prédominant.¹⁷⁴ Et le parallèle qu'on pourrait être tenté de faire à la limite entre une mesure provinciale prohibant par exemple la publicité obscène et les diverses autres mesures, provinciales aussi, visant à protéger le consommateur, omettrait de prendre en considération que dans ce dernier cas on se trouve face à une matière clairement contractuelle, reliée à l'intégrité des consentements, voire au commerce local, dimension qui manquerait à la première mesure, dont la nature et la justification ne tiendraient qu'à la moralité et éventuellement au confort et à l'aménité du public.

Ainsi donc, autant la compétence provinciale en matière de moralité ne saurait être dégagée, comme le suggère la première rationalisation dont il a été question plus haut, de la présence ou l'absence de dispositions criminelles sur la question particulière dont il peut s'agir, autant il est juste de prétendre que beaucoup de matières concrètes, en plus de présenter un aspect de moralité, en présentent aussi un autre pouvant rendre les provinces compétentes pour y légiférer. Si c'est le sens de la deuxième rationalisation dont on vient de parler on peut dire qu'elle est exactement à l'opposé de la première. Mais il faut prendre soin de la formuler de la façon qui précède et non prétendre que la moralité comme

¹⁷⁴ *Hurrell c. Montréal*, *supra*, note 157.

telle, dans certains de ses aspects, relève du pouvoir fédéral alors que dans d'autres elle relève des provinces. Sous la seule réserve de ce qui sera dit immédiatement après, une telle proposition ne nous semble pas fondée dans l'état actuel du droit. La moralité n'a qu'un seul aspect, et c'est un aspect fédéral. Ce sont des matières concrètes, problèmes d'éducation, de santé ou autres, qui peuvent en avoir plusieurs, auquel cas la compétence des provinces pour y légiférer se justifiera par l'aspect provincial qu'elles comportent, leur aspect de moralité pouvant fonder par ailleurs une intervention fédérale.

Il est pourtant certaines dispositions législatives provinciales qui cadrent mal avec le schéma qui précède. Prenons l'exemple de l'article 13 du Code civil du Québec qui stipule: "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs." Cette disposition n'en serait-elle pas une portant essentiellement sur la moralité? Prenons encore l'exemple de l'article 1927 du Code civil qui établit l'absence de recours civils pour dettes de jeu et à propos duquel la même question se pose. D'où ces dispositions, que nous tenons pour notre part pour valides, tirent-elles leur validité?

Sans doute convient-il au départ de bien mettre en relief le fait qu'il s'agit de dispositions civiles. Les distinctions entre le droit civil et le droit pénal sont trop connues pour qu'il y ait lieu d'y insister. Rappelons seulement que la mesure civile, à la différence de la mesure pénale, voit son application généralement laissée à l'initiative des particuliers; elle requiert, à l'opposé de la norme pénale, que ces derniers aient subi quelque préjudice, et sa sanction s'analyse en termes d'annulation, d'exécution ou de dommage sans que s'y interpose cette coloration punitive et de réprobation publique que comporte la sanction pénale. Les articles 13 et 1927 du Code civil, s'ils comportent une certaine sanction à l'immoralité, ne comportent pas une sanction teintée de réprobation publique et dont la puissance publique ait charge de l'application. Il en irait de même de ces dispositions législatives provinciales prévoyant la nullité du bail d'une maison utilisée par le locataire comme maison de désordre, pour la raison que cette nullité, établie par une clause contractuelle implicite à tout contrat de bail, pourrait être invoquée par le locateur comme une simple sanction civile et non comme une pénalité strictement entendue.¹⁷⁵

¹⁷⁵ *Re D. & D. Barclay Builders Ltd and St. Jane Plaza, supra*, note 161, à la p. 679. La Cour d'appel de l'Ontario dans cette affaire a insisté à nouveau sur cette distinction. Notons que la loi du Québec validée

Mais la distinction qui précède a ses limites. Dira-t-on en effet d'une loi provinciale décrétant spécifiquement par exemple la nullité de tout contrat de vente de publications jugées obscènes ou abolissant les recours du vendeur impayé qu'il s'agit d'une loi civile dont la validité n'est pas mise en doute? Il est bien plus probable qu'on y voie une mesure visant à proscrire l'obscénité et qu'à ce titre on la juge invalide comme loi provinciale, tout comme on a déjà jugé dans l'arrêt *Johnson c. A.-G. for Alberta* qu'une loi provinciale rendant impossible l'exercice d'un droit de propriété sur les machines à sous n'était pas une loi civile relative au droit de propriété mais bien une loi criminelle relative au jeu. Ce qui montre que pour qu'une loi provinciale en cette matière soit valide il doit s'agir d'une loi vraiment relative à une question contractuelle et non d'un moyen détourné de régir le comportement moral des citoyens. Ainsi annuler le contrat à clause immorale ou le contrat de jeu serait une mesure ouverte aux provinces alors qu'annuler le contrat de vente de publications jugées obscènes ne le serait pas, au motif que dans le premier cas, à l'opposé du second, l'immoralité ressortirait de la nature ou des termes mêmes du contrat.

En ce sens, on pourrait dire qu'il y a telle chose en droit constitutionnel canadien qu'une moralité civile ou contractuelle qui, même si elle se traduit dans des dispositions dont on a coutume de dire et à raison qu'elles sont d'ordre public, relève à ce titre de la compétence des provinces. C'est là la troisième rationalisation, exacte à notre avis, suivant laquelle les provinces auraient une certaine compétence en cette matière.

On retiendra du développement qui précède que les provinces n'ont pas de compétence législative sur les questions de moralité et par conséquent d'obscénité, sous réserve de leur pouvoir de légiférer sur certaines matières comportant un aspect de cette nature mais aussi un aspect provincial et sous réserve de

dans l'affaire *Bédard* va plus loin en ce qu'elle permet une intervention directe de l'autorité publique pour faire fermer ces établissements. Loi des maisons de désordre, S.R.Q., 1964, ch. 46; l'art. 24 prévoit la nullité du bail. Pour une analyse de la distinction entre l'art. 13 C.c. et les lois fédérales concernant la moralité, voir: *R. c. Board of Cinema Censors of Quebec*, *supra*, note 77, à la p. 519. Notons aussi que les arts 13 et 1927 C.c. sont préconfédératifs en sorte que même à défaut d'une compétence provinciale pour les adopter ils conserveraient quand même leur validité jusqu'à la modification par l'autorité fédérale, cela en vertu de l'art. 129 de l'A.A.N.B. Pour d'autres dispositions du Code civil faisant référence à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, voir les arts 545, 760, 872, 989, 990, 1080, 1258, 2476, 2493.

leur pouvoir ci-dessus décrit sur la moralité en rapport avec les questions civiles et contractuelles. Il faut rappeler encore que, toute loi devant être qualifiée constitutionnellement d'après sa nature véritable et sa portée réelle, ce n'est pas parce qu'elle se présente comme une loi de censure au lieu d'établir de simples prohibitions ou encore parce qu'elle établit un système de réglementation administrative et d'octroi de permis que sa validité s'en trouvera accrue s'il s'agit en réalité d'une loi de moralité.¹⁷⁶ Autant la facture prohibitive ou réglementaire de la législation fédérale en matière criminelle n'a point comme telle d'influence sur sa validité, autant une loi provinciale sur la moralité demeure invalide, peu importe qu'elle emprunte l'une ou l'autre de ces deux formes.

Dans cette perspective, il nous apparaît que les lois provinciales sur le cinéma sont inconstitutionnelles, dans la mesure où elles octroient à un organe administratif provincial un pouvoir de censure véritable sur les films et sur les affichages publicitaires de ceux-ci.¹⁷⁷ Cette conclusion nous semble certaine, tant en regard de l'analyse qui précède qu'en regard de certains jugements ayant conclu à l'invalidité d'autres lois provinciales qu'il est impossible de distinguer de celles-ci.¹⁷⁸ Il se peut qu'en vertu notamment de leur compétence sur l'éducation les provinces puissent légiférer de façon à interdire à un public n'ayant pas atteint un certain âge l'accès à des spectacles ou publications considérés comme nuisibles à celui-ci. Mais le même argument ne saurait être retenu pour une censure généralisée, comme celle qui existe présentement, et personne n'a jamais prétendu que la compétence des provinces sur l'éducation, si bien établie soit-elle, peut permettre à celles-ci de juger de ce qui peut être nuisible à la moralité de la population dans son ensemble.

¹⁷⁶ Voir, *supra*, note 157. Pour une décision en sens inverse, voir *Millar c. The Queen*, [1954] 1 D.L.R. 148 (C.A. Man.), où la cour a validé un règlement municipal autorisant le retrait du permis de salle de danse où se tenaient des jeux et des paris.

¹⁷⁷ C'est le sens d'une récente décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Ecosse, *McNeil v. A.-G. of Nova Scotia* (1976), 14 N.S.R. (2d) 225, en appel à la Cour suprême du Canada. Toutes les provinces, sauf l'Île-du-Prince-Édouard, ont adopté des lois de censure ou de classification des films.

¹⁷⁸ *R. c. Board of Cinema Censors of Quebec*, *supra*, note 77. *Hurrell c. Montréal*, *supra*, note 157. Pour une analyse des lois de censure du film au Canada, voir: Canadian Bar Association, *A Report of the Saskatchewan Sub-Committee on Civil Liberties on Censorship and Obscenity* (1960), 25 Sask. Bar Rev. 80 (on y trouve l'opinion à l'effet que les lois provinciales de censure sont invalides, à la p. 86); P. E. S. Jewett, *Censorship*

Ainsi telle qu'elle est actuellement instituée, et sans égard à l'esprit rigide ou libéral pouvant présider à son application effective, la censure provinciale du film nous semble inconstitutionnelle, et le fait qu'elle se traduise par une exigence de coupure des productions ou de simple classification de celles-ci n'est point à notre avis un facteur de nature à influencer sur sa constitutionnalité.

En conclusion, il nous faut rappeler combien le processus de qualification constitutionnelle des lois, surtout dans la matière qui nous concerne ici, est un processus de caractère complexe, au point qu'il est souvent difficile de le manier avec certitude en l'absence d'une législation donnée, ou si elle existe, sans que l'on soit avisé de son contexte particulier d'application. Il n'est pas superflu d'indiquer non plus que même s'il est juridiquement exact d'avancer que la présence ou l'absence de lois criminelles fédérales dans un champ donné ne saurait en elle-même influencer sur la validité constitutionnelle de lois provinciales portant sur ce champ, il demeure qu'en pratique cette donnée, et c'est le juge en chef Laskin qui le rappelle, ne fut parfois pas sans influencer sur le jugement que les cours ont porté sur la législation des provinces.¹⁷⁹ Certains seront portés à se réjouir d'un pareil assouplissement; d'autres en retiendront au contraire que lorsqu'il décide de ne pas ou de ne plus pénaliser certains comportements, le Parlement fédéral serait bien avisé de le faire clairement et de telle façon qu'il soit clair que personne d'autre ne peut le faire à sa place.

Telle est la localisation de la compétence législative en matière d'obscénité au Canada. L'absence de compétence provinciale à ce sujet rend nécessaire de s'interroger sur les possibilités de

of Movies for Canadian Television (1972), 30 U. of T., Fac. of L. Rev. 3; H. J. Kirsh, Film Censorship: The Ontario Experience (1970-71), 4 Ottawa L. Rev. 312; on y trouve l'opinion à l'effet que les lois provinciales de censure sont invalides, aux pp. 314-315; M. M. Krotter, The Censorship of Obscenity in British Columbia (1970), 5 U.B.C. L. Rev. 123; and L. C. Larry and H. J. Kirsh, The Men with the Scissors (1971), 19 Chitty's L.J. 73 et 111 (on y trouve l'opinion à l'effet que la loi de l'Ontario sur le sujet est invalide, aux pp. 79-80); A. Lezyk, Mémoire du comité provisoire de la censure du cinéma, annexe 4, Québec (l'auteur favorise la validité de la loi du Québec); D. J. Welbourn, Censorship and the Law in Canada (1959), 24 Sask. Bar Rev. 29 (l'auteur semble considérer que le fait que les lois de censure se présentent comme imposant des permis peut jouer en faveur de leur validité, à la p. 29).

¹⁷⁹ "There have been cases where, absent federal legislation, the courts have been inclined to a wider view of provincial legislative authority than might otherwise have been the case." B. Laskin, *op. cit.*, note 152, p. 240.

coopération fédérale-provinciale, d'autant que certains pourront considérer que les provinces seraient en meilleure posture, politique ou administrative, pour s'occuper de certains aspects de la question que l'autorité fédérale. C'est de ces possibilités de coopération qu'il sera maintenant question.

2. *Les possibilités de coopération fédérale-provinciale.*

A une fin d'analyse de leur validité constitutionnelle, il paraît utile de distinguer deux grands types de coopération fédérale-provinciale, soit d'une part une coopération de type inter-parlementaire et d'autre part une coopération s'exerçant au niveau des organes administratifs provinciaux. Nous examinerons successivement l'une et l'autre.

L'exemple le plus clair de coopération inter-parlementaire consisterait en une délégation pure et simple, par le Parlement central aux Législatures provinciales, de l'ensemble ou d'une partie de la compétence législative du premier en matière d'obscénité. Or cette façon de faire est clairement prohibée en droit constitutionnel canadien.¹⁸⁰ Aussi n'y aurait-il pas lieu de nous y attarder davantage, si ce n'était de certaines variantes de cette forme de collaboration qui paraissent elles constitutionnellement possibles. On peut en voir essentiellement deux.

La première, assez utilisée en pratique, consisterait en l'adoption, par le Parlement central et à ses fins propres, d'une législation provinciale, telle qu'elle se présente au moment où il la fait sienne ou avec les modifications que de temps à autre l'autorité provinciale compétente pourra lui apporter. De cette façon le Parlement central pourrait parvenir à donner plus de souplesse à ses prohibitions en les empruntant pour ses fins à la législation de chacune des provinces. Mais on remarquera tout de suite que cette technique, dite législation-renvoi, qui est valide¹⁸¹ et qui est réversible, en tel sens que ce sont les provinces autant que le Parlement central qui peuvent en user, n'a d'intérêt

¹⁸⁰ *A.-G. for Nova Scotia c. A.-G. for Canada*, [1951] R.C.S. 31. Le juge Rinfret y écrivait que le peuple du Canada était en droit de s'attendre à ce que les députés fédéraux et provinciaux qu'il élit exercent leurs pouvoirs à l'intérieur des compétences prévues à l'A.A.N.B., à la p. 34.

¹⁸¹ Voir par exemple *Coughlin c. The Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569. Pour quelques autres exemples d'utilisation de cette technique, voir: Loi sur les lettres de change, S.R.C., 1970, ch. B-5, art. 10; Loi sur la preuve au Canada, S.R.C., 1970, ch. E-10, art. 37; Loi sur la responsabilité de la couronne, S.R.C., 1970, ch. C-38, art. 3.

que pour autant que les objets de la législation de l'un et l'autre ordres de gouvernement présentent entre eux une certaine parenté, au point que l'un aille jusqu'à juger plus opportun d'emprunter à ses fins à lui la législation de l'autre plutôt que d'adopter la sienne propre. C'est bien le cas dans le domaine du commerce, du transport ou de la procédure, toutes matières où les deux ordres de gouvernement ont chacun des compétences qui leur sont propres. Ce ne l'est plus en matière d'obscénité, où les provinces n'ont pas de compétence, et l'on ne voit pas quelle législation le Parlement central pourrait commodément leur emprunter pour régir ce secteur. Ainsi cette forme de collaboration inter-parlementaire qu'est la législation-renvoi ne présente guère d'intérêt pour le sujet qui nous concerne ici.

Il en va probablement différemment d'une deuxième forme de collaboration inter-parlementaire, qui pourrait être obtenue par une technique de législation conditionnelle.

Imaginons que le Parlement central adopte certaines prohibitions en matière d'obscénité et qu'il en conditionne l'application effective à l'inexistence de lois provinciales dont l'effet serait de permettre ce que la législation fédérale interdit. En d'autres termes, les interdits du Parlement fédéral en matière d'obscénité n'auraient d'effet que dans la mesure où ils ne seraient pas levés par les provinces, celles-ci pouvant dès lors assouplir à leur guise les prohibitions fédérales et les ajuster au degré qu'elles considéreraient le plus opportun pour elles. Quelle serait la validité de cette technique?

Dans l'arrêt *The Lord's Day Alliance of Canada c. A.-G. for British Columbia*¹⁸² la Cour suprême du Canada, suivant en cela une décision antérieure du Comité judiciaire du Conseil privé,¹⁸³ a statué en faveur de la validité du procédé, autorisant ainsi le Parlement fédéral, dans sa législation sur le dimanche, à permettre aux provinces de lever l'interdit qu'il plaçait contre la tenue de certaines activités ce jour-là. L'observance du dimanche étant depuis toujours, comme l'obscénité, matière de droit criminel, la Cour suprême dûit faire grand état de ce que la législation provinciale, en raison de son caractère permissif, n'était pas une législation criminelle et que sa validité lui venait justement du fait que les provinces avaient à elles seules la compétence requise pour permettre la tenue de certaines activités le dimanche en

¹⁸² [1959] R.C.S. 497.

¹⁸³ *Lord's Day Alliance of Canada c. A.-G. for Manitoba*, [1925] A.C.

vertu de leur autorité sur le droit civil ou l'ordre public local,¹⁸⁴ à condition que ces activités ne soient pas prohibées par ailleurs, ce qui n'était pas le cas ici vu la teneur de la législation fédérale.

Cela étant et sans égard au mérite du raisonnement de la Cour, on ne voit pas pourquoi en bonne logique ce qui peut valablement être fait au sujet de l'observance du dimanche ne le pourrait pas au sujet de l'obscénité. Une loi provinciale permettant certains actes ou comportements reliés à l'obscénité ne présenterait pas un moindre intérêt local qu'une autre autorisant certaines activités le dimanche. Les considérations sociologiques sur les variations de mentalités entre chaque province sur l'observance du dimanche, qui furent peut-être l'élément déterminant dans l'affaire *Lord's Day Alliance*,¹⁸⁵ pourraient être aisément transposées en matière d'obscénité. Si c'était cette façon de voir les choses qui prévalait, il serait loisible au Parlement fédéral d'adopter un certain type de loi-cadre en matière d'obscénité, tout en laissant aux Législatures de chaque province la possibilité de lui apporter certains assouplissements par des levées d'interdits. Il faut se garder toutefois d'oublier que dans notre contexte constitutionnel la délégation inter-parlementaire est interdite, en sorte que le procédé dont il est question ici doit pouvoir s'en distinguer; ce à quoi s'est appliquée la Cour suprême avec plus ou moins de bonheur dans l'arrêt *Lord's Day Alliance*. Aussi s'il devait arriver que le procédé soit autorisé pour l'obscénité comme pour l'observance du dimanche, cela ne donnerait pas les coudées très franches aux Législatures provinciales, qui devraient probablement s'en tenir à adopter des lois de type permissif sans pouvoir régir le champ avec autant de liberté que le pourrait le Parlement central. Notons cependant qu'il leur serait possible, par le moyen d'une législation correctement formulée, de déléguer leurs pouvoirs à ce sujet aux autorités locales par exemple,¹⁸⁶ et l'on pourrait aller jusqu'à envisager

¹⁸⁴ B. Laskin, *op. cit.*, note 13 à la p. 859, écrit à propos de la loi fédérale sur le dimanche: "[I]t operates by way of conditional legislation, and provincial enactments contemplated by that clause must be directed to some object or purpose competent to the province. Hence, prohibitory legislation respecting Sunday observance [by the provinces] would be invalid. . . . On the other hand, provincial regulatory legislation which, standing alone, would be valid. . . . may properly operate under the excepting clause of the Dominion Lord's Day Act. . . ."

¹⁸⁵ Voir, *supra*, note 182, à la p. 506. On y reprend les considérations que le Comité judiciaire avait émises sur le sujet dans l'arrêt *Lord's Day Alliance*, *supra*, note 183, p. 391.

¹⁸⁶ *Supra*, note 182, à la p. 512. Cette possibilité a été reconnue dans cet arrêt, même si la loi fédérale prévoyait des levées d'interdits par des

que la levée d'interdits décrétée par elles puisse être elle-même soumise à certaines conditions, qu'il s'agisse d'obtention de permis ou d'autres formes de contrôle.

Dans la mesure où les levées d'interdits établies par les provinces seraient rendues possibles grâce à une volonté du Parlement central de donner un caractère simplement conditionnel à ses prohibitions, la question se pose de savoir si les dispositions provinciales, parce que tirant leur existence en quelque sorte de la législation fédérale, seraient soumises aux exigences de la Déclaration canadienne des droits. Il faut y répondre à notre avis par la négative. En effet les tribunaux ayant fondé la validité de la technique sur la fiction suivant laquelle les lois provinciales autorisées par la loi fédérale seraient de nature telle qu'elles pourraient être adoptées par les provinces de leur propre chef, leur caractère proprement provincial les ferait échapper aux exigences de la Déclaration.¹⁸⁷ Résultat fâcheux auquel il serait cependant possible de remédier en mettant l'accent, non pas directement sur le contenu des lois provinciales, mais bien sur celui de la loi fédérale. Il nous semble que cette dernière, en faisant dépendre son champ d'application de conditions — soit les lois provinciales — dont la teneur serait contraire à la Déclaration, lui deviendrait elle-même contraire et qu'on pourrait la prétendre inapplicable dans cette mesure même.¹⁸⁸

lois provinciales. En l'occurrence la loi provinciale stipulait prendre application sur adoption de règlements municipaux au même effet. On a jugé que la levée de l'interdit venait de la loi provinciale, comme l'exigeait la loi fédérale, même si la loi provinciale ne produisait son effet, d'après ses termes mêmes, qu'après adoption de règlements municipaux.

¹⁸⁷ L'art. 5(2) de la Déclaration qui inclut dans la définition de "loi du Canada" à laquelle la Déclaration est applicable "... toute loi exécutoire au Canada... lors de l'entrée en application de la présente loi, qui est susceptible d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement du Canada" ne saurait selon nous être interprété comme couvrant le cas des lois provinciales qui, comme en matière d'observance du dimanche, sont rendues possibles par la limitation que le Parlement fédéral impose délibérément à l'application de certaines de ses prohibitions criminelles. Si c'était le cas, il s'ensuivrait par exemple que toutes les lois provinciales pouvant éventuellement devenir inopérantes par l'effet de la prépondérance fédérale seraient soumises à la Déclaration. Conséquence évidemment excessive, et l'on doit plutôt tenir que le passage en question vise le cas des lois pré-confédératives relevant depuis 1867 de l'autorité du Parlement central. Interprétation d'autant plus certaine que le passage ne réfère qu'à des lois existantes au moment où la Déclaration fut adoptée.

¹⁸⁸ Comment ne pas voir par exemple qu'une loi fédérale prohibant la vente de publications obscènes, sous réserve de la possibilité pour les provinces de lever l'interdit, deviendrait elle-même contraire à la Déclaration dans l'hypothèse où une province ne lèverait l'interdit que pour les

Ainsi l'on se rend compte que la technique de la législation conditionnelle, du type de celle de l'affaire *Lord's Day Alliance*, si elle présente certaines contraintes, n'est pas dépourvue de souplesse. La question importante qui demeure est de savoir si elle serait reçue pour l'obscénité au même titre que pour l'observance du dimanche. La logique suggérerait, au moins en première analyse, une réponse affirmative comme nous l'avons vu. Mais une incertitude demeure, que l'on pourrait formuler de la façon suivante. Dira-t-on par exemple d'une loi provinciale permettant l'avortement ou le meurtre, avec l'autorisation d'une loi fédérale, qu'elle présente un caractère isolément provincial et que la province est habile à l'adopter? Il y a gros à parier que la réponse dans ce cas ne serait pas la même que dans le cas d'une loi provinciale permettant les excursions ou certains jeux le dimanche, comme le faisaient les lois provinciales dans les deux décisions judiciaires dont il a été question précédemment. Sans transposer ici la distinction entre le *malum in se* et le *malum prohibitum*, on se prend à soupçonner que plus la prohibition fédérale présente un caractère traditionnel et ancien, moins il est assuré que les provinces puissent valablement, même avec le consentement du Parlement fédéral, décider de la lever.¹⁸⁹ Et le risque demeure que les tribunaux voient dans cette technique ce qu'ils n'ont pas vu au sujet de l'observance du dimanche, à savoir une délégation inter-parlementaire interdite. Ce risque est présent pour une matière comme l'obscénité. Ce n'est pas cependant un risque très grand, compte tenu des assouplissements constants apportés ces dernières années par la Cour suprême au principe de l'interdiction de délégation.

En résumé, une collaboration fédérale-provinciale de type inter-parlementaire en matière d'obscénité appelle les trois remarques suivantes. Ou bien elle se présente sous forme de délégation véritable et elle est alors interdite. Ou elle emprunte la forme

commerçants détenteurs d'un permis, celui-ci n'étant octroyé qu'à des blancs et systématiquement refusé aux gens de couleur? En pareil cas la prohibition fédérale se trouverait subordonnée à un critère de race, enfreignant du même coup le principe de l'égalité de tous devant la loi tel que consacré par la Déclaration. La situation serait comparable à celle de l'affaire *Drybones*.

¹⁸⁹ Observons que l'art. 190 C.cr. qui permet notamment aux gouvernements provinciaux d'organiser des loteries par ailleurs prohibées serait un autre exemple de législation criminelle conditionnelle. Mais il y a probablement une différence entre le pouvoir d'organiser des loteries et le pouvoir de les permettre et de légiférer à leur sujet. Le pouvoir est moins proprement législatif dans le premier cas que le second et le problème de délégation se pose moins.

d'une législation fédérale par renvoi, procédé admis mais peu commode en l'occurrence vu l'absence de législation provinciale s'y prêtant. Ou enfin elle s'opère au moyen d'une loi fédérale prohibitive mais conditionnelle à l'inexistence de dispositions provinciales de caractère permissif, procédé déjà admis mais dont la validité n'est pas absolument assurée en matière d'obscénité.

Autant il paraît difficile dans l'état actuel du droit d'instituer une collaboration fédérale-provinciale au niveau parlementaire, autant la chose paraît simple et aisée si la collaboration doit s'établir entre un ordre de gouvernement et les organes administratifs de l'autre.

Ce dernier type de collaboration peut évidemment prendre plusieurs formes, tant en regard de la nature de l'organe délégataire qu'en regard du genre de pouvoir qu'on peut envisager de lui déléguer. Si l'on se place dans la perspective d'une délégation opérée par le Parlement fédéral aux provinces, l'organe délégataire sera le plus souvent une commission administrative provinciale, parfois même une autorité municipale ou locale,¹⁹⁰ que le Parlement sera considéré avoir fait sienne pour ses fins propres et qui sera unie à lui par un lien de subordination impossible à établir suivant la jurisprudence entre deux organes souverains comme le sont deux parlements.¹⁹¹ Le pouvoir octroyé au délégataire pourra être législatif, judiciaire ou de simple exécution. Le Parlement fédéral pourra choisir de procéder, si le sujet s'y prête, par voie de législation-renvoi, décidant par exemple de faire appliquer par la commission et au transport inter-provincial toutes les mesures législatives et réglementaires, futures aussi bien que présentes, qu'une province juge bon d'appliquer au transport local;¹⁹² il pourra choisir plutôt d'investir la commission provinciale — mais non la Législature, car ce serait là une délégation

¹⁹⁰ *Russell c. The Queen*, *supra*, note 20.

¹⁹¹ *Prince Edward Island Potato Marketing Board c. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392. C'est la décision classique où l'on a reconnu la validité de la délégation de type oblique, c'est-à-dire d'un ordre de gouvernement vers les organes administratifs de l'autre. Notons que quelques passages de la présente décision (en particulier les notes du juge Kellock), et de l'arrêt *A.-G. for Nova-Scotia c. A.-G. for Canada*, *supra*, note 180 (en particulier les notes du juge Rand), peuvent laisser entendre qu'il serait impossible au Parlement fédéral de déléguer ses pouvoirs au Lieutenant-gouverneur en conseil d'une province autant qu'à l'ensemble de la législature, vu la nécessité que la délégataire soit une entité de caractère secondaire et subordonné, ce qui ne serait pas le cas du Lieutenant-gouverneur en conseil.

¹⁹² *Coughlin c. The Ontario Highway Transport Board*, *supra*, note 181.

gation inter-parlementaire prohibée — de pouvoirs distincts quant au transport inter-provincial, procédé ici encore valide.¹⁹³

A partir des quelques remarques qui précèdent, on constate tout de suite la souplesse de la formule et l'infinie variété de combinaisons auxquelles elle peut se prêter. On en retire la nette impression que, dans l'hypothèse où une certaine collaboration fédérale-provinciale serait jugée opportune pour la formulation ou l'application de la législation criminelle sur l'obscénité, c'est bien à cette formule qu'il faudrait songer. Elle se prête à toutes les modalités possibles, en sorte qu'il serait superflu de tenter ici d'en présenter l'éventail.

Signalons enfin, et la considération est importante aux fins qui nous concernent ici, que la technique dont il vient d'être question consistant en une délégation véritable de pouvoirs de la part du Parlement fédéral à des organes provinciaux de caractère subordonné, toutes les mesures réglementaires dont elle permettrait l'adoption par les organes délégataires provinciaux seraient des mesures constitutionnellement fédérales et soumises à ce titre aux exigences de la Déclaration canadienne des droits. Il en irait de même de toute législation ou réglementation provinciale qu'en vertu de la technique déjà évoquée de la législation-renvoi le Parlement fédéral pourrait juger utile d'emprunter à ses fins à lui.¹⁹⁴ Cette conclusion est à notre avis indiscutable, au simple motif que s'il en était autrement le Parlement fédéral pourrait, par le biais d'une délégation oblique ou d'une législation-renvoi, faire échapper à la portée de la Déclaration des règles qui sont en fait les siennes, au même titre que les lois et règlements fédéraux proprement dits. Il en résulte donc que toutes les analyses qui précèdent relatives aux exigences de la Déclaration en matière de législation sur l'obscénité trouvent de nouveau application ici.

* * *

En résumé et pour clore cette analyse de la responsabilité provinciale en matière d'obscénité, on peut dire qu'il n'existe pas comme telle de compétence provinciale à ce sujet, sous réserve de la possibilité pour les provinces de légiférer sur la question de

¹⁹³ *La Reine c. Smith*, [1972] R.C.S. 359.

¹⁹⁴ H. Marx, *op. cit.*, note 32, p. 319. L'auteur y montre l'applicabilité de la Déclaration, en contexte analogue à celui de l'affaire *Willis*, *supra*, note 191, à ces lois et règlements provinciaux sur la mise en marché locale des produits agricoles lorsque pour des fins de mise en marché interprovinciale ou internationale le Parlement fédéral décide de les adopter.

façon purement incidente et sous réserve de la possibilité qui leur serait aussi offerte d'en traiter dans le cadre d'une législation proprement civile, à l'opposé d'une législation de caractère pénal. Rappelons aussi qu'à notre avis, et suivant en cela un important courant jurisprudentiel des plus hauts tribunaux canadiens, une loi provinciale dont la sanction porterait sur des biens ou des propriétés ne verrait pas sa validité accrue de ce seul fait, s'il arrivait que sa nature véritable et sa portée réelle en fassent une loi pénale relative à la moralité. Et la même remarque trouverait application si cette loi se présentait plutôt comme une mesure administrative, prévoyant par exemple des délivrances de visas ou de permis. Il demeure toutefois que cette absence de compétence provinciale en matière d'obscénité se trouve compensée par des possibilités de collaboration fédérale-provinciale entre d'une part le Parlement central et d'autre part divers organes provinciaux de caractère subordonné. Les possibilités de collaboration seraient toutefois infiniment plus limitées si celle-ci devait s'établir au niveau inter-parlementaire, sous la seule réserve peut-être de l'octroi par le Parlement central aux Législatures de la permission de lever et d'assouplir certains interdits.

Conclusion

Tels sont à notre avis les principaux problèmes constitutionnels suscités par la question de l'obscénité et les divers moyens d'y trouver remède. On retiendra de l'analyse qui précède les deux idées fondamentales suivantes.

En premier lieu, il semble bien que dans le processus de qualification constitutionnelle de la législation relative à ce problème, la forme de cette législation doit avoir beaucoup moins d'importance que sa substance et sa nature véritable. Il en résulte d'abord que le Parlement fédéral, en vertu de sa compétence exclusive sur le droit criminel, ne paraît point tenu d'y légiférer de façon étroitement prohibitive et qu'il semblerait habilité à le faire à l'aide d'une assez grande variété de contrôles et en mettant éventuellement sur pied un système administratif capable de donner à sa législation la souplesse qu'il peut juger nécessaire. Au fond la seule limite à son pouvoir lui vient de la nécessité bien compréhensible que sa législation en soit une relative à l'obscénité et qu'il ne s'agisse pas d'une législation destinée à envahir de façon déguisée l'une ou l'autre compétence exclusive des provinces. Il en résulte aussi que les provinces, sous réserve des modalités de collaboration constitutionnellement autorisées, ne sont point compétentes à statuer sur une question comme l'obscénité, et pas plus que le Parlement fédéral elles ne peuvent

dissimuler ce résultat sous des formes qui ne seraient rien d'autre qu'un déguisement législatif. L'obscénité, en tant que matière reliée à la moralité, relève comme telle de la seule compétence fédérale exclusive sur le droit criminel.

En deuxième lieu, la compétence fédérale en matière d'obscénité, si vaste soit-elle, trouve des limites véritables dans la Déclaration canadienne des droits. De toute évidence la question est très proche de la liberté d'expression garantie par la Déclaration, et toute législation fédérale sur l'obscénité doit demeurer conforme à cette liberté, à la fois dans ses dispositions substantives et ses dispositions procédurales, ces dernières au surplus étant soumises à la nécessité de respecter les principes de justice naturelle. Certes il y a toujours quelque risque à se référer, comme nous l'avons fait, à un droit étranger pour tenter d'apprécier la portée d'une loi canadienne. Mais certaines leçons qu'on a pu en tirer sont aussi dictées logiquement par la lettre même de notre Déclaration. Elles doivent donc faire droit ici et gouverner toute législation fédérale sur l'obscénité, ce qui comprend, rappelons-le, les lois ou règlements que le Parlement central pourrait éventuellement emprunter aux provinces ou qu'il pourrait donner mission d'adopter et d'appliquer à des organes provinciaux subordonnés.
