

# *Prolégomènes à l'étude de la notion de droit criminel en droit constitutionnel canadien*

François CHEVRETTE\*

Au Canada le parlement central a compétence exclusive sur le droit criminel<sup>(1)</sup>. Mais qu'est-ce à dire et que signifient en droit constitutionnel les mots **droit criminel**? Déjà la définition de cette compétence comme "le pouvoir exclusif de définir et de réprimer les actes ou omissions attentatoires à l'ordre public"<sup>(2)</sup> fait pressentir la difficulté qu'il peut y avoir à en délimiter la portée constitutionnelle, en raison du caractère imprécis de son contenu matériel. Car si c'est n'importe quel acte que le parlement central peut ainsi criminaliser, ne pourra-t-il pas de cette façon envahir des domaines relevant de la compétence provinciale et légiférer sur des matières que l'article 92 du texte constitutionnel canadien réserve à l'autorité exclusive des provinces? Une première réflexion sur la compétence fédérale sur le droit criminel nous découvre donc le caractère nécessairement envahissant de cette compétence; il s'agira pour nous de tenter d'en prendre la mesure et d'en marquer les limites constitutionnelles.

Mais s'il est vrai que le parlement central semble ici armé d'une compétence législative très étendue, il faut voir par ailleurs que les provinces sont elles aussi assez bien pourvues, ne serait-ce qu'en raison de leurs compétences sur la propriété et les droits civils (art. 92,13) et sur l'imposition de sanctions visant à ce que leurs lois soient respectées (art. 92,15). Tout cela ne pourrait-il avoir pour résultat que par un juste retour des choses celles-ci puissent à leur tour envahir la compétence fédérale sur le droit criminel? A la vérité n'arrive-t-on pas à des surprenants chevauchements de compétences face auxquels le principe de l'exclusivité des compétences, sur lequel le texte constitutionnel des articles 91 et 92 se montre si insistant, perdrait toute signification?

---

\*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

(1) Art. 91, 27 A.A.N.B.

(2) Jacques FORTIN, *Droit pénal général*, cours polycopié, Faculté de Droit, Université de Montréal, 1968-69, p. 11.

Historiquement, c'est pour des motifs pratiques d'uniformité qu'en 1867 on a confié au parlement central la compétence législative sur le droit criminel. Cela ressort clairement des débats<sup>(3)</sup> ; MacDonald y souligne explicitement la nécessité que dans le futur Canada, à l'opposé de ce qui se passe aux Etats-Unis, les lois criminelles soient uniformes dans l'ensemble du pays et que le pouvoir de déterminer "ce qui est crime et ce qui ne l'est pas" appartienne au parlement central. Immédiatement après il poursuit en parlant du futur article 94 du texte constitutionnel et des bienfaits de l'uniformisation des lois non plus criminelles mais civiles. Ainsi dans l'attribution de la compétence sur le droit criminel l'on adopta en 1867 la solution opposée à celle qui prévaut aux Etats-Unis et en Australie. Le but était louable, mais sans doute n'avait-on pas pressenti à cette époque les difficultés et les incertitudes constitutionnelles que l'article 91,27 allait créer.

D'une façon théorique, et sans égard aux problèmes particuliers que pose à ce sujet l'existence du fédéralisme au Canada, on définit généralement le droit criminel en l'opposant au droit civil, et l'on fait ressortir son but prohibitif et punitif (par opposition à un but de réglementation et de réparation privée), les particularités de sa procédure et le caractère anti-social des actes qu'il réprime<sup>(4)</sup> ; et tout cela est trop connu pour qu'il soit utile d'y insister. Mais il faut comprendre que ces critères de différenciation, indiscutablement utiles pour définir théoriquement le droit criminel<sup>(5)</sup>, deviennent en droit constitutionnel canadien des instruments nettement insuffisants, bien qu'utiles jusqu'à un certain point, pour délimiter la portée de l'article 91,27.

Une réflexion superficielle pourrait amener à conclure que si une loi présente toutes les caractéristiques dont il vient d'être question, elle sera automatiquement considérée, du point de vue constitutionnel, comme une loi criminelle que seul le parlement central peut adopter. La réalité n'est pas aussi simple que cela ; au Canada, les frontières théoriques du droit criminel, dans la mesure où elles sont identifiables, et ses frontières constitutionnelles ne se recouvrent pas

A la vérité il n'est pas bien difficile d'expliquer cette non-concordance. Les trois critères du droit criminel dont il vient d'être question opèrent moins au niveau du contenu du droit criminel que de ses formes, de sorte qu'à s'en tenir à eux seuls on élargirait considérablement la portée de l'article 91,27 en permettant au parlement central de légiférer sur à peu près n'importe quelle activité, pourvu qu'il le fasse dans un style prohibitif et punitif et avec une très vague finalité de protection publique. Aussi la notion constitutionnelle de droit criminel sera-t-elle plus étroite que la notion théorique, habituellement reçue, de ce droit.

---

(3) *Débats sur la Confédération*, p. 41.

(4) Blackstone donne du crime la définition suivante : "... a breach and violation of the public rights and duties, due to the whole community, considered as a community in its social aggregate capacity". *Commentaries*, Livre 4, p. 5.

(5) Ce n'est pas à dire qu'en elles-mêmes les notions de crime et de droit criminel n'aient donné lieu à aucune difficulté. Il s'en faut de beaucoup que les critères de différenciation théorique que nous avons énumérés réussissent à délimiter de façon satisfaisante ces notions, qui comme toutes les notions et tous les concepts de sciences humaines, sont à l'origine de longs débats. On pense ici à la remarque de Seignobos : "Le désaccord entre savants sur la définition du chien ne les empêche pas de savoir de quel animal ils parlent. S'entendra-t-on aussi bien sur ce qu'on devra appeler une insurrection?" (*Études de politique et d'histoire*, Paris, 1934, p. 42). Sur la notion de crime, voir : Glanville WILLIAMS, *The Definition of Crime*, *Current Legal Problems*, 1955, v. 8, p. 107; Graham HUGHES, *The Concept of Crime: An American View*, *Criminal Law Review*, 1969, p. 238.

Car il peut bien se faire, et cela s'est souvent produit, qu'une loi fédérale, tout en présentant les traits théoriques des lois criminelles, ne soit que pur prétexte du parlement central à régir des activités relevant de l'autorité législative des provinces. Les tribunaux jugeront alors qu'elle dépasse les cadres de la compétence fédérale. L'on peut donc soutenir au départ que la compétence fédérale sur le droit criminel est limitée par les critères théoriques et formels déjà énumérés ; mais elle est aussi limitée, matériellement, par l'impossibilité où se trouve le parlement central de l'utiliser comme moyen détourné pour envahir les compétences des provinces.

Cette non-concordance entre les critères théoriques du droit criminel et ses critères constitutionnels est encore mise en relief par le fait que les provinces ne sont pas du tout dépourvues du pouvoir d'adopter des lois de style prohibitif et punitif<sup>(6)</sup>, incorporant une procédure d'application commune à certaines lois criminelles<sup>(7)</sup>, le tout au nom de l'intérêt public<sup>(8)</sup>. A s'en remettre aux seuls critères théoriques du droit criminel, on serait justifié d'en conclure qu'il s'agit là de lois criminelles qu'il n'est pas permis aux provinces d'adopter. En réalité, celles-ci peuvent le faire, pourvu que ces lois instituent des moyens "d'assurer la réalisation d'un ordre de choses qu'il est de la compétence de la législature de réglementer"<sup>(9)</sup>. Contrairement aux lois criminelles fédérales, dans lesquelles "la prohibition et la peine sont imposées, non comme moyens d'atteindre une fin d'ordre réglementaire, mais en reconnaissance de ce que requièrent, aux vues du Parlement, le bien commun, la sécurité ou l'ordre moral"<sup>(10)</sup>, les lois pénales provinciales, dont les traits peuvent à beaucoup d'égards correspondre aux traits théoriques du droit criminel, ont essentiellement pour but de rendre efficace l'exercice des diverses compétences provinciales, donc de punir ceux qui violent les lois dont ces compétences permettent l'adoption<sup>(11)</sup>.

Pour être utilisable en droit constitutionnel, la notion théorique de droit criminel doit donc être limitée, de façon à répondre aux impératifs du partage des compétences qu'institue le fédéralisme canadien !

Toutes les remarques qui précèdent, classiques et bien connues<sup>(12)</sup>, n'apportent à la vérité rien de bien nouveau. Et l'on s'étonnerait à juste titre si cette étude devait s'y limiter. Que la compétence fédérale sur le droit criminel doive

(6) "A provincial enactment does not become a matter of criminal law merely because it consists of a prohibition and makes it an offence for failure to observe the prohibition". *O'Grady c. Sparling*, 1960 R.C.S. 804, à la page 810 (Juge Judson).

(7) Voir : *Loi des poursuites sommaires*, S.R.Q. 1964, c. 35. On sait qu'en droit criminel les infractions sont aussi punissables par déclaration sommaire de culpabilité.

(8) On réfère ici à de très nombreuses lois provinciales, notamment celles sur la conduite-automobile, les impôts, la vente d'alcool, etc.

(9) *Birks and Sons (Montreal) Ltd. c. Montreal and A.G. Quebec*, 1955 R.C.S. 799, à la page 810 (Juge Fauteux).

(10) *Id.*, pages 810 et 811.

(11) On peut soutenir en toute logique que même si l'article 92, 15, qui consacre la compétence pénale provinciale, n'existait pas, le pouvoir qu'il donne explicitement aux provinces leur resterait quand même, implicitement inclus dans chacune de leurs autres compétences. Car le seul octroi d'une compétence législative emporte de plein droit la possibilité de l'exercer efficacement. De la même façon on doit considérer qu'il existe un droit pénal fédéral, implicitement relié à chacune des compétences législatives fédérales, en plus du droit spécifiquement criminel qui a une existence autonome en raison de l'article 91, 27. Voir : *Regina c. Frawley*, 1882 7 O.A.R. 263, à la page 269.

être interprétée de façon à ne pas permettre d'empiétements systématiques sur les compétences provinciales; qu'elle doive laisser aux provinces la possibilité de punir ceux qui ne respectent pas leurs lois ! Ces proportions sont si générales et si évidentes qu'on finirait par avoir mauvaise grâce à trop les répéter. L'important, au-delà de ces généralités, est de savoir distinguer les vraies lois criminelles de celles qui n'en ont que l'apparence, et les vraies lois provinciales, fondées sur les paragraphes 13 ou 15 de l'article 92, de celles qui relèvent plutôt de l'article 91,27. Et l'on verra qu'en toutes ces matières la ligne, le plus souvent, n'est pas facile à tracer.

Aussi la présente étude a-t-elle pour objet d'offrir une certaine systématisation des multiples tests ou critères, dispersés dans l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle, qui ont servi à délimiter la compétence fédérale sur le droit criminel dans des instances concrètes. Ces tests sont nombreux, tous partiels, d'inégale valeur et d'inégale utilité. Mais considérés simultanément ils peuvent arriver à rendre une image assez précise de cette compétence, dont il n'est guère possible d'appréhender les contours que par une connaissance empirique et approchée, par une addition d'approximations d'inspiration factuelle.

A la réflexion il nous a semblé possible de regrouper ces nombreux tests sous trois titres, correspondant à trois critères généraux. Le premier sera axé sur la nature des actes prohibés par les lois criminelles; on l'appellera critère matériel. Le second, sur le but ou la finalité des prohibitions établies; il s'agira du critère des finalités. Le troisième, critère des pénalités, sur la nature et l'objet des pénalités imposées. Notre propos sera donc d'examiner si la nature des actes prohibés, les finalités des prohibitions établies et le caractère des peines infligées à ceux qui enfreignent ces prohibitions ont quelque importance dans la détermination du caractère criminel des lois en droit constitutionnel canadien.

### I. — Le critère matériel.

La compétence fédérale sur le droit criminel est-elle limitée matériellement, de telle façon que les actes ou omissions que le droit criminel prohibe puissent être considérés comme formant un domaine circonscrit à l'intérieur duquel cette compétence devrait obligatoirement s'exercer et qui, inversement, serait totalement fermé aux compétences provinciales ?

On s'étonnera sans doute que nous prenions même la peine de poser cette question, vu les multiples déclarations de principe des tribunaux qui y répondent, et dans un sens radicalement négatif. Il y eût bien sûr, dans l'histoire du droit constitutionnel, un moment d'incertitude à ce sujet. En effet dans l'affaire **In re The Board of Commerce Act**<sup>(13)</sup>, les tribunaux avaient été appelés à statuer sur la constitutionnalité d'une loi fédérale de 1919<sup>(14)</sup>, adoptée en vue de remédier

(12) Les bonnes études générales sur ce sujet ne manquent pas. On pourra consulter en particulier : Bora LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, 3e édition édition révisée, Toronto, 1969, p. 849 sq; Symposium, *The Criminal Law Power in Canada*, (1957) 15 Univ. of T. Faculty of Law Rev.; Jacques FORTIN, *op cit.*, p. 10 sq; L.M. LEIGH, *The Criminal Law Power: A Move towards Functional Concurrence*, (1966-67) Alberta Law Review, v. 5, p. 237 sq.

(13) *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, 1922 1 A.C. 191 (2 OLM. 245).

(14) *Combines and Fair Prices Act, 1919*, 9-10 Geo. 5, c. 45; aussi *Board of Commerce Act, 1919*, 9-10 Geo. 5, c. 37 qui créait une commission administrative à laquelle la première loi donnait de larges pouvoirs.

à certaines pratiques commerciales, et qui prohibait l'accumulation, à des fins privées ou commerciales, de certains produits et donnait à une commission administrative les pouvoirs d'enquêter à ce sujet et même de contrôler les prix et les profits sur certains marchés. La Cour suprême s'étant divisée également dans l'appréciation de la constitutionnalité de cette loi<sup>(15)</sup>, le Comité judiciaire dut trancher la question et il jugea la loi invalide. C'est dans ce jugement célèbre que Viscount Haldane refusa d'accepter l'argument à l'effet que le parlement fédéral pouvait adopter une telle loi en vertu de sa compétence sur le droit criminel. Et il le fit en ces termes : "It is one thing to construe the words "the criminal law..." as enabling the Dominion Parliament to exercise exclusive legislative power where **the subject matter is one which by its very nature belongs to the domain of criminal jurisprudence.** A general law, to take an example, making incest a crime, belongs to this class. It is quite another thing, first to attempt to interfere with a class of subject committed exclusively to the Provincial Legislature, and then to justify this by enacting ancillary provisions, designated as new phases of Dominion criminal law which require a title to so interfere as basis of their application<sup>(16)</sup>".

Ce texte du jugement créa par la suite beaucoup de confusion. Il semble en effet consacrer la **théorie du domaine législatif**, et l'on est fort tenté d'en inférer que la compétence fédérale sur le droit criminel ne peut porter que sur des matières traditionnellement considérées comme relevant du droit criminel ou comme en faisant partie lors de l'adoption du texte constitutionnel en 1867. Mais une telle interprétation, si exagérément fixative, eût été insoutenable. Aussi une lecture attentive de ce jugement, et de d'autres qui l'ont précédé ou suivi, incite-t-elle à croire que ce que Viscount Haldane a voulu dire, c'est qu'il est plus facile d'identifier les crimes traditionnels comme relevant de la compétence fédérale que ce n'est le cas pour les crimes nouveaux; de sorte que pour apprécier la constitutionnalité de ces derniers il faut s'assurer que leur établissement n'est pas un simple prétexte pour permettre au pouvoir central d'envahir les compétences des provinces. Quoi qu'il en soit il est certain que dans l'état actuel du droit, et cela fut dit expressément dans de nombreux jugements<sup>(17)</sup>, **la théorie du domaine législatif** doit laisser la place à la **théorie de la compétence extensive** ("expanding field of criminal law").

Cette dernière proposition, que l'on retrouve sous la plume de la plupart des auteurs et de la plupart des juges, a l'immense mérite d'être claire; une réflexion plus poussée porte à croire qu'elle n'est pas indiscutable et qu'elle doit être nuancée.

L'affirmation suivant laquelle toute loi que le parlement central a adoptée comme loi criminelle l'est véritablement, pourvu qu'elle ne soit pas un simple moyen pour empiéter sur des compétences provinciales, est une affirmation fausement claire : car c'est le plus souvent en référence non seulement à ses caractéristiques formelles mais aussi à son contenu matériel que l'on décidera si une

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

(16) Voir note 13 aux pages 198 et 199 du jugement (OLM. p. 252). Les caractères gras sont de nous.

(17) Voir par exemple : *Proprietary Articles Trade Association c. A.G. Canada*, 1931 A.C. 310, à la page 324 (2 OLM. 681); *Provincial Secretary of P.E.I. c. Egan*, 1941 R.C.S. 396 (Juge Duff, p. 401); *O'Grady c. Sparling*, 1960 R.C.S. p. 804 (Juge Judson, p. 810).

loi fédérale est une véritable loi criminelle ou n'est que prétexte à empiéter sur les compétences provinciales. Et l'on revient au problème de départ : qu'est-ce donc que le droit criminel ?

Les développements jurisprudentiels qu'ont provoqués les lois fédérales sur les coalitions et les pratiques monopolistiques illustrent bien le mode de raisonnement que nous venons de décrire<sup>(18)</sup>. On sait l'interprétation étroite que les tribunaux ont donnée à la compétence fédérale sur le commerce<sup>(19)</sup>; il en est résulté que le parlement central a dû s'en remettre à sa compétence sur le droit criminel pour légiférer sur les pratiques restrictives du commerce. Il n'entre pas dans notre propos de critiquer cette situation, si ce n'est pour souligner qu'une telle utilisation de la compétence fédérale sur le droit criminel n'a pas peu contribué à embrouiller son caractère et à rendre si difficile l'étude qu'on en peut faire. Aussi bien cette façon de procéder n'a pas été sans inconvénients pratiques. En effet pour plaider la validité d'une loi sous l'article 91.27, c'est surtout à des arguments de caractère juridique qu'il faut avoir recours, davantage que ce n'est le cas normalement pour plaider la validité d'une loi en référence à son caractère commercial, la compétence législative sur le commerce se prêtant mieux à une interprétation scientifique ou économique que la compétence législative sur le droit criminel qui elle appelle surtout une interprétation historico-juridique. On en est arrivé de cette façon à donner une certaine portée commerciale au concept de droit criminel, mais une portée matérielle et de contenu, et d'autant plus étroite que la compétence commerciale fédérale seule ne la permettait pas.

Comment tout cela s'est-il passé concrètement ? Dans l'affaire **P.A.T.A.**<sup>(20)</sup>, Lord Atkin a jugé valides certaines lois fédérales qui prohibaient les coalitions et qui instituaient une autorité administrative pour les découvrir; quelques années auparavant le Comité judiciaire avait déclaré inconstitutionnelles d'autres lois fédérales<sup>(21)</sup> qui poursuivaient un but à peu près identique<sup>(22)</sup>. A la vérité ces deux décisions ne sont pas du tout inconciliables car plusieurs différences formelles existaient entre les deux séries de lois, que Lord Atkin s'est efforcé de mettre en relief. Notons seulement que celles qui furent jugées inconstitutionnelles avaient pour effet de donner à une commission administrative des pouvoirs étendus, non seulement pour prohiber les coalitions mais pour contrôler et fixer certains prix et profits à un niveau qu'elle jugerait "raisonnable", ainsi que pour imposer des pénalités, tout cela après enquête et en référence à des standards

---

(18) W.R. MURRAY, *Economic Activity under Criminal Law*, dans : *Symposium*, note 12, p. 25. Pour une étude critique approfondie et récente, voir : Bruce C. McDonald, *Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement*, La Revue du Barreau Canadien, v. 47, no 2 (1969), p. 161.

(19) Art. 91, 2 A.A.N.B.

(20) Note 17. Dans ce jugement Lord Atkin écrit, à la page 324 : "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?" Cette proposition est aussi extrême et insoutenable que celle de Viscount Haldane dont il a été question.

(21) Note 14.

(22) Note 13.

vagues<sup>(23)</sup>. Par celles qui furent jugées valides le parlement fédéral n'avait fait que prohiber les coalitions et instituer une autorité administrative pour les découvrir, laissant aux tribunaux criminels de droit commun la tâche de juger et de punir ceux qui les avaient violées<sup>(24)</sup>, tout cela cependant en référence à des critères d'intérêt public qui n'étaient à notre avis guère plus précis que ceux des lois précédentes.

On serait tenté d'en conclure que ce qui distingue essentiellement les lois fédérales de 1919 de celles qui les ont suivies et remplacées, c'est le caractère prohibitif de celles-ci, par opposition à la finalité de réglementation commerciale de celles-là. Mais cette distinction, quoiqu'exacte, ne rend pas compte de toute la réalité. Car toute loi prohibitive n'est pas nécessairement valide comme loi criminelle, et l'on pense ici à ces lois fédérales, déclarées invalides, qui criminalisaient le fait d'assumer un risque d'assurance sans avoir de permis fédéral<sup>(25)</sup> ou qui prohibait l'importation, la fabrication ou la vente de margarine au Canada<sup>(26)</sup>. Aussi a-t-il fallu, pour être valides, que les lois fédérales sur les coalitions présentent une caractéristique supplémentaire : celle d'appartenir à un certain type de prohibitions, depuis longtemps établis par le **Common Law**<sup>(27)</sup>, reprises par une loi fédérale dès 1889<sup>(28)</sup> et ayant en quelque sorte une légitimité, historique et idéologique, qui n'a pas peu contribué à leur validité constitutionnelle. Inversement c'est bel et bien parce que le domaine du commerce de l'assurance avait été attribué de la façon la plus claire possible aux provinces qu'on a interdit au parlement fédéral de punir ceux qui l'exerçaient sans permis, même si la loi exemptait expressément les compagnies provinciales de l'obligation d'obtenir ce permis<sup>(29)</sup>.

(23) On y parlait de "fair profit", "amount reasonably required" "trade combination detrimental to the public interest". Lord Atkin soulignait que ces standards n'étaient pas d'application générale. A notre avis ce n'est pas la généralité qui leur manque, mais bien la possibilité de se prêter à une formalisation juridique, vu leur caractère factuel et économique. C'est probablement ce qu'il a voulu dire.

(24) Telle est encore la situation, sous le régime de la loi actuelle (*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C., 1952, c. 314, et amendements); une modification à la loi, adoptée en 1960 (S.C. 1960, c. 45, art. 10) permet cependant, moyennant accord des accusés, d'instituer les poursuites devant la Cour de l'Echiquier. La situation actuelle fait l'objet de beaucoup de critiques, et on réclame en particulier la création de tribunaux spécialisés, vu le caractère hautement technique de ce domaine législatif et les inconvénients nombreux qu'il y a à y appliquer la procédure criminelle. Ces suggestions cependant se heurtent à des difficultés constitutionnelles : la loi sur les coalitions étant fondée sur l'article 91,27 A.A. N.B., les tribunaux qui l'appliquent et la procédure suivant laquelle ils le font sont donc aussi de caractère criminel. Or il ne semble pas que le parlement fédéral puisse créer des tribunaux criminels, aux termes mêmes de l'article 91,27. Dans ce sens, non seulement le parlement fédéral ne pourrait pas établir des tribunaux spécialisés, mais il ne pourrait pas non plus, comme il l'a fait en 1960, attribuer à un tribunal fédéral une juridiction de première instance en matière criminelle. Sur tous ces points, voir : Bruce C. McDONALD, *article cité*, note 18, p. 218.

(25) *A.G. Ontario c. Reciprocal Insurers*, 1924 A.C. 328 (2 OLM. 356).

(26) *Canadian Federation of Agriculture c. A.G. Quebec*, 1951 A.C. 179 (3 OLM. 665).

(27) "The Common Law has long been aware of monopoly. Indeed it is something of a tribute to the hard-headed realism of that law that it was dealing in a practical manner with monopoly and restraints upon trade long before economic theory itself had come to rationalize the facts of modern business life by evolving concepts of imperfect competition as working, theoretical tools". Maxwell COHEN, *The MACQUARRIE Report and The Reform of Combines Legislation*, [1952] 30 La Revue du Barreau Canadien, 551, à la page 553.

(28) 52 Vlct. c. 41.

(29) Note 25.

La portée commerciale du concept de droit criminel est donc fortement limitée au point de vue matériel, et elle prête à une application et à une interprétation de type mécaniste. Elle permet de prohiber les coalitions, voilà tout. Que le parlement central, soucieux de faire disparaître certaines concurrences néfastes, légalise exceptionnellement certaines ententes industrielles autrement prohibées, on jugera alors qu'il déborde les cadres de sa compétence sur le droit criminel<sup>(30)</sup>. On dira la même chose s'il adopte une politique protectionniste et prohibe certains produits au bénéfice de d'autres<sup>(31)</sup>. Mais si, en dépit du fait que certaines ententes commerciales peuvent avoir des effets économiques bénéfiques, il les prohibe toutes, et de façon générale, on dira alors que c'est de droit criminel qu'il s'agit et on validera les lois fédérales en question<sup>(32)</sup>.

On peut donc soutenir qu'en matière criminelle il y a un certain **domaine** commercial traditionnel que dessinent l'histoire législative et une certaine idéologie économique; ce domaine comprend essentiellement les activités qui limitent la concurrence<sup>(33)</sup>, et dès qu'il y a une limitation à la concurrence, on considère qu'il y a atteinte à l'intérêt public<sup>(34)</sup>.

Il est donc inexact d'affirmer catégoriquement que la compétence fédérale sur le droit criminel ne reçoit pas de limitation au niveau de son contenu matériel. Et dans la mesure où elle en reçoit, nous croyons qu'il y a quelque avantage à visualiser cette compétence en termes de **domaine**.

Le plus souvent toutefois cette dernière approche n'a pas pour effet de marquer les limites de la compétence fédérale sur le droit criminel mais bien de

(30) *Reference re Dominion Trade and Industry Commission Act*, 1936 R.C.S. 379.

(31) On pense ici au fait de prohiber la margarine pour protéger l'industrie laitière.

(32) "As a result, the Combines legislation, which does not necessarily restrict acts harmful to the public (since the restrictive trade practices may even be of public benefit), has been held within Dominion competence under section 91 (27). On the other hand, legislation which authorized restrictive practices in those cases only where a public benefit would result (in order to remedy a situation harmful to the public) was held ultra-vires the Dominion; section 91 (27) was considered not to apply. W.R. MURRAY, *article cité*, note 18, p. 31.

(33) Ainsi par exemple la discrimination dans les prix (*A.G. British Columbia c. A.G. Canada*, 1937 A.C. 368 (3 O.L.M. 219), confirme 1936 R.C.S. 363), ou la fixation des prix minima de revente (*R. c. Cooper Campbell*, 1966, 58 D.L.R. (2) p. 673, Cour suprême du Canada, sur la constitutionnalité de l'article 34 de l'actuelle loi fédérale sur les coalitions). Pour une étude des pressions diverses qui se manifestent à l'occasion de l'adoption de ce genre de loi, voir : H.G. THORBURN, *Pressure Groups in Canadian Politics; Recent Revisions of the Anti-Combines Legislation*, *Revue canadienne d'économie et de science politique*, v. 30, no 2, mai 1964.

(34) Voir par exemple : *Container Materials Limited c. The King*, 1942 R.C.S. 147; *R. c. Cooper Campbell*, note 33. Dans le jugement de la Cour d'appel d'Ontario dans cette dernière affaire, le juge Porter, dissident, a émis l'opinion que les ententes verticales en matière de prix ne pouvaient être considérées comme intrinsèquement nuisibles à l'intérêt public, comme le suggère l'article 34 de l'actuelle loi fédérale sur les coalitions. A son avis, le parlement fédéral ne pouvait criminaliser ces activités sans exiger dans chaque cas particulier une preuve qu'elles avaient effectivement nui à l'intérêt public (1964 46 D.L.R. (2) p. 83). Peut-être le juge a-t-il raison au point de vue économique, mais au point de vue constitutionnel on pourrait soumettre une argumentation toute différente et soutenir au contraire que pour qu'une loi soit valide comme loi criminelle elle doit justement créer des crimes spécifiques, bien définis et n'exigeant pas d'appréciations techniques ou économiques trop poussées. Les principes traditionnels du droit criminel exigent cette netteté, pour des raisons évidentes. D'où sans doute le caractère simplificateur, au plan économique, des lois commerciales fédérales fondées sur l'article 91,27, et cette équation automatique entre la limitation à la concurrence et l'atteinte à l'intérêt public. Voir *supra*.



découvrir certains **domaines** qui y sont indiscutablement soumis, sans toutefois que cette compétence ne s'y limite de quelque façon. En ce sens on dira que le critère du **domaine** est beaucoup plus utile pour marquer les limites de la compétence législative des provinces, puisqu'il s'agit d'identifier certains domaines nettement criminels, donc fédéraux, que pour marquer celles du parlement central.

C'est ainsi que dans la célèbre affaire **Birks**<sup>(35)</sup> on a établi que la loi du Québec permettant aux conseils municipaux d'ordonner la fermeture des magasins les jours de fête d'obligation "is one which by its very nature belongs to the domain of criminal jurisprudence"<sup>(36)</sup>. Il ne fait plus de doute aujourd'hui que l'observance, même relative, du dimanche et des fêtes religieuses constitue une matière traditionnellement criminelle et fait partie du domaine criminel<sup>(37)</sup>. De la même façon on peut considérer que dans l'état actuel du droit constitutionnel canadien les grandes libertés politiques traditionnelles<sup>(38)</sup> font aussi partie du domaine criminel et à ce titre ne peuvent être limitées que par le parlement central<sup>(39)</sup>. Il n'y a pas lieu d'insister ici sur ces nombreux actes ou omissions dont l'appartenance au droit criminel est si traditionnelle et si évidente que les provinces n'ont jamais tenté de les prohiber<sup>(40)</sup>.

Une étude quelque peu approfondie du problème des compétences concurrentes et des conflits de lois<sup>(41)</sup> montrerait à souhait que les juges utilisent encore beaucoup, même s'ils paraissent s'en défendre, une **approche de contenu**, fondée sur la matérialité des actes prohibés, lorsqu'ils sont appelés à décider de l'existence d'un conflit de lois. On sait désormais le caractère extensible de la notion de droit criminel; il en résulte évidemment que la compétence fédérale à ce sujet est sans doute celle qui, de toutes, donne le plus souvent lieu à des superpositions ou chevauchements entre les lois fédérales et provinciales<sup>(42)</sup>. Or, quand on a à décider si deux lois qui se chevauchent sont en conflit, la seule référence à la nature des actes prohibés, que favorise l'utilisation de critères matériels, incite à conclure que dès qu'un acte est prohibé et puni par le droit criminel, le même acte ne peut plus l'être par les provinces<sup>(43)</sup>, soit parce que les

(35) *Henry Birks c. City of Montreal and A.G. Quebec*, note 9.

(36) *Idem*, p. 808. C'est le juge Fauteux qui reprend cette expression classique de Viscount Haldane. Voir note 16.

(37) F.I. WHITE, *The Sunday Observance Laws*, dans : *Symposium*, note 12, p. 58. F.A. BREWIN, *Closing of Stores on Holidays, Criminal Law, Religious and Political Freedom*, La Revue du Barreau Canadien, v. 34 (1956), p. 81.

(38) Les libertés d'expression, de réunion, de conscience. Voir : B. LASKIN, *An Inquiry Into the Diefenbaker Bill of Rights*, La Revue du Barreau Canadien, v. 37 (1959), p. 77.

(39) Voir par exemple les affaires *Saumur* (1953 2 R.C.S. 299) et *Switzman* (1957 R.C.S. 285).

(40) Par exemple les crimes sexuels.

(41) Voir à ce sujet : W.R. LEDERMAN, *The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada*, McGill Law Journal, v. 9 (1962-63), p. 185; Bora LASKIN, *Occupying the Field: Paramountcy In Penal Legislation*, La Revue du Barreau Canadien, v. 41 (1963), p. 234.

(42) On pense ici en particulier aux lois sur la conduite-automobile.

(43) On fait référence ici à des lois identiques, non pas quant au problème auquel elles s'attaquent (ex. la conduite au volant), mais bien quant au traitement législatif qu'elles lui portent (ex. punir une forme de conduite, téméraire, dangereuse, etc.).

lois provinciales qui le pénalisent deviennent inopérantes, soit même parce qu'elles deviennent invalides *in se* <sup>(44)</sup>.

Ce mode de raisonnement, que nous venons de décrire, est très fréquent en jurisprudence. C'est ainsi que dans la célèbre affaire *O'Grady c. Sparling* <sup>(45)</sup>, le juge Judson, tout en rejetant la théorie du domaine <sup>(46)</sup>, se donne cependant beaucoup de peine pour établir que la conduite imprudente ("without due care and attention") que pénalisait la loi provinciale n'était pas une offense, ni en **common law** ni dans le droit criminel d'alors <sup>(47)</sup>. Vint alors la modification au code criminel qui criminalise, non plus seulement la conduite téméraire ("wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons") mais la simple conduite dangereuse <sup>(48)</sup>. Dans l'affaire *Mann c. Queen* <sup>(49)</sup> les juges se sont une fois de plus donné beaucoup de mal pour établir que la conduite imprudente, que pénalisait la loi d'Ontario, était différente de la conduite dangereuse, punie par le code criminel. Dès lors on se rend compte de l'importance de la simple matérialité des actes prohibés dans l'appréciation de l'existence de conflits de lois : c'est après avoir établi l'absence d'identité entre les actes prohibés que les juges concluent à l'absence de conflit <sup>(50)</sup>. Au cas d'identité ils seront donc portés à conclure qu'il y a conflit, voire même que la loi provinciale est invalide *ab initio* comme relevant du droit criminel <sup>(51)</sup>. C'est donc dire que c'est souvent en fonction de la matérialité des actes prohibés que les tribunaux jugent certaines lois provinciales inopérantes, voire même invalides.

Que pouvons-nous conclure de ce développement que nous venons de consacrer au critère de la matérialité des actes prohibés dans l'étude du concept de droit criminel en droit constitutionnel canadien ? A coup sûr que ce critère a été et demeure indiscutablement utile, bien que certaines déclarations de principe des tribunaux puissent inciter à conclure le contraire. Il y a donc un intérêt certain à visualiser la compétence fédérale sur le droit criminel comme s'exerçant dans un certain contenant d'actes déterminés, fixe <sup>(52)</sup> ou le plus souvent extensible, et qui en ce dernier cas se trouve à diminuer les compétences provinciales dans la mesure même de son extension; car on aura remarqué que le critère matériel, dont il fût question ici, a le plus souvent une utilité négative, en ce sens qu'il indique mieux les limites que l'article 91,27 impose aux provinces que les limites intrinsèques qu'il impose au parlement central.

(44) On fait référence ici à la distinction, si bien connue mais si mal appliquée par les tribunaux, même les plus élevés, entre l'invalidité d'une loi et son inapplicabilité pour cause de conflit, ou suivant une autre terminologie, entre son invalidité initiale et son invalidité opérationnelle.

(45) 1960 R.C.S. 804.

(46) *Id.*, p. 810.

(47) *Id.*, p. 808 sq.

(48) S.C. 1960-61, c. 43, art. 3.

(49) 1966 R.C.S. 238.

(50) Il y a plus encore. Dans l'affaire *Regina c. Yolles*, 1958 O.R. 786 (renversé par 1959 O.R. 206), le juge McRuer, de la Haute Cour d'Ontario, a même jugé invalide *in se* une loi ontarienne pénalisant la conduite imprudente, au motif qu'elle reprenait une vieille offense de *common law* et qu'il s'agissait par conséquent d'une loi criminelle. Semblablement dans l'affaire *Johnson c. A.G. Alberta*, 1954 R.C.S. 127, 3 des juges majoritaires (juges Locke, Kellock et Cartwright) ont conclu à l'invalidité *in se* de la loi d'Alberta rendant impossible le droit de propriété sur les machines à sous ("slot machines"), vu les dispositions du code criminel à ce sujet.

(51) Voir note précédente.

Utile, ce premier critère montre toutefois très tôt ses insuffisances. Demandons-nous par exemple pourquoi le parlement fédéral peut, sous l'autorité de l'article 91,27, prohiber les coalitions, alors qu'il ne peut pas prohiber la vente de la margarine. A cette question on peut répondre en invoquant, nous l'avons déjà souligné, l'ancienneté des lois anti-monopolistiques et la légalité que cette légitimité historique peut leur procurer. Mais plus simplement n'est-ce pas que l'effet de ces dernières est de garantir la libre concurrence, objectif conforme à l'idéologie économique d'une société comme la nôtre, tandis que la loi prohibant la vente de la margarine a précisément l'effet contraire<sup>(53)</sup>?

Ainsi l'on se rend compte que ces **domaines matériels** du droit criminel, dont il est utile de reconnaître l'existence pour apprécier le caractère criminel des lois, sont le plus souvent consacrés comme **domaines criminels** parce qu'ils correspondent à certaines finalités, et c'est fondamentalement à ce titre qu'on les rattache à l'article 91,27. Le droit criminel ayant pour but de punir les actes attentatoires à l'ordre public, sans doute la meilleure façon d'en faire l'étude constitutionnelle est-elle de considérer, au-delà de la matérialité des actes prohibés, les buts ou finalités des prohibitions.

## II. — Le critère des finalités.

Le droit criminel a pour mission de **punir les actes attentatoires à l'ordre public**; ce qui suppose un jugement de valeur sur les actes qui nuisent à l'ordre public et un jugement d'opportunité sur la nécessité de leur répression<sup>(54)</sup>. Cette proposition met en relief deux sortes de finalités<sup>(55)</sup>: une finalité de punition du criminel, et une finalité de sauvegarde de l'ordre public. C'est à l'examen de l'une de ces deux finalités que nous procéderons maintenant.

Que le droit criminel soit un droit punitif, il n'y a rien de moins douteux, encore qu'il faille bien préciser le sens de cette qualification. Car s'il fallait l'entendre dans un sens très étroit et comme s'opposant à une finalité de réhabilitation du criminel ou à une finalité de prévention du crime, il deviendrait inexact de qualifier le droit criminel de cette façon.

Prenons l'exemple de la loi fédérale sur les jeunes délinquants<sup>(56)</sup>, qui établit que tout jeune d'un âge donné, qui viole toute loi ou règlement, fédéral, provincial ou municipal, ou qui manifeste une conduite immorale, tombe sous le coup de cette loi et reçoit un traitement spécial visant à le réhabiliter et non à le punir.

(52) Comme en matière commerciale. Voir *supra*.

(53) Note 26.

(54) Jacques FORTIN, *op. cit.*, p. 10.

(55) Le mot *finalité* peut prêter à équivoque. Nous l'employons ici en opposition au mot *matière* et pour bien faire ressortir qu'il s'agit d'examiner moins le contenu matériel des lois criminelles que le but des prohibitions qu'elles établissent. Nous ne voulons pas dire que pour opérer la qualification constitutionnelle des lois il faille référer aux buts ou aux intentions de ceux qui les ont votées. Car il est bien établi, en bonne logique et en bonne jurisprudence, que pour opérer la qualification constitutionnelle des lois c'est leurs effets objectifs qu'il faut prendre en considération et non les effets que leurs promoteurs leur ont prêtés. Moins encore que l'interprétation statutaire ordinaire, la qualification constitutionnelle des lois ne peut être faite à l'aide de ce genre de références.

(56) *Loi concernant les jeunes délinquants*, S.C. 1960, c. 160, art. 2 (1) (h).

La Cour Suprême en a reconnu la validité constitutionnelle<sup>(57)</sup>, ce dont on peut légitimement s'étonner à certains égards<sup>(58)</sup>. Mais cela montre bien en tout cas qu'il n'est plus possible de dire qu'au point de vue constitutionnel le droit criminel est un droit étroitement punitif, qui ne justifierait pas des mesures de réhabilitation des criminels ou de prévention du crime. Sur ce dernier point, on connaît les dispositions du Code criminel sur la détention préventive<sup>(59)</sup>; elles ont été jugées valides<sup>(60)</sup>, même si la détention préventive est bien moins une mesure de punition individuelle que de protection sociale. Dans le même esprit les tribunaux n'ont pu faire autrement que de déclarer valides certaines dispositions de la loi fédérale sur les coalitions prévoyant une procédure d'injonction en vue d'empêcher des personnes ou des compagnies ayant déjà été condamnées pour certaines offenses de continuer ou de répéter leurs pratiques illégales<sup>(61)</sup>. Car on sait qu'il est plus avantageux pour certaines compagnies d'agir illégalement et de payer ensuite l'amende que de s'abstenir de poser des actes illégaux, et les mesures législatives en question avaient précisément pour but de les empêcher d'emprunter ce détour. On les a jugées valides sous l'article 91,27.

On peut soutenir que toute cette jurisprudence est bien fondée. Il eût été en effet assez absurde d'emprisonner la compétence fédérale sur le droit criminel dans une finalité étroite de punition et de refuser au parlement central la compétence nécessaire pour prévenir le crime ou réhabiliter le criminel. Car, et cela fut bien établi dans une affaire célèbre<sup>(62)</sup>, la compétence pour légiférer dans un but punitif ou curatif implique presque nécessairement la compétence pour légiférer dans un but de prévention et il est fort difficile en pratique de dissocier ces deux finalités.

En résumé, si l'on entend le concept de punition comme s'opposant aux concepts de prévention ou de réhabilitation, il n'est pas vrai de dire qu'un des caractères essentiels du droit criminel, au point de vue constitutionnel, est son caractère punitif.

Encore que cette dernière proposition soit fort discutable. Il faut bien voir en effet que la finalité préventive du droit criminel n'a qu'une portée fort limitée. Ainsi la compétence du parlement central sur la criminalité juvénile ne s'étend pas jusqu'à lui donner le pouvoir d'adopter des lois générales sur le bien-être et la protection de la jeunesse, ce qui serait probablement la meilleure façon de prévenir efficacement le développement de ce mal social. Si les lois criminelles ont une finalité préventive, c'est par l'effet de contrainte morale et de dissuasion que peuvent exercer leurs prohibitions, et non par des mesures à long terme de carac-

(57) A.G. *British Columbia c. Smith*, 1967 R.C.S. 702. Voir aussi *Regina c. Kelleher*, 1964 3 C.C.C. 299.

(58) Bora LASKIN, *op. cit.*, note 12, p. 855. Ce dont on peut s'étonner, c'est du fait que le parlement central s'octroie compétence sur un jeune qui enfreint une loi provinciale, en raison même de cette violation. Il faut bien voir cependant qu'exception faite de ce dernier point cette loi fédérale se justifie probablement comme loi criminelle parce qu'elle veut procurer un traitement spécial à l'enfant jugé délinquant. Ce n'est pas une loi générale sur la protection de la jeunesse, matière de compétence provinciale, mais bien une loi sur la délinquance ou la criminalité juvénile, et dont l'application suppose qu'un certain acte répréhensible a été commis.

(59) Article 659 et suivants.

(60) *Brusch c. The Queen*, 1953 1 R.C.S. 373; *Regina c. Neil*, 1957 R.C.S. 685.

(61) *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. The Queen*, 1956 R.C.S. 303.

tère réglementaire que le parlement central ne peut constitutionnellement adopter. Personne ne niera, bien évidemment, que le fait de prohiber par exemple les pratiques restrictives du commerce puisse avoir pour conséquence de dissuader certaines gens d'en établir, et par là même réglementer dans une certaine mesure les activités commerciales. De la même façon on conviendra aisément qu'une loi sur la criminalité juvénile qui prévoit des mesures de réhabilitation pour l'enfant délinquant puisse faire diminuer le taux de criminalité au sein d'une société donnée. En ce sens toute loi criminelle a un effet préventif et même réglementaire. Mais il saute aux yeux que l'effet préventif ou réglementaire des lois fédérales sur les coalitions ou sur la criminalité juvénile est fortement diminué par la forme punitive ou mieux prohibitive que ces lois sont tenues d'emprunter; les lois qui punissent les coalitions ou qui réhabilitent les jeunes criminels ont moins d'ampleur et une moindre souplesse de réglementation que des lois qui restructurent les entreprises commerciales et les marchés pour prévenir les pratiques monopolistiques<sup>(63)</sup>, ou qui établissent des mesures diverses pour le bien-être de la jeunesse en vue de prévenir le développement de la criminalité. Or il arrive que constitutionnellement ce ne sont que les premières que le parlement central peut adopter et pas les autres.

Dans cette optique on se rend compte qu'il est juste et utile en droit constitutionnel de qualifier le droit criminel comme droit punitif ou plus exactement comme droit prohibitif, tout axé sur l'interdiction de certains actes bien déterminés<sup>(64)</sup> dont il s'agit d'établir avec le plus de certitude possible s'ils ont été posés et quel traitement doit recevoir celui qui les a posés<sup>(65)</sup>. A cela on objectera peut-être que le caractère prohibitif du droit criminel n'est déterminant que de sa forme et non de sa finalité et qu'un ensemble de prohibitions, intelligemment conçues, peut fort bien équivaloir à une mesure réglementaire. Tout cela à la vérité est affaire de degré bien plus que de nature<sup>(66)</sup>; mais on conviendra que la souplesse et la complexité de certaines mesures réglementaires rendent pratiquement impossible une formalisation prohibitive complète et que la distinction

---

(62) *A.G. Ontario c. Canada Temperance Federation*, 1946 A.C. 193 (3 OLM. 424). Dans cette affaire le Comité judiciaire avait nié tout fondement juridique à la théorie de l'urgence, invoquant tout à tour l'absence de texte en prévoyant l'existence et l'absurdité qu'il y aurait à ce que les pouvoirs publics puissent enrayer par exemple une épidémie sans pouvoir s'opposer à son renouvellement.

(63) Bruce McDONALD, *article cité*, note 18. Cet auteur présente une critique approfondie des limitations que leur fondement constitutionnel criminel impose aux lois sur les pratiques restrictives du commerce. Nous avons tenté d'établir au cours de nos développements antérieurs que ces lois en effet n'avaient pas toujours et ne pouvaient avoir, en raison des contraintes constitutionnelles, la souplesse qu'exigeraient les situations économiques concrètes.

(64) Parfois ils le sont très mal, comme dans la loi fédérale sur les jeunes délinquants où l'état de délinquance peut résulter d'une conduite immorale non autrement définie, qui ressemble plus à un état qu'à un acte. A ce titre on peut considérer qu'il s'agit d'une loi qui s'éloigne du type pur d'une loi criminelle et qui se rapproche d'une loi réglementaire.

(65) Pour une évaluation de l'importance des pénalités dans la détermination du caractère criminel des lois, voir *infra*.

(66) En témoigne bien l'article 178 du code criminel (S.C. 1968-69, c. 38, art. 11) par lequel le parlement central légalise certains jeux et paris, en dérogation aux deux articles précédents et moyennant certaines conditions si détaillées qu'on aurait bien du mal à ne pas les considérer comme mesures réglementaires.

que l'on établit spontanément entre une mesure réglementaire et une mesure prohibitive comporte une large part de vérité<sup>(67)</sup>.

On peut résumer ce qui précède en disant que le droit criminel serait un droit d'actes, ce dernier terme étant entendu en opposition au terme état. C'est là faire référence à une vieille dichotomie<sup>(68)</sup> à laquelle certains auteurs attachent plus ou moins d'importance<sup>(69)</sup>. D'autant moins que certaines dispositions du code criminel, notamment celles sur la détention préventive<sup>(70)</sup>, pourraient laisser croire le contraire, qui autorisent la détention préventive de certaines personnes en raison justement de leur état de repris de justice ou de délinquants sexuels dangereux. Mais il faut bien se rendre compte que cet état résulte bien d'une série d'actes, actes que le criminel a commis, pour lesquels il a été condamné et dont on veut prévenir la continuation ou le renouvellement<sup>(71)</sup>. La finalité préventive de ces lois criminelles ne vient que comme un accessoire de leur finalité de prohibition d'actes déterminés qui ont été posés et dont on craint qu'ils le soient de nouveau<sup>(72)</sup>. En ce sens il nous apparaît que la distinction soumise est valable, encore que l'imprécision de certaines lois criminelles dans la définition des crimes ou des actes répréhensibles lui fasse perdre de sa limpidité<sup>(73)</sup>.

Revenant à notre proposition de départ, on peut donc conclure au caractère punitif du droit criminel, ce qualificatif devant toutefois être entendu dans un sens assez large et comme référant non pas nécessairement à une finalité de répression individuelle mais plutôt à une formalisation de style prohibitif s'articulant autour d'actes bien déterminés dont la nature se prête à une telle formalisation. Au regard du droit constitutionnel le droit criminel est d'abord et avant tout un droit prohibitif.

Mais puisque dans une recherche comme celle-ci il faut toujours éviter de considérer isolément la compétence fédérale sur le droit criminel, dont une image complète ne saurait être dessinée sans référence à certaines compétences provinciales qui à beaucoup d'égards peuvent lui ressembler, examinons celles-ci en regard de ces concepts de punition, prévention, prohibition et réglementation dont il vient d'être question.

---

(67) Il faut se souvenir d'ailleurs que cette distinction formelle est complétée par une distinction matérielle ou de contenu qui en rend le maniement plus facile. Ainsi par exemple si une loi criminelle prohibe certaines activités dans le domaine de l'assurance, on en conclura qu'il s'agit d'une loi réglementaire et non d'une loi prohibitive, vue le caractère nettement provincial du domaine en question. Voir *supra*.

(68) Voir par exemple : J.E. LAYCOCK, *Juvenile Courts in Canada*, La Revue du Barreau Canadien, v. 21 (1943), p. 1.

(69) Bora LASKIN, *op. cit.*, note 12, p. 858.

(70) Article 659 et suivants.

(71) Il en va de même dans la loi des enquêtes sur les coalitions. Note 61.

(72) Il est vrai que la détention ou la pénalité peut être imposée en l'absence de condamnation. C'est ainsi qu'on a déjà jugé valide une mesure de détention d'un accusé incapable de subir son procès ou acquitté pour cause d'aliénation mentale (*Rex c. Trapnell*, 1910 22 O.L.R. 219). La loi des enquêtes sur les coalitions permet aussi d'imposer une peine même en l'absence de condamnation (S.C. 1960, c. 45, art. 121, 1). Mais il n'en reste pas moins que c'est en référence à des actes déterminés, dont on a quelque raison de présumer qu'ils ont été posés, que la pénalité est imposée.

(73) Note 64.

S'il est insoutenable de ne reconnaître à la compétence fédérale sur le droit criminel qu'une finalité punitive étroite et de lui refuser tout caractère préventif, ne pourrait-on pas dire cependant en première analyse que les lois provinciales elles ne peuvent être de caractère principalement punitif? Le plus que les provinces pourraient faire serait d'établir des pénalités en vue de faire respecter leurs diverses lois, autrement valides, et de prévenir de façon lointaine le développement de la criminalité.

La jurisprudence confirme nettement cette proposition. Dans l'affaire **Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan**<sup>(74)</sup>, on retrouve au jugement du juge Rinfret un net rappel de toutes ces distinctions. Selon celui-ci la loi provinciale qui suspendait automatiquement pour une période d'un an le permis de conduire d'une personne condamnée pour ivresse au volant n'était pas une loi créant un crime et en prévoyant la punition; il s'agissait plutôt d'une loi créant certaines incapacités civiles en vue de réglementer la conduite automobile sur les routes et d'y prévenir les accidents, et à ce titre elle était valide et sans conflit avec les dispositions du code criminel.

La distinction utilisée par le juge Rinfret peut surprendre en raison de son formalisme apparent. Dire que les diverses lois pénales provinciales, qui punissent par exemple certaines façons de conduire un véhicule ou certaines façons de ne pas payer ses impôts, ne sont pas des lois punitives mais des lois de réglementation, c'est sans doute utiliser une formule trop catégorique. Elles sont bien évidemment les deux. Mais leur validité constitutionnelle, même en tant que lois punitives, provient de leur insertion dans un ensemble complexe de mesures réglementaires, nettement rattachées à certaines compétences provinciales et dont elles ont pour but de garantir l'efficacité. Il en va de même des lois pénales fédérales. Sans doute n'était-il même pas besoin d'établir, comme le fait le juge Rinfret, que la peine de suspension de permis à la suite d'une condamnation pour ivresse au volant avait un caractère civil pour en prouver la validité constitutionnelle<sup>(75)</sup>. Les provinces imposent aussi des peines d'amendes et de prison pour diverses offenses, et l'on aurait du mal à dire qu'il s'agit là d'incapacités civiles. Le seul critère de validité des lois pénales provinciales provient donc de leur rattachement à un ensemble de mesures réglementaires, elles-mêmes constitutionnellement valides, d'importance publique, et dont on ne saurait assurer autrement le respect qu'en punissant ceux qui les enfreignent<sup>(76)</sup>. Dans ce sens il

{74} 1941 R.C.S. 396.

{75} Le juge Rinfret invoque cet argument non pas tant pour prouver la validité de cette pénalité que pour prouver qu'elle n'est pas en conflit avec le code criminel qui, lui, donne discrétion au juge pour empêcher ou permettre au condamné de conduire un véhicule.

{76} Car comment faire respecter le code de la route autrement qu'en punissant ceux qui ne le respectent pas. Bien sûr l'on peut soutenir que le recours civil, au cas où il est possible, constitue un certain moyen de faire respecter les lois. Ainsi les recours en annulation de contrats existent pour que le droit des contrats soit respecté. C'est ainsi que l'on a jugé invalide une loi provinciale sur les transferts frauduleux qui posait des peines de prison consécutives aux jugements civils en cette matière (*Allison and Burnham Concrete Ltd. c. Mountain View Construction*, 1966 54 D.L.R. (2), p. 67, Cour suprême de Colombie-Britannique). Les lois provinciales, au lieu de pénaliser la diffusion de fausses informations en vue de stimuler la vente d'actions (voir : *Smith c. The Queen*, 1960 R.C.S. 776), pourraient donc se limiter à établir et à faciliter les recours en annulation des contrats de vente qui en résultent. Qu'il y ait aussi des lois pénales provinciales à ce sujet témoigne du fait que ce sont des lois punitives, comme les lois criminelles : il s'agit de punir, au nom d'un certain intérêt public qui a été violé ou dont on veut mieux prévenir encore qu'il le soit. Avec la différence toutefois que la validité de ces lois résulte de ce que les provinces ont compétence sur le commerce des valeurs mobilières, qu'il s'agit pour elles de réglementer, non seulement civilement mais aussi pénalement. Le droit criminel n'a pas cette contrainte : la compétence sur le commerce des valeurs mobilières échappe au parlement central, et pourtant le code criminel prohibe aussi la diffusion de fausses informations de ce genre (article 343 du code criminel).

est juste de dire que les lois provinciales ne peuvent avoir une finalité isolément et primordialement punitive, si l'on donne à ce qualificatif le même sens qu'il avait dans la proposition inverse à l'effet que les lois criminelles devaient avoir primordialement une finalité de ce genre.

Nous avons soumis précédemment qu'il était peut-être plus utile de qualifier le droit criminel comme droit prohibitif<sup>(77)</sup> que comme droit punitif; mieux que ce dernier, ce premier qualificatif mettait en relief le fait qu'il s'agissait d'un droit axé autour d'actes bien déterminés dont la nature se prêtait à une formalisation prohibitive. Pourrait-on renverser ici la proportion et dire qu'une loi provinciale sera d'autant moins une loi criminelle qu'elle sera rédigée dans un style non-prohibitif?

La question même paraîtrait ressortir à un formalisme outré, si ce n'était l'existence d'une certaine jurisprudence qui nous incitait à la poser. Dans au moins deux affaires constitutionnelles importantes<sup>(78)</sup>, la rédaction de style permissif de deux lois provinciales a été retenue comme argument en faveur de leur validité. Il s'agissait dans les deux cas de lois provinciales visant à permettre certaines activités le dimanche; cela ayant été rendu possible grâce à certaines dispositions de la loi fédérale sur le dimanche<sup>(79)</sup> qui prévoyaient justement la possibilité que des lois provinciales viennent déroger aux prohibitions établies par cette loi. Rejetant l'argument à l'effet qu'il y avait là une forme de délégation de compétences législatives interdite en droit constitutionnel canadien<sup>(80)</sup>, les juges ont décidé que les lois provinciales en question étaient valides puisqu'il s'agissait de lois non-prohibitives, dont l'effet était de permettre à la population d'exercer certaines activités le dimanche et non l'inverse<sup>(81)</sup>.

Quel que soit le mérite de ces deux jugements<sup>(82)</sup>, ils montrent en tout cas que la forme non-prohibitive de ces lois provinciales a aidé à ne pas les qualifier comme lois criminelles. Mais il faut évidemment se garder d'en inférer qu'une loi provinciale quelle qu'elle soit, parce qu'elle est prohibitive, se rapproche de ce seul fait du type de la loi criminelle. Une loi civile qui prohibe de façon absolue les donations entre époux n'est en aucune façon plus proche du type de la loi criminelle que ne l'est une loi provinciale qui réglemente la formation du contrat d'hypothèque. La forme prohibitive d'une loi provinciale ne contribue à la rapprocher du type de la loi criminelle que pour autant que cette loi provinciale porte sur un domaine **matériellement** criminel; à cette même condition la forme permissive d'une loi provinciale pourra contribuer à l'éloigner de ce type

---

(77) D'un acte ou d'une omission, bien sûr. Avec en plus la possibilité d'établir des exemptions conditionnelles aux prohibitions. Voir note 66.

(78) *Lord's Day Alliance c. A.G. Manitoba*, 1925 A.C. 384 (2 O.L.M. 430); *Lord's Day Alliance c. A.G. British Columbia*, 1959 R.C.S. 497.

(79) *Loi concernant le jour du Seigneur*, S.R.C. 1952, c. 171.

(80) L'observance du dimanche ayant toujours été considérée comme partie du droit criminel, l'argument avait une certaine force.

(81) En forçant les choses on pourrait souligner que les dispositions de la loi criminelle fédérale qui rendaient possibles les lois provinciales n'avaient pas grand-chose de prohibitif.

(82) En forçant encore les choses on pourrait souligner que les lois provinciales, en ne légalisant que certaines des activités *légalisables* par elles d'après la loi fédérale, devenaient prohibitives pour celles qu'elles ne légalisaient pas! Et ainsi de suite. Jusqu'à épuisement total et de la logique et du logicien!



de loi. Mais il faut tenir qu'en règle générale la forme prohibitive des lois provinciales n'est pas un obstacle à leur validité, si les prohibitions qu'elles établissent s'insèrent dans ce cadre réglementaire dont il a été question plus haut<sup>(83)</sup>.

Que penser enfin de la proposition à l'effet que les provinces peuvent prévenir le développement du crime<sup>(84)</sup>, sans pouvoir le punir? Cette proposition à l'effet que les provinces ont une compétence préventive en matière criminelle est en réalité bien moins significative qu'elle peut sembler à première vue, et une réflexion rapide nous révèle son faible intérêt théorique. Car prévenir le crime, c'est en un sens l'effet implicite de toute bonne loi, familiale, sociale, commerciale ou autre; si bien qu'il s'agit d'une finalité trop générale pour servir de critère analytique de distinction. En ce sens le parlement central, pas moins que les provinces, peut lui aussi prévenir le crime de façon lointaine et l'on peut considérer qu'il le fait en légiférant par exemple sur la faillite, par la libération accordée au débiteur insolvable et qui a pour effet de régulariser la situation de ce dernier et de réduire le risque de fraudes diverses de sa part. Le caractère indiscutable de ce genre de compétence préventive, tant fédérale que provinciale, n'a d'égal que son inutilité analytique. Car elle revient tout simplement à dire que quand il légifère dans son champ de juridiction propre, chaque ordre de gouvernement a tout loisir de bien légiférer! Le moraliste politique peut avoir raison d'y insister; le constitutionnaliste, beaucoup moins.

Qu'en est-il cependant de ces lois provinciales dont la finalité de prévention du crime n'est plus diffuse mais spécifique et qui visent à prévenir des crimes bien déterminés? Pour le voir revenons aux faits concrets et à la jurisprudence.

Dans l'affaire **Bédard c. Dawson**<sup>(85)</sup>, la Cour suprême a jugé valide une loi du Québec rendant illégal pour une personne de posséder ou d'occuper une maison de désordres et prévoyant une procédure pour la faire fermer. La condamnation pour ce crime sous le code criminel constituait, d'après les termes de la loi provinciale, une preuve **prima facie** aux fins de cette dernière loi. On trouve aux notes de plusieurs juges l'idée qu'il s'agissait là d'une loi qui avait pour effet non pas de punir le crime mais d'enrayer les conditions de son développement et de protéger la propriété immobilière. Sa validité tenait donc, et c'est ce sur quoi le juge Fauteux insistera dans une autre célèbre affaire<sup>(86)</sup>, d'une part au fait qu'elle était relative à la propriété immobilière et d'autre part au fait qu'elle ne créait pas de crime mais faisait découler certaines conséquences civiles d'une condamnation sous le code criminel. Semblablement, dans l'affaire **Provincial Se-**

---

(83) Ainsi même une loi provinciale prohibant la chasse le dimanche pourra être jugée valide, même si elle est prohibitive et même si la prohibition ne vaut que le dimanche, matière comme telle de compétence fédérale. En effet cette loi peut ne pas être une loi sur l'observance du dimanche mais bien une loi sur ou relative à la chasse, aux chasseurs ou à la protection de la nature, rendue nécessaire par exemple par le trop grand nombre d'accidents de chasse survenant ce jour-là ou pour des raisons de protection de la nature. Voir : *Rex c. Palling*, 1946 3 D.L.R. 54 (Cour d'appel du Manitoba).

(84) "As to the argument addressed to us that the local legislatures cannot legislate to prevent crime, I cannot assent thereto for in a very wide sense it is the duty of the legislature to do the utmost it can within its power to anticipate and remove so far as practicable whatever is likely to tend to produce crime". *Bédard c. Dawson*, 1923 R.C.S. 681, à la page 684 (Juge Idington).

(85) Voir note précédente.

(86) *Switzman c. Eibling*, 1957 R.C.S. 285, à la page 322.

**cretary of Prince Edward Island c. Egan**<sup>(87)</sup>, la province, dans l'exercice de sa compétence sur la réglementation des routes, suspendait le permis de conduire de la personne condamnée pour ivresse au volant en vertu du code criminel. Dans les deux affaires qui précèdent, on était donc en présence de lois provinciales préventives, en tel sens qu'elles évitaient la continuation ou le renouvellement de crimes spécifiques, mais, et c'est ce sur quoi il faut insister, dans un cadre réglementaire d'ensemble relevant nettement de la compétence provinciale. Ce qui prouve que la compétence des provinces en matière de prévention du crime, même de crimes spécifiques, n'est pas autre chose et n'ajoute rien à leur compétence de réglementation de matières provinciales.

Les lois provinciales peuvent-elles punir, prévenir, prohiber, réglementer? A toutes ces questions que nous venons d'examiner nous sommes maintenant en mesure d'apporter la réponse suivante: oui les lois provinciales peuvent punir, prévenir et prohiber pourvu que ce faisant elles réglementent des matières relevant de la compétence législative des provinces.

Voilà qui est bien vague, dira-t-on. Mais le plus vague est encore à venir. Car la nécessité pour les lois provinciales de réglementer des matières provinciales leur impose non seulement un limite de forme (elles réglementent) mais aussi une limite de contenu (les matières provinciales), toujours difficile à apprécier en pratique mais quand même bien existante. Or il arrive, et nous le remarquons dès les premières lignes de cette étude, que cette limite de contenu manque à la compétence fédérale sur le droit criminel. Cette dernière a une finalité formelle punitive, ou plus exactement prohibitive; nous l'avons vu. Mais cette finalité prohibitive, peut-elle s'exercer sur n'importe quoi?

A cette question il est possible d'apporter tout de suite une réponse: la compétence fédérale sur le droit criminel permet de prohiber les actes ou omissions attentatoires à l'ordre public. Voilà tout. Nous avons déjà examiné la notion de prohibition et la finalité punitive ou prohibitive du droit criminel. Il nous faut maintenant examiner la notion d'ordre public et la finalité de sauvegarde de l'ordre public de ce droit.

Que le contenu de cette notion d'ordre public ne se limite pas aux seules matières de l'article 91, cela est absolument certain. Ainsi par exemple depuis 1939<sup>(88)</sup> le code criminel<sup>(89)</sup> prohibe les pratiques déloyales de l'employeur contre l'employé syndiqué, alors que les relations de travail relèvent de façon générale des provinces<sup>(90)</sup>. De la même façon l'article 343 c.cr. prohibe la publication ou la diffusion de faux prospectus pour stimuler la vente d'actions de compagnie, sans égard à la nature, fédérale, provinciale ou étrangère de la compagnie dont il s'agit<sup>(91)</sup>. Multiplier les exemples serait à la fois trop facile et bien inutile: tout le monde admet que la compétence fédérale sur le droit criminel n'obéit pas et ne peut obéir aux limites matérielles de l'article 91. Mais alors à quelles règles obéit-elle?

---

(87) Note 74.

(88) S.C. 1939, c. 30, art. 11.

(89) Article 367 c.cr. Une loi provinciale postérieure sur le même sujet a été jugée valide et sans conflit avec la loi fédérale. *Couture c. Lauzon School Commissioners*, 1950 C.S. 201.

(90) *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, 1925 A.C. 396 (2 OLM. 394).

(91) Une loi provinciale sur le même sujet a été reconnue valide et sans conflit avec la loi fédérale. *Smith c. The Queen*, 1960 R.C.S. 776.

"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 that law (criminal law) . . ." (92). C'est en ces termes que le juge Rand tente de cerner la portée de la compétence fédérale sur le droit criminel. Dans une autre affaire le juge Duff écrit, à propos des objets du droit criminel: "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" (93). Le caractère extrêmement vague des propositions qui précèdent peut surprendre; la compétence des juristes qui les ont signées permet toutefois de présumer que l'approche qu'ils suggèrent est la meilleure, sinon la seule possible, et c'est celle que nous emprunterons ici.

La première question qui vient tout de suite à l'esprit est celle de savoir si de l'existence et de la nécessité de prohiber et de faire disparaître ces maux affectant l'ordre, la paix publique, la santé ou la moralité le parlement central est le seul et unique juge. Faut-il en somme conclure, avec Lord Atkin: "There is no other criterion of wrongness than the intention of the Legislature in the public interest to prohibit the act or omission made criminal" (94)? Pour y répondre, référons-nous une fois de plus à cette affaire dite de la margarine (95) dans laquelle le juge Rand a été d'avis que la loi fédérale en question était inconstitutionnelle. Or s'il est arrivé à cette conclusion, c'est après avoir pris en considération le fait que la margarine n'avait rien de nocif pour la santé des consommateurs, qu'elle n'était donc pas un "mal" et qu'au surplus la loi qui la prohibait, loin de remédier à un mal, avait bien plutôt pour effet d'en créer un puisqu'elle favorisait systématiquement une catégorie de producteurs au total détriment d'une autre. C'est dire que ce que le parlement central avait pu considérer comme un "mal", le tribunal a décidé que c'en n'était pas un. Toujours dans cette même affaire le juge Rand a nettement fait valoir que la libre concurrence était quelque chose de désirable, tandis que ce qui l'entravait ne l'était pas. De telles appréciations, c'est peu discutable, procèdent d'un certain jugement d'opinion sur le régime économique d'une société donnée, de sorte qu'il serait naïf de soutenir que les juges ne prennent aucune considération de la politique que poursuit la législation criminelle canadienne.

Mais il faut se garder de l'exagération contraire. Le plus souvent ce n'est pas en fonction de leurs seules opinions ou impressions personnelles que les juges décident du caractère criminel ou non des lois. Parfois ils en décident à la lumière de données objectives; c'est ainsi que le juge Rand a pris en considération le fait que la margarine n'était aucunement nuisible à la santé (96). Bien sûr à ce sujet, et raisonnant très strictement, on peut toujours objecter que le juge Rand, ce faisant, a contredit l'intention du parlement qui était de "criminaliser" la vente de la margarine, que celle-ci fût nocive ou pas pour la santé des consommateurs. Si,

---

(92) *In ref. as to the Validity of sect. 5 (a) of the Dairy Industry Act (Margarine Case)*, 1949 R.C.S. 1, à la page 50.

(93) *Re Combines Investigation Act and section 498 of the Criminal Code*, 1929 R.C.S. 409, à la page 413.

(94) *A.G. British Columbia c. A.G. Canada*, 1937 A.C. 368, à la page 375 (3 OLM. 226).

(95) Note 92.

(96) Parfois aussi les juges en décident à la lumière de l'histoire législative. De cela il a déjà été question. Voir *supra*.

comme l'écrivait Lord Atkin, le seul test pour déterminer le caractère criminel d'une loi est son adoption par le parlement central au nom de l'intérêt public, on pourrait toujours soutenir que le parlement avait la compétence constitutionnelle pour prohiber la vente de la margarine, sans égard aux motifs pour lesquels il le faisait. Mais on se rend compte, à la réflexion, qu'une pareille compétence serait tout à fait excessive : le parlement central pourrait prohiber absolument n'importe quoi.

Dans cette optique l'argument du juge Rand nous apparaît comme étant constitutionnellement défendable : si la margarine n'est pas nocive à la santé, la loi qui en prohibe la vente ne saurait être qualifiée autrement que comme une loi sur les contrats et sur un commerce particulier, matières qui échappent à la compétence du parlement central. Du reste, et cela est fort significatif, les prohibitions fédérales à ce sujet étaient contenues, non dans le code criminel mais dans la loi sur l'industrie laitière. Ce n'est pas bien sûr parce qu'une loi fédérale ne fait pas matériellement partie du code criminel qu'elle peut être automatiquement jugée comme n'étant pas de nature criminelle; ce n'est pas non plus parce qu'une loi s'y trouve qu'elle acquiert spontanément cette nature. Mais il n'en reste pas moins que dans le cas d'une loi de caractère ambigu, sa **situation** peut être un indice à prendre en considération.

Si la margarine avait été nocive à la santé, le problème aurait été tout à fait différent, car il est bien reconnu que par sa compétence sur le droit criminel le parlement central peut interdire l'usage de produits nocifs; plus encore, il peut même, toujours en vertu de cette compétence et en dehors de toute question de nocivité, réglementer la composition des aliments et prescrire par exemple que le beurre ne doit pas contenir plus qu'un certain pourcentage d'eau, ou qu'il est illégal de mêler certaines substances à la viande pour en assurer la conservation<sup>(97)</sup>. Mais alors, demandera-t-on, pourquoi ne peut-il prohiber la vente de la margarine ? A cette question, on peut répondre de la façon suivante. Le frelatage des aliments, même non délétère, présente en effet une certaine coloration de fraude, de malhonnêteté publique; vendre sur le marché un beurre qui n'est fait que d'eau, c'est tromper le public; ajouter certains produits artificiels (même non délétères et en faible quantité) à la nourriture, c'est leur faire perdre une certaine pureté et ouvrir la porte à beaucoup d'excès. Il y a dans ces actes quelque chose de répréhensible que l'on ne retrouve pas dans le fait de fabriquer et de vendre de la margarine, si celle-ci est correctement constituée. En ce dernier cas en effet on est face à un produit particulier, qui n'est pas délétère, qui est connu des consommateurs et dont la fabrication et la vente ne gênent en aucune façon "la paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé, la moralité" qui aux dires du juge Rand constituent les objectifs que doit poursuivre le droit criminel. Il s'agit bien plutôt d'une prohibition de caractère commercial, dont le but est de protéger le marché du beurre; c'est d'ailleurs à ce titre qu'on a interdit au parlement fédéral de l'adopter. Il en va autrement du frelatage des aliments qui lui a une coloration de fraude et de tromperie : il se prête bien pour cette raison à la législation criminelle.

Il se dégage de ce qui vient d'être dit que pour être valides les lois criminelles doivent répondre à certains critères au plan de leurs finalités. Finalités d'ordre, de santé, de moralité, d'honnêteté. Mais tout cela est encore bien vague et insatisfaisant. Pourquoi par exemple a-t-on jugé que par sa compétence sur le droit criminel le parlement central pouvait garantir la liberté du commerce et interdire les pratiques qui l'entravaient ? Les plus libéraux pourront avancer que dans une société comme la nôtre la liberté du commerce est une valeur fonda-

(97) *Standard Sausage Co. c. Lee*, 1933 4 D.L.R. 501 (Cour d'appel de Colombie-Britannique); *Rex c. Perfection Creameries*, 1939 3 D.L.R. 185 (Cour d'appel du Manitoba).

mentale, et que ceux qui la gênent, un peu au même titre que les émeutiers, mettent en danger l'ordre social lui-même. Proposition qui, en science économique, n'a rien d'indiscutable ! Mais il faut se rappeler que le droit reflète souvent beaucoup plus fidèlement les croyances populaires que les vérités scientifiques.

Et cette dernière remarque nous semble être d'une importance fondamentale, en ce qu'elle veut indiquer qu'il n'est pas possible d'appréhender, ni juridiquement ni scientifiquement, le contenu de cette notion d'ordre public que le droit criminel a pour mission de défendre, non plus que le contenu de cette notion de mal public qu'il doit prohiber et punir pour y arriver. Si en 1939 le parlement central a pu valablement et sous l'autorité de sa compétence sur le droit criminel prohiber et punir les pratiques déloyales de l'employeur contre l'employé syndiqué, ce n'est ni pour une raison scientifique ni pour une raison juridique; c'est uniquement parce que de telles pratiques avaient acquis à l'époque, dans l'opinion publique en général et dans la pensée des gouvernants, un caractère répréhensible qui justifiait leur prohibition. Et cela nous ramène aux mots du juge Fauteux, que nous avons déjà cités, à l'effet qu'en droit criminel "la prohibition et la peine sont imposées, non comme moyens d'atteindre une fin d'ordre réglementaire, mais en reconnaissance de ce que requièrent, aux vues du Parlement, le bien commun, la sécurité ou l'ordre moral"<sup>(98)</sup>. Une étude constitutionnelle de la notion de droit criminel mène donc au-delà des limites de la science juridique et constitutionnelle et oblige à faire un saut dans l'univers des sentiments et des croyances du système politique.

Cette perspective est la seule qui puisse expliquer pourquoi, dans l'état actuel du droit constitutionnel canadien, les grandes libertés traditionnelles sont considérées comme faisant partie du droit criminel<sup>(99)</sup>. Ainsi dans la célèbre affaire **Re Alberta Free Press**<sup>(100)</sup>, le juge Cannon a émis l'opinion que la liberté d'expression d'opinions politiques ne pouvait être anéantie par les provinces parce qu'elle relevait du droit criminel<sup>(101)</sup>. De même dans l'affaire **Saumur c. A.G. Quebec**<sup>(102)</sup> le juge Estey invoque le droit criminel pour invalider un règlement de la Cité de Québec interdisant la distribution d'imprimés et pour garantir la liberté de religion des témoins de Jéhovah. De nouveau dans l'affaire **Switzman c. Elbling**<sup>(103)</sup> cinq juges<sup>(104)</sup> ont invoqué la compétence fédérale sur le droit criminel pour invalider une loi du Québec prohibant la propagande communiste et faisant fermer les maisons que l'on utilisait à cette fin<sup>(105)</sup>.

Serait-il exact d'en conclure que tout le secteur législatif des libertés fondamentales relève exclusivement du parlement central, en vertu de sa compétence sur le droit criminel? Ce n'est pas le lieu ici de faire l'étude détaillée du partage des compétences législatives en matière de libertés civiles et publiques. Qu'il suffise de faire trois remarques à ce sujet. La première, pour souligner qu'au sein de ce secteur législatif des libertés fondamentales, libertés publiques ou

(98) Note 10.

(99) Note 38. Il s'agit des libertés d'expression, de réunion et de conscience.

(100) 1938 R.C.S. 100.

(101) *Id.*, p. 146.

(102) 1953 R.C.S. 299, à la page 360.

(103) 1957 R.C.S. 285.

(104) Ce sont les juges Kerwin, Locke, Cartwright, Fauteux et Nolan.

(105) *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, S.R.O., 1941, c. 52.

libertés civiles<sup>(106)</sup>, seules les grandes libertés traditionnelles (expression, réunion, conscience) doivent être considérées comme relevant exclusivement du parlement central, notamment sous l'autorité de sa compétence sur le droit criminel; la compétence législative sur les libertés économiques et sociales, sur les libertés égalitaires (prohibition de discriminations diverses) et sur les libertés procédurales (présomption d'innocence, droit aux services d'un avocat, etc.) demeure en effet partagée entre les deux ordres de gouvernement<sup>(107)</sup>. Ce qui prouve que la notion de droit criminel recouvre des valeurs traditionnelles, largement admises et souhaitées par l'ensemble de la population<sup>(108)</sup> et qui constituent en quelque sorte des thèmes classiques d'un système politique comme le nôtre.

La deuxième remarque voudrait souligner le fait que même en matière de grandes libertés traditionnelles, les tribunaux seront prêts à reconnaître la compétence des provinces, pourvu que celles-ci exercent cette compétence dans un sens favorable à ces grandes libertés. Cela ressort clairement du jugement du juge Martland dans l'affaire **Oil, Chemical and Atomic Workers International Union c. Imperial Oil Ltd.**,<sup>(109)</sup>; ce dernier, après avoir jugé valide une loi de Colombie-Britannique interdisant aux syndicats de contribuer aux caisses des partis politiques en puisant aux contributions de leurs membres, dit expressément et de façon un peu candide que si la loi québécoise<sup>(110)</sup> de l'affaire **Switzman**<sup>(111)</sup> a été invalidée sous l'autorité de l'article 91,27, c'était à cause de son caractère oppresseur et anti-libéral. Cela nous invite à conclure avec un auteur<sup>(112)</sup> à la nature constitutionnelle très spéciale de la compétence fédérale sur le droit criminel; dans certains de ses aspects, il s'agirait en somme d'une compétence négative, en tel sens qu'elle n'aurait d'autre effet que d'empêcher les provinces de légiférer à l'encontre des libertés fondamentales traditionnelles sans les empêcher de légiférer pour les favoriser<sup>(113)</sup>.

Enfin, troisième remarque, il faut se rappeler la nature extensible de la notion de droit criminel, notion qui, particulièrement en matière de libertés civiles, est susceptible de s'élargir au rythme de l'évolution de l'opinion publique à ce sujet. Au point même qu'à notre avis le parlement central pourrait faire beaucoup pour proscrire les discriminations diverses, même en matière de contrat (clause raciale, par exemple), matière qui est pourtant, sous un autre aspect, de stricte

---

(106) Nous n'ignorons pas que toutes ces expressions n'ont pas ou ne devraient pas avoir le même sens, mais il est hors de notre propos de tenter de les distinguer.

(107) Nous adoptons ici l'opinion de Bora LASKIN, note 38. Une analyse attentive de ce problème nous a conduit à partager sans réserve l'opinion de cet auteur à ce sujet.

(108) Au moins verbalement, ou à titre de *libertés formelles*, suivant une distinction bien connue.

(109) 1963 R.C.S. 584.

(110) Note 105.

(111) 1957 R.C.S. 295.

(112) L.M. LEIGH, *article cité*, note 12, p. 242.

(113) Si le parlement fédéral légiférait à son tour à l'encontre de ces libertés, peut-être adopterait-on la position du juge Abbott dans l'affaire *Switzman* (page 328 du jugement) et invoquerait-on le préambule du texte constitutionnel canadien pour conclure que ni l'un ni l'autre des deux ordres de gouvernement ne peut agir de cette façon.

compétence provinciale<sup>(114)</sup>. L'article 367 c.cr. dont il a été question pourrait, dans l'état actuel des choses et en toute validité constitutionnelle, être considérablement élargi dans les prohibitions qu'il établit.

Paix publique, ordre, sécurité, santé, moralité! Ces finalités qui, aux dires du juge Rand, seraient celles du droit criminel ont évidemment un caractère très vague et il n'y a souvent moyen d'en préciser le contenu que par référence au bon sens ou au sens commun<sup>(115)</sup>. C'est là une première difficulté, à laquelle s'en ajoute tout de suite une autre tenant au fait que c'est aussi la tâche des provinces de poursuivre la réalisation de certaines de ces finalités dont il a été question; avec le résultat qu'au plan constitutionnel la compétence législative sur ces matières appartiendrait à l'un et l'autre ordres de gouvernement, d'où la possibilité de conflits de lois.

Il est bien reconnu par exemple que les provinces, et par conséquent les municipalités peuvent réglementer la composition des aliments à des fins de santé<sup>(116)</sup>; le parlement central peut aussi le faire, comme nous l'avons vu. Il ne fait pas de doute non plus, si vague que soit la formule qui va suivre, que les provinces et les municipalités peuvent légiférer pour garantir la paix publique locale, l'ordre et la sécurité; de multiples lois et règlements municipaux en font foi. Ce n'est pas notre intention ici de tenter de faire une étude approfondie de la compétence dont il vient d'être question; nous ne voulons qu'en proposer quelques commentaires.

Il faut bien voir, au point de départ, que la compétence constitutionnelle des provinces et des municipalités sur l'ordre public local a une très vaste portée. Elle leur a permis par exemple de réglementer et même de prohiber la vente des boissons alcooliques<sup>(117)</sup>, les discours<sup>(118)</sup> et les assemblées dans les parcs<sup>(119)</sup>, et on pourrait continuer longtemps l'énumération. Or il arrive que depuis quelques années cette compétence paraît encore élargie en raison du fait que par une jurisprudence constante<sup>(120)</sup> la Cour suprême du Canada a adopté une notion très étroite du conflit de lois, refusant la plupart du temps d'en recon-

---

(114) Non pas bien sûr sous l'autorité de l'actuelle déclaration fédérale des droits de l'homme qui, d'après ses termes mêmes, ne s'applique que dans les matières fédérales (*Loi ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, S.C., 1960, c. 44, art. 5 (3)). Notons que les provinces ont elles aussi toute compétence pour agir dans ce domaine, en particulier pour prohiber la discrimination dans l'emploi. Voir : *Regina ex. rel. Nutland c. McKay*, 1956 5 D.L.R. (2), p. 403 (cour de comté d'Ontario). Certains tribunaux inférieurs ont déjà décidé le contraire, invoquant l'article 91,27, mais il s'agit d'une jurisprudence qui est à notre avis insoutenable.

(115) Le recours au bon sens n'est pas comme tel un mal en droit, mais il peut devenir un masque à la subjectivité de la part des tribunaux. On pense ici à Voltaire disant sarcastiquement d'un de ses contemporains qu'il n'avait que du bon sens mais qu'il en avait beaucoup!

(116) Voir par exemple *Savaria c. Geoffrion et Cité de Montréal*, 1916 22 R.L. (m.s.) 433; *Grou c. Cour du recorder d'Outremont*, 1940 78 C.S. 488.

(117) *Hodge c. The Queen*, 1883-84, 9 A.C. 117 (1 OLM. 184). R. JODOIN, *La loi de la Règle des alcools du Québec et l'observance du dimanche*, 1963, 13, La Revue Juridique Thémis, p. 147.

(118) *Re Cribbin and the City of Toronto*, 1891 21 O.R. 325.

(119) *Regina c. Campbell*, 1962 O.R. 1134.

(120) Il s'agit de cette longue suite d'arrêts, la plupart relatifs aux lois sur la conduite-automobile. Voir : *O'Grady c. Sparling*, 1960 R.C.S. 804; *Stephens c. The Queen*, 1960 R.C.S. 823; *Mann c. The Queen*, 1966 R.C.S. 238.

naître l'existence; d'où un élargissement de la compétence des provinces et des municipalités pour adopter des lois ou règlements sur l'ordre public local, dont on aurait pu soutenir, en l'absence de cette jurisprudence, qu'ils sont parfois en conflit avec le code criminel, mais que l'on hésitera maintenant à attaquer sous cet angle, en raison de l'existence de ces arrêts.

L'affaire **Regina c. Beattie**, de la Cour d'appel d'Ontario, reflète très bien cette situation<sup>(121)</sup>. Dans cette affaire on a jugé valide un règlement municipal prohibant les propos injurieux ou les conduites bruyantes dans les parcs<sup>(122)</sup>, au motif que ce règlement avait pour effet de protéger l'ordre public et la tranquillité des citoyens et qu'on ne pouvait le considérer comme étant en conflit avec l'article 160 du code criminel. Or il arrive qu'à notre avis cette affaire risque d'être mal interprétée et de conduire à des conclusions excessives et d'une constitutionnalité douteuse. Si en effet, se fondant sur ce jugement et sur les raisons que l'on y trouve, on concluait que les provinces et les municipalités ont la compétence nécessaire pour adopter des lois ou des règlements prohibant par exemple et de façon générale les réunions et les manifestations dans les endroits publics, ou prohibant les publications et les spectacles indécents ou immoraux, on ferait à notre avis une erreur en droit constitutionnel, et voici pourquoi.

Il faut se souvenir à ce sujet que la compétence des provinces et des municipalités sur l'ordre public local est une compétence de nature réglementaire; il s'agit pour elles de garantir notamment l'ordre extérieur sur leur territoire, la tranquillité et la sécurité des citoyens, la bonne circulation sur les routes et les rues, etc. Aussi celles-ci peuvent-elles adopter les mesures pour y arriver, et notamment créer ce qu'il sera nécessaire, pour pouvoir tenir des réunions ou manifestations publiques, d'obtenir un permis précisant certaines conditions quant au temps, au lieu, au nombre de personnes, aux mesures de sécurité, etc. Mais il faut tenir qu'il ne leur est pas possible de prohiber de façon générale ces réunions ou manifestations, ou d'imposer comme condition à leur tenue l'obtention d'un permis pouvant être accordé discrétionnairement et sans référence à des standards ayant une certaine objectivité<sup>(123)</sup>. Si elles le faisaient, les provinces ou les municipalités légifèreraient sur le droit criminel. Car il y a telles choses en droit constitutionnel canadien que les libertés d'expression, de réunion et de manifestation, matières comme telles de droit criminel<sup>(124)</sup>, dont il n'est pas question de dire que les provinces ne peuvent en aucune façon les affecter ou les limiter par leurs lois, mais dont il faut toutefois tenir que, les limitant, elles doivent le faire pour des fins nettement provinciales.

Dans cette perspective l'affaire **Regina c. Beattie**, citée plus haut, prend tout son sens. Le règlement municipal en question n'empêchait pas les gens de parler, il ne faisait que les empêcher de tenir des propos pouvant troubler l'ordre et la tranquillité extérieurs des parcs, et à ce titre il avait un effet tout différent de cet autre règlement, déclaré invalide, qui prohibait dans les parcs les propos contre la religion ou les groupes ethniques, sans égard à l'impact que ces propos pou-

(121) 1969 7 C.R. (n.s.), p. 116.

(122) On y parle de "profane, indecent, abusive language" et de "boisterous, unseemly or unlawful conduct".

(123) Dans cette optique l'affaire *Barnhart c. Rouyn*, 1949 C.S. 116 nous semble mal fondée.

(124) Voir *supra*.



vaient avoir sur le bon ordre extérieur<sup>(125)</sup>. Il est vrai qu'en le jugeant valide la Cour d'appel d'Ontario a déclaré que le présent règlement n'entraîne pas en conflit avec l'article 160 du code criminel et a invoqué à ce sujet les jugements de la Cour suprême dont il a déjà été question. En sorte que d'aucuns seraient portés à invoquer aussi ces jugements pour faire valoir qu'un règlement municipal prohibant les assemblées et les manifestations n'est pas une loi criminelle et n'est pas en conflit avec les articles 64 et suivants du code criminel. Mais si le règlement en question ou les lois provinciales pénalisant certaines façons de conduire ont été jugées comme non-criminelles et sans conflit avec divers articles du code criminel, c'est d'abord et avant tout parce que ces lois, de nature réglementaire, avaient un caractère proprement provincial et une validité constitutionnelle intrinsèque qui font défaut à une loi provinciale ou à un règlement municipal du genre de ceux dont il a été question. Il faut éviter en effet de donner à cette jurisprudence de la Cour suprême un sens qu'elle n'a pas et de l'interpréter comme consacrant un élargissement des compétences provinciales sur les matières locales. Ce n'est pas là son sens véritable. Son sens véritable est de diminuer la possibilité de conflit entre deux lois isolément valides; or une loi provinciale ou un règlement municipal qui prohibe les manifestations n'a pas cette qualité<sup>(126)</sup>.

Ainsi l'on se rend compte 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 de la compétence fédérale sur le droit criminel. A coup sûr entre l'un et l'autre ordres de réalités la ligne, très souvent, n'est pas facile à tirer. Prohiber la vente de boissons alcooliques, ce peut être pour garantir le bon ordre extérieur, ce peut être aussi pour promouvoir la vertu de tempérance. Mais on aurait tort d'en conclure qu'en ces matières toute distinction est impossible. Opposant par exemple les lois sur l'observance du dimanche aux lois sur la vente de boissons alcooliques, on se rend compte du caractère plus extérieur et commercial de celles-ci, en dépit d'une certaine incidence morale, et du caractère primordialement religieux de celles-là, en dépit du fait qu'elles prohibent diverses activités concrètes.

Sous cet éclairage on comprend pourquoi ont été déclarées invalides des lois provinciales prohibant les maisons de jeux et de paris<sup>(127)</sup>, la publication

---

(125) *Regina c. Beattie*, 1967 64 D.L.R. (2), p. 207 (Haute Cour d'Ontario). Dans cette affaire on a insisté sur le fait que le règlement, dans ses termes, pouvait avoir pour effet de prohiber certaines conversations purement privées entre les individus et qui n'auraient été susceptibles en aucune façon de dégénérer en bagarre ou en tumulte. Semblablement il faut tenir qu'un règlement municipal qui prohibe toute manifestation est invalide du fait qu'il risque de rendre impossibles des manifestations pacifiques et ordonnées. Bien sûr l'on peut dire que, par sa nature même, une manifestation ou une réunion publique trouble la tranquillité d'une ville ou d'un quartier, même si elle est pacifique et silencieuse. A quoi il faut répondre qu'au Canada le droit de se réunir ou de manifester existe comme droit fondamental, et que les provinces et les municipalités sont inhabiles à prévenir les inconvénients inévitables qui résultent de son exercice normal.

(126) Que les provinces ou les municipalités prohibent les réunions et manifestations violentes, soit; et l'on pourra alors invoquer l'absence de conflit avec l'article 64 du code criminel. Il en va différemment des prohibitions générales, établies discrétionnairement et hors de tout standard. Car si celles-ci réglementent quelque chose, c'est possiblement plus les esprits que la circulation dans les rues. Voir dans ce sens: *Dionne c. Cour municipale de Montréal*, 1956 R.P. 299 (Cour supérieure du Québec).

(127) *Rex c. Lamontagne*, 1945 4 D.L.R. 161 (Cour d'appel d'Ontario). Pour un parallèle entre cette affaire et l'affaire *Bédard c. Dawson*, note 84, voir *Infra*.

d'imprimés obscènes<sup>(128)</sup> ou punissant le fait pour un homme et une femme de louer une chambre d'hôtel en se désignant faussement comme conjoints<sup>(129)</sup>. Il en est allé de même des règlements municipaux autorisant le retrait du permis d'un théâtre présentant des spectacles indécents<sup>(130)</sup>, prohibant l'exposition de photos de nus dans les kiosques à journaux<sup>(131)</sup> ou interdisant la distribution d'imprimés sans permis<sup>(132)</sup>. Notons cependant que si de façon générale les problèmes relatifs à la censure sont exclus de la compétence provinciale, la censure des films y est soumise traditionnellement et sans plus de justification constitutionnelle.

Il ressort de tout ce qui précède que le critère des finalités, un peu de la même façon que le critère matériel dont il a été question au début, se trouve être plus utile pour marquer les limites des compétences provinciales que pour marquer celles de la compétence fédérale sur le droit criminel. Celles-là, avon-nous établi, ont une finalité réglementaire, alors que celle-ci a une finalité prohibitive. Distinction importante, et d'une utilité analytique certaine, en ce qu'elle fait bien ressortir le nécessaire rattachement de la compétence pénale provinciale à un but de réglementation de matières strictement provinciales.

Mais la distinction opère avec moins de netteté du côté de la compétence fédérale sur le droit criminel. Car en effet le concept de finalité prohibitive par quoi l'on caractérise cette compétence opère davantage au niveau de la forme que du contenu. S'il laisse bien voir que le parlement central ne peut, sous un masque de prohibitions, réglementer des matières provinciales, il ne dit rien sur l'objet et le but des prohibitions que le parlement central peut établir. Sur ce dernier point, il devient nécessaire de se référer à ces vagues finalités d'ordre, de santé, de moralité, de liberté pour tenter de donner un certain contenu à la compétence sur le droit criminel. Or une fois de plus il arrive que ce dernier examen nous découvre mieux ce qui, comme la moralité et l'opinion, est soustrait aux compétences des provinces que ce qui l'est à la compétence fédérale dont les limites échappent à la rationalisation.

Aussi à ce critère, que nous avons appelé critère des finalités et qui, pour être le plus important des trois, n'en est pas pour autant concluant, faut-il en ajouter un autre, axé sur les pénalités imposées et qui peut contribuer à dégager avec plus de précision la portée de la compétence fédérale sur le droit criminel.

### III. — Le critère des pénalités.

Avant d'entamer ce développement il convient de souligner le fait qu'au point de vue théorique une pénalité, dans un texte de loi, n'en constitue qu'un accessoire destiné à faire respecter cette loi; en sorte que la pénalité ne devrait

(128) *A.G. Ontario c. Koynok*, 1949 1 D.L.R. 548 (Cour suprême d'Ontario); *Regina c. Board of Cinema Censors of Province of Quebec*, 1968 69 D.L.R. (2), p. 512 (Cour supérieure du Québec). Dans cette dernière affaire on a jugé invalides certaines parties d'une loi du Québec sur les publications et la morale publique.

(129) *R. c. Hayduk*, 1938, 4 D.L.R. 762 (Cour d'appel d'Ontario).

(130) *St-Léonard c. Fournier*, 1956 3 D.L.R. (2), 315 (Cour suprême du Nouveau-Brunswick).

(131) *Hurrell c. Montréal*, 1963 R.P. 89 (Cour municipale de Montréal).

(132) *Dionne c. Cour municipale de Montréal*, 1956 R.P. 299 (Cour supérieure de Montréal).

pas avoir d'importance dans la qualification constitutionnelle de la loi<sup>(133)</sup>. En clair, ce n'est pas parce qu'une loi provinciale impose une peine sévère qu'elle devrait pouvoir être invalidée, et c'est bien plutôt au caractère véritable de la loi elle-même qu'il faudrait s'attacher pour apprécier sa légalité constitutionnelle.

Or il arrive que si l'on entend le mot **pénalité** dans un sens assez large pour désigner non pas seulement la sévérité de la peine mais aussi sa nature et son objet, un examen attentif de la jurisprudence nous révèle que très souvent par le passé les juges ont pris en considération les pénalités pour apprécier la constitutionnalité des lois. Au reste cela est aisément compréhensible puisque la pénalité est une partie constitutive de la loi même et que, comme n'importe quelle partie, elle est susceptible d'aider à opérer la qualification de cette loi. Un exemple simple nous est fourni par l'affaire **Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan**<sup>(134)</sup> : le fait que la loi provinciale en question, pour punir l'individu condamné sous le code criminel pour ivresse au volant, suspendait automatiquement son permis de conduire a aidé à qualifier cette loi comme une loi réglementaire et de licence<sup>(135)</sup>. Ainsi l'on se rend compte que la nature des pénalités imposées peut avoir une influence importante sur le caractère constitutionnel des lois.

A ce sujet il semble qu'il soit opportun d'établir une comparaison entre deux affaires dont il a été précédemment question et qui sont les affaires **Bédard c. Dawson**<sup>(136)</sup> et **Rex c. Lamontagne**<sup>(137)</sup>. Dans la première la Cour suprême a jugé valide une loi du Québec qui prévoyait une procédure pour faire fermer les maisons de désordres et acceptait la condamnation d'avoir tenu une maison de ce genre sous le code criminel comme une preuve **prima facie** aux fins de cette loi. Dans la seconde, qui est postérieure à l'autre, la Cour d'appel d'Ontario a invalidé une loi provinciale qui établissait des mesures analogues et qui prévoyait cette fois en plus des peines de prison pour ceux qui ne respectaient pas l'ordre de fermeture. Soucieux de rendre ce dernier jugement conciliable avec celui déjà rendu par la Cour suprême, certains juges ont insisté sur le fait que la loi du Québec, contrairement à l'autre, ne faisait porter aucune pénalité sur les personnes et n'ordonnait que la fermeture des maisons. A ce titre elle avait, si l'on peut dire, un caractère plus réel que personnel, et on l'a donc qualifiée non pas comme une loi criminelle punitive mais comme une loi sur la protection des propriétés environnantes. Secondement on observe que la loi du Québec prévoyait la fermeture des maisons suivant la procédure ordinaire d'injonction prévue au code de procédure civile, alors que l'autre établissait une procédure particulière à cette fin. Un peu curieusement cela a constitué un argument en faveur de la loi québécoise et contre la loi ontarienne, comme si le fait que cette dernière ajoutait au droit commun à ce sujet devait laisser présumer qu'elle avait une finalité spéciale, criminelle en l'occurrence, que le droit provincial ontarien ordinaire n'aurait pas su remplir. Enfin c'est une fermeture totale des maisons que prévoyait la loi québécoise; la loi d'Ontario ne faisait que prévoir une prohibition

---

(133) Voir *Rex c. Nat Bell Liquors Ltd.*, 1922 2 A.C. 128, à la page 138 (2 OLM. 277). *A.G. Ontario c. Reciprocal Insurers*, 1924 A.C. 328, à la page 342 (2 OLM. 369). Bora LASKIN, *article cité*, note 41, à la page 255; cet auteur fait remarquer que la pénalité n'ajoute rien à la validité d'une loi, mais qu'elle peut lui nuire, quoiqu'il n'y ait pas d'exemple jurisprudentiel à ce sujet.

(134) Note 74.

(135) Voir notre remarque, note 75.

d'y tenir certaines activités spécifiques, et les juges ont vu là un argument de plus pour conclure à son caractère punitif et criminel, par opposition à la finalité de protection immobilière de l'autre loi<sup>(138)</sup>.

On trouvera ces distinctions bien ténues et bien abstraites. Pourtant ce ne sont pas les seules affaires où elles aient été mises en relief et on retrouve certaines d'entre elles tout au cours de la longue évolution jurisprudentielle sur la constitutionnalité des lois provinciales sur les appareils à sous. On sait qu'au cours des années '30 les lois provinciales qui prohibaient la propriété ou la possession des machines à sous et qui établissaient des procédures pour leur confiscation furent souvent jugées valides<sup>(139)</sup>. Plusieurs fois les juges, s'inspirant de l'affaire **Bédard**, ont insisté sur le fait que certaines de ces lois ne prévoyaient pas de peine d'amende ni de prison, mais seulement des prohibitions de propriété et de possession et des pénalités réelles de confiscation des appareils<sup>(140)</sup>. Et c'était là un argument en faveur de la validité de ces lois provinciales que l'on qualifiait comme lois sur la propriété. Bien sûr un net revirement jurisprudentiel au détriment de la compétence provinciale devait s'opérer par la suite<sup>(141)</sup>, notamment en raison du fait que le code criminel avait été entre-temps rendu plus sévère à ce sujet et qu'il prévoyait aussi désormais des mesures de confiscation de ces appareils. Aussi depuis cette jurisprudence, il apparaît que les distinctions subtiles entre les pénalités *in rem* et les pénalités *in personam* n'ont plus guère cours aujourd'hui, du moins en cette matière, mais il nous a paru nécessaire d'y insister quand même puisqu'elles ont encore aujourd'hui la faveur de certains juges<sup>(142)</sup> et qu'elles pourraient retrouver éventuellement leur utilité dans des instances concrètes.

(136) Note 84. L'attention que nous accordons ici à cette affaire tient surtout à son intérêt historique et théorique. Car nous sommes convaincus, à la lumière de l'affaire *Switzman* et de la jurisprudence sur les appareils à sous dont il sera question, qu'elle ne fait plus autorité aujourd'hui.

(137) Note 127.

(138) Rappelons que dans l'affaire *Switzman* le juge Fauteux souligne le fait que dans l'affaire **Bédard** la loi provinciale ne créait pas de crime mais faisait découler certaines conséquences civiles de condamnations criminelles. Note 86. Mais on pourrait soutenir une argumentation absolument inverse et insister sur le fait qu'une loi provinciale qui retire des droits civils à l'individu condamné au criminel, en raison de cette condamnation, peut justement contribuer à qualifier cette loi comme une loi punitive et criminelle, qui ne fait que rajouter à la peine criminelle déjà imposée. Voir à ce sujet la remarque du juge Idington, dans l'affaire **Bédard**, à la page 683. A la vérité, entre ces arguments contradictoires et tous deux logiques, la seule façon d'opérer une qualification valable de la loi provinciale est de se demander quel est son effet et quelle est sa finalité. L'ivresse au volant peut bien être un acte criminel, mais il nous semble que la loi provinciale qui suspend le permis de conduire de celui qui est condamné pour ce crime est une loi on ne peut plus réglementaire et valide, et le fait qu'elle fasse référence et soit en dépendance du code criminel ne devrait en aucune façon inciter à la qualifier comme loi criminelle, donc invalide. Le contraire serait du formalisme juridique.

(139) David MELNIK, *Provincial Supplementary Legislation*, dans : *Symposium*, note 12, p. 53.

(140) *Rex c. Lane*, 1937 1 D.L.R. 212 (Cour suprême du Nouveau-Brunswick); *R. c. Karminos*, 1936 2 D.L.R. 353, à la page 358 (Cour d'appel de Saskatchewan); *Rex c. Stanley*, 1936 1 D.L.R. 100 (Cour d'appel d'Alberta); dans l'affaire *Rex c. Magid*, 1936 1 D.L.R. 638, à la page 643 (Cour d'appel du Manitoba) on souligne nettement le caractère civil, donc exclusivement provincial, d'une peine de saisie et de confiscation.

(141) *R. c. Karminos*, note précédente; *Johnson c. A.G. Alberta*, 1954 R.C.S. 127; *Regent Vending Machine c. Alberta Vending*, 1957 6 D.L.R. (2) 144 (Cour d'appel d'Alberta).

(142) C'est le cas des Juges Taschereau et Estey, dissidents, dans l'affaire *Johnson c. A.G. Alberta*, note précédente.

D'autres affaires encore sont intéressantes, où le caractère des pénalités a eu une influence importante sur la qualification des lois. C'est ainsi qu'on a déjà jugé valide une loi provinciale qui imposait une peine de prison à ceux qui obtenaient du crédit par faux prétextes<sup>(143)</sup>; car aux termes de cette loi, d'apparence criminelle, la poursuite était laissée à la discrétion des créanciers et le débiteur était libéré dès qu'il avait acquitté sa dette. On a donc considéré qu'il s'agissait d'une loi visant à hâter le remboursement des dettes et non d'une loi criminelle punitive. Ce jugement montre qu'en certains cas les caractères théoriques du droit criminel dont il a été question au début de cette étude ont été parfois appliqués en droit constitutionnel pour opérer la qualification des lois<sup>(144)</sup>. Le droit criminel a en effet un caractère public et un coupable ne cesse pas de l'être même si sa victime lui pardonne ou si lui-même offre de réparer les conséquences de son acte. Or il en allait autrement dans l'affaire **Dunn** car l'emprisonnement cessait avec le remboursement de la dette, et l'initiative de la poursuite appartenait au créancier. Dès lors on a qualifié la loi comme hâtant le remboursement des dettes de certains débiteurs et non comme une loi criminelle punissant l'obtention de crédit par faux prétextes<sup>(145)</sup>. A ce chapitre l'affaire **R. c. Hayduk**<sup>(146)</sup> présente aussi quelque intérêt. Invoquant la compétence fédérale sur le droit criminel on y a jugé invalide une loi provinciale punissant l'homme et la femme qui louaient une chambre d'hôtel en se désignant faussement comme conjoints; cette loi portait sur la moralité individuelle bien plus que sur le bon ordre des hôtels car, ne punissant que les voyageurs, et jamais l'hôtelier, elle montrait bien son but de réprobation morale. L'hôtelier, étranger aux ébats nocturnes des voyageurs, était en fait le premier responsable du bon ordre de son établissement, et le silence de la loi à son sujet trahissait l'effet véritable de celle-ci.

Les développements qui précèdent montrent qu'en jurisprudence les pénalités, entendues au sens large<sup>(147)</sup>, ne sont pas absolument étrangères à la détermination de la constitutionnalité des lois provinciales. Mais s'il nous fallait

---

(143) *Re Dunn*, 1939 4 D.L.R. 382 (Cour suprême de Nouvelle-Ecosse).

(144) Dans d'autres jugements, on a adopté la définition du droit criminel qui est celle des pays unitaires, de façon à y inclure les crimes provinciaux. Jacques FORTIN, *op. cit.*, note 1, p. 11, note 1. *King c. Nat Bell Liquors*, note 133; *Chung Chuck c. King*, 1930 A.C. 244; *Sau-mur c. Cour du recorder du Québec*, 1947 R.C.S. 492. Cette définition a été adoptée pour déterminer la compétence de la Cour suprême en matière d'appel et elle s'explique probablement par une influence anglaise. Voir : *Amand c. Home Secretary*, 1943 A.C. 147.

(145) Jugement fort discutable! Pourquoi en effet hâter de pareille façon le remboursement des seules dettes contractées par faux prétextes et pas les autres, si ce n'est pour punir l'obtention de crédit par faux prétextes?

(146) Note 129.

(147) Si par pénalité on veut désigner simplement la nature isolée et la sévérité de la peine, il est exact de dire que les pénalités établies par les lois provinciales n'ont pas d'importance dans le processus de qualification de ces lois. Il est bien connu que les provinces peuvent imposer des peines de prison ou de travaux forcés (*Hodge c. The Queen*, note 117), de confiscation de biens (*Rex c. Nat Bell Liquors*, note 133), d'amendes diverses (*Regina c. Watson*, 1889 17 O.A.R. 211), de prison sans limite maximum (*Rex c. Plant*, 1906 37 N.B.R. 500). Sur tous ces points, voir : Bora LASKIN, *article cité*, note 41, p. 255, note 72. Ce dernier auteur considère que les provinces ne pourraient pas créer d'offenses poursuivables par acte d'accusation; par définition elles se trouveraient de cette façon à créer des actes criminels (p. 261). Il émet aussi l'opinion qu'une peine de prison très longue (assez par exemple pour que le condamné aille la purger dans un pénitencier fédéral) ou la peine capitale aurait peut-être pour effet de changer la nature de la loi qui l'établit et d'en faire une loi criminelle.

porter un jugement sur les utilisations qu'on en a faites dans les affaires examinées ci-dessus, nous serions portés à conclure que peu d'entre elles sont irréprochables au point de vue juridique. De toutes, la distinction la plus discutable est sans doute celle entre la pénalité **in rem** et la pénalité **in personam**, et les qualifications, civile et criminelle, qui en découlent. Comment en effet peut-on logiquement soutenir qu'une loi provinciale prohibant la propriété et la possession et ordonnant la confiscation des appareils à sous est davantage une loi sur la propriété que ne l'est une loi qui impose l'amende ou la prison aux propriétaires, possesseurs ou joueurs ? Dans l'un et l'autre cas le motif est absolument le même : prohiber le jeu. Et qualifier la première loi comme une loi sur la propriété relève d'un formalisme juridique aveugle aux motifs et aux effets des lois. On a eu plus de raisons de le faire dans le cas de cette loi provinciale ordonnant la fermeture des maisons de désordres. Celle-ci en effet nous apparaît davantage une loi sur la protection de la propriété (immobilière) que ne l'est une loi qui impose l'amende ou la prison aux tenanciers de maisons de ce genre. Bien sûr le motif des deux lois est aussi identique : les désordres. Mais en ce dernier cas on considère la loi provinciale ordonnant la fermeture des maisons comme une loi sur la propriété, non pas au motif, abstrait et formaliste, qu'elle porte sur le droit de propriété, mais au motif, concret, qu'elle protège les propriétés environnantes de façon plus efficace que ne le fait cette autre loi qui fait emprisonner le tenancier de la maison de désordres tout en laissant son salon ouvert à ses amis habituels<sup>(148)</sup>. Ainsi l'on se rend compte que la distinction entre la pénalité **in rem** et la pénalité **in personam** n'est que source d'ambiguïté et d'illuminisme.

Les maisons de désordres et les appareils à sous troublent-ils l'ordre public **extérieur** ? Voilà bien la seule question qu'il faille se poser pour apprécier la validité des lois provinciales sur ces matières. Et si la réponse est affirmative, les provinces pourront, sous l'autorité de leur compétence de réglementation de l'ordre public, les prohiber de diverses façons<sup>(149)</sup>.

Mais un fait demeure, qui ne doit pas être passé sous silence. Si en effet, au sujet des lois sur les appareils à sous, la jurisprudence en est un jour arrivée à faire cette distinction, à notre avis incorrecte théoriquement, entre les pénalités **in rem** et les pénalités **in personam**, c'était en pratique pour donner la possibilité aux provinces de compléter les lois criminelles fédérales sur ce même sujet. Car si la compétence des provinces pour établir certaines formes de pénalités est marquée, comme nous l'avons constaté, de certaines incertitudes au point de vue juridique, il faut bien voir que tout n'a pas toujours été clair non plus à ce sujet du côté fédéral. Même si elle paraît avoir été résolue en sa faveur, la question s'est déjà posée de savoir si le parlement central, dans l'exercice de sa compétence sur le droit criminel, pouvait imposer des pénalités mettant en cause des droits de propriété ou des droits civils, matières qui prises isolément échappent à sa compétence. Face à cette incertitude constitutionnelle et au vacuum législatif qu'elle entretenait du côté fédéral, on a permis aux provinces de légiférer sur la propriété, la possession et la confiscation des appareils à sous et sur la

(148) Les motifs du jugement dans l'affaire *Bédard c. Dawson*, note 84, n'ont pas une telle clarté, et de toute façon cette affaire n'a plus, à notre avis, d'autorité réelle. Note 136.

(149) L'utilisation que l'on a faite du critère des pénalités dans l'affaire *Re Dunn*, note 143 est elle aussi très discutable et formaliste. Voir note 145. Il en va différemment, croyons-nous, de l'affaire *R. c. Hayduk*, note 129 où l'objet de la pénalité, soit les personnes punies, révélait bien la nature et l'effet de la loi.

procédure de fermeture des maisons de désordres, laissant parfois entendre que le parlement fédéral ne pouvait légiférer dans ce sens et qu'il devait se contenter de punir les coupables, ce qu'à leur tour les provinces se voyaient parfois empêchées de faire<sup>(150)</sup>.

Des limites de ce genres, il n'en reste plus beaucoup aujourd'hui du côté de la compétence fédérale sur le droit criminel. C'est ainsi dans l'affaire **Industrial Acceptance Corporation c. The Queen**<sup>(151)</sup>, la Cour suprême a jugé valide une loi fédérale autorisant la confiscation de voitures ayant servi au commerce des narcotiques, même si ces voitures n'appartiennent pas au criminel. Il s'agirait là d'une loi criminelle, et le juge Locke fait remarquer que même au cas où cette loi permet la confiscation de voitures appartenant à des tiers, elle n'en perd pas pour autant sa finalité punitive puisqu'alors les tiers auront des recours civils contre le criminel responsable de la confiscation<sup>(152)</sup>. De la même façon, dans l'affaire **Goodyear Tire c. The Queen**<sup>(153)</sup>, la Cour suprême a reconnu au parlement fédéral par des dispositions de la loi relative aux enquêtes sur les coalitions<sup>(154)</sup>, le pouvoir de prohiber, par voie d'injonction, la tenue de certaines activités pouvant conduire à la continuation ou à la répétition d'actes criminels déjà posés et pour lesquels il y a eu condamnation. Mesure valide comme pénalité, a-t-on jugé. Notons que cette loi prévoit non seulement une peine de ce genre mais plus encore une peine consistant dans la dissolution de la compagnie coupable, mais la Cour suprême s'est expressément refusée à statuer sur la validité de cette pénalité<sup>(155)</sup>. Notons aussi que ces pénalités, de prohibition d'activités et de dissolution, sont dirigées non seulement contre les coupables mais possiblement contre toute autre personne, pourvu, a-t-on jugé, que l'activité de cette dernière soit si proche de celle du coupable que le fait de la limiter limite du même coup celle du coupable, et par là le punisse<sup>(156)</sup>.

Le droit criminel étant un droit punitif, il a fallu établir dans les deux affaires citées ci-dessus que les mesures prescrites étaient des pénalités et avaient une finalité de punition du coupable. Mais jusqu'à quelle limite peut-on utiliser un tel raisonnement? Dira-t-on que, compétent pour punir les personnes coupables de restreindre le commerce, le parlement central peut le faire notamment en accordant un recours civil en dommages à ceux à qui de telles pratiques auraient nui, à l'encontre de ceux qui s'en seraient rendus coupables? Raisonnant de cette façon on devrait conclure qu'il pourrait accorder des recours, sans pouvoir en

---

(150) Sur ce sujet, voir : David MELNIK, *article cité*, note 139.

(151) 1953 2 R.C.S. 273.

(152) *Id.*, p. 281.

(153) 1956 R.C.S. 303.

(154) S.C. 1952, c. 39, art. 3. On retrouve maintenant ces dispositions à l'article 31 de l'actuelle loi fédérale relative aux enquêtes sur les coalitions.

(155) Note 153, page 310. Voir Bruce C. McDONALD, *article cité*, note 18. Ce dernier est convaincu de sa validité. Il observe à ce sujet : "If the norm is determined to be criminal in substance, why should there be any restriction upon the remedy devised? Particularly, if we can regulate convicted humans by execution or incarceration, why not convicted companies by dissolution or prohibition order?" (pp. 186-187). Toujours dans la même ligne de pensée et dans une optique fonctionnelle il écrit : "A structural remedy is the only intelligent response to a structural offense" (p. 232). Ces pénalités s'appliquent évidemment autant aux compagnies provinciales que fédérales.

(156) Note 153, à la page 310; comme les directeurs, officiers, employés et agents des compagnies.

retirer, puisqu'alors, loin de punir le coupable, il l'avantageait. Ici se posent les problèmes, nombreux et difficiles, de jonction entre le droit criminel et le droit civil dont quelques exemples montreront l'importance et la complexité.

Dans l'affaire **Transport Oil Co. c. Imperial Oil** <sup>(157)</sup>, la Cour d'appel d'Ontario a décidé que par sa loi sur les coalitions le parlement central n'avait pas du tout envisagé d'instituer un recours civil au bénéfice de ceux à qui de telles pratiques auraient causé des dommages. On reconnaît même qu'il n'aurait pas pu le faire, en raison de la compétence provinciale exclusive sur les droits civils. Dans l'affaire **St. Catharines General Hospital c. Sviergula** <sup>(158)</sup> on a décidé que, de la même façon, les obligations alimentaires visées à l'article 186 du code criminel ne donnaient pas ouverture à des recours civils; et si tel était le cas, note-t-on, ce serait possiblement inconstitutionnel.

Le plus que l'on puisse dire à ce sujet, c'est que d'une part et bien évidemment une grave question constitutionnelle est ici posée et que d'autre part les tribunaux, en particulier la Cour suprême, n'ont pas dit leur dernier mot sur cette question <sup>(159)</sup>. Il ne nous appartient pas, dans le cadre d'une étude synthétique comme celle-ci, d'approfondir davantage ce problème. Si ce n'est pour rappeler que dans l'état actuel des choses la compétence fédérale sur le droit criminel implique aussi la compétence de légiférer dans un but de prévention, voire même de quasi-réglementation <sup>(160)</sup>. On pressent dès lors que, la nature des lois criminelles changeant, les recours et les pénalités changeront eux aussi, en sorte que le parlement central sera graduellement conduit à pénétrer le domaine des recours civils. L'affaire **Re Dunne** <sup>(161)</sup> matérialise ce pressentiment, dans laquelle la Haute Cour d'Ontario a jugé qu'en légiférant sur les jeunes délinquants le parlement central pouvait permettre aux tribunaux d'ordonner aux parents de ces jeunes ou aux municipalités de subvenir à leurs besoins, avec recours civils en remboursement des municipalités contre les parents. L'on se rend compte qu'en pareil cas il n'est guère plus possible de raisonner en termes de punition, comme dans les affaires précédentes. Quand le droit criminel acquiert, comme c'est le cas, une finalité sociale et que les lois criminelles portent non plus seulement sur des actes mais aussi sur des états, il faut s'attendre à ce que les moyens d'exécution qu'elles prévoient débordent sur le terrain des recours civils et des

(157) 1937 2 D.L.R. 500. De même dans l'affaire *Gordon c. Imperial Tobacco*, 1939 2 D.L.R. 27 (Cour suprême d'Ontario).

(158) 1961 26 D.L.R. (2) p. 455 (Haute Cour d'Ontario).

(159) En témoigne le fait que la Cour suprême, dans l'affaire *Direct Lumber Company Ltd. o. Western Plywood Company*, 1962 R.C.S. 646, s'est abstenue expressément de se prononcer sur cette question, donc de confirmer l'affaire *Transport Oil*, note 157, comme si un certain revirement jurisprudentiel se préparait à ce sujet, au profit de la compétence fédérale. De cela d'ailleurs il y a déjà des traces en jurisprudence; voir : *Doyle c. Bell*, 1884 11 O.A.R. 326; *Philco Products Ltd. c. Thermionics Ltd.*, 1940 R.C.S. 551, à la page 504. Peut-être en arrivera-t-on à dire, avec Bruce C. McDONALD, *article cité*, pp. 225 sq., que le fait d'établir ou d'enlever le recours civil est absolument nécessaire à l'exercice efficace de la compétence fédérale sur le droit criminel, notamment dans le domaine des coalitions. L'argument a parfois beaucoup de sens, en particulier pour l'article 627 c.cr. (recours pour réclamation des peines) et pour les articles 25 à 31 c.cr. (protection accordée à ceux qui font respecter la loi) et il est logique de poser que quand le code criminel permet certains actes il exclut du même coup toute responsabilité civile chez celui qui les pose. Les articles 628 à 630 (restitution ou dédommagement de biens) sont à notre avis plus discutables puisqu'ils mettent en jeu des questions de droits civils et de preuve civile. Voir Bora LASKIN, *op. cit.*, note 12, p. 895.

(160) On pense notamment aux lois sur la délinquance et sur les coalitions.

(161) 1962 33 D.L.R. (2), p. 190.



mesures administratives. On considérera que c'est nécessaire à l'exercice efficace de cette compétence élargie sur le droit criminel.

Pour résumer ce développement sur ce que nous avons appelé le critère des pénalités, nous pouvons dire que celles-ci ont, à tort ou à raison, une importance parfois assez grande dans le processus de qualification des lois provinciales. Leur importance dans le processus de qualification des lois criminelles fédérales, en particulier en regard du problème difficile posé par les recours civils, est aussi très réelle. Mais tout repose en définitive sur la conception que l'on adopte de la nature et de la finalité du droit criminel; et dans la mesure où celles-ci changent, de la façon décrite, dans les mentalités et les politiques gouvernementales, il devient de moins en moins possible de conceptualiser les recours criminels en termes de pénalités.

Au terme de ces prolégomènes<sup>(162)</sup> sur la notion constitutionnelle de droit criminel, nous croyons opportun de proposer quelques conclusions à ce sujet, les unes, de technique constitutionnelle, et les autres, de politique constitutionnelle.

Que suggèrent les développements qui précèdent au plan de la technique constitutionnelle? A ce niveau il nous semble que la caractéristique essentielle et première de la notion de droit criminel réside dans le fait, souvent souligné, qu'elle n'a pas de contenu matériel bien identifiable juridiquement. De toutes les compétences législatives prévues au texte constitutionnel canadien, la compétence fédérale sur le droit criminel est sans doute celle qui se prête le plus mal à la conceptualisation en termes de matières aussi bien que de finalités. Il en résulte que, pouvant porter sur des matières sur lesquelles les provinces peuvent aussi légiférer, plus que toute autre elle rend théoriquement<sup>(163)</sup> possibles les conflits de lois par identité ou par contradictions. Il arrive même, à la limite, que des lois criminelles fédérales prohibent, au nom de l'intérêt public, ce qu'au nom de l'intérêt public les lois provinciales prescrivent<sup>(164)</sup>. Et il y a là à coup sûr quelque chose de fort insatisfaisant pour l'esprit.

Face à cette difficulté de cerner la portée juridique de la compétence fédérale sur le droit criminel, les tribunaux et les juristes en général ont réagi de diverses façons. Aux deux extrêmes il y a d'une part ceux pour qui la notion constitutionnelle de droit criminel doit être interprétée statiquement, en référence à sa signification historique originelle<sup>(165)</sup>, d'autre part ceux pour qui cette no-

---

(162) Au défaut d'être quelque peu recherché, ce mot oppose le double avantage de décrire très exactement le genre d'étude que nous nous proposons de faire ici et d'être enrichissant pour le vocabulaire!

(163) Théoriquement, parce qu'en pratique les tribunaux ne reconnaissent pas volontiers l'existence de conflits de lois. Voir note 41.

(164) C'est le cas entre les lois criminelles fédérales qui prohibent les entraves à la liberté du commerce et les lois provinciales sur l'organisation des marchés agricoles. Mais par une jurisprudence constante les tribunaux ont considéré qu'il n'était pas possible qu'une loi provinciale par ailleurs valide soit considérée comme contraire à l'ordre public fédéral. "It cannot be said that any scheme otherwise within the authority of the legislature is against the public interest when the legislature is seized of the power, and, indeed, the obligation to take care of that interest in the province" (Juge Kerwin, dans *Reference re Farm Products Marketing Act*, 1957 R.C.S. 198, à la page 206). Voir aussi: *Gibbins c. Metcalfe*, 1905 15 Man. L. R. pp. 580 et 584; *King c. Gage*, 1907 13 C.C.C. 415 et 428; *R. c. Simoneau*, 1935 65 C.C.C. 19; *R. c. Chung Chuck*, 1929 1 D.L.R. 756; *R. c. Canadian Breweries Ltd.*, 1960 33 C.R. 1.

(165) Voir note 16.

tion recouvre toute prohibition, quelle qu'elle soit, accompagnée d'une punition appliquée à ceux qui l'enfreignent<sup>(166)</sup>. Mais entre ces deux pôles extrêmes, qui n'ont guère qu'un intérêt historique aujourd'hui, toutes sortes de tentatives de délimitations ont été proposées que l'on peut, en simplifiant les choses, classer en deux grandes catégories. Les premières seraient des tentatives d'inspiration juridique et abstraite, les secondes, d'inspiration factuelle et concrète<sup>(167)</sup>. Examinons successivement les unes et les autres.

Pour les tenants d'une interprétation juridique et formalisée de la notion de droit criminel, les critères les plus importants pour en cerner la portée sont bien évidemment le critère matériel et le critère des pénalités, et loin derrière le critère des finalités en raison de son caractère vague et des appréciations extra-juridiques qu'il rend nécessaires. Pour eux le fait par exemple qu'une pénalité soit *in rem* ou *in personam* n'est pas un fait sans importance, nous l'avons vu, et ils y retrouvent une distinction juridique si classique et si familière qu'ils sont inévitablement conduits, à tort à notre avis, à lui accorder une signification constitutionnelle qu'elle n'a pas, ou mieux qu'elle n'a pas nécessairement<sup>(168)</sup>. Leur qualification constitutionnelle des lois sera donc teintée d'un certain formalisme; une loi provinciale faisant fermer les maisons de désordres ou les maisons où l'on propage le communisme deviendra pour eux une loi sur la propriété, valide comme loi provinciale, d'autant d'ailleurs, diront-ils, que les provinces ont compétence pour prévenir le crime sinon pour le prohiber<sup>(169)</sup>. Semblablement, et cette fois avec plus de raison à notre avis, ils hésiteront à permettre au parlement central d'établir des recours civils dans l'exercice de sa compétence sur le droit criminel; aussi insisteront-ils pour interpréter cette compétence en référence à

---

(166) Voir note 20.

(167) Cette dichotomie n'a qu'un but analytique et explicatif et ne veut comporter aucun jugement de valeur, même si les mots employés (inspiration concrète, inspiration abstraite) peuvent laisser croire le contraire. A notre avis son intérêt vaut non seulement pour l'étude de la notion constitutionnelle de droit criminel, mais pour bien d'autres notions constitutionnelles, en particulier pour la notion de commerce, qui pour les uns n'est qu'un ensemble de contrats (interprétation juridique et abstraite), pour les autres une réalité dynamique, constitutionnellement autonome (interprétation factuelle et concrète). Pour une illustration de ces deux sortes d'interprétations, voir les jugements des juges Abbott et Rand dans l'affaire de la loi d'Ontario sur les produits de la ferme, note 164.

(168) Nous l'avons vu précédemment; le caractère *in rem* ou *in personam* d'une pénalité établie par une loi ne saurait être considéré comme tel comme déterminant sur la nature de la loi en question. Une loi qui enlève les droits de propriété sur les appareils à sous n'est pas une loi sur la propriété, pas plus qu'une loi qui punit les joueurs. On peut considérer cependant qu'une loi qui fait fermer les maisons de désordres est *plus* une loi sur la propriété qu'une loi qui ne fait qu'en punir les tenanciers (cette dernière l'est aussi, puisqu'elle punit ceux qui font un certain usage de leur propriété et qui nuisent aux propriétés des autres); mais ce n'est pas à cause de sa forme, mais à cause du caractère plus efficace du remède qu'elle prévoit. Voir *supra*.

(169) Le type même de ce genre d'argumentation nous est fourni par le juge Taschereau, dans l'affaire *Switzman*, note 103. Nous le croyons erroné, pour deux raisons. A notre avis une loi qui prohibe les discussions sur le communisme dans les maisons n'est pas une loi sur les maisons mais bien sur les discussions qui s'y tiennent. En second lieu nous croyons, pour des raisons déjà dites, qu'il est inexact théoriquement et inutile pratiquement de soutenir que les provinces peuvent prévenir le crime. Bien sûr qu'elles le peuvent, comme tout le monde, pourvu, et c'est ce qui importe, qu'elles le fassent dans l'exercice de leurs compétences propres!

des critères historiques et traditionnels fixatifs<sup>(170)</sup>, notamment dans le domaine des pratiques restrictives du commerce.

Telles sont, très schématiquement rappelées, les tendances de l'interprétation abstraite et juridique de la notion constitutionnelle de droit criminel. On peut lui en opposer une autre, plus factuelle et concrète, à certains égards plus satisfaisante pour l'esprit mais comportant, il faut le mentionner, des risques graves de centralisation<sup>(171)</sup>. Cette interprétation, contrairement à la précédente, nous semble faire passer au premier rang le critère des finalités dans la qualification constitutionnelle des lois. Suivant ses tenants, c'est à saisir les effets pratiques des lois qu'il faut d'abord s'appliquer; si ces effets sont bénéfiques, souhaités par l'opinion et s'ils remédient à certains maux, les lois qui les procurent pourront être considérées comme des lois criminelles, sans égard au fait qu'on ait pu les qualifier autrement par le passé. "The criteria for the pith and substance of crime will remain the same but any given legislation or subject-matter must be able, with a change of public attitude over a period of years, to shift into or out of the criminal head of the federal jurisdiction. It is the facts that are changing, not the law. The function of criminal law remains the same while the examples of crime change from time to time"<sup>(172)</sup>. Il n'est nul besoin d'ajouter de longs développements aux idées qui précèdent pour faire voir le caractère essentiellement empirique de cette seconde interprétation et le refus des critères historiques et formels qu'elle implique. Sans doute a-t-elle l'avantage de réintroduire le réalisme dans ce droit constitutionnel souvent si formel et abstrait; sans doute par ailleurs comporte-t-elle l'immense risque de ne rien laisser des limites, déjà fragiles, à la compétence fédérale sur le droit criminel.

Ainsi l'on se rend compte qu'au plan de la technique constitutionnelle, c'est-à-dire du droit constitutionnel théorique, la notion de droit criminel, entendue au sens concret ou au sens abstrait, pose dans l'un et l'autre cas des problèmes très considérables, dont la cause ultime tient à ce qu'il s'agit d'une notion qui n'a pas de contenu matériel. Les tenants de l'interprétation abstraite tentent d'y pallier par des inventions formelles parfois excessives; les tenants de l'interprétation concrète n'y pallient pas du tout et ouvrent toute grande la porte aux jugements d'opportunité. L'une et l'autre démarches provoquent la perplexité doctrinale plus que l'approbation ou la désapprobation systématique; nous n'irons pas au-delà!

Mais si, passant du plan de la technique constitutionnelle à celui de la politique constitutionnelle, nous étions appelés à porter, à l'intention des fédéralismes futurs, canadiens ou étrangers, nationaux ou internationaux, un jugement de valeur sur cette modeste expérience qu'a fait le fédéralisme canadien en accordant com-

---

(170) On sait que les lois sur l'observance du dimanche furent qualifiées comme lois religieuses, donc criminelles en référence au fait historique qu'elles avaient cette nature en Angleterre. Or dans l'affaire *Robertson and Rostanni c. The Queen*, 1963 R.C.S. 651 la majorité des juges, confrontés à l'argument à l'effet que la loi fédérale à ce sujet enfreignait la liberté religieuse des citoyens, lui ont découvert un caractère séculier qui à la limite pourrait lui faire perdre sa validité constitutionnelle puisque celle-ci tenait justement à son caractère religieux, donc criminel.

(171) Les tribunaux, le Comité judiciaire en tête, n'ont jamais beaucoup favorisé l'interprétation factuelle et concrète. Voir *supra*, nos remarques sur les lois fédérales sur les coalitions. Faut-il le rappeler? "The lady of the common law is not an economist".

(172) Bruce C. McDONALD, *article cité*, note 18, p. 171. Dans une telle perspective il est facile de prévoir que les recours civils auraient vite fait d'être considérés comme des instruments nécessaires à l'exercice efficace de beaucoup de lois criminelles fédérales!

pétence au parlement central sur le droit criminel, tout en laissant aux provinces compétence sur la propriété, les droits civils et l'ordre public local, nous serions portés à juger l'expérience comme extrêmement positive et à inciter d'autres pays à faire de même.

Une fois de plus en effet la conceptualisation théorique et la réalité jurisprudentielle ne correspondent pas l'une à l'autre. Le fait qu'au strict point de vue conceptuel la compétence fédérale sur le droit criminel est privée de contenu matériel aurait pu laisser croire qu'elle serait un instrument idéal de centralisation au profit du parlement central. Nous croyons que la réalité jurisprudentielle a démenti cette prédiction et que ce n'est que théoriquement que la compétence sur le droit criminel peut être considérée comme "indéfiniment extensible". Il est arrivé en effet qu'au Canada les tribunaux ont inventé plusieurs moyens pour y opposer des limites. Il n'est pas prouvé qu'ailleurs et dans des contextes semblables ils ne feraient pas de même.

Que le parlement central, par le biais de sa compétence sur le droit criminel, ait élargi quelques-uns de ses pouvoirs, en matière commerciale notamment; c'est exact. Mais dans une mesure extrêmement faible à la vérité. Et cette faible centralisation a été largement compensée par les nombreuses invalidations de lois provinciales oppressives que l'article 91,27 a rendu possibles et qu'il aurait été beaucoup plus difficile d'invalidier autrement. La compétence fédérale sur le droit criminel, on l'a souvent remarqué, a un caractère vague et ambigu. Pour le meilleur et pour le pire. Parfois pour le meilleur!

François CHEVRETTE, professeur,  
Faculté de droit,  
Université de Montréal.