

28. Libertés publiques

François Chevrette et André Morel,
professeurs à l'Université de Montréal.

Censure provinciale du film et contrôle municipal des manifestations.

La Cour suprême rendait, le 19 janvier dernier, deux jugements d'une importance constitutionnelle considérable. Dans l'arrêt *The Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, elle déclarait valide la législation de la Nouvelle-Ecosse sur la censure du film. Dans l'arrêt *Le procureur général du Canada c. Claire Dupond*, elle reconnaissait valide aussi une disposition du règlement montréalais 3926 concernant les manifestations, qui permet au comité exécutif de prohiber par ordonnance et pour la période qu'il détermine la tenue de défilés dans la ville. Ces deux décisions présentent un grand intérêt au double point de vue du partage fédéral-provincial des compétences et de la protection des libertés publiques. C'est à ces deux titres qu'on en traitera successivement ici.

Au plan du partage des compétences la législation de la Nouvelle-Ecosse et le règlement montréalais se trouvaient l'une et l'autre contestés parce que, selon la prétention des demandeurs *McNeil* et *Dupond*, ils constituaient un envahissement de la compétence fédérale exclusive sur le droit criminel.¹ Cet argument, auquel a souscrit le juge en chef Laskin qui signe le jugement dissident dans ces deux affaires, peut être résumé de la fa-

çon suivante. Les provinces, et sur habilitation provinciale les municipalités, ne peuvent établir de prohibitions de type pénal que dans l'exercice de compétences qu'elles possèdent et à titre de sanctions à des réglementations provinciales par ailleurs valides. Autant les provinces sont compétentes pour légiférer sur la circulation dans les rues et sur le commerce du film, autant elles sont dépourvues d'autorité sur des matières comme l'opinion ou la moralité qui ne figurent pas au catalogue des pouvoirs provinciaux mais se relie à droit criminel fédéral. L'on prétendait donc que l'interdit de diffusion d'un film, en l'instance *Le dernier tango à Paris*, participait de la nature d'une mesure de droit criminel. L'on prétendait la même chose au sujet de la prohibition des manifestations, ajoutant que le Code criminel contenait déjà toutes les mesures nécessaires pour parer aux dangers que certains attroupements peuvent comporter pour l'ordre public.

En écartant cette argumentation la Cour suprême aura rendu, surtout dans le cas de la censure du film, une décision assez surprenante au regard de la jurisprudence existante. En effet plusieurs arrêts antérieurs de la Cour, et parmi les plus célèbres, avaient clairement établi que la moralité et l'opinion étaient en tant que telles des matières soustraites à l'autorité des

provinces.² Dès lors la validité de la censure provinciale du film était loin d'être une conclusion qui allait de soi, et les justifications que fournit le juge Ritchie, qui a signé le jugement dans l'arrêt *McNeil*, ne sont pas de celles qui emportent spontanément l'adhésion.

Que le film soit l'objet d'un commerce et que ce commerce soit de compétence provinciale, on veut bien en convenir. En revanche l'on voit assez mal le lien entre une réglementation de type commercial et une interdiction de diffusion du «produit» pour motif de moralité. De la même façon que la Cour suprême a déjà jugé qu'une loi permettant de faire fermer les maisons où se réunissaient des communistes n'était pas une loi sur la propriété mais bien sur l'opinion,³ de même l'on aurait pu s'attendre à ce qu'elle décide ici qu'il s'agissait de moralité et non de propriété ou de commerce.

Il faut reconnaître toutefois que le jugement ne s'en tient pas à cette fiction. Il s'explique au fond par le fait qu'on y juge valide une intervention publique provinciale pour raison de moralité, pour autant que cette intervention s'exerce sur un mode préventif et non pas sur le mode pénal traditionnel, c'est-à-dire par l'établissement d'infractions et la poursuite subséquente des contrevenants. Les deux jugements mettent en effet l'accent

sur la compétence préventive des provinces, sur leur pouvoir non de punir le crime mais de voir à la suppression des conditions de nature à favoriser son développement.

Mais pareille justification présente deux faiblesses importantes. D'abord celle d'être très formaliste. Le contrôle préventif ou autorisation préalable ne se distingue de l'infraction pénale que par le moment de son exercice dans le temps et par le caractère plus individualisé des prohibitions qui en découlent. Il s'en distingue aussi il est vrai par son caractère plus draconien, mais n'est-ce pas encore une preuve du formalisme de la distinction que d'associer au droit criminel fédéral les mesures les moins dangereuses pour les libertés et d'ouvrir aux provinces l'accès à celles qui le sont davantage? La seconde faiblesse de la justification tient à ce que le pouvoir de prévenir le crime est d'une très grande imprécision, vu l'infinité de moyens auxquels on peut recourir pour poursuivre cet objectif. Ce que l'on a invoqué à ce jour, notamment pour faire valider les enquêtes provinciales sur la criminalité, c'était la compétence des provinces sur l'administration de la justice et non cette vague autorité de prévenir le crime.⁴ La décision déjà ancienne où une telle autorité a été invoquée avec une certaine insis-

(2) *Birks c. La cité de Montréal*, [1955] R.C.S. 799 (en matière d'observance de fêtes religieuses); *Switzman c. Elbing*, [1957] R.C.S. 285 (en matière d'opinion politique). Les arrêts *Saumur c. La cité de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299 (sur la diffusion par l'imprimé de croyances religieuses) et *Johnson c. Le procureur général de l'Alberta*, [1954] R.C.S. 127 (sur l'interdiction des machines à sous) ont à ce sujet une pertinence certaine, encore qu'une autorité un peu moindre en raison du caractère très partagé des avis des divers juges ayant participé à ces décisions.

(3) *Switzman c. Elbing*, *supra*, note 2.

(4) *Di Iorio c. Warden, Jail of Montreal and Brunet*, (1977) 73 D.L.R. (3d) 491.

(1) Art. 91 (27) de l'A.A.N.B.

tance par la Cour suprême avait trait à la fermeture des maisons de désordre.⁵ Celles-ci pouvant constituer une nuisance publique et pouvant nuire aux propriétés voisines, leur fermeture a pu être considérée comme comportant un aspect de protection de la propriété, élément de rattachement à une compétence provinciale que l'on ne retrouve pas dans la censure du film. En ce sens les deux jugements analysés ici sont fort importants en ce qu'ils suggèrent une compétence provinciale spécifique et autonome de prévenir le crime, compétence dont une fois de plus les contours nous semblent bien imprécis et bien difficiles à déterminer.

Il faut noter que les quelques remarques qui précèdent ont probablement une pertinence moindre pour le jugement concernant les manifestations que pour celui sur la censure du film. Dans le premier cas en effet l'élément de rattachement à des compétences provinciales se trouve être plus réel puisque ce sont des risques d'atteinte à l'ordre public «extérieur», de dommages à la propriété et des difficultés d'organisation et de surveillance policières qui sont invoqués au soutien de l'ordonnance temporaire de prohibition des assemblées et défilés. C'est donc à raison que sur ce point le juge Beetz, qui a rédigé le jugement pour la majorité de la Cour dans l'arrêt *Dupond*, rappelle que le pouvoir que donne le règlement montréalais au comité exécutif n'est pas purement discrétionnaire mais se trouve encadré par certaines normes ou conditions dont la violation donnerait ouverture au contrôle judiciaire. Mais cet argument n'a point convaincu les trois juges dissidents

dans cette affaire. Comme on le constate à la lecture des notes du juge Laskin, c'est, entre autres raisons, que ceux-ci se font une idée plus étroite de «l'ordre public provincial ou local». Au fond ce jugement nous met en présence de deux philosophies assez différentes du fédéralisme canadien. Celle du juge Beetz est d'inspiration décentralisatrice, celle du juge Laskin reflète une plus grande «fédéralisation» des valeurs". En termes concrets cela veut dire qu'aux yeux du premier bouillonnement social du type de celui qu'ont connu le Québec et en particulier la Ville de Montréal au tournant des années '70 conserve des aspects de juridiction provinciale qu'il se trouve à perdre aux yeux du second.

Au plan du partage fédéral-provincial des compétences l'arrêt sur la censure du film est certainement plus critiquable que l'arrêt sur les manifestations. En dépit de ce fait, pourquoi donc l'arrêt sur les manifestations nous laisse-t-il si insatisfaits?

C'est qu'en réalité c'est bel et bien un problème de libertés publiques que posait l'affaire *Dupond*, problème davantage dépouillé de considérations juridictionnelles que l'affaire *McNeil*. Mais comme il arrive trop souvent dans l'ordre juridique canadien, il était posé en termes de validité constitutionnelle eu égard au partage des compétences. De ce point de vue, l'arrêt *Dupond* est un arrêt tout à fait classique qu'il faut situer dans la lignée des décisions désormais célèbres que la Cour suprême a rendues au cours des années '50, dans les affaires *Saumur*, *Birks* et *Switzman*.⁶ Car, de ce point de vue toujours, ce n'est pas le résultat qui

importe. Il est indifférent qu'on ait en l'occurrence validé un règlement municipal qui permet de prohiber les manifestations, alors qu'on avait antérieurement déclaré *ultra vires* la législation provinciale ou municipale qui portait atteinte à la liberté de religion et à la liberté d'expression politique ou religieuse. C'était même, d'une certaine façon, dans la logique des choses qu'il en soit ainsi. Il y avait en effet un peu de naïveté et beaucoup d'opportunisme dans la réaction de ceux qui s'étaient réjouis de constater qu'on pouvait, par la théorie du partage des compétences législatives, protéger les libertés fondamentales contre l'arbitraire du pouvoir politique. On pouvait tout aussi bien et par le même moyen les restreindre ou les détruire. L'arrêt *Dupond* vient à point nommé nous le rappeler en démontrant que la technique à laquelle on n'avait que trop fait confiance ressemblait à une plante délicate et fragile qui distille en vérité un poison.

Personne aujourd'hui ne conteste que ce qu'on est convenu d'appeler les libertés publiques ne tombe sous la juridiction exclusive ni du Parlement ni des législatures provinciales, mais peut ressortir simultanément à l'un comme aux autres dans l'exercice de leur compétence législative propre. La jurisprudence constitutionnelle à ce chapitre est aussi concluante qu'abondante. Chacun reconnaîtra donc avec le juge Beetz que «la tenue d'assemblées, de défilés ou d'attroupements dans le domaine public est une question qui, selon l'aspect, relève de la compétence fédérale ou provinciale». Aussi n'y a-t-il aucune anomalie à retrouver à l'article 3 de la *Charte québécoise*

des droits et libertés de la personne une énumération presque identique à celle qui figure à l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*.

Mais quelle portée faut-il attribuer aux textes qui reconnaissent au profit de toute personne les libertés d'expression, de réunion et d'association? Aux idéalistes, le juge Beetz sert une dure leçon. Après s'être demandé, sur le ton de celui qui pose une question dont il ignore la réponse: «Quelle différence y a-t-il entre un droit et une liberté?», il se fait fort de démontrer que la reconnaissance de ces libertés n'emporte pas le droit de s'exprimer sous la forme d'une manifestation publique. «Le droit de tenir des réunions publiques sur un chemin public ou dans un parc est inconnu en droit anglais», rappelle-t-il en citant quelques articles publiés dans les années 1930 et un *dictum* du juge Willis, dans l'arrêt *Ex parte Lewis*⁷ rendu en 1888 et qui est encore considéré comme reproduisant l'état du *Common Law* sur la question. Or, selon le *Common Law*, la manifestation s'écarte de la destination première du chemin qui est de permettre à chacun d'aller et venir. Il était dès lors impossible que se développe en *Common Law* un droit de réunion sur un chemin public car un tel droit ne pouvait que paraître incompatible avec le droit des autres de circuler librement sur ce même chemin.

Nous ne disputerons certes pas de l'orthodoxie de ces affirmations qui s'appuient sur une longue jurisprudence anglaise. On nous permettra toutefois de regretter que la Cour suprême qui avait, pour la première fois de son histoire, à trancher un problème touchant le

(5) *Bédard c. Dawson*, [1923] R.C.S. 681.

(6) *Supra*, note 2.

(7) L.R. 21 Q.B.D. 191.

droit prétendu de manifester, ne se soit pas davantage interrogée sur le sens à donner aujourd'hui au critère du *reasonable and usual mode of using [a highway]*. Car, comme le soulignait fort à propos un auteur, dans un récent article sur la question: *It can be argued that the post-war concern with fundamental freedoms and the use of the streets by social movements as a forum for discussion has made an assembly a reasonable and usual mode of using a highway.*⁸

Ce n'est toutefois pas dans cette direction que la Cour semble disposée à s'engager, si on en juge par le bref passage où le juge Beetz nous donne sa perception de ce qu'est une manifestation. «Une manifestation, écrit-il, n'est pas une forme de discours mais une forme d'action collective. C'est plus une démonstration de force qu'un appel à la raison; la confusion propre à une manifestation l'empêche de devenir une forme de langage et d'atteindre le niveau du discours.» Quiconque a déjà participé à des manifestations risque de ne pas partager ce jugement sévère qui laisse transparaître une fâcheuse et inutile pointe de mépris. Il en est des manifestations comme des autres formes d'expression: on ne condamne pas la liberté de la presse à cause des journaux «jaunes». Tout le monde admettra que certains groupes peuvent chercher à utiliser la manifestation dans un but unique d'intimidation. Le recours à cette forme de revendication est alors certes injustifiable et chacun conviendra avec le juge Beetz qu'une telle manifestation est «plus une démonstration de for-

ce qu'un appel à la raison». Mais pourquoi ne voir dans la manifestation rien d'autre qu'«une forme d'action collective» et lui dénier toute valeur d'expression? En affirmant que les manifestations ne sont pas «une forme de discours» (*a form of speech*), peut-être a-t-on voulu répudier par avance les emprunts à la doctrine américaine qui qualifie la manifestation de *symbolic speech*. Si tel est le cas, on aura été trop loin car il est difficile de démontrer que la manifestation ne peut être une forme d'expression collective et publique d'opinions politiques ou autres.

Tout en reconnaissant, avec la Cour suprême, que «les libertés d'expression, de réunion et d'association ... sont distinctes et indépendantes de la faculté de tenir ... des manifestations dans le domaine public d'une ville», on admettra que la distinction conduit en fait à affirmer que la liberté de manifestation subsiste lorsqu'il est interdit de l'exercer. Une manifestation qui devrait prendre la forme d'«une réunion ouverte au public, sur un terrain privé» n'est déjà plus une véritable manifestation. Et en la restreignant ainsi, on prive en fait de tout mode d'expression politique les individus et les groupes qui n'ont ni la capacité ni les ressources financières de recourir aux moyens classiques de revendication qu'utilisent traditionnellement les élites. N'est-ce pas le lieu de rappeler ici cette réflexion du juge Rand, dans l'arrêt *Saumur*, à l'effet que «la voie publique, qui est en certains cas le seul moyen commode dont on dispose pour faire appel à la collectivité, constitue de-

puis les temps les plus reculés le canal de ce genre de communication».⁹

Personne ne soutiendra que la liberté de manifestation échappe à toute réglementation. Mais elle n'est pas non plus ce qui reste

quand, sous prétexte de la réglementer, on prétend avoir le droit d'en interdire l'exercice sur le domaine public, fut-ce pour une période déterminée, comme l'a fait la Ville de Montréal par son règlement anti-manifestation.

(8) L.A. STEIN, *Municipal Controls over freedom of Assembly in Canada and the United States*, (1971) Public Law 115, à la p. 127.

(9) *Saumur c. La cité de Québec*, supra, note 2, p. 332, d'après la traduction de H. MARX, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada*, Montréal, 1974, p. 634.