MICHEL LEMAY

LA MORALE SOCIALE
ET
LE RÔLE DE L'AGENT
EN MATIÈRE DE SEXUALITÉ

Sous la direction d'André Lacroix, professeur titulaire
au département de philosophie et d'éthique appliquée, Université de Sherbrooke,
thèse présentée
à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval
dans le cadre du programme de doctorat en philosophie
pour l'obtention du grade de *Philosophiæ Doctor*, Ph. D.

FACULTÉ DE PHILOSOPHIE
UNIVERSITÉ LAVAL
QUÉBEC
et
FACULTÉ DES LETTRES ET SCIENCES HUMAINES
DÉPARTEMENT DE PHILOSOPHIE ET D'ÉTHIQUE APPLIQUÉE
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

2011

© Michel Lemay, 2011

« La démocratie n'est pas le régime où l'homme occupe la place fondatrice de l'édifice social, mais où il n'y a pas de « place » fondatrice, où l'absence même de toute fondation permet la réinvention continuelle de l'être-ensemble. »

— Édouard Delruelle, *L'impatience de la liberté*, p. 39

Résumé

Cette recherche vise à clarifier le rôle du sujet dans la formulation du choix en matière de sexualité. Au cours du dernier demi-siècle, nous serions passés d'un encadrement religieux à une situation où les encadrements sont pluriels, nécessitant de nouvelles balises, qu'elles soient juridiques ou éthiques. Notre société démocratique, libérale et pluraliste pourrait voir dans la notion de consentement individuel l'expression concrète et personnelle de la liberté. Une analyse des arrêts de la Cour suprême du Canada vérifie la pertinence et les limites du consentement quand se pose un problème moral en matière de sexualité et que le droit ne semble pas pouvoir résoudre de prime abord.

Un premier chapitre porte sur le contexte sociohistorique, identifiant trois étapes au cours desquelles la morale sociale en matière de sexualité évolua vers la notion de consentement individuel. Un deuxième chapitre, constituant le cadre conceptuel de la recherche, portera sur la clarification des différentes notions de morale et d'éthique et précisera la conception que j'associe à ma définition du désir comme choix éthique. Le troisième chapitre se consacre à l'analyse d'un certain nombre d'arrêts de la Cour suprême. Mais d'abord il présente la méthodologie de la recherche et la grille d'analyse qu'elle suppose ainsi que les thématiques privilégiées dans le choix des arrêts. Le quatrième chapitre discute des résultats de l'analyse en posant la question suivante : les arrêts répondent-ils au besoin d'éthique ? En conclusion, je récapitulerai la démarche de la recherche et soulignerai les découvertes qu'elle apporte. Ce qui me conduira à traiter du rôle des magistrats de la Cour suprême quant à la formulation de la morale sociale. Enfin, je terminerai par une réflexion sur le rôle du sexologue comme accompagnateur éthique.

Avant-propos

Au cours de mes études en sexologie et tout au long de ma pratique d'intervenant en animation, éducation, recherche ou relation d'aide, j'ai constaté à maintes reprises que la sexualité suscite des questions d'ordre moral. Nombreux, parmi les gens qui me consultent, s'interrogent sur le sens moral de certains comportements sexuels et sur les valeurs plus ou moins présentes ou absentes des expressions publiques ou privées de la sexualité. Parfois, la demande d'aide trouve sa réponse non dans la connaissance sexologique purement scientifique ou dans la complexe compréhension psychologique, mais plutôt dans la réflexion axiologique conduisant à une prise de conscience : le malaise vécu relève alors davantage d'un conflit de valeurs, d'une conception éthique confuse de l'amour, de l'érotisme, de la conjugalité, que d'un dysfonctionnement sexuel.

Enfant dans les années 1950 de la Grande noirceur, adolescent à l'époque de la Révolution tranquille, adulte dans la jeune trentaine lors de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, j'ai vécu ce long et continuel glissement des normes religieuses à des normes juridiques. Notre société québécoise[1] est donc passée au cours des cinquante dernières années d'une morale collective, religieuse, hétéronomique[2], à une morale soumise au cadre juridique qui

[1] Dans cette recherche, je traite de la société québécoise et fais référence notamment aux arrêts de la Cour suprême du Canada et à la *Charte canadienne des droits et libertés* qui ont cours pour le Québec, bien qu'aucun de ses premiers ministres n'ait encore signé la nouvelle constitution de 1982.

[2] Du grec ετεροσ (hétéros) signifiant *autre* et νομοσ (nomos), *loi*. *Hétéronome* : « Qui reçoit d'un autre la loi qui le gouverne, ou qui est mené par des forces qui échappent à son libre vouloir », d'après le *Dictionnaire de la langue philosophique* de Paul Foulquié, p. 318. *Hétéronomique* : qui a rapport à l'hétéronomie

favorise une grande autonomie[3] personnelle. Paradoxalement, après avoir *privatisé* la sexualité et réduit la dimension éthique à une affaire de choix ou de consentement libre et éclairé, c'est dans l'espace public et politique qu'on a traité de morale pour finalement officialiser des droits et des lois balisant les comportements sexuels. Ainsi, en matière de sexualité, on ne parle plus de *conduite morale, amorale ou immorale,* mais d'*acte légal ou illégal*. Autrement et radicalement dit, n'ayant que la signalisation juridique et de grands panneaux publicitaires pour s'orienter, la personne dépouillée de sa dimension éthique se trouve quelque peu laissée à elle-même.

L'exercice professionnel m'a vite confronté à la dimension éthique de la sexualité. Même si l'intervention sexologique fait généralement la part belle à la psychologie, aux émotions et aux sentiments, on ne peut occulter la pertinente exploration des valeurs qui bien souvent font partie du malaise, du conflit, des enjeux ou tout simplement de l'éducation sexuelle. Mais d'autres fois, parce qu'on croit, vaguement, partager les mêmes valeurs, on ne les clarifie pas ou on y fait encore moins référence. Ou bien on se contente de dire « *Ça va à l'encontre de mes valeurs* » pour clore une discussion et couper court à la recherche d'une entente.

En 1990, un Centre de réadaptation en déficience intellectuelle[4] a fait appel à mes services de sexologue pour concevoir une politique en matière de sexualité. À l'époque, ce type de document officiel tenait de la liste énumérant les nombreux comportements interdits auxquels s'ajoutaient quelques-uns permis et fortement encadrés; à l'expérience, une telle politique s'avérait tout à fait inapplicable compte tenu de la diversité de la clientèle, des milieux de vie et

[3] *Autonomie* : capacité de se donner à soi-même (αυτοσ ou autos) ses propres normes.

[4] Il s'agit du Pavillon du Parc, ayant alors son siège social à Aylmer, aujourd'hui Gatineau.

des situations concrètes. Pour ma part, j'ai voulu au contraire que la politique exprimant la volonté de l'institution « identifie les grandes orientations et favorise des prises de décision plus rationnelles »[5] chez les groupes concernés (les personnes ayant une déficience intellectuelle, les parents, les différents personnels et la direction de l'établissement) afin de pouvoir « de façon plus assurée analyser et interpréter des situations, des comportements et déterminer alors des démarches et actions sexo-éducatives plus cohérentes.[6] » La question des valeurs se posait : comment ne pas imposer les valeurs des intervenants, tout en respectant celles des parents et en tenant compte des choix des bénéficiaires ? Pour sortir de l'impasse, le guide de référence du Pavillon du Parc « promeut sept valeurs comme fondamentales. Les deux premières se retrouvent clairement énoncées dans les Chartes canadienne (art. 15, 1 et 28) et québécoise (art. 10 et 47) des droits et libertés, tandis que les cinq autres comptent parmi les valeurs auxquelles aspire la culture nord-américaine.[7] »

Quelques années plus tard, le même établissement donnait le mandat à une équipe composée d'une éducatrice, d'un agent technique et du sexologue contractuel, de créer des outils d'intervention sexo-éducative. De 1995 à 1996, nous avons conçu un grand nombre de jeux regroupés en 8 valisettes[8] sous le titre général de *SexoTrousse*. La dernière valisette, *Plaisir et*

---

[5] *Guide de référence en intervention sexo-éducative*, p. 4. Il s'agit d'un document officiel que le conseil d'administration du Pavillon du Parc adopta le 2 octobre 1990.

[6] *Idem*, p. 4.

[7] *Idem*, p. 4. Il s'agit des valeurs suivantes : égalité des sexes, liberté et attirance sexuelle, mixité des milieux de vie, consentement mutuel, intimité, individualité, responsabilité.

[8] La valisette, d'un format entre le sac d'école, ou sacoche, et le cartable, permet le rangement et le transport des documents.

normes, comprend quatre jeux (*Délits… cas*, *Sauf-conduits*, *Au-delà du normal*, *À la découverte des normes*) visant à développer, à partir de situations particulières, des habiletés à la réflexion éthique afin de prendre une décision éclairée en regard de normes sociales et surtout des valeurs fondamentales qu'identifiait le *Guide de référence*. Je rappelle qu'il s'agit de matériel pédagogique s'adressant aux personnes ayant une déficience intellectuelle, et pourtant cette valisette no 8 s'avéra la plus populaire de la *SexoTrousse*, et cela auprès de toutes sortes de clientèle, avec ou sans déficience. Malgré la qualité des jeux, je pense que l'intérêt pour la réflexion éthique en matière de sexualité explique en grande partie le manifeste succès de *Plaisir et normes*.

Après ce coup de *maître en sexologie*, qui relevait de l'ordre de l'*intuition*, je restais sur ma faim de compétences plus philosophiques. Il fallait poursuivre mes recherches dans le domaine de l'intervention sexo-éthique. Une première inscription au doctorat en philosophie dans une université de Montréal se solda par une déception et un abandon après deux semestres. Mais l'intérêt persistait. Quelques années plus tard, j'ai eu une révélation, pour ainsi dire, en écoutant une entrevue radiophonique avec un professeur[9] du département d'éthique appliquée de l'Université de Sherbrooke. Ce fut l'élément déclencheur d'une démarche académique et libératrice faisant le pont entre un rêve d'adolescence d'être docteur en philosophie et la contemporaine nécessité professionnelle pour un sexologue de développer ses compétences en éthique.

Entre la sexualité et l'éthique, il y a une relation très intime qui passe notamment par le désir érotique. Le désir, c'est le choix d'une action ayant des conséquences positives ou négatives,

[9] Il s'agit soit de Georges-Auguste Legault, soit de Jean-François Malherbe.

renvoyant à des normes plus ou moins claires, se référant à des normativités qui peuvent s'opposer ou apparaître conflictuelles, incompatibles, voire insuffisantes. Le désir érotique, c'est parfois une décision prise rapidement, peut-être influencée par l'émotivité du moment, des fantasmes obsessionnels, des motivations inconscientes, la pression de l'autre ou du milieu, ou toutes sortes de raisons plus ou moins conscientes et réfléchies. Et pourtant, le désir érotique peut s'avérer fort engageant, peut mobiliser nos valeurs les plus profondes, faire appel à nos idéaux les plus chers et avoir des conséquences marquantes ! Tout comme manger, faire l'amour est une activité dite naturelle. Tout comme nous réfléchissons sur ce que nous portons à notre bouche, tout comme nous pouvons nous questionner sur nos habitudes alimentaires, comme nous sommes parfois confrontés à des dilemmes entre la promesse d'un plaisir immédiat, la recherche d'une satisfaction épanouissante, une priorité à privilégier, un ennui à compenser, etc., l'exercice de la sexualité présuppose une alliance bénéfique entre les affects, les élans de l'âme et du corps, les besoins primaires, secondaires et autres imaginaires, immédiats et profonds, …et la raison. Et plus que tout, le lien qui noue le désir érotique et la réflexion éthique relie ensemble les partenaires concernés. Dans sa dimension éthique, ce désir intersubjectif de l'autre propose, avec sa puissance d'émancipation, une conception délibérative de la morale contemporaine en matière de sexualité.

D'une morale que traduisent des normes juridiques balisant le consentement individuel et qui pourrait s'avérer tout aussi hétéronomique que la morale religieuse qu'elle remplacerait, nous en arriverions à une morale sociale du pluralisme. Celle-ci, que caractériseraient les valeurs fondamentales de notre société québécoise, se concrétiserait dans des situations particulières, et s'actualiserait par la réflexion intersubjective des agents éthiques concernés. C'est du moins ce que je souhaite défendre dans la présente thèse.

Pour ce faire, j'adopterai une perspective philosophique qui met en évidence le fait que notre conception du sujet a grandement évolué. Partant de cette constatation que la plupart des sociétés occidentales se réclament de l'ère de l'individualisme, je critiquerai l'idée que la notion d'individu se réduirait à une conception axée sur l'indépendance proche d'une éthique de l'égocentrisme. Au contraire, je présenterai dans une approche pragmatiste le sujet comme un individu qui, tout en affirmant sa subjectivité, se développe et se réalise dans des conditions interindividuelles et intersubjectives.

Un tel projet, va sans dire, rencontre d'importants obstacles. Un doctorant peut voir dans l'*Odyssée* d'Homère une image symbolique de son parcours aventureux en quête de sens. Le héros de l'histoire y retrouve les composantes a) de temps (presque une décennie), b) d'aide intellectuelle supérieure (le directeur de thèse que personnifie Athéna), c) de famille patiente (l'aimante conjointe et l'enfant qui grandit), d) d'un retour aux sources (études de jeunesse en philosophie), voire d'un ressourcement (comme formation continue en lien avec ma pratique de sexologue, e) et d'une initiation sans nul autre pareil à la dimension éthique des interactions sexuelles.

Je tiens donc à remercier tout particulièrement ma famille : d'abord ma chaleureuse, éclairante et admirable sœur Denyse qui, venant tout juste de terminer son propre parcours doctoral, a su rapidement me convaincre d'entreprendre à mon tour une démarche intellectuelle si stimulante, puis ma Pénélope qui se nomme Carole et notre fille Claudèle qui nous l'espérons profitera pleinement de cette réflexion. Mes très chères nièces Nancy et Geneviève et le chercheur-

créateur Christian participent à cette valorisation familiale d'acquérir davantage de compétences académiques et pratiques pour mieux intervenir en situation particulière.

Il y a aussi mes vieux compagnons de jeunesse[10] avec qui je partage l'audace d'avoir tant discuté de la morale chrétienne entre les murs accueillants et tolérants de notre collège de Jésuites, ainsi que mes collègues d'études ou de pratique en sexologie si dynamiques dans nos délibérations intersubjectives et solidaires pour promouvoir de façon très engagée la conception d'une profession qui favorise un vécu émancipateur.

Des professeurs, chacun à leur façon et dans leur genre, ont su transmettre aux adolescents et adolescentes de ce contestataire collège Saint-Ignace un intérêt pour la philosophie qui s'est mué en curiosité critique et semble perdurer suffisamment pour nous aider à garder la forme intellectuelle et à y mettre un peu de substance. Je salue les Michel Dufour, Jacques Dufresne, Marie-Josée de Groot, Normand Lacharité, Karl Lévesque de mémoire haïtienne, André Moreau, Claude Panaccio, etc. J'ai beaucoup apprécié retrouver cette passion épanouissante chez d'autres professeurs, à une tout autre époque et pour des raisons bien différentes : je veux honorer ici les Luc Bégin, André Duhamel, André Lacroix, Georges-Auguste Legault et tous ceux et celles qui créent et conçoivent l'éthique appliquée que peut-être un jour on associera à l'École de Sherbrooke ou plus anonymement à l'approche pragmatiste. À la toute fin, je remercie, ô combien, pour son intelligente patience, sa créativité intellectuelle, son engagement pluriel, sa sensibilité éthique, et sa détermination encourageante à m'accompagner dans ce parcours pas toujours évident pour moi, mon directeur de thèse André Lacroix.

---

[10] Les allumés Claude Choquette, Jean-Paul Faniel, Pierre Gagnon, Jacques Laberge, François Lanctôt, Michel Lessard de pataphysique mémoire, Jean-Yves Trempe, Gérard Pelletier, Pierre Valois, et *tutti quanti*.

Table des matières

Résumé i

Avant-propos ii

Table des matières ix

Introduction : un changement de paradigme

I. Introduction 1

I.1 Les différentes phases de l'évolution de la morale sociale 3

I.1.1 La morale religieuse 4

I.1.2 La morale des Révolutions tranquille et sexuelle 9

I.1.3 Normes juridiques et morale sociale : la régulation par les droits et libertés 13

I.2 La morale sociale et le sujet éthique 17

Chapitre I - Éthiques et morales en matière de sexualité

1. Introduction 24

1.1 La morale religieuse des années 1950 27

1.2 L'émancipation morale des années 1960 et 1970 39

1.3 La morale des droits et libertés des années 1980 et 1990 47

Chapitre II – Le cadre conceptuel

2. Introduction 71

2.1 Trois types de thématique 73

2.2 Morale [et éthique] : concept-clé 76

2.2.1 La morale religieuse 77

2.2.1.1 La critique réformiste de la morale religieuse traditionnelle 77

2.2.2 Guyon : une éthique rationaliste 80

2.2.3 Le positivisme et les fondements de la vérité 85

2.2.4 Le tournant linguistique et l'éthique délibérative 89

2.3 Le consentement : affirmation de l'autonomie 97

2.3.1 Consentement mutuel et absence de violence, de coercition ou de tromperie 98

2.3.2 Le libertarisme 100

2.3.3 Le libéralisme moral 104
2.4 La morale sociale des droits et libertés 107
2.4.1 Le rôle des juges 108
2.4.2 Valeurs et normes 114
2.4.3 Théories de justification et théorie morale 117
2.5 Conclusion : une nécessaire conceptualisation de l'agent moral 123

Chapitre III – Les arrêts de la Cour suprême
3. Introduction 128
3.1 Le corpus d'analyse et la méthodologie 130
3.2 La grille d'analyse 137
3.3 Analyse des arrêts 139
3.3.1. La théorie du préjudice 141
3.3.1.1 *Towne Cinema Theatres* : le principe de tolérance 142
3.3.1.2 *Butler* : le principe de tolérance en fonction du préjudice 147
3.3.1.3 *Labaye* : la théorie du préjudice 154
3.3.2 Analyse thématique des arrêts 159
3.3.2.1 Thématique *Obscénité/Indécence* 159
3.3.2.1.1 Arrêts rejetés 160
3.3.2.1.2 Arrêts retenus 163
3.3.2.1.3 L'importance de l'auditoire 164
3.3.2.1.4 Le préjudice 166
3.3.2.1.5 *Butler* : la liberté de louer et vendre du matériel obscène 169
3.3.2.1.6 *Little Sisters Book* : la liberté d'importer du matériel pornographique 171
3.3.2.1.7 *Sharpe* : la liberté de posséder en privé de la pornographie juvénile 175
3.3.2.2 Thématique *Prostitution* 178
3.3.2.2.1 Sélection et pertinence des arrêts 178
3.3.2.2.2 Ambiguïté du discours 180
3.3.2.3 Thématique *Consentement* 196
3.3.2.3.1 *Labaye* et le préjudice 196
3.3.2.3.2 *Audet* et la reconnaissance de la vulnérabilité 200
3.4 Les points saillants 205

Chapitre IV : La morale sociale exige un agent éthique

4. Introduction 209
4.1 La conception morale du droit libéral 211
4.1.1 Des dates marquantes : 1868, 1959, 1962, 1985, 1990, 1992 212
4.1.2 Valeurs et normes de la morale sociale 216
4.1.2.1 Clarification des termes 216
4.1.2.1.1 Valeurs constitutionnelles 218
4.1.2.1.2 Valeurs et intérêt économique 219
4.1.2.1.3 Valeurs et consentement 220
4.2 Dynamique : morale sociale et agent éthique 228
4.2.1 Une conception morale à géométrie variable ? 229
4.2.2 Un sujet de droit devenu agent moral 233
4.2.3 La raison délibérative 240
4.2.4 Éthique délibérative et pluralisme des conceptions anthropologiques 246
4.2.5 L'éthique comme composante de la sexualité 249

Conclusion

5. Introduction 255
5.1 Démarche et découvertes 255
5.1.1 Tolérance et préjudice 258
5.1.2 Reconnaissance de la vulnérabilité des personnes 260
5.1.3 Intégration des valeurs sociales fondamentales 263
5.2 Le rôle des juges 266
5.3 La dimension éthique du travail du sexologue 269

ANNEXE I : Liste des tableaux 276

ANNEXE II : Tableau des types de conception morale 277

Références bibliographiques 280

Introduction

Un changement de paradigme

I. Introduction

Des années 1950 à aujourd'hui, le Québec a vécu une lente révolution sexuelle[11] ayant des répercussions majeures sur la nature et le rôle de la morale ainsi que sur la reconnaissance de la dimension éthique de notre désir[12]. Autrement dit, nous sommes passés d'une morale normative essentiellement religieuse à une morale fortement juridique, mais toujours normative, qui fait appel à un agent plus autonome. Comment expliquer ce changement de paradigme et quelle

[11] Dans leur article sur *L'émergence de la sexologie au Québec*, publié dans *Sciencia Canadensis : revue canadienne d'histoire des sciences, des techniques et de la médecine*, vol. 11, no 2, (33) 1987, André Dupras et Hélène Dionne définissent ainsi l'expression *révolution sexuelle* : « La révolution industrielle a déclenché chez les Québécois un mouvement de transformation des normes et des comportements sexuels. L'expression "révolution sexuelle" va être utilisée pour désigner les conséquences introduites dans la famille et la conduite sexuelle par suite de la modernisation du Québec. Parmi les changements à souligner, mentionnons l'acceptation du contrôle des naissances, l'accroissement des relations sexuelles prémaritales, la diminution de la culpabilité liée a la sexualité, la modification du mariage traditionnel par le mariage à l'essai, l'augmentation des naissances hors mariage. Durant les années soixante, des experts ont diffusé des idées nouvelles sur la contraception et la sexualité en plus de mettre en application des projets de services en planification des naissances et d'intervention en éducation sexuelle. Ils ont ainsi contribué à la libéralisation des moeurs sexuelles au Québec. », p. 95.

[12] Je donne ici la définition que j'attribue aux termes *désir* et *besoin*. Le *besoin* est un *manque*, ce que nous n'avons pas. Le *désir* constitue la *réponse* que nous apportons au besoin. Parfois nous ressentons du désir sans clarifier à quel besoin il répondrait. Ou nous identifions un besoin sans connaître ce qui y répondrait ou comment y répondre. Notre désir/réponse peut être impulsif ou réfléchi, et nous pouvons évaluer le besoin comme fondamental, superficiel, secondaire, prioritaire, etc. Je souligne ici la relation dynamique entre l'un et l'autre, ainsi que la nécessaire réflexion pour mieux les conjuguer.

fonction la nouvelle morale attribue-t-elle à l'agent ? C'est ce à quoi je cherche à répondre dans la présente recherche. Pour ce faire, il apparaît pertinent d'expliquer avant tout l'importance de la morale sociale en matière de sexualité.

C'est pourquoi j'identifierai d'abord les différentes phases de l'évolution de la morale sociale en partant de la période de l'après-guerre jusqu'aux années 1980 qui marquent, avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, une certaine judiciarisation de la morale sociale. Cette mutation comporte une période de transition, les années 1970, durant laquelle de nombreux débats publics ont favorisé et nourri la réflexion, notamment entre partenaires concernés, sur les valeurs personnelles et sociales, partagées ou rejetées[13], motivant le choix d'un comportement sexuel, érotique, amoureux, conjugal[14]. J'expliquerai ensuite comment et pourquoi notre société

---

[13] Marie-Paule Desaulniers, "Évolution des conceptions de la sexualité : performance ou relations humaines ?" *in Sexologie actuelle*, (octobre 1997), bulletin de l'Association des sexologues du Québec.

Plusieurs ouvrages, traitant du féminisme, de la révolution sexuelle, des enjeux de la sexualité, des relations entre les femmes et les hommes, alimentaient les débats publics. En voici quelques-uns : Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard, 1970, 1971; Shulamith Firestone, *La dialectique du sexe. Le dossier de la Révolution féministe,* Paris, Éditions Stock, 1972; Jacques Lazure, *Le jeune couple non marié. Une nouvelle forme de révolution sexuelle,* Montréal, Les Presses de l'Université du Québec, 1975; Wilhelm Reich, *L'irruption de la morale sexuelle. Étude des origines du caractère compulsif de la morale sexuelle*, Paris, Éditions Payot, 1972 ; Jos.

[14] Pour une meilleure compréhension des termes *sexuel*, *érotique*, *amoureux*, *conjugal*, voici le sens que je leur attribue dans le cadre de cette recherche. *Sexuel* : qui se rapporte à la sexualité dans ses dimensions corporelle, génitale et physiologique. *Érotique* : qui se rapporte à la sexualité associée à la sensualité, c'est-à-dire à des sensations, des émotions et des sentiments agréables. *Amoureux* : qui se rapporte à l'amour, c'est-à-dire à un lien affectif privilégié empreint d'affection et qui s'accompagne d'un désir sexuel dans sa version conjugale. *Conjugal* : qui se rapporte aux conjoints, c'est-à-dire à des personnes que lie un engagement amoureux, qu'il soit marital ou non, marqué ou non par la cohabitation.

a évolué vers des normes juridiques qui constituent en quelque sorte la nouvelle morale sociale. Je démontrerai, enfin, pourquoi une telle conception de la morale peut conduire à une impasse s'il n'y a pas une moralisation du droit et une revalorisation du rôle de l'agent éthique.

I.1 Les différentes phases de l'évolution de la morale sociale

Bien qu'il s'avère toujours arbitraire de trancher dans le flot continu du temps, je découpe en quatre épisodes les soixante dernières années. Ni strates qui offriraient par leur coupe nette un portrait immuable de la situation, ni écluses qui véhiculeraient toujours la même substance en en variant qu'une seule dimension, ces tranches d'histoire n'ont rien d'étanche. Pourtant, d'un certain point de vue, chacune d'elles constitue une étape de la transformation de la morale en matière de sexualité et illustre une figure différente de ce qui précède et de ce qui suit dans la continuité et la différenciation. Voici telles que je les identifie ces trois étapes historiques du changement de paradigme de la morale sexuelle.

— La morale religieuse des années 1950, se prolongeant jusqu'au début des années 1960.

— L'émancipation morale des années 1960 et 1970.

— La morale des droits et libertés de l'individu dans les années 1980 et 1990.

Une dernière étape déboucherait sur l'exigence d'un agent éthique[15].

[15] Pour cette recherche, je fais la différence suivante entre les termes *éthique* et *morale*. Tous deux se rapportent à la conception ou à l'étude du Bien et du Mal, ou du Juste. Le premier exprime le point de vue de l'individu, comme dans l'expression : *choix éthique de la personne*. Le second renvoie aux normes sociales, c'est-à-dire aux lois, principes ou règles qui s'imposent à tous.

Comment identifier une morale propre à chacune de ces quatre toutes récentes périodes historiques ? Est-ce sensé ? En fait, il ne s'agit pas de présenter quatre théories officiellement structurées caractéristiques d'autant de moments de notre histoire contemporaine. L'objectif visé consiste à décrire différentes conceptions morales de la sexualité ayant caractérisé des segments de l'histoire du Québec au rythme des changements sociologiques, politiques et culturels marquant les soixante dernières années. Une morale ne naît pas spontanément et abstraitement de l'intellect d'un pur théoricien. Des expériences sociales particulières renforcent tels contenus de tels concepts et contribuent au choix des normes sociales. Plus tard, parfois bien plus tard, il y a théorisation pour expliquer la teneur de ces changements. Si une certaine façon de voir la morale ou d'agir moralement caractérise une communauté, on peut chercher à en comprendre rationnellement sa pertinence sociale, chercher les raisons pour lesquelles elle prévaut à une certaine époque, clarifier les arguments auxquels elle recourt pour justifier *sa vérité* en matière de sexualité.

I.1.1 La morale religieuse

La figure illustrant la première étape est celle de la morale religieuse de la décade 1950, qui consolide l'homogénéité sociale comme le souligne Jean-Marc Samson, un des fondateurs du département de sexologie de l'Université du Québec à Montréal : « Les comportements sexuels des individus se devaient donc d'obéir à une certaine orthodoxie qui visait moins le bonheur des personnes humaines que l'homogénéité sexuelle, suprême garantie de la continuité du groupe.[16] »

---

[16] Jean-Marc Samson, « La révolution sexuelle de demain », *in* *Cahiers de recherche éthique*, no 3 : *Une nouvelle morale sexuelle ?*, Montréal, Fides, 1976, p. 134.

De 1944 à 1959[17], les Canadiens français, selon l'appellation de l'époque, savaient parfaitement de quel côté de la droite ligne morale situer un comportement sexuel : la conception religieuse fondée sur la Tradition cataloguait de façon claire et distincte les actes sexuels en actions *en soi* bonnes ou mauvaises. Imprégnés de cette morale catholique, les jeunes et les adultes étaient instruits de la liste des comportements interdits et du court répertoire des activités permises dans le strict cadre du mariage religieux, seul lieu autorisé d'exercice limité de la sexualité.

Dans ce contexte très encadrant, l'individu avait, moins que plus, le choix moral entre obéir ou désobéir à un impératif catégorique, c'est-à-dire à un commandement qu'avait énoncé non sa propre conscience, mais une instance tout à fait extérieure à lui : l'Église catholique romaine, interprète et porte-parole de Dieu. Guy Bourgeault, professeur à la faculté de théologie de l'Université de Montréal, affirmait en 1976 dans un texte sur les enjeux éthiques et politiques de la sexualité humaine : « Une certaine morale sexuelle, celle qui a été massivement véhiculée par les catéchismes et les sermons […], a été inculquée aux Américains comme aux Européens qu'elle préparait aux frustrations […] d'une sujétion toute passive à l'autorité de l'État (ou de l'Église)…[18] » La motivation d'agir moralement reposait non sur l'autonomie et la réflexion du sujet, mais sur la reconnaissance d'une autorité morale transcendante, sur la complète obédience à un Être suprême, source de la connaissance métaphysique, transcendantale, du Bien et du Mal. En outre, des affects comme la peur et l'anxiété pouvaient motiver l'obéissance morale : crainte du jugement divin et de l'enfer éternel ou de la réprobation sociale allant de la mauvaise

[17] *Régnait* alors le premier ministre Maurice Duplessis, chef de l'Union nationale, un parti nationaliste et conservateur qui valorisait les aspects traditionnel, rural, catholique et francophone du Québec.

[18] Guy Bourgeault, « Sexualité humaine : enjeux éthiques et politiques», *in Cahiers de recherche éthique*, no 3 : *Une nouvelle morale sexuelle ?*, Montréal, Fides, 1976, p. 69.

réputation jusqu'à l'exclusion de la communauté. Fortement associée au péché et à la culpabilité, la signification morale de la sexualité s'enracine alors solidement dans les textes fondamentaux du catholicisme et dans la mythologie judéo-chrétienne aussi bien que dans le communautarisme d'un Québec tissé si serré que la vie intime des individus se confond avec la trame collective.

Historien et professeur au département des sciences humaines à l'Université du Québec à Rimouski, Gaston Desjardins a dressé un portrait plus nuancé de l'évolution de la normativité sexuelle au Québec des années 1930 à 1960 à partir de l'analyse des discours catholiques sur la pédagogie sexuelle s'adressant aussi bien aux adolescents qu'adolescentes[19]. Ces discours cherchent soit à véhiculer la ligne directrice officielle de l'Église, soit à moderniser le système normatif et la morale sexuelle sans toutefois remettre en question ses valeurs fondamentales. Le chercheur identifie trois tendances.

Une première, utilisant le silence et le non-dit ou l'éducation morale, vise la chasteté par l'acquisition des habitudes de rigueur et de vertu. Cette moralisation de la sexualité initie à un ordre social spécifique : « Autorité, hiérarchie et renoncement sont compris comme conditions essentielles à une véritable promotion sociale, avec, en filigrane, des types d'éducation différenciés pour filles et garçons.[20] »

---

[19] Dans la mesure du possible, j'utiliserai des formules ou des termes, comme *personne* et *être humain*, désignant inclusivement les garçons et les filles, les femmes et les hommes. Parfois, il apparaîtra plus juste ou significatif d'utiliser les deux genres, comme dans cette phrase-ci.

[20] Gaston Desjardins. « La pédagogie du sexe : un aspect du discours catholique sur la sexualité au Québec (1930-1960), *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 43, no 3, 1990, p. 385. Voir aussi du même auteur : *L'amour en patience. La sexualité adolescente au Québec, 1940-1960*, Sainte-Foy, P.U.Q., 1995.

La deuxième tendance cherche à anoblir la sexualité : on célèbre la beauté des lois de la vie et on valorise la procréation dans le mariage. Fait nouveau, on traite aussi bien des aspects anatomiques et psychologiques que moraux et on critique quelques préjugés sur les menstruations et l'éjaculation nocturne[21], et ce tout en décriant des comportements dits anormaux comme la masturbation ou l'homosexualité. Si la famille devient l'instrument de régulation, les parents doivent néanmoins se référer aux autorités expertes pour définir les normes : au prêtre bien sûr, mais aussi au médecin, au psychologue, au pédiatre, au psychiatre, etc. Bien que les notions cléricales de péché et de chasteté subsistent, un nouveau modèle émerge, axé sur des rapports plus intenses entre les parents et les enfants : « Lorsqu'on insiste tant sur la noblesse d'âme comme principe premier de régulation, lorsqu'on parle de maîtrise de soi, d'autonomie, d'idéal de réussite social, c'est bien à la famille en tant que *cellule autonome* que l'on s'adresse.[22] »

La troisième tendance se démarque clairement des considérations morales que promeut l'Église, et ce ouvertement : « Ses aspects fondamentaux sont débattus particulièrement dans des revues d'éducation comme *Collège et famille, L'Enseignement primaire*, *L'École des parents,* etc.[23] » Ce mouvement aux orientations réformistes faisant référence aux savoirs scientifiques et modernes sur l'enfance et la pédagogie favorise le développement de la personnalité des jeunes. L'importance accordée à la construction de son individualité, dans le cadre du projet chrétien, conduit à une certaine reconnaissance de soi comme sujet moral : « Pour éviter le conformisme

[21] Que l'on appelait *pollution* nocturne.

[22] Gaston Desjardins, éd. citée, p. 391.

[23] Gaston Desjardins, éd. citée, p. 392.

de façade, l'hypocrisie, il devient impératif de combler la distance entre la moralité de comportement et la perception de soi comme sujet moral »[24].

À l'orée des années 1960, la pastorale et la famille cèdent la place à de nouveaux agents de socialisation de la sexualité. Les méthodes d'éducation et les mécanismes de contrôle traditionnels essuient l'assaut d'une nouvelle forme de culture populaire que véhiculent les médias de masse.

> « Une nouvelle culture du corps se développe, de nouvelles perceptions de la sexualité se propagent graduellement. Des publications populaires, tels *Samedi, Le Petit Journal, La Revue moderne, La Revue populaire,* sans parler de la radio, du cinéma, de la télévision, ni des publications qualifiées de «pornographiques», tous ces médias témoignent par leur contenu de la place grandissante de l'érotisme dans le marché de la culture de masse.[25] »

En somme, un nouveau savoir construit sur la science influence l'éducation morale traditionnellement fondée sur des préceptes religieux. La jeunesse et aussi les familles s'ouvrent à des valeurs nouvelles qu'apporte une ère de modernité ouverte à toutes sortes d'influence. Un tel changement appelle à une majeure remise en question du discours sur la sexualité, et par conséquent du code moral.

---

[24] Gaston Desjardins, éd. citée, p. 393.

[25] Gaston Desjardins, éd. citée, p. 396.

I.1.2 La morale des Révolutions tranquille et sexuelle

La seconde étape de la métamorphose s'incarne dans deux révolutions. Le Québec a traversé les années 1960 et 1970 en remettant en question cette morale fondée sur la tradition religieuse. Voici comment François Ricard, alors professeur à l'université McGill, décrit dans son célèbre essai sur les premiers-nés du baby-boom la décade des « idéologies lyriques », selon son expression, qui donna lieu à quantité de discours, de doctrines, de systèmes d'idées : « Ce foisonnement atteint son apogée pendant les années soixante-dix et au début des années quatre-vingt, qu'il concourt pour une bonne part à faire apparaître comme la période de transition, de « crise générale des valeurs » par quoi on s'est plus à les caractériser.[26] »

En présentation d'un recueil d'analyses sur la sexualité au Québec durant les années 1960 et 1970, Joseph J. Lévy et André Dupras, chercheurs au département de sexologie de l'Université du Québec à Montréal, notent l'important changement de registre des valeurs dans ce champ de pratique : « Les mutations socio-économiques s'accompagnèrent d'une remise en question du discours religieux. Ce dernier éclata pour laisser place à un mouvement de laïcisation qui remettait en question les valeurs traditionnelles rattachées à l'expression de la sexualité.[27] »

---

[26] François Ricard, *La génération lyrique,* Les Éditions du Boréal, 1992 et 1994, p. 197.

[27] *La sexualité au Québec. Perspectives contemporaines*, Éditions IRIS, Longueuil, 1981, p. 7.

Dans un article sur la morale des années 1945-1960, Jean-Marc Larouche, professeur au département de sociologie de l'Université du Québec à Montréal, souligne que la sécularisation[28] ne concernait pas uniquement le politique et l'économique, mais aussi la conscience morale avec « l'émergence d'un modèle socio-éthique rompant avec la morale sexuelle prescrite et annonçant un nouveau type de discours, la sexologie morale.[29] » Dans un autre article, traitant des rapports entre religion, éthique et société, le même chercheur considère que ce phénomène ne doit pas s'interpréter comme une crise morale, mais comme une crise de la conscience morale à la recherche d'une nouvelle éthique autonome et séculière se libérant du modèle clérical traditionnel pour se tourner vers une éthique émancipatoire durant la décade 1970 et aboutir dans les années 1980 à la fois à une éthique de la responsabilité partagée et aussi à une visée plus normative, voire juridique[30].

La Révolution tranquille concerne tout le Québec, aussi bien dans ses valeurs, ses institutions, ses populations que ses idéaux collectifs. La sexualité n'a bien sûr pas échappé à tous ces

---

[28] Dans son article « L'émergence de la sexologie au Québec. De la militance éthique à la sexosophie », *in Studies in religion/Sciences religieuses*, vol. 18, no 5, winter/hiver 1989, p. 5, Jean-Marc Larouche définit ainsi la sécularisation : « La sécularisation a souvent été le maître-mot pour rendre compte des changements socio-culturels qui ont affecté la société québécoise durant les années soixante. Par là, on entendait surtout un processus d'autonomisation des diverses sphères de 1'existence individuelle ou collective par rapport au référent religieux jusque-là dominant, le catholicisme. »

[29] Jean-Marc Larouche, « De la morale sexuelle à la sexologie morale », *in La morale prescrite et vécue au Canada français de l'après-guerre, 1945-1969 : actes du colloque tenu à l'université d'Ottawa les 22 et 23 mars 1990*, Cultures du Canada français, no 8, pp. 62-72.

[30] Jean-Marc Larouche, « Religion, éthique et société », *in L'étude de la religion au Québec*, s.l., Les Presses de l'Université Laval, 2001, pp. 305-321.

bouleversements. Le sociologue Jacques Lazure a publié en 1970 un essai d'interprétation dans lequel il note les liens d'influence entre les différentes sphères du politique et du social, de l'éducation et de la sexualité en transformation profonde : « Autant dire que la révolution sexuelle, la révolution scolaire, la révolution socio-politique de la jeunesse du Québec sont très intimement liées et se nourrissent mutuellement, dans un échange fréquent et serré de rapports réciproques.[31] »

Les conséquences de ces bouleversements sociaux suscitent un changement des mentalités qui peut paraître paradoxal parce qu'il tient à la fois à une plus grande individualisation et à un fort sentiment d'appartenance à la communauté. Ce qui ressort de cette époque où l'individualité se conjugue dynamiquement et harmonieusement avec la collectivité, c'est le mode d'action axé sur l'innovation et l'émancipation. La tradition n'offrant plus de modèles sexuels pertinents aux nouvelles réalités des années 1960 et 1970, les jeunes, et aussi leurs parents, vivant tous au rythme de la même époque réfléchissent ouvertement sur le sens de la liberté, sur les valeurs qui les animent, sur leurs idéaux, sur leurs conceptions du plaisir érotique, de l'amour et du couple d'amants ou de conjoints. La sexualité constitue dans ce monde d'expériences et d'expérimentation un sujet d'exploration jusque dans la recherche de nouvelles formes à donner au couple et à la famille. Elle devient donc une réalité que l'on questionne pour tous les sens qu'elle peut créer et non seulement pour ceux qu'elle excite; elle devient l'objet d'étude de la sexologie naissante : « Parallèlement à la multiplication des points de vue sur la sexualité,

[31] Jacques Lazure, *La jeunesse du Québec en révolution*, les Presses de l'Université du Québec, 1970, p. 11.

apparut aussi une tendance à l'analyse sexologique proprement dite qui exprimait une volonté de savoir plus empirique et plus concrète[32]. »

L'*homo quebecensus*, en se faisant agent éthique, y a gagné une conscience plus critique : parmi ceux et celles qui vivaient alors leur vingtaine ou leur trentaine et portaient un intérêt marquant à la question de la morale sexuelle, amoureuse, conjugale[33], les idées d'indépendance et d'autonomie alimentaient la réflexion sur le sens et le contenu du sentiment de liberté. Pour se détacher des modèles parentaux et expérimenter de nouvelles façons de vivre sa sexualité, ses désirs érotiques, ses amours, il fallait plus que simplement se laisser aller à l'envie d'être libre. Divers espaces publics s'ouvraient alors où il devenait possible et valorisé de clarifier et de justifier le rejet des traditions, d'explorer les meilleures réponses à ses besoins, d'en discuter avec ses partenaires, de les approfondir, d'évaluer ses expériences, de comprendre et de justifier les différents sens de ses actes, leurs contradictions et leurs conséquences, d'interpréter les directions qu'indiquaient les nouveaux modèles émergents, etc. Tout ce questionnement existentiel qui concernait son vécu individuel et celui du couple qu'il inventait, l'agent éthique le partageait avec

---

[32] Joseph Josy Lévy et André Dupras, dans leur présentation de *La sexualité au Québec. Perspectives contemporaines*, éd. citée, p. 7. Ils poursuivent ainsi : « Les recherches menées en sociologie, en criminologie et en psychologie s'ouvraient alors à la dimension sexuelle et en analysant les différentes facettes, en particulier dans les domaines des relations sexuelles prémaritales, du planning des naissances et de l'éducation sexuelle qui constituèrent les axes essentiels d'intérêt. »

[33] Pour les jeunes adultes de cette époque qui voulaient alimenter leur réflexion sur la morale et la sexualité,, parmi d'autres, trois livres apparaissaient incontournables : de Simone de Beauvoir, *Pour une morale de l'ambiguïté*, Paris, Gallimard, 1968; de Herbert Marcuse, *Eros et civilisation. Contribution à Freud*, s.l., Éditions de Minuit, 1970; de Wilhelm Reich, *L'irruption de la morale sexuelle. Étude des origines du caractère compulsif de la morale sexuelle*, Paris, Éditions Payot, 1972.

la collectivité : la réflexion sur le privé se faisait publique et idéologiquement renvoyait à un projet de société en termes de *révolution tranquille* et de *libéralisation des mœurs sexuelles*. Ainsi, peut-on constater, le renouveau pédagogique amorcé dans les années 1940, qui valorisait la formation et la réalisation de l'individualité en misant sur l'autonomie, l'initiative et le goût de la conquête, trouve en quelque sorte son accomplissement dans les années 1960. En effet, Gaston Desjardins identifiait dans la tendance réformiste du mouvement catholique des années 1940 et 1950 le projet d'une personne affirmant à la fois son individualité et son identité nationale : « Il s'agit d'un dispositif remanié, à fondement psychologique, psychanalytique et bientôt sexologique, pour que chacun puisse trouver dans les traits énigmatiques de sa personnalité, à la fois l'impression d'une singularité et l'assurance d'une appartenance collective.[34] »

I.1.3 Normes juridiques et morale sociale : la régulation par les droits et libertés

La troisième période, couvrant les décades 1980 et 1990, se caractérise par les multiples revendications relatives aux droits et libertés de la personne, lesquels auront une influence marquante sur notre notion de la morale sociale en matière de sexualité. La fin du XX^{e} siècle, marquée notamment par une récession économique et par la consolidation de l'encadrement politique et législatif des droits et libertés, a vu se transformer en *libéralisation* des mœurs ce qui, en matière de sexualité, avait été voulu à l'origine comme une *libération* psychique de l'individu. La véritable révolution sexuelle n'aurait pas eu lieu comme le pense Michel Dorais, travailleur social et professeur à l'Université Laval : « On a beau dire que la sexualité est moins renfrognée, que les gens vivent plus librement, que le puritanisme a été terrassé, il n'empêche que la

[34] Gaston Desjardins, éd. citée, p. 401.

libération des corps et surtout celle des esprits paraissent encore bien limitées et, à y regarder de plus près, plutôt conservatrices.[35] »

Les législations canadienne et québécoise votent de nouvelles lois qui continuent de réguler les comportements sexuels, mais en prenant leur distance des normes religieuses. Il s'agit là d'une étape majeure du glissement de la morale à connotation religieuse à une orientation maintenant juridique : le *Bien* et le *Mal* se comprendront dorénavant comme le *permis* et l'*interdit*. Avec l'enchâssement constitutionnel de la *Charte canadienne des droits et libertés*, y a-t-il judiciarisation des questions de moralité ou moralisation du droit ? Une telle interrogation a suscité un débat sur le rôle des juges dans la définition de notre *éthique collective*, expression que je traduis ici par *morale sociale*. Certains, comme le sociologue Guy Rocher, de l'Université de Montréal, pensent que « C'est le droit qui maintenant nous dit ce qui est bien et mal. […] L'éthique est en train de déraper vers le droit.[36] » D'autres, comme le philosophe éthicien Luc Bégin, professeur à l'Université Laval, y voient davantage une influence bénéfique de la morale sur le droit « […] les droits et libertés inscrits dans nos chartes sont d'abord et avant tout des principes moraux abstraits […] qui, le plus clairement, font valoir la justesse normative de l'ordre juridique. Ils participent en fait à ce que nous appellerons une « moralisation du droit.[37] »

---

[35] Michel Dorais, *Les lendemains de la révolution sexuelle*, éditions Prétexte, 1986, p. 9.

[36] Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Éditions Thémis, 1996, p. 312.

[37] Luc Bégin, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », *in* *Éthique de société*, GGG éditions, 1999, p. 227.

La régulation de la sexualité par les droits et libertés soulève aussi la question de l'importance du principe de consentement mutuel dans le processus de légitimation d'un comportement sexuel. Pour notre société, la morale se fondera dorénavant sur une charte des droits et libertés des individus, sur la loi civile et sur le *Code criminel canadien*. L'agent éthique, qu'animaient les idées d'autonomie, de liberté et d'indépendance des Révolutions tranquille et sexuelle, semblerait-il se réduire alors à un sujet de droit ? La sexualité cessant d'être un péché, on l'exerce comme une liberté à affirmer, comme un droit à revendiquer ou comme une activité à légitimer par simple consentement mutuel entre personnes majeures.

Valérie Daoust, professeure au département de philosophie de l'Université d'Ottawa, identifie comme conséquences de la Révolution sexuelle l'acceptation et la reconnaissance sociales du désir sexuel « comme un bien faisant partie de l'expérience humaine, et dont la satisfaction produit un plaisir légitime.[38] » Ce qui a vraiment changé, selon elle, « c'est la possibilité de penser la sexualité, en soi, comme un bien, et surtout le droit d'exprimer sa sexualité à l'extérieur des limites tracées par la tradition, dite, selon certains, patriarcale, selon d'autres, victorienne ou autoritaire.[39] » Mais s'agit-il d'un bien de consommation ? On peut se demander si ce droit de penser et d'exprimer sa sexualité se concrétise en une expérience éthique, c'est-à-dire en une prise en charge critique par le sujet lui-même de son pouvoir de s'autodéterminer en fonction d'une réflexion sur ses valeurs. Ou on peut penser au contraire que la supposée *libéralisation des mœurs sexuelles* constitue une subtile dépossession de l'autonomie éthique dans la mesure où la liberté individuelle se réduit à exercer un droit à consentir… à consommer ! Dans ce cas, nous

[38] Valérie Daoust, *De la sexualité en démocratie*, Presses Universitaires de France, 2005, p. 21.

[39] *Idem*, p. 21.

serions passés d'un encadrement religieux sans liberté à une liberté sans grande réflexion sur les valeurs sous-tendant un choix d'action. Autrement dit, si l'interprétation des droits de la personne que garantit la *Charte canadienne* votée en 1982 tend surtout à reconnaître le pouvoir que possède dorénavant l'individu de librement consentir à l'activité sexuelle de son choix, des questions éthiques se posent. En une ère politique de déréglementation, ce pouvoir peut être compris comme la liberté de consentir sans devoir justifier son choix, comme s'il s'agissait d'une simple question personnelle de goût en matière de couleur ou de saveur; l'individu s'affirme alors être un agent libre de consommer la sexualité comme tout autre bien jetable après usage. Dans cette perspective où l'indépendance constitue le corollaire de la liberté, l'individu atteste ses préférences à la limite de l'économie d'une réflexion quant aux valeurs auxquelles renvoient son désir et sa relation avec l'autre et quant aux conséquences positives et négatives que peut avoir son choix d'action. En fait, cette liberté, plus juridique que morale, ne reconnaîtrait-elle comme limite que la loi, selon la classique définition de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789* : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui[40] » ? Dans un article traitant de l'hypersexualisation et de la sexualité comme bien de consommation, Valéry Daoust propose d'opposer à la conception de la femme réduite à un objet de désir une revalorisation de la femme comme sujet désirant, ce qui bien entendu vaut aussi pour l'homme. Cependant, la philosophe se refuse de prôner que les sujets s'approprient leur désir selon une « éthique minimale où le consentement individuel justifierait toute action »[41]. Elle propose plutôt

[40] Cf. l'article IV de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789* : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

[41] Valérie Daoust, "Le discours sur l'hypersexualisation ou le divorce sujet/objet" *in* *Conjonctures*, no 44, Été et automne 2007, p. 91.

d'identifier des critères pour évaluer le bien-fondé moral d'une action sexuelle, par exemple la motivation, le moyen, et la conséquence de l'action.

I.2 La morale sociale et le sujet éthique

Une régulation morale de la sexualité par les droits et libertés peut donc s'interpréter de différentes façons, notamment selon une morale minimaliste[42] pour qui la formulation du consentement suffit pour affirmer l'autonomie de soi, ou, si l'on poursuit le point de vue de Valérie Daoust, selon la reconnaissance de l'exigence d'un agent capable de justifier son choix et d'en discuter. Réduire la sexualité juridiquement balisée à une activité individualiste purement contractuelle risquerait de l'aseptiser, de l'instrumentaliser, c'est-à-dire de la considérer comme un banal bien de consommation jetable après usage. Bien que notre société libérale accorde une importance juridique essentielle au consentement, il demeure que le choix que constitue le désir sexuel peut exiger une réflexion, une discussion, voire une délibération entre partenaires, d'autant plus s'il suppose des dilemmes moraux, des conflits de valeurs, des conséquences indésirées ou indésirables, des contradictions entre les motivations et les finalités, etc. Une conception trop restreinte du droit ne reconnaîtrait peut-être pas la pertinence d'une réflexion d'un point de vue moral. En effet, que faire quand il y a conflit entre des droits ou des libertés que la *Charte*

---

[42] La morale minimaliste, libertarienne ou libertaire, s'apparente au néolibéralisme économique en ce sens qu'elle réclame le maximum de libertés individuelles et le minimum d'intervention de l'État ou de toute autre instance extérieure, sociale, transcendantale; voir Michael Walzer, *Morale maximale, morale minimale,* Paris, Bayard, 2004, 155 p. Le philosophe français Ruwen Ogien se réclame d'une telle approche; voir *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007; *Penser la pornographie*, Paris, Presses universitaires de France, 2003; « Raisonner sur la pornographie», *in Questions d'éthique contemporaine,* Éditions Stock, 2006.

canadienne des droits et libertés garantit également ? Pour quelle raison et selon quelle justification donner la priorité à une liberté sur une autre ?

En constitutionnalisant certains droits et libertés, cette *Charte* officialise par le fait même des valeurs fondamentales et normatives pour l'ensemble de la société canadienne. Quand il y a conflit ou dilemme, les juges de la Cour suprême du Canada recourent à une position morale pour interpréter et hiérarchiser, spécifiquement en fonction d'une situation particulière, les droits et libertés qui caractérisent notre société pluraliste et qu'officialise un texte constitutionnel. Par exemple, dans l'arrêt *Little Sisters Book*[43], c'est entre autres en fonction de valeurs fondamentales comme la dignité de la personne humaine et la tolérance que les magistrats de la Cour suprême ont pu clarifier les limites et la priorité d'importance de certains droits et libertés en dilemme : la liberté d'expression, précisément la liberté d'importer du matériel obscène ou pornographique, l'égalité des sexes et des orientations érotiques, la protection des droits d'une minorité.

C'est ainsi qu'à partir de leur expérience d'analyse et d'interprétation des droits et libertés constitutionnels en fonction de valeurs fondamentales officiellement reconnues par la *Charte canadienne des droits et libertés* et autres textes fondateurs, les juges de la Cour suprême ont développé une conception morale du droit libéral, et par conséquent ont pu mieux cerner ce qui constituerait notre nouvelle morale sociale.

Précisément, ces juges ont voulu éviter que leur interprétation des lois, des droits et des libertés ne repose sur la subjectivité ou sur un point de vue qu'influenceraient des morales religieuses ou particulières. Aussi ont-ils conçu comme outil au fil de leurs délibérations ce que la juge en chef

[43] *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120.

Beverley McLachlin a appelé la *théorie du préjudice* et qu'elle a explicitée en 2005 dans l'arrêt *Labaye*[44]. Pour assurer l'objectivité de son jugement, la Cour recourt à la notion juridique du préjudice grave à l'endroit de ces valeurs morales que la société reconnaît officiellement comme essentielles à son bon fonctionnement[45]. Pour prévenir une certaine confusion, je souligne ici la compréhension historique qu'ont les juges de la notion de *morale*. En référence au passé, ils emploient le terme dans le sens d'une conception religieuse qui affirme ce qui est bon ou mauvais pour l'ensemble des fidèles; quand ils renvoient à notre société libérale, démocratique et pluraliste, le même mot signifie une vision normative du vivre-ensemble. Par contre, il apparaît tout à fait évident pour les magistrats que dans cette dernière acception, le dispositif de surveillance en ce qui concerne la morale sociale est juridique et non religieux.

En présentant sa théorie du préjudice, au nom de la Cour suprême du Canada, la juge McLachlin définit pour la première fois, et ce de façon articulée, la notion de morale sociale en matière de sexualité. La morale traditionnelle proposait un contenu substantif qui se référait à des écrits sacrés fondateurs ; en résultait une normativité déontologique. La Cour suprême opte pour une

---

[44] *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, par. 26 à 63. Deux autres arrêts ont marqué les jalons de cette élaboration : *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494 et *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

[45] Arrêt *Labaye*, par. 14 : « Historiquement, les concepts juridiques de l'indécence et de l'obscénité, appliqués respectivement à des comportements et à des publications, ont été inspirés et influencés par les valeurs morales de la société. Mais au fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu'ils n'étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu'une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d'une société diversifiée. Cela a mené à l'adoption d'une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective. »

morale non substantielle,[46] mais générative de sens, une morale qui pose comme principe que les droits et libertés individuels se conjuguent aux valeurs sociales fondamentales de la société.

Cette morale apparaît *sociale* parce qu'elle se compose de valeurs normatives, précisément celles que la constitution canadienne reconnaît comme essentielles au bon fonctionnement du vivre-ensemble[47]. Cependant, il ne s'agit pas d'une morale *constitutionnelle* en ce sens qu'un acte constitutionnel la créerait de toutes pièces. Au contraire, les valeurs font d'abord l'objet d'un

---

[46] Marc Audet, « Jürgen Habermas : L'éthique de la discussion », *in Hôpital & éthique*, s.l., Presses de l'Université Laval, 1995, p. 172 : « Une morale substantielle est axée sur le contenu des propositions morales; elle s'emploie à déterminer des normes précises, des obligations ou devoirs moraux concrets. »

[47] Voici deux exemples de valeurs que les magistrats identifient comme officiellement reconnues.

Exemple 1 : *R. c. Labaye*, *op. cit.,* paragraphe 85. « La norme de tolérance n'impose pas une morale qui découle de croyances religieuses ou d'idéologies particulières. Elle met en œuvre une morale sociale qui ressort des valeurs qui caractérisent la société dans son ensemble. Ces valeurs révèlent généralement un consensus social qui se manifeste, par exemple, par un souci pour « la dignité des personnes, [. . .] leur autonomie, [. . .] leur capacité d'épanouissement ainsi que [. . .] leur égalité fondamentale » : voir L. LeBel, « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux » (2001), 3(2) *Éthique publique,* 51, p. 57. »

Exemple 2 : *idem*, par. 33. « Au contraire, pour justifier une conclusion d'indécence, il faut démontrer que le préjudice se rattache à une valeur fondamentale exprimée dans la Constitution ou les lois fondamentales semblables de notre société, telles les déclarations des droits, par lesquelles la société reconnaît officiellement que le type de préjudice en cause peut être incompatible avec son bon fonctionnement. Contrairement au test fondé sur la norme de tolérance de la société, l'exigence de la reconnaissance officielle permet de croire que les valeurs défendues par les juges et les jurés sont véritablement celles de la société canadienne. L'autonomie, la liberté, l'égalité et la dignité humaine comptent parmi ces valeurs. »

certain consensus social[48] au point que les reconnaissent — et non les promulguent — officiellement des textes fondamentaux, comme la constitution canadienne et sa *Charte des droits et libertés*, le *Code criminel* canadien, des chartes provinciales des droits de la personne, etc. De cette conception de la morale sociale, je déduis les quatre présupposés suivants.

Premièrement, ces valeurs, parce qu'essentielles au bon fonctionnement de la société canadienne, font partie des conditions de possibilité du vivre-ensemble. Un comportement qui causerait un grave préjudice à la personne et/ou au bon fonctionnement de la société en fonction de ces valeurs apparaîtrait comme moralement inacceptable et mériterait une sanction juridique.

Deuxièmement, cette morale non écrite et non substantielle, mais générative de sens serait flottante, et ce pour deux raisons. D'abord, les valeurs qui la composent ne se présentent pas *a priori* structurées selon un ordre de priorité ou d'importance. En fait, c'est l'agent, par l'analyse qu'il fait de la situation et des enjeux, par le point de vue moral qu'il développe, qui en arrive dans son jugement, à une priorisation des valeurs. Ici, l'agent moral prend la place des juges délibérants. L'autre raison tient à la réalité évolutive des sociétés qui privilégient dans leur histoire telles ou telles valeurs qu'elles interprètent comme essentielles à leur bon fonctionnement.

Troisièmement, cette morale flottante et non substantielle, mais générative de sens commande que la personne concernée suive un processus de prise de décision qui éclaire sa responsabilité

[48] Les juges n'explicitent pas leur façon d'identifier formellement les valeurs qui font l'objet d'un consensus social ou que des textes fondamentaux reconnaissent comme essentielles au bon fonctionnement de la société. Ils ne donnent pas davantage une liste de valeurs officiellement reconnues.

quant au respect des valeurs fondamentales et au bon fonctionnement de la société, ce qui dépasse clairement l'exercice simple du droit ou de la liberté à consentir. L'individu qui choisit une action érotique à partir d'une réflexion — sur ses motivations et besoins, sur la finalité et les conséquences du comportement, sur les valeurs et les intérêts à partager entre partenaires concernés, etc. — adopte alors un rôle d'agent éthique. L'agent moral devient par son activité subjective un agent éthique dans le sens qu'il interprète, en situation particulière, la morale sociale et décide d'un choix d'action susceptible de justification rationnelle.

Quatrièmement, parce que cette réflexion sur le choix engage les partenaires concernés à discuter de leurs motivations et besoins individuels, des finalités et des conséquences du comportement, des valeurs et des intérêts en jeu, elle devrait se faire selon un processus de délibération intersubjective visant une entente susceptible de justification rationnelle. Ainsi l'agent éthique n'adopterait pas une position individualiste que construirait un point de vue purement subjectif s'appuyant fortement sur le droit individuel au libre consentement. L'agent éthique reconnaîtrait toute autre personne concernée comme partie prenante dans le choix d'un comportement sexuel, ce que présupposerait une morale du vivre-ensemble.

C'est donc à partir de cette thématisation que la présente recherche veut répondre à la question suivante : *La nouvelle morale sociale exige-t-elle un agent éthique ?* En fait, il s'agit d'établir si cette conception de la morale sociale présuppose ou non un agent éthique.

Pour vérifier cette hypothèse, j'analyserai un certain nombre d'arrêts de la Cour suprême du Canada rendus après l'adoption de la *Charte canadienne des droits et liberté* et portant sur les thématiques suivantes : prostitution, obscénité, consentement. J'évaluerai dans quelle mesure

l'expression juridique de la morale sociale mettant l'accent sur la liberté individuelle apparaît suffisante ou non pour rendre compte de la dimension éthique du désir sexuel.

Mais avant de procéder à l'analyse des arrêts de la Cour suprême, je décrirai dans ce premier chapitre l'évolution historique des éthiques et des morales en matière de sexualité qui ont marqué, influencé ou teinté notre société québécoise au cours du dernier demi-siècle. Pour ce faire, je développerai la thématique des quatre figures déjà annoncées en quatre sous-chapitres : i) l'emprise religieuse des années 1950, ii) les Révolutions tranquille et sexuelle des années 1960 et 1970, iii) la reconnaissance des droits et libertés de l'individu dans les années 1980 et 1990, iv) l'exigence d'un agent éthique.

Un deuxième chapitre, présentant le cadre conceptuel de la recherche, clarifiera les différentes notions de morale et d'éthique, de consentement, d'autonomie, de dignité et de sexualité.

Le troisième chapitre traitera de la méthodologie de la recherche et de la grille d'analyse qu'elle suppose ainsi que des thèmes privilégiés, puis procédera à l'analyse d'un certain nombre d'arrêts de la Cour suprême.

Le quatrième chapitre discutera des résultats de l'analyse.

En conclusion, je traiterai des présupposés et des conséquences associés à la conception de la morale sociale que proposent les juges de la Cour suprême; et je proposerai certaines avenues pour reconnaître à l'agent éthique sa pertinence dans le choix du désir érotique.

Chapitre I

Éthiques et morales en matière de sexualité

1. Introduction

« Y a-t-il aujourd'hui une morale en matière de sexualité ? », « Les gens ont-ils encore une conscience morale, un sens de l'éthique ? » Qui n'a pas déjà entendu ce genre de questions ? Certains perçoivent de la nostalgie dans ces commentaires qui prennent la forme de l'interrogation : peut-être était-ce mieux avant ! D'autres y voient un jugement sévère sur notre époque, comme s'il n'y avait plus de morale pour nous guider, plus de valeurs à respecter. On peut aussi interpréter cette interpellation comme une manifestation de l'intérêt porté aux aspects moral, éthique et philosophique de la sexualité. Font alors sens les deux questions suivantes. *Y a-t-il aujourd'hui une morale sociale en matière de sexualité ? Si oui, quelle fonction aurait l'agent éthique qu'elle présupposerait ?*

Dans ce chapitre, je démontrerai d'abord que la morale religieuse des années 1950 se déclinait en au moins trois discours. Un premier, doctrinal, niait l'autonomie de la personne et imposait une normativité fondée sur des lois naturelles et la suprématie du magistère, alors qu'un discours réformiste recentrait sur l'individu et sur des valeurs d'amour et de maîtrise de soi la réflexion

éthique. Ce débat entre deux conceptions de la morale religieuse en matière de sexualité annonçait une prise de distances à l'égard de l'autorité de l'Église.

Puis j'analyserai deux conséquences philosophiques qu'a eues la chute de la morale religieuse. La première est la crise de la morale qui s'ensuit et qui laisse entrevoir l'existence d'une morale sociale libérale, c'est-à-dire fondée sur les droits et libertés. Je présenterai la compréhension qu'en ont trois philosophes. Un premier, le rationaliste René Guyon, met l'accent sur la liberté de l'individu qui se libère de la morale antisexuelle et affirme son droit à vivre sa sexualité naturellement, comme toute fonction physiologique. Ruwen Ogien, le deuxième philosophe, prône une morale minimale ou libertarienne, et réclame pour l'individu un droit inaliénable à consentir à tout acte sexuel dénué d'intention de nuire à autrui de façon directe ou immédiate. John Rawls, même s'il ne traite pas de sexualité dans sa théorie du libéralisme contemporain, propose une structure sociale de base fondée sur des droits et libertés constitutionnels visant une justice équitable pour tous, ce qui présuppose un agent-citoyen doté de deux facultés morales : celle de « former un sens du juste et de la justice (la capacité de respecter les termes équitables de la coopération et donc d'être raisonnable) », et celle d'« avoir une conception du bien (et donc d'être rationnel.[49] »

La deuxième conséquence de la chute de la morale religieuse pose la question de l'agent inhérent à une morale sociale fondée sur les droits et libertés de la personne. L'agent, délesté de la morale

[49] Ces deux dernières citations sont tirées de John Rawls, *Justice et démocratie*, s.l., Éditions du Seuil, 1993, p. 168. À la page 360 de la même publication, le glossaire donne cette définition des facultés morales ou *moral powers* : « En tant que citoyens à part entière de la société, nous sommes pourvus de deux facultés morales indispensables à la citoyenneté : la capacité à avoir une conception de notre bien, de notre avantage rationnel, et un sens de la justice, c'est-à-dire une capacité à comprendre et à appliquer des principes de justice. »

religieuse, n'est-il plus qu'un sujet de droit ? Doit-il ou peut-il redéfinir son rôle en regard de la nouvelle morale sociale ? C'est alors que j'introduirai le sujet de ma recherche.

Pour ce faire, à partir de grandes étapes évolutives des soixante dernières années, je clarifierai d'une part la morale sociale qui émerge, et d'autre part le rôle de l'agent moral qui s'y associe. Autrement dit, je démontrerai comment se sont métamorphosées sur ce fil du temps les conceptions de la morale sociale, les conceptions morales de la sexualité et la fonction de l'agent moral. Projet ambitieux que je limite cependant à la description d'un parcours en trois étapes, allant des années de l'après-guerre à la première décade du XXI^{e} siècle, en passant par les Révolutions tranquille et sexuelle des années 1960 et 1970, et par cette période tout aussi cruciale, les décennies 1980 et 1990, en fait celles de la reconnaissance constitutionnelle des droits et libertés de l'individu[50].

---

[50] Notons que les citoyens et citoyennes du Canada possédaient des droits et libertés quasi constitutionnels et officiellement reconnus bien avant 1982. Le gouvernement du premier ministre John Diefenbaker avait adopté le 10 août 1960 la *Déclaration canadienne des droits* (S.C. 1960, ch. 44, dite *Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales*) reconnaissant et déclarant que « les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe : *a*) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi; *b*) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi; *c*) la liberté de religion; *d*) la liberté de parole; *e*) la liberté de réunion et d'association; *f*) la liberté de la presse. »

La majorité des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* ont été reprises et enchâssées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, adoptée en 1982. Cette *Charte*, devenue partie intégrante de notre Constitution, est la loi suprême du Canada et s'applique à toutes les lois adoptées par les gouvernements fédéral et provinciaux. La *Déclaration canadienne des droits* demeure toutefois en vigueur encore aujourd'hui et continue de s'appliquer aux lois fédérales. (Cf. : http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/rht-drt/03-fra.shtml)

Voici donc ces trois étapes que j'ai déjà sommairement présentées dans l'introduction.

i) La morale religieuse des années 1950, se prolongeant jusqu'au début des années 1960.

ii) L'émancipation morale des années 1960 et 1970.

iii) La morale des droits et libertés de l'individu dans les années 1980 et 1990.

Pour chacune de ces étapes, je dégagerai en ce qui caractérise la conception de la morale, la conception morale de la sexualité et la fonction de l'agent moral.

Dans cette première sous-section sur la morale religieuse de la décennie 1950 étendue aux premières années de la décade suivante, je présenterai les enjeux concernant la sexualité conjugale et la question de la reproduction qui ont motivé des femmes et des hommes à construire un point de vue moral susceptible de mieux répondre à leurs préoccupations particulières de laïcs. Par conséquent, je soulignerai que la morale se recentre sur le sujet qui tend à s'approprier le pouvoir d'associer à la sexualité des valeurs et une finalité émancipatrices.

1.1 La morale religieuse des années 1950

Au Québec des années 1950, parce que le catholicisme se présentait comme la religion obligée de la communauté politique et des familles canadiennes-françaises, peut-on croire qu'une morale institutionnelle et conservatrice en matière de sexualité s'imposait avec tout le poids d'un clergé omniprésent ? Aucune société, aussi traditionnelle apparaîtrait-elle, n'est tout à fait monolithique. Dans *L'amour en patience*[51], Gaston Desjardins identifie pour la période 1940-

[51] Gaston Desjardins, *L'amour en patience*, Presses de l'Université du Québec, 1995.

1960 trois catégories de discours sur la morale : discours du catholicisme orthodoxe, discours réformiste, et discours des *chroniques populaires* des médias écrits ou radiophoniques[52]. Le premier promeut « un régime rigoriste d'interdits et de prescriptions traditionnellement soutenu par les autorités catholiques »[53] : la reproduction à l'intérieur du mariage constitue la finalité de la sexualité et toutes les autres activités érotiques, recourant ou non à des moyens contraceptifs, doivent être interdits et condamnés parce que contre les lois naturelles selon la volonté divine. Le deuxième discours s'entend chez « les intervenants qui ont voulu procéder à l'évaluation critique de ce système normatif rigoriste et qui travaillaient, par le fait même, à renouveler le cadre normatif et l'éthique de la sexualité »[54], visée que partageaient aussi divers experts comme des médecins, des psychiatres, et bien d'autres professionnels. Le troisième discours, notamment de par sa large diffusion, participait à sa façon à la critique et au renouvellement des normes.

Dans un article portant sur la morale catholique et la détresse conjugale en ce qui concerne la régulation des naissances au Québec dans les années 1955-1970[55], l'anthropologue Diane Gervais décrit l'écart grandissant entre d'une part les valeurs de l'Église traditionnelle et d'autre part

---

[52] À ce sujet, voir l'article de E.-Martin Meunier sur un important chroniqueur médiatique actif du début des années 1940 jusqu'aux années 1960 : « Prédication et média de masse : quand le sermon devient thérapie. Portrait de l'œuvre du dominicain Marcel-Marie Desmarais », *in Études d'histoire religieuse*, 68 (2002), 25-39.

[53] Gaston Desjardins, *op. cit.,* p. 19.

[54] *Idem*.

[55] Diane Gervais, « Morale catholique et détresse conjugale au Québec. La réponse du service de régulation des naissances Seréna, 1955-1970 », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 55, no 2, 2001, p. 185-215. L'auteure a publié, en 2005, *Seréna, La fécondité apprivoisée, 1955-2005*, Montréal, Seréna Québec, 107 p.

celles de laïcs militants catholiques, qu'accompagne un clergé plus progressiste, ouverts aux nouvelles données scientifiques et à une réinterprétation de la finalité chrétienne du couple. Selon l'auteure, l'encyclique *Casti connubii*[56], que promulguait le pape Pie XI le 31 décembre 1930, affirmait que « la contraception était marquée dans l'ensemble des pays catholiques du sceau du *malum in se* : l'acte du mariage est par sa nature même destiné à la génération des enfants.[57] »

Sur quels thèmes porte cette encyclique ? Elle affirme les positions de la plus haute direction de l'Église en ce qui concerne trois thèmes majeurs liés à l'exercice de la sexualité : i) le mariage et le divorce, ii) la contraception, l'avortement et la stérilisation, ainsi que iii) l'émancipation des femmes. *Casti Connubii* représente le point de vue catholique à l'encontre « d'une morale nouvelle et absolument perverse.[58] » En effet, en Europe, à l'aube des années 1930, plusieurs mouvements sociaux militaient en faveur de la libéralisation des mœurs sexuelles et de l'information sexuelle fondée sur la science et la raison[59].

---

[56] *Casti connubii* traduit littéralement signifie *Mariages religieux, purs, vertueux, conformes aux règles et aux rites*.

[57] Diane Gervais, *op. cit.*, p. 186.

[58] Pie XI, *Casti connubii*, paragraphe [3].

[59] Cf. Florence Tamagne, « La Ligue mondiale pour la réforme sexuelle : La science au service de l'émancipation sexuelle ? », *in CLIO*, no 22, 2005, p. 101-121. Voir aussi, sur un auteur représentatif de certaines idées de l'époque, le texte de Gaetano Manfredonia et Francis Ronsin, *E. Armand et « la camaraderie amoureuse ». Le sexualisme révolutionnaire et la lutte contre la jalousie*, Amsterdam, International Institute of Social History, 2000. À noter qu'en 1929, le juriste René Guyon a publié le premier tome, *La légitimité des actes sexuels*, de ses *Études d'éthiques sexuelles* qui en comprendront neuf.

Le texte que signe le pape Pie XI rappelle la doctrine catholique que je résume dans ses principaux points. Des lois naturelles, par conséquent divines, régulent le sacrement du mariage que Dieu lui-même et non les hommes a institué. L'union monogame entre une femme et un homme est indissoluble à l'image du lien qui unit le Christ à son Église, et se fonde sur le libre consentement des partenaires qui se doivent une fidélité conjugale absolue en acte et en pensée. Le mariage poursuit deux finalités : la procréation sans limitation contraceptive — sa fin première —, et l'amour chaste, c'est-à-dire sans concupiscence. Il ne doit pas y avoir de rapports sexuels en dehors du lien conjugal et les époux ne peuvent se séparer ou rompre. Le rôle des femmes : ne jamais refuser ce qui est dû à leur conjoint, être mères de famille, associées égales et obéissantes à leur mari. Celui des parents : propager et conserver le genre humain, donner des enfants à l'Église — afin que le peuple de Dieu grandisse —, les éduquer dans la religion. L'amour conjugal ne se fonde pas sur une attirance charnelle vite dissipée ni ne se borne à des paroles affectueuses ; il réside dans des sentiments intimes du cœur et se manifeste par des comportements. La conduite conjugale « doit viser à ce que les époux s'aident réciproquement à former et à perfectionner chaque jour davantage en eux l'homme intérieur.[60] » L'ordre de l'amour « implique et la primauté du mari sur sa femme et ses enfants, et la soumission empressée de la femme ainsi que son obéissance spontanée[61] » : le mari est la tête et l'épouse le cœur.

Casti Connubii dénonce l'erreur de croire que « les lois, les institutions et les mœurs qui doivent régir le mariage, étant issues de la seule volonté des hommes, ne seraient aussi soumises qu'à

[60] Pie XI, *Casti connubii*, paragraphe [23].

[61] *Op. cit.*, paragraphe [26].

cette seule volonté »[62], et décrie ces « nouveaux genres d'union […] : le mariage *temporaire*, le mariage *à l'essai*, le mariage *amical*, qui réclame pour lui la pleine liberté et tous les droits du mariage, après en avoir éliminé toutefois le lien indissoluble et en avoir exclu les enfants.[63] »

Un dispositif rigoureux accompagne cette doctrine en prescrivant les attitudes et les comportements que le clergé et les laïcs adopteront obligatoirement pour éviter de commettre une grave faute morale. Les confesseurs et les chargés d'âmes ne doivent pas, par une approbation ou un silence calculé, induire en erreur les fidèles ayant une opinion divergente. Dans le couple, l'un doit dissuader et éloigner l'autre du péché de concupiscence et de tout acte sexuel contre nature. Les médecins et les magistrats doivent se montrer résolument contre l'avortement et la stérilisation. Si la mère ou les deux parents souffrent des difficiles conditions de vie qu'imposent les lois naturelles du mariage, ils doivent s'en remettre, en grâce et en espérance, au fait que Dieu les récompensera. Il n'est pas question de favoriser l'émancipation féminine « car si la femme descend de ce siège vraiment royal où elle a été élevée par l'Évangile dans l'intérieur des murs domestiques, elle sera bien vite réduite à l'ancienne servitude […] et elle deviendra — ce qu'elle était chez les païens — un pur instrument de son mari.[64] » Les vrais chrétiens doivent faire preuve de docilité face aux enseignements de l'Église et d'obéissance à ses prescriptions : « En conséquence, dans les questions qui sont soulevées aujourd'hui par rapport au mariage, que les fidèles ne se fient pas trop à leur propre jugement, et qu'ils ne se laissent pas séduire par cette

---

[62] *Op. cit.*, paragraphe [55].

[63] *Op. cit.*, paragraphe [55].

[64] *Op. cit.*, paragraphe [80].

fausse liberté de la raison humaine que l'on appelle *autonomie*.[65] » Enfin, la collaboration de l'Église et de l'État, c'est-à-dire l'autorité civile qui s'accorde avec le pouvoir sacré, la religion servant de guide, permettra d'éviter le dérèglement des mœurs : « Les lois de l'État peuvent seconder beaucoup l'Église en cette tâche très importante, si, dans leurs prescriptions, elles tiennent compte de ce que la loi divine et ecclésiastique a établi, et si elles punissent ceux qui y contreviennent.[66] »

Comment se positionnait le clergé québécois ? Dans sa majorité très tournée vers Rome et adoptant une compréhension orthodoxe de la *finalité* supposément reproductrice de la sexualité, il adoptait une attitude plutôt intransigeante, heurtant ainsi la conscience des paroissiens. Par contre, l'Action catholique[67], un organisme créé par l'Assemblée des évêques canadiens pour chapeauter tous les mouvements laïcs spécialisés et qui promeut la doctrine humaniste et sociale de l'Église, se montrait « soucieuse de l'harmonie des couples et de leur éducation spirituelle, diversifiait et intensifiait son action dans un impressionnant éventail de mouvements et associations voués aux questions familiales.[68] » Se construit alors un nouveau discours qui

[65] *Op. cit.*, paragraphe [113].

[66] *Op. cit.*, paragraphe [135].

[67] Dans son *Histoire de l'Action catholique au Canada français* publiée chez Fides en 1972 et portant sur la période 1930-1960, Gabriel Clément note que les dirigeants des mouvements [notamment la Ligue ouvrière catholique ou L.O.C., la J.E.C. ou Jeunesse étudiante catholique et la J.O.C. ou Jeunesse ouvrière catholique] qui composaient l'Action catholique savaient reconnaître des changements de mentalité, la société en mutation, l'émergence d'un humanisme contemporain et la contestation de la pensée catholique traditionnelle. Centrée sur l'étude de la vie quotidienne, l'approche de l'Action catholique favorisait une prise de conscience de la particularité des nouvelles réalités. *Note de l'auteur.*

[68] Diane Gervais, *op. cit.*, p. 186.

reprend la morale dite du *permis-défendu* tout en mettant l'accent sur deux valeurs conjugales fondamentales, l'amour et la maîtrise de soi : « ces divers mouvements s'employaient à la propagation d'une philosophie de l'amour comme don de soi et préconisaient la maîtrise sexuelle qui humanisait l'amour.[69] »

En ce qui concerne la régulation des naissances, l'enseignement religieux traditionnel condamnait tout moyen contraceptif autre que la continence ou la méthode Ogino-Knaus[70]. C'est dans ce contexte que des laïcs réformistes développent alors un point de vue moral qui tiendrait compte de la détresse sexuelle, conjugale, spirituelle et sociale que vivaient bien des couples de l'après-guerre, c'est-à-dire les parents des *baby-boomers*. Fait à noter, le Code criminel canadien favorisait la position de l'Église en interdisant, jusqu'en 1967, toute publicité sur les moyens contraceptifs.

L'article de Diane Gervais identifie les problèmes moraux et conjugaux des catholiques de l'époque : sentiment de culpabilité pour les couples utilisant une méthode contraceptive ou recourant à l'avortement à l'encontre de la norme religieuse intériorisée, colère et révolte à l'endroit du clergé qui affichait un manque de compassion et de compréhension pour la situation

---

[69] Diane Gervais, *op. cit.*, p. 186.

[70] En 1920, le gynécologue japonais Kyusaku Ogino découvrit la loi physiologique de l'ovulation, loi qui porte son nom. En 1928, le gynécologue autrichien Hermann Knaus (écrit parfois Knauss) mit au point la méthode Ogino-Knaus qui consiste à identifier la période de fécondité du cycle menstruel selon un calcul qui tienne compte de sa régularité ou de son irrégularité. En 1951, l'Église catholique approuve officiellement l'utilisation de cette méthode dite naturelle. *Note de l'auteur.*

maritale des laïcs : « Le problème de la régulation des naissances se posait sur l'arrière-fond d'une grande misère morale. La dépression nerveuse, la maladie, les problèmes de santé entraînés par les grossesses répétées, la pauvreté, le chômage, les maigres salaires, la faim ou le froid […] »[71]. Les couples s'affrontaient dans leurs désirs d'avoir du plaisir sexuel, de limiter les naissances et de vivre selon leur foi chrétienne. La peur des conséquences indésirées pouvait causer des difficultés majeures à l'épanouissement conjugal aussi bien dans sa dimension communicationnelle qu'érotique. Ainsi, un sentiment d'impuissance chez les laïcs à contrôler la fécondité consolidait le pouvoir de l'Église sur la sexualité.

Le problème moral, essentiellement religieux, consistait en une double contrainte : d'un côté l'impossibilité d'obéir à l'injonction du *Croissez et multipliez-vous* sans en vivre les conséquences dramatiques pour la qualité de vie conjugale et familiale, de l'autre le désir d'utiliser un moyen contraceptif efficace favorisant à bien des égards la sécurité pour le couple mais signifiant à coup sûr le châtiment de l'Église et de Dieu pour qui n'observe pas à la lettre la norme que prescrit *Casti Connubii*.

Issus de la Ligue ouvrière catholique, des militants laïcs[72] de l'Action catholique proposèrent en 1955 ce nouveau discours moral plus pragmatique qui a permis, tout en respectant le code religieux du permis-défendu, de sortir quelque peu de l'impasse. Ils fondèrent un service de

---

[71] Diane Gervais, *op. cit.*, p. 202.

[72] Jean-Marc Larouche, *Éros et Thanatos*, vlb éditeur, 1991, p. 40 : « […] il s'agit au départ d'individus très actifs aux plans social et chrétien tels Gilles et Rita Henry-Breault qui, en 1955, commencent à enseigner à leur maison familiale de Lachine une méthode de régulation des naissances qui puisse être conforme aux enseignements de l'Église catholique et plus efficace que la méthode Ogino-Knauss : l'interprétation de la courbe thermique. »

régulation des naissances — Seréna, en abrégé — afin de diffuser l'information sur la méthode contraceptive sympto-thermique, dite du thermomètre, pratiquée en Europe mais encore inconnue au Québec. Autorisant des relations sexuelles phallo-vaginales au cours des dix à douze jours de la phase post-ovulatoire, cette méthode garantissait une efficacité et une sécurité meilleures que celle d'Ogino-Knaus, dans la mesure où l'on respectait fidèlement son protocole plutôt exigeant.

Cette nouvelle approche comportait plusieurs aspects révolutionnaires. D'abord, elle recentrait la morale sur les personnes davantage que sur la divinité, et ce en mettant l'accent sur deux valeurs fondamentales à l'épanouissement des individus plutôt que sur une caractéristique spécifique de la sexualité. Quelles valeurs ? D'abord l'amour entre conjoints qui pouvait s'exprimer plus aisément, tout en s'harmonisant avec la composante reproductrice de la sexualité. Puis la maîtrise de soi, c'est-à-dire la capacité de conjuguer les diverses dimensions de la sexualité humaine, comme la fertilité, la communication, la tendresse, l'érotisme, etc. Ce point de vue moral ne mettait pas en valeur la soumission inconditionnelle au plan divin; plutôt il valorisait la coopération entre les époux dans un projet commun d'allier l'harmonie conjugale et l'épanouissement familial. De plus, il remettait en question les rôles traditionnels au sein du couple puisque l'application de la méthode sympto-thermique exige que la femme suive rigoureusement un protocole quotidien fort exigeant dès son réveil, ce qui a pour conséquence immédiate que le conjoint se doit d'assumer les tâches familiales matinales[73].

[73] La femme doit prendre sa température avant le lever et toute activité physique, c'est-à-dire après une nuit d'au moins 5 heures de sommeil ou après au moins une heure de repos complet au lit (vers la même heure), à compter du 5^{e} jour du cycle, et ce avec un thermomètre basal préalablement abaissé. La température peut être prise avec un thermomètre basal au mercure par voie buccale (7 minutes), vaginale ou rectale (5 minutes) mais de préférence rectale. Il est important de prendre sa température par la même voie au cours d'un même cycle. Utiliser toujours le même thermomètre et, en cas de bris de celui-ci, noter l'utilisation d'un nouveau thermomètre sur le graphique, car il peut y avoir variation du degré de température. *Note de l'auteur.*

Irréversiblement, une révolution tranquille s'amorçait du fait même que les sujets éthiques s'appropriaient un plus grand pouvoir en prenant leurs distances d'avec l'Église et ses directeurs de conscience : les femmes et les hommes préféraient se tourner vers des médecins, des chercheurs scientifiques, des clercs plus progressistes et soucieux de professer une morale encore religieuse et catholique mais cette fois-ci ancrée dans la réalité particulière des laïcs, capable de lier, de façon significative pour l'émancipation de la personne et du couple, l'amour conjugal, le plaisir érotique, l'harmonie familiale, et bien entendu la maîtrise de soi. Selon Diane Gervais, la méthode sympto-thermique « a donné un dernier souffle à l'idéal catholique de la maîtrise de soi.[74] » Un autre aspect de cette tranquille transformation de la morale : si l'individu acquérait plus de pouvoir, c'est en sortant de son isolement pour discuter en groupe ce qui se murmurait dans le secret du confessionnal. Seréna comptait sur la solidarité des laïcs pour concrétiser sa mission d'éducation populaire. Le Service de régulation des naissances formait des couples moniteurs qui rencontraient des couples en détresse : on échangeait sur les difficultés morales, conjugales, sexuelles, familiales, économiques, on diffusait l'information scientifique sur le cycle menstruel, on enseignait la méthode sympto-thermique et on maintenait le lien durant des mois pour s'assurer de l'intégration des attitudes et des comportements de changement. L'affirmation de soi allait de pair avec la solidarité.

Au cours des années 1950 jusqu'au début des années 1960, le magistère religieux professant une doctrine orthodoxe en matière de morale sexuelle voit ainsi son autorité diminuer au profit d'experts scientifiques ou de voix réformistes au sein même de l'Église qui tiennent davantage compte des préoccupations, des difficultés et des besoins des couples concernés en premier lieu

---

[74] Diane Gervais, *op. cit.*, p. 213.

par la régulation des naissances. S'amorce alors un lent glissement du pouvoir moral vers le sujet centré sur son vécu particulier. Si la finalité de la sexualité demeure la reproduction[75], un nouvel outil scientifique, la méthode sympto-thermique, permet aux femmes et aux hommes de mieux vivre certaines des valeurs exprimant leur choix de se marier : l'amour, la coopération conjugale dans la maîtrise de soi, le plaisir érotique sans peur des conséquences indésirées. De plus, la morale sexuelle devient un thème de discussion entre laïcs qui ne veulent plus que s'opposent dans leur relation amoureuse la foi religieuse et l'épanouissement érotique. Cette nouvelle conduite morale en matière de sexualité prend peu à peu ses distances avec les valeurs catholiques traditionnelles d'obéissance, de soumission, de négation de la liberté et de l'autonomie.

Ce premier mouvement en entraînera un second qui poussera encore un peu plus loin la dissociation entre l'Église et la morale sexuelle. En effet, au cours de la nouvelle décennie 1960, que caractérisent notamment la Révolution tranquille, la baisse de la pratique religieuse, la sécularisation des institutions et la légalisation de la pilule contraceptive, une autre approche morale de la sexualité et de la contraception portera ombrage à Seréna et à la méthode sympto-thermique, trop associés au modèle chrétien, aux valeurs d'amour conjugal lié au mariage et de maîtrise de soi associée à l'abstinence.

---

[75] Les couples respectueux de l'enseignement doctrinal catholique ne pouvaient pas, sous peine de péché mortel, utiliser le condom, moyen contraceptif plus efficace que la méthode sympto-thermique, parce qu'il allait à l'encontre de la finalité dite naturelle et sacrée de la sexualité : la reproduction. Au paragraphe [9] de sa lettre encyclique du 31 décembre 1930, intitulée *Casti connubii*, le pape Pie XI réaffirmait cette finalité qu'énonçait déjà la Genèse (I,28) : « Aucune loi humaine ne saurait ôter à l'homme le droit naturel et primordial du mariage, ou limiter d'une façon quelconque ce qui est la fin principale de l'union conjugale établie dès le commencement par l'autorité de Dieu : *Crescite et multiplicamini* : croissez et multipliez-vous ». *Note de l'auteur*.

Que répondre à la question : *Qu'est-ce qui caractérise la conception de la morale, la conception morale de la sexualité et la fonction de l'agent moral ?* La morale des décennies 1950 et début 1960, loin de se présenter de façon monolithique, se définit selon deux pôles extrêmes. D'un côté, une morale traditionnelle et doctrinale qui fait des lois divines les lois naturelles devant guider les conduites humaines. De l'autre, une morale dite réformisme qui interprète la volonté de Dieu et le message de l'Église en tenant compte des conditions de vie conjugale, et qui par conséquent met l'accent sur les valeurs humaines d'amour et de maîtrise de soi associées à la contraception naturelle.

La conception traditionaliste attribue à la sexualité une mission morale, une finalité qui transcende le vécu individuel, une essence centrée sur la reproduction inconditionnelle s'insérant dans le plan divin. Les réformistes développent une approche morale de la sexualité plus complexe : la reproduction n'en constitue pas la seule fin, et ni une finalité absolue. D'autres valeurs comme l'amour et la maîtrise de soi contribuent à déterminer la dimension morale de la sexualité. D'un côté, l'agent moral qui s'appuie sur la tradition ne se fie pas à son propre jugement, et ne se laisse pas séduire par ce qu'on appelle *autonomie* et que l'Église considère une fausse liberté de la raison humaine ; il s'en remet aux lois divines que reflètent les lois naturelles et aux enseignements du magistère. De l'autre, au libre consentement, que l'Église reconnaît et promeut, à se marier et à choisir sa ou son partenaire de vie, l'agent moral qu'inspirent les réformistes ajoute le pouvoir, dans les limites de la foi catholique, de décider de sa conduite sexuelle.

Somme toute, davantage l'agent éthique prend ses distances d'avec l'enseignement doctrinal, plus il mise sur la concertation conjugale et la discussion avec ses pairs. Il démontre un souci

d'émancipation individuelle et conjugale à mesure qu'il associe à ses choix des valeurs qu'il désire expérimenter, notamment l'amour, la maîtrise de soi, le plaisir érotique, le partage des responsabilités contraceptives et familiales, la solidarité avec d'autres couples.

1.2 L'émancipation morale des années 1960 et 1970

Nous venons de voir dans la précédente sous-section que sur la question de la contraception notamment, coexistaient depuis au moins les années 1950, au sein de l'Église catholique du Québec, des éléments conservateurs et d'autres réformistes, et ceci à l'image de bien d'autres pays peut-on présumer. Le XXI[e] concile œcuménique de l'Église catholique romaine ou II[e] concile œcuménique du Vatican, communément désigné comme Vatican II, a débuté en 1962 avec le pape Jean XXIII et s'est terminé en 1965 sous le pontificat de Paul VI. Entre juin et octobre 1964, un débat sur la contraception engagea les plus hautes autorités ecclésiastiques : « Le cardinal Léger, archevêque de Montréal, Maximos IV, patriarche d'Antioche, le cardinal Suenens, archevêque de Malines et le cardinal Alfrink, primat de Hollande, furent les plus en vue parmi les partisans d'une mise à jour de la doctrine.[76] » Le clergé réformiste devra cependant composer avec une réponse qu'il n'espérait pas. Le 25 juillet 1968, dans sa lettre encyclique titrée *Humanae vitae*[77] portant sur le mariage et la régulation des naissances, le pape Paul VI fait écho à la doctrine que formulait Pie XI en 1930 dans son encyclique *Casti connubii* et confirme ainsi la morale catholique traditionnelle en matière de sexualité, au détriment d'une interprétation plus contemporaine ouverte à la parentalité

[76] Jean-Louis Flandrin, *L'Église et le contrôle des naissances*, Paris, Flammarion, 1970, p. 100.

[77] Paul VI, *Humanae vitae*, lettre encyclique sur le mariage et la régulation des naissances, Rome, 25 juillet 1968.

responsable. Par la suite, dans les années 1970, certains penseurs catholiques[78] ont émis des critiques nombreuses et sévères à l'endroit de cette conception orthodoxe en affirmant que la compréhension de la loi divine à travers la lecture des Saintes Écritures devait tenir compte du contexte sociohistorique et du savoir scientifique sur la sexualité humaine, accordant ainsi un rôle plus important à l'agent moral et à la dimension amoureuse de l'union conjugale.

En ce qui concerne le choix d'un moyen contraceptif, un changement de référence s'effectua au cours de ces années 1960[79]. Sur fond de désaffectation religieuse et de libéralisation des mœurs sexuelles, l'arrivée sur le marché de la contraception de la pilule anovulante et du stérilet changea

---

[78] Parmi bien d'autres, l'éthicien Guy-M. Bertrand conteste le lien entre la sexualité et la reproduction en soulignant que la nature elle-même limite la fertilité à un très petit nombre de jours du cycle menstruel (au maximum quatre à cinq jours sur un cycle en comprenant en moyenne vingt-huit). Tout en valorisant l'union sacrée du mariage, il met l'accent sur la finalité de l'amour prévalant sur celle de la reproduction; la libre responsabilité des époux envers leur engagement devient le sujet de la réflexion morale. *Cf.* Guy-M. Bertrand, « L'encyclique « Humanae vitae » et la loi naturelle », pp. 113-132, *in Cahiers de recherche éthique*, 3 : *Une nouvelle morale sexuelle ?*, Montréal, Éditions Fides, 1976.

[79] De 1964 à 1972, le monde québécois de la contraception s'organise de façon tout à fait indépendante de l'Église.

— 1964 : fondation de l'Association pour la planification familiale de Montréal (APFM), multiconfessionnelle et bilingue. L'APFM diffuse de l'information sur tous les moyens contraceptifs.

— 1967 : fondation du Centre de planification familiale de Montréal (CPFM), association francophone autonome vouée à la formation d'intervenants. Informations tirées de l'article de Diane Gervais, *op. cit.*

— 1972 : fondation de la Fédération du Québec pour le planning des naissances. La FQPN regroupe des professionnels du milieu de la santé et du milieu de l'éducation. Elle a pour mandat de mettre sur pied des associations régionales de planning des naissances afin d'offrir à la population des consultations, de l'information et de la formation en matière de contraception et d'éducation sexuelle. *Note de l'auteur.*

la donne : « On parlait moins de la légitimité de la régulation des naissances et de la valeur de la continence que du droit fondamental de l'Homme à la contraception.[80] » Dorénavant, sur les critères moraux des réformistes, prévaudra l'évaluation scientifique des contraceptifs : leur efficacité, leur innocuité, leur réversibilité et leur acceptabilité par le couple. Délaissant la vision morale associée à des valeurs religieuses plus ou moins réformistes, on opte de plus en plus pour une approche qui se veut plus objective, fondée sur des droits et libertés, remettant à l'individu seul la responsabilité de son choix. C'est ainsi qu'apparaît la notion de droit dans le discours sur la sexualité.

Cependant, si le Québec délaisse la morale traditionnelle, particulièrement en matière de sexualité, il n'en résulte pas *ipso facto* une absence de valeurs. En 1970, Jacques Lazure, sociologue et professeur à l'UQÀM, scrute la jeunesse du Québec en révolution et démontre qu'elle se questionne sur les valeurs associées à un mode de vie plus susceptible d'apporter l'épanouissement individuel, conjugal et social. Il décrit ainsi la tendance qu'il observe chez les jeunes.

> « En tout cas, les défenses morales provenant d'un code social, juridique ou religieux ont beaucoup moins de prise sur eux qu'auparavant. La norme qui tend, au contraire, à prévaloir chez eux est la suivante : devient acceptable tout rapport sexuel prémarital entre deux personnes qui se connaissent bien, qui ressentent de l'amour l'une pour l'autre, qui le veulent librement et qui peuvent l'accomplir sans détriment pour soi ou pour l'autre, avec une chance sérieuse d'épanouissement mutuel.[81] »

---

[80] Diane Gervais, *op. cit.*, p. 200-201.

[81] Jacques Lazure, *La jeunesse du Québec en révolution* Montréal, Les Presses de l'Université du Québec, 1970, p. 110.

La morale religieuse traditionnelle fondait ses vérités sur le texte sacré de la bible et sur l'autorité transcendante du magistère. Ceux et celles qui rompent avec ce fondamentalisme se tournent vers des valeurs de liberté, d'autonomie, d'indépendance. À quoi se réfèrent-elles pour mettre de l'avant de telles valeurs, la génération des jeunes et aussi celle des adultes éduqués au sein d'une religion qui ne valorisait pas la discussion ni n'autorisait davantage la remise en question, qui favorisait plutôt la soumission, l'obéissance et le conservatisme ? Il m'apparaît important de noter que ce changement de référent axiologique s'effectue à une époque de questionnement sur la colonisation et l'indépendance nationale, sur l'impérialisme et la liberté des peuples, sur le patriarcat et le féminisme. C'est une époque de revendication de droits et de libertés. C'est de ce contexte que se nourrit la réflexion sur une morale sexuelle plus émancipatrice; elle peut alors se faire aussi bien dans l'intimité que par le débat public.

En juin 1960, sous la direction de Jean Lesage, le Parti libéral du Québec (PLQ) prend le pouvoir et le garde jusqu'en 1966. Au cours de cette courte période, la société québécoise transforme radicalement ses institutions, son économie et ses mœurs. La Révolution tranquille marque les décennies 1960 et 1970 et produit une culture sécularisée centrée sur les notions de liberté, d'autonomie et d'indépendance qui se retrouvent au cœur de la vie politique, sociale et personnelle et qui influencent les conduites sexuelles et morales.

Selon Michel Dorais, travailleur social, chercheur et professeur, à l'Université Laval, au lendemain de la guerre de 1939-1945, la conjonction de profondes modifications démographiques, socio-économiques, scientifiques et culturelles favorisera l'éclosion de la Révolution sexuelle dans les années 1970[82]. Il en fait une brève énumération que je résume ainsi.

[82] Michel Dorais, *Les lendemains de la révolution sexuelle*, Montréal, éditions Prétexte, 1986.

— L'entrée des femmes sur le marché du travail dans les années 1950 qui leur apporte une plus grande indépendance financière.

— La production en série d'appareils électroménagers qui simplifient l'exécution des tâches domestiques et libèrent du temps pour les loisirs.

— La multiplication des téléviseurs qui popularisent la culture et l'information.

— La publication en 1948[83] et 1953[84] des résultats d'une vaste enquête sur la sexualité des Américains qui révèlent comme statistiquement normal que les femmes et les hommes aient des activités sexuelles bien plus fréquentes et plus diversifiées qu'on ne le croyait.

— Le *baby-boom* de l'après-guerre qui produira durant ces décennies 1960 et 1970 une masse critique d'adolescents désireux de vivre une sexualité plus libérée que celle de leurs parents.

— De nouvelles méthodes contraceptives qui rendent le plaisir érotique accessible en tout temps du cycle menstruel.

— Une plus grande permissivité à l'endroit du cinéma, de la publicité et des revues qui montrent des scènes ou des images de nudité partielle ou totale.

De la description de ces deux premières périodes allant des années 1950 à la fin des années 1970, pouvons-nous identifier des facteurs spécifiques qui contribuent à l'émergence d'un nouveau point de vue moral sur la sexualité ? En fait ressortent quatre thématiques majeures: la contraception, le plaisir érotique, les rapports entre les femmes et les hommes, et le sens à donner à l'expérience sexuelle. Et à partir de celles-ci, parce que leurs influences se conjuguent et

---

[83] Alfred C. Kinsey, et al., *Sexual behavior in the human male*, Philadelphia, W.B. Saunders Company, 1948.

[84] Alfred C. Kinsey, et al., *Sexual behavior in the human female*, Philadelphia, W.B. Saunders Company, 1953.

contribuent ensemble à créer des conditions techniques, juridiques, sociales et symboliques pour réinterpréter la sexualité, je retiens les quatre facteurs suivants ayant une influence sur la nouvelle façon de considérer la dimension morale de la sexualité : i) la commercialisation de nouveaux moyens contraceptifs neutralisant la finalité de reproduction, ii) une approche de la sexualité axée sur le droit au plaisir et sur les techniques pour y parvenir, iii) le mouvement féministe redéfinissant les valeurs de liberté et d'égalité entre les femmes et les hommes, et iv) l'association à la sexualité de diverses significations symboliques.

i) Nous avons vu dans la sous-section précédente que l'information sur des méthodes de contraception, d'abord dites naturelles, puis d'autres comme la pilule anovulante et le stérilet, a entraîné une distanciation à l'égard de la vision doctrinale de l'Église. La fonction procréatrice de la sexualité cessait d'être fatalement incontrôlable et incontrôlée, ce qui permettait de remettre en question sa finalité dite naturelle. Par conséquent, le pouvoir du clergé d'imposer une morale étrangère au vécu des laïcs diminuait considérablement au profit d'une toute nouvelle autodétermination de la personne quant à son système reproducteur. En séparant et contrôlant les fonctions de plaisir et de reproduction, l'être humain s'appropriait en tout ou en partie la responsabilité de sa pratique sexuelle, précisément la responsabilité morale de lui attribuer un sens ou une finalité, et d'en assumer les conséquences.

ii) La perte d'influence de l'Église sur la conduite sexuelle libère donc les individus des traditionnelles contraintes et limites imposées à l'exercice de la sexualité. Se posent alors des questions de justification et de légitimation de la pratique et de la liberté sexuelles. Ce

questionnement porte aussi sur le droit à la liberté sexuelle et sur le plaisir érotique[85] en fonction de l'âge[86], de l'orientation érotique[87], des modèles de couple[88], de la santé mentale, du handicap physique[89], de la déficience intellectuelle[90], etc. La question de la sexualité ne se pose plus seulement en termes de valeur mais aussi de droit et de technique du plaisir.

iii) Le féminisme entre en scène, fort de ses porte-paroles américaines et européennes[91]. Il vise à démontrer qu'il n'y a pas de fondement scientifique ou religieux à une présupposée nature ou essence qui déterminerait les qualités, la fonction autre que biologique, les valeurs et les finalités

---

[85] Voir, entre autres, W.H. Masters et V. E. Johnson, *Les réactions sexuelles*, Paris, Robert Laffont, 1968; Helen Singer Kaplan, *Le bonheur dans le couple*, Montréal, Les Éditions Internationales Alain Stanké, 1975; *L'amour réussi,* Montréal, Presses Select, 1974.

[86] Du 7 au 9 septembre 1979 s'est tenu à Montréal un important symposium international sur le thème de *Enfance et sexualité*.

[87] Charles Silverstein et Edmund White, *Les plaisirs de l'amour gai*, Montréal, Éditions Intrinsèque, 1979.

[88] Claude Crépault et Robert Gemme, *La sexualité prémaritale. Étude sur la différenciation sexuelle des jeunes adultes québécois*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1975.

[89] *Éducation sexuelle des personnes en difficulté d'adaptation*, actes du symposium tenu à Montréal les 13-14 et 15 mai 1977, Montréal, Publications du C.Q.E.E., 1978.

[90] Lise Aubertin, Ara Dakessian et Jacques Moley, *Vivre sa sexualité. L'éducation sexuelle des handicapés mentaux*, Montréal, Service des publications de l'hôpital Rivière-des-Prairies, 1978.

[91] *Cf.* notamment, parmi les auteures lues à cette époque, Françoise d'Eaubonne, *Les femmes avant le patriarcat*, Payot, 1977, 239 p.; Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard, c1949; Shulamith Firestone, *La dialectique du sexe. Le dossier de la Révolution féministe,* Paris, Éditions Stock, 1972, 306 p.; Kate Millett, *La politique du mâle*, Paris, Éditions Stock, 1971, 463 p.

liées à un sexe ou à un autre. C'est la culture située historiquement qui donnerait son contenu à l'identité de genre associée à la morphologie des organes génitaux. Les questions et les réponses sur ce que devrait être une *vraie* femme ou un *vrai* homme renverraient soit à des conceptions et expériences subjectives et à des constructions fortement culturelles, soit à la notion de personne humaine pour qui les qualités, vertus ou défauts n'ont pas de genre. Évitant le double standard, une nouvelle morale en matière de sexualité devrait intégrer les notions d'égalité et de liberté[92].

iv) Dans les années 1950 et 1960, les *sex-symbols*, nés du cinéma et du spectacle musical (ex. : Marilyn Monroe, Elvis Presley), soulignaient des aspects spécifiques de la sexualité : la sensualité, le sentiment de passion, la jeunesse désireuse de s'affranchir des contraintes traditionnelles. Les années 1970 ont renforcé la perception symbolique de la sexualité comme représentation de la liberté individuelle, de l'épanouissement personnel, tout au moins d'une source privilégiée de bonheur. Outre une survalorisation certaine en réaction à la *dévalorisation* du plaisir érotique qu'imposait la morale religieuse traditionnelle, l'idée que la libéralisation des mœurs sexuelles apporterait la libération des personnes s'inspirait de la théorie freudienne que reprenaient ou réinterprétaient aussi bien des psychanalystes et psychologues que des philosophes ou théoriciens politiques[93]. N'étant plus considérée une puissance de reproduction ou de

---

[92] *Cf.* un livre fort lu et commenté par bon nombre de féministes de l'époque : *Pour une morale de l'ambiguïté*, de Simone de Beauvoir, édité en format de poche en 1968.

[93] Voir notamment Ernest Armand, *La révolution sexuelle et la camaraderie amoureuse*, Paris, Critique et raison, [1934]; Jeremy Bentham, *Défense de la liberté sexuelle. Écrits sur l'homosexualité, s*.l., Éditions Mille et une nuits, 2004; Sigmund Freud, *La vie sexuelle*, Paris, Presses universitaires de France, 1970; Erich Fromm, *L'art d'aimer*, Paris, éditions épi, 1968; René Guyon, *Études d'éthique sexuelle*, Saint-Denis, impr. Dardaillon, 1929+; Alexandra Kollontaï, *Marxisme et révolution sexuelle*, Paris, Libraire François Maspero, 1979 [1973]; Herbert Marcuse, *Eros et civilisation. Contribution à Freud,* s.l., Éditions de Minuit, 1970; Wilhelm Reich, *La révolution sexuelle. Pour une autonomie caractérielle de l'homme*, Paris, Plon / Union générale d'éditions, [1970].

damnation, la sexualité ne fait plus partie de l'obscur. Après en avoir fait un objet d'étude et de rationalisation, on peut instrumentaliser la sexualité et la réduire à un bien de consommation. S'opère alors un renversement de sens : l'orgasme n'apparaît plus comme un péché mais constitue une norme de normalité ou de normalisation[94].

Ainsi, la rationalisation et la normalisation de la sexualité allant de pair avec l'abandon de la déontologie religieuse[95] conduisent à une normativité juridique de la morale sexuelle, ce qui présuppose la reconnaissance de droits et de libertés en cette matière. C'est le thème que je développerai dans la prochaine sous-section.

1.3 La morale des droits et libertés des années 1980 et 1990

Des normativités, comme la morale, régulent les comportements sexuels, et ce pour quatre fonctions majeures de la sexualité : le plaisir érotique, la reproduction de l'espèce, la différenciation sexo-sociale et la symbolisation.

---

[94] *Cf.* André Béjin et Michaël Pollak, "La rationalisation de la sexualité", *in Cahiers internationaux de sociologie*, (1977, vol. LXII), pp. 105-125.

[95] La morale religieuse en matière de sexualité se présente comme une déontologie, c'est-à-dire un ensemble de devoirs, d'obligations et de règles encadrant de façon stricte les activités du sujet.

En juillet 1968, la Chambre des communes du parlement canadien adopte une nouvelle loi, modifiant la précédente, de façon à reconnaître aux femmes les mêmes droits qu'aux hommes d'obtenir un divorce[96].

En mai 1969, la Chambre des communes vote par une forte majorité en faveur du projet de loi C-150, communément appelé *bill omnibus*, ayant suscité tant de débats privés et publics durant les deux précédentes années. Il s'agissait d'adapter le Code criminel au contexte social et aux valeurs émergentes de l'époque en décriminalisant l'avortement thérapeutique[97], la diffusion et la vente de contraceptifs, et certaines activités sexuelles (que désignaient dans le Cde criminel les termes de *sodomie* et *grossière indécence*) généralement associées à l'homosexualité. En matière de normes sexuelles apparaît alors une nette distinction entre un crime aux yeux de la société civile et un péché selon la conscience religieuse. Ainsi seraient permis selon la loi les rapports hétérosexuels entre personnes consentantes âgées de seize ans ou plus, mariées ou non, et les rapports homosexuels pour les personnes consentantes âgées d'au moins dix-huit ans.

Amorcée à la fin des années 1960, une longue lutte pour libéraliser l'avortement, c'est-à-dire le rendre libre et gratuit, sans devoir le justifier par un motif thérapeutique, trouve sa conclusion

---

[96] On observe alors une hausse vertigineuse du nombre de divorces : de juillet 1968 à septembre 1970, s'ouvrent officiellement au bureau de Montréal plus de 11 030 dossiers.

[97] La nouvelle loi permettrait l'avortement en milieu hospitalier dûment accrédité quand un comité d'avortement thérapeutique composé de trois médecins considère que la poursuite de la grossesse met en danger la santé ou la vie de la femme enceinte. À noter que, chef de file au Canada en ce domaine, le ministère de la Famille et du Bien-être du Québec subventionne depuis 1967 des organismes donnant de l'information sur la contraception : le Centre de planning familial du Québec, l'Association pour le planning des naissances de Montréal, la clinique de planification familiale de l'hôpital Notre-Dame. *Note de l'auteur.*

dans un jugement de la Cour suprême du Canada rendu le 28 janvier 1988 : cinq des sept juges ont reconnu que « L'article 251 [du *Code criminel* rendant l'avortement illégal] constitue clairement une atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle d'une femme.[98] » Les magistrats expliquent ainsi leur décision : « Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener le fœtus à terme, à moins qu'elle ne remplisse certaines conditions indépendantes de ses propres priorités et aspirations, est une ingérence profonde à l'égard de son corps et donc une atteinte à la sécurité de sa personne.[99] »

Lentement mais sûrement, tout au long des années 1980-1990, le droit s'est imposé dans le domaine de la morale sexuelle[100]. Comment donc ce transfert du religieux au juridique s'est-il effectué ? Par une nouvelle nomenclature morale, y aurait-il eu subrogation du droit à la religion, substitution du *bien* ou *mal* par le *légalement permis* ou *interdit* ?

D'un côté, on peut n'y voir que le remplacement d'une hétéronomie par une autre : de religieuse, elle se métamorphose en juridique. Dans ce cas, le code de conduite ne relève pas de l'individu, c'est-à-dire de l'agent moral, mais d'une instance extérieure, précisément d'une institution

---

98 *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, résumé.

99 *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, paragraphe 7.

100 Plus près de nous dans le temps, après des décennies de revendications sociales pour la reconnaissance de droits égaux pour les personnes d'orientation érotique homosexuelle, le 28 juin 2005, par 158 voix contre 133, les membres de la Chambre des communes du parlement canadien ont approuvé le projet de loi C-38 légalisant le mariage entre conjoints de même sexe. Le 21 décembre de la même année, la Cour suprême du Canada refusait de voir dans l'échangisme un acte illégal si pratiqué avec le consentement des personnes participantes, sans contraintes et en privé.

sociale, politique, juridique, voire constitutionnelle. De l'autre, on peut constater une sécularisation de la morale par la voie juridique et démocratique : l'élaboration des normes proviendrait d'une volonté des personnes concernées, les citoyens et citoyennes, de se donner par voie de législation des balises en fonction de valeurs et de conceptions plus contemporaines de l'amour, de la conjugalité, de la famille, de l'érotisme et de la sexualité. Quoi qu'il en soit, le fondement de la morale sociale jadis métaphysique et transcendantal apparaît maintenant rationnel et juridico-politique.

Par ailleurs, du point de vue non géographique mais conceptuel, comment s'effectue ce changement de référence ? Brièvement je référerai ici à deux auteurs, René Guyon et John Rawls, pour comprendre le passage d'une morale religieuse à une position qui se veut rationnelle et libérale, c'est-à-dire fondée rationnellement sur des droits et des libertés. À ma connaissance, René Guyon est le premier auteur à développer une éthique sexuelle rationaliste et fondée sur le libéralisme. Centrée sur le consentement dénué de contrainte, de tromperie et de violence, sa théorie éthique, parce que structurée et argumentée, nous faire comprendre l'importance du droit en matière de morale sexuelle. John Rawls cadre le libéralisme dans une perspective d'équité. Sa définition du citoyen comme agent moral membre d'une communauté de droits et de libertés renvoie à une conception du libéralisme fondée sur la coopération sociale. Sa pensée offre un contrepoids à une affirmation par trop individualiste du consentement. Notons ici que le libéralisme se conjugue en diverses versions : Guyon exprime une conception philosophico-morale, et Rawls une doctrine philosophico-politique. Et d'un point de vue libéral, tous deux se réfèrent au dispositif juridique pour protéger les droits et libertés des individus.

Au milieu du XX^e siècle, le Français René Guyon[101], un juriste également éthicien spécialisé dans le domaine de la sexualité, pensait qu'une société démocratique et libérale devait reconnaître des droits sexuels et se prononcer en faveur de leur inclusion dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de l'Organisation des Nations Unies (ONU) afin de garantir une protection certaine contre le relativisme moral en matière de sexualité et par conséquent assurer la tolérance à l'endroit des personnes faisant des choix que ne partagerait pas la majorité d'une communauté, d'une nation ou d'un pays. En 1951, il publie un manifeste à compte d'auteur[102] critiquant la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qu'avait proclamée en 1948 l'Assemblée des Nations Unies. Il note que le très important article 18[103] sur la liberté de penser et la liberté de

---

[101] Dans ses *Études d'éthique sexuelle*, en neuf tomes dont six publiés en France de 1929 à 1938 et les trois derniers restés à l'état de manuscrit conservés à la bibliothèque de l'Institut Kinsey rattaché à la Indiana University aux États-Unis, René Guyon (1876-1963), juriste français, a formulé une *doctrine de légitimité et de liberté des actes sexuels* fondée sur des principes rationnels proclamant la libération de la sexualité, considérée par ailleurs comme une simple fonction physiologique. Il est le contemporain des Sigmund Freud, médecin autrichien et fondateur de la psychanalyse (1856-1939), Magnus Hirschfeld, médecin et sexologue allemand (1868-1935), Henry Havelock Ellis, médecin et chercheur sexologue (1859-1939), Wilhelm Reich, médecin et psychanalyste allemand (1897-1957), Alexandra Kollontai, révolutionnaire et féministe russe (1890-1974). Il a été un membre éminent et actif de la *Ligue mondiale de réforme sexuelle* créée en 1928 et disparue avec la déclaration de la Deuxième guerre mondiale.

[102] *Les droits de l'homme et le déni de liberté sexuelle*. Traduction de *Human rights and the denial of sexual freedom*. La version originale anglaise de ce texte a été imprimée aux frais de l'auteur, en 1951, à Bangkok. Le site web de *Magnus Hirschfeld Archive for Sexology*, Humboldt-Universität, Berlin, publie une version intégrale à l'adresse URL suivante : http://www2.hu-berlin.de/sexology/GESUND/ARCHIV/GUYTX.HTM La revue *Arcadie* a publié en 1954 dans ses numéros de février, mars et avril le texte original de Guyon divisé en trois parties.

[103] Article 18. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites. Cf. *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1998, p. 14.

conscience n'énonce pas son corollaire : la liberté sexuelle. Il fait remarquer que la liberté sexuelle ne demeure en fait qu'embryonnaire puisqu'elle se trouve encadrée, limitée par la morale et l'ordre public tel que le stipulerait l'alinéa 2 de l'article 29.

> « 2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.[104] »

Redoutant que des croyances morales irrationnelles ou religieuses, antisexuelles[105] selon le qualificatif qu'il utilise, restreignent les libertés de penser et de conscience en ce qui concerne ce qu'une personne peut juger bon ou mal en matière de sexualité, il affirme que doivent prévaloir les principes de neutralité de l'État et de tolérance sociale entre citoyens qui ne partagent pas les mêmes conceptions morales. En opposition ou en réaction à une pensée religieuse fondamentaliste qui visait, comme l'écrit le pape Pie XI dans son encyclique *Casti connubii*, à

---

[104] Article 29. 1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible. 2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique. 3. Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies. Cf. *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1998, p. 18.

[105] Bien des auteurs en sexologie, entre autres René Guyon (*Comment organiser une société prosexuelle*), Jos Van Ussel (*Histoire de la répression sexuelle*), le collectif Crépault, Lévy, Gratton (*Sexologie Contemporaine*), ont utilisé les termes *antisexuel* ou *prosexuel* pour qualifier les attitudes, les morales ou les sociétés répressives ou permissives en matière de sexualité.

subordonner les lois civiles aux lois divines[106], l'éthicien et juriste Guyon opte pour une conception rationaliste[107] et libérale de la morale sexuelle, c'est-à-dire qu'elle doit être rationnellement fondée sur des libertés individuelles et tolérante aux différences.

Évoquant le relativisme, il souligne le caractère arbitraire de la morale et de l'ordre public qui présupposent pour telle société chrétienne la prédominance de la règle de la monogamie et pour telle autre islamique celle de la polygamie. Selon lui, le droit doit l'emporter sur la morale comme l'énonce d'ailleurs l'article 28 de cette même *Déclaration* : « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet.[108] »

Dans son manifeste de 1951, Guyon propose alors d'introduire dans la *Déclaration* un « principe positif de la Liberté sexuelle », selon son expression, sous forme d'ajout à l'article 18 et qui se lirait comme suit.

---

[106] *Casti Connubii*, *op. cit.*, par. 135 : « Les lois de l'État peuvent seconder beaucoup l'Église en cette tâche très importante, si, dans leurs prescriptions, elles tiennent compte de ce que la loi divine et ecclésiastique a établi, et si elles punissent ceux qui y contreviennent. »

[107] À noter que le rationaliste René Guyon, comme plusieurs de ses contemporains sexologues, associait la raison, sans véritablement questionner ses fondements, à l'idée de progrès, et ce dans la lignée de la philosophie des Lumières. Un point de vue rationnel, c'est-à-dire scientifique, dégagé de l'enseignement moral lié à la religion, devait apporter l'émancipation, du moins en matière de sexualité.

[108] *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1998, p. 144.

> « Chacun a le droit de liberté sexuelle et la libre disposition de son corps à cet effet; et nul ne saurait être inquiété, poursuivi ou condamné parce qu'il a volontairement exercé des activités sexuelles, quelles qu'en soient les modalités, sans violence, sans contrainte et sans fraude.[109] »

Clairement, Guyon se réfère au libéralisme philosophique et politique : l'État est neutre en matière de conception philosophique ou morale et le citoyen est un être rationnel et raisonnable. La tolérance constitue une des premières vertus libérales : « Ne pas connaître la vie sexuelle de son voisin, notamment *parce que l'on s'en désintéresse vraiment*, est le seul véritable état libéral que l'individualiste doit réclamer et doit attendre.[110] » Nous retrouvons au Canada, à la fin des années 1960, avec le *bill Omnibus*, cette même volonté de rationaliser la morale sociale en évoquant le principe de la tolérance qui caractérise une société libérale. En présentant en 1967 son projet de loi *Omnibus*[111] qui légalisait l'homosexualité, le ministre de la Justice de l'époque,

---

[109] René Guyon, "Les droits humains et le déni de liberté sexuelle", *in Arcadie*, 1954, numéro de mars, p. 17.

[110] René Guyon, *op. cit.*, p. 25.

[111] Projet de loi voté deux ans plus tard, le 14 mai 1969.

Pierre-Elliott Trudeau[112], a énoncé cet apophtegme, cette formule-choc : « L'État n'a rien à faire dans les chambres à coucher de la nation.[113] »

Le libéralisme est une notion polysémique qui renvoie à une conception soit économique, soit morale, soit philosophique, soit politique. Ici, le libéralisme philosophico-moral de Guyon tend à associer la raison et la liberté au progrès émancipateur alors que le libéralisme politique à la John Rawls, contemporain de Pierre-Elliott Trudeau, met l'accent non sur la poursuite du bonheur caractéristique de l'utilitarisme mais sur la justice comme équité. Ce dernier libéralisme mise sur des structures politiques de base[114] notamment pour promouvoir ou protéger des droits et libertés individuels dans un but d'égalité des chances et de justice équitable. « Si le libéralisme est une idéologie de la liberté, il ne peut la subordonner à la recherche du bien-être et il doit défendre la priorité de la justice qui, seule, garantit la priorité de la liberté.[115] » Dans *Les années Trudeau*, l'ancien professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal s'explique sur ses

---

[112] Il sera premier ministre du Canada de 1968 à 1979 et de 1980 à 1984. Un projet lui tenait à cœur : l'adoption par le gouvernement canadien d'une charte des droits et libertés. Il le réalisera en 1982.

[113] *Cf.* http://archives.cbc.ca/politics/rights_freedoms/topics/538/ Broadcast Date: Dec. 21, 1967. A young, charismatic Pierre Trudeau, acting as Justice Minister, has introduced his controversial Omnibus bill in the House of Commons. The bill calls for massive changes to the Criminal Code of Canada. Trudeau makes an appeal for the decriminalization of 'homosexual acts' performed in private, telling reporters in this CBC Television clip "*there's no place for the state in the bedrooms of the nation.*" Trudeau goes on to say "*what's done in private between adults doesn't concern the Criminal Code.*"

[114] John Ralws, *Libéralisme politique*, Paris, Quadrige/PUF, 1995, p. 358 : « Cette structure comprend les principales institutions sociales (la Constitution, le régime économique, l'ordre juridique et sa définition de la propriété, etc.) et la manière dont ces institutions s'articulent en un système unique. »

[115] Catherine Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Paris, Gallimard, 2009, p. 431.

motivations à s'engager en politique[116] : « Dans mon esprit, la valeur à privilégier dans la poursuite de la société juste était plutôt l'égalité. Non pas l'égalité à la Procuste bien sûr, où tous seraient ramenés à une certaine moyenne. Mais l'égalité des chances [….].[117] » Effectivement, comme le reconnaît Claude Couture, historien de la modernité, le premier ministre Trudeau a mis en place des programmes et effectué des réformes politiques tout à fait dans la ligne du libéralisme politique : « L'objectif de la société juste fut d'assurer l'égalité des chances économiques par l'aide aux régions et par la reconnaissance de l'égalité du français et de l'anglais. De fait, la *Loi sur les langues officielles* fut la première tentative visant à implanter les principes de la société juste.[118] »

Cette société juste présuppose la tolérance envers les diverses conceptions du bien, religieuses ou non, comme le souligne Rawls : « La communauté sociale n'est plus fondée sur une conception du bien telle qu'elle était donnée par une confession religieuse ou une doctrine philosophique répandues, mais sur une conception publique commune de la justice […] »[119]. Pour une société démocratique et pluraliste, le libéralisme, dans sa défense des droits et libertés, pose donc la question de la neutralité de l'État en matière de morale. L'État ne peut pas imposer une morale substantielle sans nier son caractère pluraliste ainsi que le droit à la liberté individuelle de

---

[116] Pierre Trudeau, chef du parti Libéral du Canada, a axé sa campagne électorale de 1968 sur le thème de la société juste.

[117] *Les années Trudeau : la recherche d'une société juste.* Sous la direction de Thomas S. Axworthy et Pierre Elliott Trudeau, Montréal, Le Jour, 1990, p. 383.

[118] Claude Couture, *La loyauté d'un laïc : Pierre Elliott Trudeau et le libéralisme canadien*, Montréal, L'Harmattan, 1996, p. 122.

[119] John Rawls, *Libéralisme politique*, p. 361.

croyance religieuse ou autre. Le libéralisme de Rawls ne vise pas à éliminer les conceptions du bien, y compris les morales religieuses ; par contre, elles doivent se conformer à la conception constitutionnelle de la justice : « … le libéralisme accepte la pluralité des conceptions du bien comme un fait de la vie moderne pourvu que, bien entendu, ces conceptions respectent les limites définies par les principes de justice appropriés »[120].

Alors de quelle neutralité s'agit-il ? Présuppose-t-elle que toutes les conceptions du bien, religieuses ou laïques, se valent ? Ou bien se réfère-t-elle à un recoupement de valeurs que reconnaissent en raison les différentes conceptions du bien ? Y a-t-il une instance transcendante capable d'imposer un point de vue objectif, universel, rassembleur ? Si l'État, dans sa neutralité, ne privilégie pas une conception particulière du bien par rapport à une autre, il se définit tout de même par une constitution. Une société libérale dotée d'une charte constitutionnelle des droits et libertés de la personne renvoie certainement à une conception politique du vivre-ensemble, même si celle-ci se veut strictement formelle. En 1982, le premier ministre Trudeau fait adopter par la chambre des communes la *Charte canadienne des droits et libertés*, la partie I de la loi constitutionnelle du pays. On peut alors affirmer qu'à ce moment-là la morale sociale canadienne entre officiellement, par la grande porte de la Constitution, dans l'ère du droit.

Les années 1980 et 1990 ont donné lieu à une ample pratique de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien qu'il n'y ait pas vraiment de droits positifs en cette matière, les droits et libertés constitutionnels ont fortement influencé la conception de la morale sociale en ce qui concerne la sexualité. On a invoqué notamment le droit à la différence ou à la liberté pour justifier la pornographie, le droit de disposer de son corps pour légaliser la prostitution, le droit à l'égalité

[120] John Rawls, *Libéralisme politique*, p. 361.

des sexes et, par extension, le droit à l'égalité des orientations érotiques pour revendiquer le mariage entre personnes du même sexe.

Un principe, à la fois juridique et moral, ressort de cette expérience de l'exercice des droits : le *consentement mutuel*. Autrement dit, en vertu des droits et libertés individuels et du principe que l'État n'a pas à s'immiscer dans la vie privée des partenaires, le fait de donner son accord suffirait pour rendre une activité sexuelle conforme à la morale sociale. Cependant, cette notion morale et philosophique de consentement mutuel suscite des tensions et des conflits que stimule une conception particulière du libéralisme appelée libertarisme.

Quand le libéralisme se trouve associé à la conception de la morale minimaliste[121], sa version libertarienne que défend entre autres le philosophe français Ruwen Ogien[122], le consentement en devient l'idée fondamentale : apparaît alors quasi incommensurable la liberté individuelle de choisir ce qui est bon pour soi. En fait, Ogien formule trois principes qui consolident l'affirmation de l'autodétermination individuelle en matière de sexualité : la *considération égale* (ce qui signifie que tous les choix individuels ont la même valeur : c'est le relativisme moral), la

[121] La morale minimaliste, libertaire ou libertarienne, s'apparente au néolibéralisme économique en ce sens qu'elle réclame le maximum de libertés individuelles et le minimum d'intervention de l'État ou de toute autre instance extérieure, sociale, transcendantale.

[122] Voir Ruwen Ogien, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007; *Penser la pornographie*, Paris, Presses universitaires de France, 2003; « Raisonner sur la pornographie», *in Questions d'éthique contemporaine,* Éditions Stock, 2006.

neutralité (de l'État et des individus à l'égard des conceptions particulières du bien), et l'*intervention limitée* (on n'intervient qu'en cas de tort flagrant causé à autrui)[123].

Ainsi, selon l'adage *On ne fait pas de tort à celui qui est consentant*, l'adepte du libertarisme affirme qu'on ne devrait pas interdire les séances de sadomasochisme, tout comme on permet les combats de boxe. Il oppose une fin de non-recevoir à toute velléité de relativiser ce principe : adopter, au nom de la dignité humaine, des critères plus exigeants que la simple formulation du consentement reviendrait à imposer une contrainte annulant la liberté de définir ce qui est bon pour soi et d'y consentir. Lier aussi radicalement la notion de consentement à celles d'autonomie et d'autodétermination met rapidement fin à toute discussion sur la justification et le bien-fondé du choix individuel. En fait, selon le libertarisme, la justification morale ne provient pas d'une discussion entre les partenaires; elle surgit du simple fait que le consentement respecte ses trois principes fondamentaux : « L'éthique minimale n'est pas *fondée* sur le consentement considéré comme une valeur absolue […], mais justifiée en gros par les principes de non-nuisance, de considération égale et d'indifférence morale du rapport à soi-même.[124] »

Cette philosophie morale affirme que le principe du consentement, se voulant valide du moment qu'il n'y a pas de tort causé à autrui, évite tout processus de justification rationnelle en regard de notions comme la dignité humaine, la responsabilité, la vulnérabilité de l'autre. Selon Ogien, la valeur de dignité humaine, utilisée par les moralistes pro ou antisexuels, sert davantage des intérêts politiques qu'elle ne réfère à un ordre transcendant : « Il se pourrait que l'argument de la

---

[123] Ruwen Ogien, *L'éthique aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 154 et 155.

[124] Ruwen Ogien, *L'éthique aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 191.

nécessité de protéger la dignité humaine soit plus politique que conceptuel ou éthique. Ce serait un de ces mots pompeux qu'on jette à la face du public pour l'impressionner, sans souci de cohérence ou de justification.[125] »

En fonction du principe de neutralité, la morale minimaliste telle que la défend Ogien ne reconnaît pas de dimension éthique au rapport de soi à soi ni à la relation interpersonnelle. C'est une norme juridique, non une normativité morale, qui intervient pour déterminer s'il y a tort flagrant causé intentionnellement à autrui. La morale, synonyme d'éthique selon ce philosophe, se limite à réglementer juridiquement les relations sociales, alors que l'État doit rester neutre en ce qui concerne les choix privés, compte tenu du pluralisme des conceptions du bien et par conséquent du relativisme moral. Autrement dit, les normes morales se révèlent davantage politiques puisque c'est l'État qui, pour assurer sa stabilité, les formule et les fait respecter dans leur forme juridique. Par conséquent, tout ce qui n'est pas formellement interdit par la loi se trouve permis. Idéalement, il ne devrait pas exister de normes sociales en matière de sexualité dans la mesure où l'activité se pratique entre personnes consentantes, en privé et dans le respect du principe fondamental de non-nuisance directe et intentionnelle à autrui. Somme toute, la morale minimale évacue la dimension éthique de la pratique sexuelle, érotique, amoureuse, conjugale, et réduit le consentement à sa plus simple expression juridique répondant aux critères les moins exigeants.

Pour les tenants de la morale minimale ou libertarienne, en ce début du XXI^{e} siècle le consentement apparaît de plus en plus comme la nouvelle norme qui consacrerait la liberté

---

[125] Ruwen Ogien, *L'éthique aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 188 et 189.

individuelle[126], et par conséquent définirait de façon plus opérationnelle le contenu de la tolérance sociale, cette dernière notion renvoyant par ailleurs au respect de la différence dans l'égalité. Dans un monde de pluralisme et de tolérance considérant la liberté individuelle comme une valeur quasi absolue, tous les types d'activités sexuelles se valent et sont légitimes dans la mesure où il n'y a pas de nuisance intentionnelle ou directe : prostitution, sadomasochisme, échangisme, pornographie, exhibitionnisme, sexualité de groupe, gangbang[127], fisting[128], sodomie suivie de fellation, etc.

À l'opposé du libertarisme, une autre interprétation du consentement le relie à une conception plus morale que juridique de l'autonomie, c'est-à-dire à un projet de vie émancipateur selon un idéal de dignité plus que de plaisir éphémère. Dans le *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, le philosophe américain Alan Soble, sous le titre **Sexualité** souligne que « […] compte tenu de la psychologie et des effets de l'interaction sexuelle, on pourrait affirmer […] que l'activité sexuelle ne peut se justifier que si l'on a recours à d'importantes considérations non

---

[126] Voir Olivier Cayla, « Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir », *in La liberté sexuelle,* sous la dir. de Daniel Borrillo et Danièle Lochak, Paris, Presses universitaires de France, 2005, pp. 89-106.

[127] Le gangbang (de l'anglais *gangbang*) est une pratique sexuelle où un sujet passif a une relation sexuelle avec plusieurs partenaires, simultanément ou à la suite.

[128] Le fist-fucking ou fisting, est une pratique sexuelle consistant à pénétrer le vagin ou le rectum avec la main. La sexologie utilise les termes d'érotisme brachiovaginal ou brachioproctique. Malgré son nom (*fist* signifie poing en anglais), le fist-fucking ne sous-entend pas la pénétration du poing fermé dans le vagin ou le rectum, mais plutôt une lente introduction de la main dont les doigts sont gardés tendus et groupés dans l'orifice préalablement abondamment lubrifié et distendu progressivement. Une fois l'introduction effectuée, le poing peut être fermé, ou les doigts rester droits.

sexuelles et qu'il faut satisfaire à de rigoureuses conditions avant de s'y engager.[129] » Ces *importantes considérations*, bien entendu, sont de nature éthique ou morale quand, par exemple, une personne doit évaluer sa participation à une activité sexuelle sous l'angle du consentement plus ou moins volontaire, ou en regard des répercussions sur un tiers non participant.

En fait, les morales qui se réclament du libéralisme n'ont pas toutes la même représentation du sujet. Le libéralisme de Rawls présuppose chez tout citoyen deux facultés de la personnalité morale sans lesquelles demeure impensable la société posant la justice comme équité : « la capacité de former un sens du juste et de la justice (la capacité de respecter les termes équitables de la coopération et donc d'être raisonnable) et d'entretenir une conception du bien (et donc d'être rationnel).[130] » En effet, peut-on imaginer une structure de base visant un idéal social, la justice comme équité, sans des sujets-citoyens capables de se donner une conception du bien, qui présuppose elle-même un sens de la justice et de la coopération équitables ? En somme, le libéralisme de Rawls constitue ce que j'appelle une conception générale non substantielle du bien.

À l'opposé, Ogien, le chef de file de la morale sexuelle minimaliste, par les trois principes sur lesquels repose sa conception de l'éthique, évacue la morale du rapport que le sujet entretient avec lui-même : c'est le principe de l'« indifférence morale du rapport à soi-même »[131]. Par le

---

[129] *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale,* Paris, Quadrige / PUF, 2004, p. 1777.

[130] John Rawls, *Libéralisme politique*, p. 359.

[131] Ruwen Ogien, *L'éthique aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 196.

principe relativiste d'« égale considération de chacun »[132], il neutralise tout but ou objectif moral que se donnerait une société. En fin de compte, avec le principe de « non-nuisance à autrui »[133], il réduit la morale à sa plus simple expression juridico-politique : un état primaire de liberté individuelle sans nuisance directe ou intentionnelle à autrui. Chez Ogien, la préoccupation du sujet libertarien semble se limiter à la sauvegarde maximale de la liberté d'agir qui le caractérise et qu'accompagne une réflexion la plus simple possible sur les conséquences immédiates de l'actualisation du désir que je formule ainsi : *Y a-t-il intention claire et effet direct de nuisance à autrui ?*

Pour résumer cette sous-section et conclure, je répondrai à la question suivante : *Pour le libéralisme, qu'est-ce qui caractérise la conception de la morale, la conception morale de la sexualité et la fonction de l'agent moral ?*

Pour Guyon et Ogien, la morale apparaît synonyme de contrainte sociale, de contrôle extérieur ou hétéronomique de la liberté individuelle. Tous deux réagissent à ce type de morale en proclamant la suprématie de l'individu à définir ce qui est bon pour lui-même en ce qui concerne la sexualité. En ce sens, le consentement personnel doit constituer la seule norme de moralité en matière de sexualité dans la mesure où il n'y a pas de nuisance directe, immédiate ou intentionnelle causée à autrui. En ce dernier cas, doit s'appliquer la norme strictement juridique qui prévaut dans tous les autres domaines de relation interpersonnelle : l'interdiction de nuire à autrui de façon directe, immédiate ou intentionnelle.

---

[132] Ruwen Ogien *idem*.

[133] Ruwen Ogien *idem*.

Qu'est-ce qui différencie Guyon et Ogien militant tous deux pour la liberté sexuelle fondée sur le consentement entre partenaires ? S'ils font valoir les notions de liberté individuelle, de pluralisme et de tolérance, ils ne les justifient pas avec les mêmes arguments. Guyon réclame des droits sexuels et structure une éthique leur donnant un sens d'émancipation individuelle[134] et balisant en quelque sorte la liberté d'agir alors qu'Ogien affirme et valorise la seule liberté de consentir en évacuant toute réflexion d'ordre éthique ou moral. En vertu du relativisme moral d'Ogien, le choix de l'individu est légitime, quel qu'il soit. Pour l'un, la liberté marque la libération des contraintes morales, notamment religieuses, limitant les libertés individuelles. Pour l'autre, elle signifie l'affirmation de l'autonomie individuelle sur tout autre système normatif. Aucune de ces deux variantes du libéralisme ne voit en l'éthique une façon de pratiquer la liberté, de questionner les choix, que la liberté permet, en regard des valeurs ou des finalités privilégiées[135].

Mais si c'est bien l'absence de violence, de contrainte et de nuisance directe et intentionnelle causées à autrui qui finalement légitime la liberté du consentement, il s'agit alors d'un principe sociopolitique de non-agression et non d'une valeur éthique fondant et justifiant un choix, une préférence en rapport à une conception du bien. Autosuffisant, le consentement n'a plus de dimension éthique et renvoie à une théorie politique de l'organisation sociale. Par contre, parce

---

[134] René Guyon, "Sexuels (doctrine de légitimité et de liberté des actes)" *in Dictionnaire de sexologie [sexologia-lexikon]*, Paris, J.-J. Pauvert, 1962, p. 502 : « La vie tranquille, satisfaite et heureuse s'obtiendra ainsi par une pratique libre, aisée et franche des actes sexuels […]. »

[135] Par ailleurs, Michel Foucault, un autre philosophe qui s'est intéressé à la sexualité, lie éthique et liberté : « La liberté est la condition ontologique de l'éthique. Mais l'éthique est la forme réfléchie que prend la liberté », *in Dits et écrits II. 1976-1988*, p. 1 531.

que le libertarisme constitue un choix en matière de philosophies morales, il ne peut évacuer absolument toute réflexion morale.

Selon Rawls, une conception sociale du *bien*, reformulé en *vivre-ensemble*, non substantielle mais visant la justice équitable, doit prévaloir sur les éthiques et les morales particulières en ce qui concerne la structure de base de la société ou ses institutions politiques. En fait, cet idéal du vivre-ensemble que définit une constitution représente en quelque sorte la morale sociale libérale. Le philosophe américain n'a pas vraiment traité de sexualité. Par contre, il se distingue clairement de Guyon et d'Ogien dans sa conception de l'agent moral. Il reconnaît au citoyen, en fait au sujet, les deux facultés de la personnalité morale : celle de former un sens du juste et de la justice, c'est-à-dire la capacité de respecter les termes équitables de la coopération et donc d'être raisonnable, et celle d'entretenir une conception du bien, et donc d'être rationnel. Une telle compréhension du sujet encadrerait-elle la pratique de la liberté et de la relation interpersonnelle en matière de sexualité ? Pourrait-on raisonnablement en déduire qu'une telle conception de la liberté vaut aussi pour l'exercice de la sexualité, relationnelle ou non ? Dans cette perspective du libéralisme, les partenaires se présenteraient d'abord comme des agents moraux qui, avant de librement consentir, se questionneraient sur les valeurs et les finalités associées à un acte sexuel vécu comme une interaction de coopération équitable.

Ces trois théories philosophiques du libéralisme posent la question de la pertinence de l'agent éthique. Des droits sexuels inscrits dans une charte ou des lois légitimant le consentement ne garantissent pas qu'une personne agisse de façon éthique. Tout au plus, l'inscription protège le droit à consentir que possède une personne sans pour autant assurer que le choix décisionnel s'avère éthique; en ce sens, une charte n'a pas littéralement ou intrinsèquement de charge morale.

En fait le libéralisme tel qu'on le vit dans nos sociétés nord-américaines, en vertu du pluralisme qui le caractérise, substituerait-il la norme juridique à la morale ? Seul le droit, avec son dispositif juridique et sa prétention à la justice, possède la force d'imposer équitablement à tous et à toutes les mêmes obligations. En matière de sexualité, comme dans d'autres domaines, la morale tend à disparaître derrière un code de conduite plutôt juridique. Est-ce là que nous conduisent par des chemins séparés les Guyon, Ogien et Rawls ?

Subsiste pourtant un problème : celui de l'application de ces normes et règles se référant à des droits et libertés constitutionnels, à des principes et à des valeurs, aux significations et à l'idéal du vivre-ensemble juridique et politique d'une société libérale.

La constitution n'est pas un code de déontologie prévoyant toutes les situations possibles et imaginables, puis prescrivant le bon comportement juridique à adopter. Tout texte fondateur s'en tient à des principes généraux et à des valeurs fondamentales, à des principes abstraits et à des règles formelles qui, par leur interprétation, permettent de prendre telle décision dans telle situation particulière.

Quand les lois et les normes juridiques apparaissent ambiguës, imprécises, opposées, contradictoires ou inadéquates, la normativité juridique atteint alors une limite que la réflexion sur les valeurs fondamentales qui inspirent les droits et libertés constitutionnels permet de dépasser. En 2005, madame Beverley McLachlin, juge en chef de la Cour suprême, a formulé dans l'arrêt *Labaye*[136] ce qu'elle a appelé la *théorie du préjudice* : un comportement franchit le

136 *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, par. 26 à 63.

seuil de la tolérance sociale quand il porte un grave préjudice à une valeur fondamentale de notre société, valeur que reconnaissent officiellement la Constitution du pays, notamment la *Charte canadienne des droits et* libertés, et tout autre texte fondateur (Code criminel, charte provinciale des droits et libertés, etc.). Cet ensemble de valeurs officielles — telles que la liberté d'expression, l'égalité entre les hommes et les femmes, l'égalité dans les relations mutuelles des gens — constituerait notre morale sociale.

Dans des arrêts subséquents, les juges qui se réfèrent explicitement à cette théorie du préjudice renvoient cependant, aussi, à d'autres valeurs fondamentales — comme la dignité, la valorisation personnelle, l'acceptation de soi, l'épanouissement personnel — qui ne sont pas officiellement reconnues par la *Charte canadienne des droits et* libertés ou tout autre texte fondateur comme le Code criminel. Pour juger si un comportement dépasse ou non le seuil de tolérance de notre société libérale, démocratique et pluralisme, les juges de la Cour suprême se retrouvent parfois dans une impasse juridique : le droit se révèle insuffisant. Alors ils sortent du cadre juridique et recourent à une morale sociale non écrite et non explicite, c'est-à-dire à des valeurs morales, que par ailleurs eux reconnaissent comme fondamentales pour la société canadienne.

La sortie de l'impasse juridique passe donc nécessairement par la réflexion axiologique. Mais alors il ne s'agit pas d'une morale extérieure ou transcendante ou particulière puisque son contexte demeure libéral et pluraliste. Cette morale présupposée, qui se réfère aux valeurs fondamentales inspirant les droits et libertés constitutionnels, est une morale si et seulement si des agents font une réflexion libre et subjective sur les valeurs sociales dans un processus de décision au sujet de leur comportement sexuel particulier. À défaut de quoi, on ne parlera pas de morale mais d'un ensemble de normes juridiques en matière de sexualité.

Dans une visée de société juste et équitable telle que les libéraux la thématisent, la morale sociale renvoie à un ensemble de lois affirmant et protégeant juridiquement des libertés individuelles. Elle réfère aussi aux valeurs fondamentales qui les légitiment. Si les lois protègent les droits et libertés des individus, elles n'ont cependant pas comme fonction de justifier des choix qui se prennent en regard de valeurs subjectives ou fondamentales, d'idéaux personnels, de conceptions du bien vivre-ensemble. Nulle part on ne trouve une morale sociale écrite. Pour être signifiante, la morale qui se trouve en quelque sorte en arrière-plan d'une charte constitutionnelle, doit avoir un lien significatif avec l'agent éthique, précisément un lien d'actualisation. En fait, la morale sociale *est* une représentation que se fait l'agent de l'ensemble des valeurs présentes dans l'espace public.

Le choix, c'est-à-dire l'exercice de la liberté, apparaît ainsi comme le lieu de la réflexion éthique. La morale religieuse des années 1950 codait les désirs en bons ou mauvais; il n'y a pas si longtemps, la morale sociale jugeait négativement certains plaisirs, notamment ceux relevant de l'érotisme homosexuel ou de l'échangisme. Aujourd'hui, avec la reconnaissance des droits et libertés, la loi identifie des comportements comme interdits. Ce ne sont plus le plaisir, le désir ou l'acte qui font l'objet de la réflexion éthique. La problématisation de l'éthique à l'époque des droits et libertés réside dans la justification axiologique du choix réfléchi.

Le *sujet* confronté à une décision d'agir en fonction d'une situation donnée devient l'agent éthique, celui qui identifie les valeurs et les normes de l'enjeu, analyse leurs relations conflictuelles ou contradictoires, clarifie les dilemmes qu'elles font naître. Parfois, il doit s'interroger sur les fondements et sur la finalité des valeurs et des normes pour en comprendre la signification, la justesse, la pertinence et l'applicabilité à la situation vécue. Cet agent éthique

peut se situer en relation avec d'autres agents éthiques ayant leur propre point de vue, leurs intérêts, leur interprétation. Ces agents peuvent délibérer intersubjectivement, entre personnes concernées par une même situation particulière, de la meilleure action à choisir raisonnablement pour un mieux vivre-ensemble.

Pour la raison que jadis nous subissions la morale des dieux et qu'aujourd'hui le droit régule les comportements en société, pouvons-nous justifier la décision de rejeter toute morale au nom de la liberté ? Il apparaît impossible de faire l'économie de la dimension axiologique de la liberté qui engage à un choix. La morale sociale qui caractérise notre libéralisme constitutionnel oblige alors à recentrer la réflexion éthique sur les personnes.

André Lacroix, chercheur québécois en éthique appliquée, reconnaît le rôle primordial du sujet dans la perspective morale libérale parce qu'il s'en trouve en premier lieu responsable, comparativement à la position communautarienne qui limite l'action de l'agent moral à une interprétation toute prudentielle des situations dans le strict respect des traditions.

> « À l'opposé de cette conception dure du bien, la position libérale remet plutôt au seul agent moral le soin d'interpréter son action dans la perspective individualiste et chartiste qui est la nôtre. Au nom d'un égalitarisme quasi ontologique et des libertés incarnant nos conceptions du bien, la pensée libérale remet au centre de la vie en société l'agent moral. À ce titre, elle lui laisse le soin de discuter du bien, d'en délibérer, mais aussi d'en disposer.[137] »

[137] André Lacroix, « L'éthique appliquée est-elle une nouvelle théorie critique ? », *in Éthique appliquée, éthique engagée. Réflexions sur une notion.* Montréal, Liber, 2006, p. 141.

Le lien entre la morale sociale libérale et la fonction de l'agent reste cependant à démontrer. À partir de la question *La nouvelle morale sociale exige-t-elle un agent éthique ?*, je vise dans cette présente recherche à préciser les limites d'une morale sociale d'apparence juridique d'une part en établissant que cette normativité se fonde ultimement sur les valeurs fondamentales qui caractérisent notre société canadienne, et d'autre part en démontrant que cette dimension morale trouve sa concrétisation signifiante exclusivement dans l'action réflexive subjective ou intersubjective de l'agent.

Avant de préciser davantage le rôle de cet agent en matière de sexualité, il apparaît nécessaire de clarifier le cadre conceptuel de ma recherche. Le prochain chapitre s'y consacre spécifiquement.

Chapitre II

Le cadre conceptuel

2. Introduction

La présente recherche vise à répondre à la question suivante : *La nouvelle morale sociale exige-t-elle un agent éthique ?* Si la morale religieuse n'apparaît plus signifiante pour des agents libres et autonomes, se pose alors une série de sous-questions. i) A-t-on encore besoin d'une morale sociale ? Le droit ne suffirait-il pas à réguler socialement les comportements ? ii) Quel est le rôle de la morale ? Réguler les comportements ? S'agit-il alors d'une morale au sens déontologique : coder les comportements en bons et mauvais ? Y aurait-il une vérité (rectitude) morale à laquelle tous et toutes doivent se conformer ? iii) La morale sociale se limite-t-elle à donner des balises morales à une société libérale que caractérisent le pluralisme et la tolérance en matière de conception du bien ? Mais à quelle morale ces repères réfèrent-ils ? À une morale explicite, tacite, flottante ? iv) Quelle différence conceptuelle y a-t-il entre norme juridique, norme constitutionnelle et norme morale ? Toutes ces sous-questions ne pourront bien sûr trouver réponse dans la présente thèse. Elles indiquent toutefois ce qu'il nous faut saisir pour répondre à notre question de thèse

C'est pourquoi le cadre conceptuel précisera ce que différentes théories dans le domaine de la morale, de l'éthique (morale religieuse, éthique rationaliste, positivisme, morale minimale, théorie de la justice, éthique délibérative, théorie du préjudice) et du droit (théories de

justification en droit) ont apporté comme éclairage pour quatre concepts-clés : *morale*, *éthique*, *sexualité*, et *libéralisme*. Je pourrai alors dégager un angle de traitement nouveau, ou un cadre conceptuel, me permettant d'analyser les arrêts de la Cour suprême et vérifier s'il existe un lien entre notre morale sociale libérale et le rôle dévolu à l'agent éthique en matière de sexualité. Ce qui constituera ma contribution à la réflexion philosophique en matière d'éthique de la sexualité.

La nouvelle morale sociale exige-t-elle un agent éthique ? La question présuppose qu'une nouvelle morale remplace effectivement la morale religieuse qui prévalait en matière de sexualité dans les années 1950, et que cette nouvelle morale repose sur la capacité de l'agent à réfléchir son action. Ce lent processus de mutation de la *morale* au départ liée à la religion et aujourd'hui associée aux droits et libertés aboutit à évaluer le rôle ou la fonction de l'agent éthique, ce qui commande une clarification du concept d'*éthique*. Je situerai dans une perspective historique la présentation des concepts-clés afin de mettre en évidence leurs présupposés, leur affiliation culturelle, les divers changements de signification qu'ils ont subis et d'en expliquer le sens et la portée dans les limites de ma recherche. Parce que l'organisation politique et sociale de notre espace public relève des libertés individuelles, je définirai aussi le concept de *libéralisme* dans ses diverses acceptions morales, notamment libertarienne. Enfin, la question que je formule concerne les comportements sexuels, ce qui oblige par conséquent à une exposition du concept de *sexualité*. J'analyserai ensuite, au chapitre III, certains arrêts de la Cour suprême qui traitent de conflits et dilemmes quant aux droits et aux libertés associées aux choix en matière de sexualité. L'objectif de voir si, la conception de la Cour Suprême reflète correctement le rôle dévolu à l'agent en matière de sexualité.

2.1 Trois types de thématique

Par souci pratique, je regroupe en trois thématiques conceptuelles les nombreux questionnements que pose la morale des droits et libertés que je viens d'évoquer.

La première thématique concerne la conception de la morale et de l'éthique capable de traiter de la liberté sexuelle dans une société libérale et pluraliste. Quel développement conceptuel permet cette morale sociale et cette l'éthique de l'agent ? Je clarifierai la relation entre morale sociale et agent éthique. Nous verrons que ce lien peut dépasser les limites de l'hétéronomie ou de l'autonomie individualiste pour se transformer en une dynamique de délibération. Je ferai une incursion dans l'histoire des conceptions pour démontrer que la vérité perd sa transcendance à mesure que les critiques à l'endroit de la rationalité se portent aussi sur les fondements de la morale.

La deuxième thématique traite du concept de consentement, ou plus précisément de l'exercice philosophique de la liberté et de sa formulation juridique. Le consentement suffit-il pour exprimer une liberté individuelle ? Si le consentement constitue l'affirmation de la liberté, comment définir celle-ci ? Par la capacité de choisir, de faire des choix ? Le consentement apparaît-il comme une condition suffisante ou essentielle pour exercer la liberté/capacité de choisir ? Y a-t-il des différences conceptuelles entre affirmation, délibération, prise de décision et justification ? Dans la perspective d'une sexualité construite plutôt que mécanique, le consentement suffit-il pour affirmer la liberté ? La morale sociale régule nos rapports avec les autres et renvoie à des valeurs fondamentales dans une perspective du vivre-ensemble. Par conséquent, elle présuppose un agent capable de réflexion sur ces valeurs fondamentales.

Contextualisée, cette réflexion éthique entre personnes concernées par une situation particulière pourrait être intersubjective. L'éthique appliquée constituerait alors, pour l'agent, l'outil lui permettant, en lien avec son vécu interpersonnel, d'actualiser la morale sociale, voire de la faire évoluer.

La dernière thématique, celle de la justification en droit, nous ramènera également à l'agent par la voie de la délibération morale. Ceci étant, il m'apparaît important de mentionner que mon intérêt dans cette recherche ne porte pas sur la rationalité de la décision judiciaire, ni sur le contrôle judiciaire exercé en matière de droits et libertés[138]. Cependant, la représentation de la morale sociale que construisent les juges de la Cour suprême nécessite tout au moins d'aborder la question de la justification de la législation et de l'application des lois. Nous verrons que depuis le tournant linguistique survenu dans les recherches philosophiques, il est acquis que la raison délibérative influence non seulement le monde de la morale, mais aussi celui du législatif et du juridique. La raison délibérative paraît aux yeux de plusieurs comme le point de départ du travail en éthique. Il y va de la conjugaison conceptuelle entre les libertés individuelles et la morale sociale : *le caractère absolu ou relatif de la liberté individuelle vs les valeurs fondamentales de la société*. Autrement dit, la liberté individuelle est-elle absolue du point de vue de la morale sociale ? Des comportements sexuels peuvent se retrouver dans une zone grise (pornographie juvénile, prostitution, sexualité entre personnes mineures et adultes) : ils relèvent du consentement, de la liberté, sans contrainte apparente, sans nuisance intentionnelle ou immédiatement, et pourtant ils pourraient être interdits. Au-delà du droit, deux normativités

---

[138] Sur ces sujets spécifiques, voir entre autres le numéro 2 du volume 3 (automne 2001) de la revue *Éthique publique* traitant de l'éthique de la magistrature.

axiologiques s'affrontent ou se conjuguent : les valeurs sociales fondamentales (morale sociale) et les valeurs subjectives (éthique personnelle). Qu'est-ce qui justifie les limites que le droit impose en ce qui concerne certains comportements sexuels ? Les juges de la Cour suprême renvoient au principe de tolérance au sein de notre société libérale et pluraliste. Comment l'appliquer ? Y a-t-il une limite à la tolérance ? Les juges répondent en formulant la *théorie du préjudice* : dépasse le seuil de tolérance un comportement qui porte un préjudice grave non seulement à autrui, mais aussi à la société, et ce en regard des valeurs fondamentales officiellement reconnues par un texte fondateur (Constitution, Code criminel, Chartes des droits et libertés fédérale ou provinciales, etc.). Ce qui signifie que si le droit se montre insuffisant pour résoudre un conflit ou un dilemme juridique, la morale sociale, que constituent des valeurs fondamentales officiellement reconnues — en fait, des normes —, prend le relais. Il s'avère cependant que les juges réfèrent fréquemment à d'autres valeurs fondamentales. Il y a donc un problème de définition et de clarification de la morale sociale, ce qui devrait faire l'objet d'un débat public. En fait, il s'agirait d'une morale non substantielle, mais générative de sens, une morale qui pose comme principe que les droits et libertés individuels se conjuguent aux valeurs sociales fondamentales de la société, normatives ou en phase de l'être. Mais quel est son lien avec les agents ? En fait, ce sont les sujets qui choisissent et qui actualisent les valeurs, qui leur attribuent quelque importance. En ce sens, une morale sociale trouverait sa justification dans un processus de délibération intersubjective et rationnelle. C'est ce que nous entendons démontrer dans le présent chapitre.

2.2 Morale [et éthique] : concept-clé

Le *Dictionnaire de la langue philosophique*, de Paul Foulquié, édité en 1962, définit ainsi le terme *morale* « Ensemble des normes de conduite tenues pour absolument et universellement valables.[139] » Plus près de nous, le *Dictionnaire des concepts philosophiques*, édité en 2006, en donne une définition légèrement différente : « Ensemble plus ou moins organisé de normes et de valeurs auquel un individu soumet librement ses actions, s'obligeant lui-même à s'en tenir à cet ensemble qui prétend à la fois à l'objectivité et à l'universalité […].[140] »

Qu'y a-t-il de distinctif entre ces deux définitions que séparent plus de quarante années ? La morale se composerait aujourd'hui non seulement de normes, mais aussi de valeurs. De plus, le rôle de l'agent apparaît plus actif : le sujet choisit librement de soumettre ses actions à une morale. Et celle-ci ne s'impose pas comme absolument valable, mais prétend plutôt à l'objectivité et à l'universalité, donc reste ouverte à la discussion sur sa validité.

Je n'introduirai pas à cette étape-ci le concept d'éthique, parfois confondu avec celui de morale, d'autres fois présenté comme son versant pratique. C'est au cours de l'exploration des principales théories morales que je clarifierai ce concept et le distinguerai de façon plus prégnante.

---

[139] Paul Foulquié, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962, p. 453.

[140] *Dictionnaire des concepts philosophiques*, s.l., Larousse - CNRS éditions, 2006, p. 534. À noter qu'il s'agit strictement du même texte qu'on peut lire dans le *Grand Dictionnaire de la philosophie*, page 688, que publiaient en 2003 les mêmes éditeurs.

Dans cette section, je présenterai donc les principales « familles » de théories morales et soulignerai la place qu'y occupe le sujet ou l'agent éthique. Ce long parcours se fera en six étapes : i) la morale religieuse en regard de l'autonomie, de l'audétermination et de la liberté de l'agent; ii) l'éthique rationaliste avec Guyon, faisant du libre consentement individuel la valeur fondamentale à opposer à l'hégémonie de toute morale; iii) la morale minimaliste faisant l'économie de la réflexion éthique en faveur du principe juridique du consentement; iv) le positivisme refusant aux vérités morales tout fondement et v) conduisant à un tournant linguistique favorisant la raison et l'éthique délibératives; vi) la morale sociale qu'implicitement la Cour suprême assume et défend.

2.2.1 La morale religieuse

Traditionnellement, la morale religieuse impose des normes de conduite sexuelle. Elle attribue à la sexualité des finalités (principalement la reproduction) en fonction de lois naturelles et divines. Elle exige que les laïcs se conforment aux lois naturelles et, pour ce faire, qu'ils s'en remettent au jugement du magistère. Dans son enseignement moral, l'Église nie l'autonomie, la liberté et l'autodétermination de la personne.

2.2.1.1 La critique réformiste de la morale religieuse traditionnelle

Face à un dilemme[141], les agents pourront trouver la morale religieuse trop restrictive et préfèreront aborder la question sous un angle laïc, c'est-à-dire sans soumettre leur réflexion à

[141] Par exemple, ou bien se donner une qualité de vie érotique en fonction de valeurs conjugales, mais perdre son salut éternel, ou bien obéir à la loi divine et perdre la maîtrise de sa vie sexuelle et amoureuse

quelques préceptes religieux. Dans ce cas de figure, les laïcs développent un nouveau point de vue moral. Pour ce faire, d'un côté ils réfléchissent en groupe sur les valeurs fondamentales de la morale chrétienne, et de l'autre ils augmentent leurs connaissances en matière de sexualité. Ils adoptent un point de vue moral plus conforme à leurs besoins et à leur idéal de vie conjugale ; par conséquent ils exercent un plus grand contrôle sur leur système reproducteur. Moralement plus autonomes, les laïcs prennent leurs distances à l'égard de l'Église, de l'autorité morale du magistère.

Une morale religieuse fonde ses vérités, ses lois fondamentales et sa connaissance du Bien et du Mal sur la Révélation, précisément sur un livre saint, par exemple la bible[142], qui traduit ou exprime la parole d'une puissance supérieure à la raison humaine, généralement créatrice des lois naturelles et architecte de l'ordre du monde.

Comme nous l'avons vu dans le premier chapitre, la morale religieuse qu'énonce l'encyclique *Casti Connubii* renvoie à des lois de la nature qui reflètent les lois divines. Celles-ci, universelles dans l'espace et le temps, articulent et régulent les comportements humains en déterminant leurs fins : « Au surplus, les individus eux-mêmes n'ont sur les membres de leur propre corps d'autre puissance que celle qui se rapporte à leurs fins naturelles […].[143] »

---

[142] La bible de l'Église catholique regroupe principalement l'Ancien et le Nouveau Testaments, les Actes des apôtres ainsi que quelques autres textes sacrés.

[143] Pie XI, *Casti connubii*, paragraphe [75].

Dans cette cosmologie, la raison humaine relève de la nature divine qui l'a créée pour en comprendre les lois ainsi que le caractère sacré et hiérarchique de l'institution qui représente son autorité morale :

> « Car si, pour les vérités naturelles de la religion et des mœurs, Dieu a joint la Révélation à la lumière de la raison, afin que « même dans la condition présente du genre humain tous puissent connaître aisément, avec une certitude ferme et sans mélange d'erreur » ce qui est juste et vrai, il a pareillement établi dans le même but l'Église comme gardienne et maîtresse de toute la vérité, tant de la religion que des mœurs.[144] »

Par conséquent, cette raison pratique ne recourt pas d'abord à la liberté, à l'autonomie ou au jugement de l'agent en ce qui concerne le mariage, par exemple. Cette raison ne semble avoir de fonction morale que celle de recevoir la vision divine : « En conséquence, dans les questions qui sont soulevées aujourd'hui par rapport au mariage, que les fidèles ne se fient pas trop à leur propre jugement, et qu'ils ne se laissent pas séduire par cette fausse liberté de la raison humaine que l'on appelle *autonomie*.[145] »

Au Québec, la désaffection religieuse observée au cours des décennies 1950 et surtout 1960 trouve une cause et un effet dans la revalorisation de l'agent moral, dans l'affirmation de sa volonté de jouer un rôle plus déterminant dans l'orientation de sa conduite éthique en matière de sexualité conjugale.

---

[144] Pie XI, *Casti connubii*, paragraphe [112].

[145] Pie XI, *Casti connubii*, paragraphe [113].

2.2.2 Guyon : une éthique rationaliste

Dans cette sous-section, je présenterai l'apport conceptuel de René Guyon, un juriste et sexologue éthicien, actif en Europe dans les années 1930, qui, à partir d'une critique de la morale religieuse de son temps, propose une éthique sexuelle[146].

Membre de la *Ligue mondiale de réforme sexuelle*[147], le Français René Guyon critique, d'un point de vue fondé sur le rationalisme[148] et le libéralisme[149] de son époque, la conception religieuse de la morale en matière de sexualité.

---

[146] Dans ses *Études d'éthique sexuelle* publiées en six tomes de 1929 à 1938, René Guyon (1876-1963), juriste français, a formulé une *doctrine de légitimité et de liberté des actes sexuels* fondée sur des principes rationnels proclamant la libération de la sexualité, considérée par ailleurs comme une simple fonction physiologique. Il est le contemporain des Sigmund Freud, médecin autrichien et fondateur de la psychanalyse (1856-1939), Magnus Hirschfeld, médecin et sexologue allemand (1868-1935), Henry Havelock Ellis, médecin et chercheur sexologue (1859-1939), Wilhelm Reich, médecin et psychanalyste allemand (1897-1957), Alexandra Kollontai, révolutionnaire et féministe russe (1890-1974).

[147] « Fondée en 1928 par Magnus Hirschfeld, la *Ligue Mondiale pour la Réforme Sexuelle* entendait rassembler médecins et « *profanes* » dans le but de diffuser dans l'opinion publique les acquis de la nouvelle « science sexuelle » et d'influencer les gouvernements dans un sens progressiste, sur des questions aussi variées que le contrôle des naissances, le mariage et le divorce, l'homosexualité, la prostitution ou l'eugénisme. Très vite pourtant, elle fut déchirée entre des tendances contradictoires, et dans l'incapacité de mener à bien ses objectifs, alors que la crise des années trente rendait son combat pour une nouvelle morale sexuelle rationnelle et humaniste de plus en plus utopique et que son pouvoir d'action se trouvait limité à la tenue de Congrès et à la dénonciation des lois injustes. » *Cf.* Florence Tamagne, « La Ligue mondiale pour la réforme sexuelle : La science au service de l'émancipation sexuelle ? », *Clio*, numéro 22-2005, pp. 101-121, *Utopies sexuelles*, p.101, mis en ligne le 01 décembre 2007. URL : http://clio.revues.org/index1751.html.

[148] Le *Dictionnaire des concepts philosophique*, *op. cit.*, p. 694, définit ainsi le rationalisme : « Thèse philosophique dogmatique selon laquelle la raison peut et doit mener à bien l'acte de connaître. On distingue le rationalisme

Guyon se met à l'étude scientifique de la morale sexuelle : « Il faut lui demander si elle [la morale religieuse en matière de sexualité] a le droit à ce respect : c'est-à-dire si elle est l'expression *scientifique, rationnelle* et *logique* de ce que nous enseigne la physiologie. Il faut lui demander non plus de s'imposer, mais de se justifier.[150] » Pour bien distinguer sa position de la vision morale trop associée à la religion, Guyon recourt à la notion d'*éthique*. C'est alors sur la science qu'il fait reposer sa conception critique des normes sociales en matière de sexualité : « un système éthique ne peut être durable que s'il s'appuie sur des considérations scientifiques et logiques, en un mot naturelles et indépendantes.[151] »

En bon rationaliste qui croit que la raison peut découvrir des vérités naturelles, ce juriste sexologue se donne le projet suivant : « La recherche à laquelle sont consacrées ces *Études d'Éthique Sexuelle* a donc pour objet de dégager, avec le secours du raisonnement et de l'expérience scientifique, des vérités élémentaires […].[152] » Ce rationalisme appliqué à la sexualité la définit par une double fonction purement physiologique : la jouissance de l'être

---

antique, qui s'oppose au scepticisme, et le rationalisme moderne, qui met en avant une opposition de principe à tout type de vérité révélée et qui se constitue dans et par l'opposition à l'Église. »

[149] *Larousse universel en 2* volumes, Paris, Librairie Larousse, 1923, p. 54 « **libéralisme** n.m. Ensemble des doctrines professées par les libéraux. […]. Le sens du mot *libéralisme* fut d'abord très précis. Le libéral était celui qui réclamait le progrès par la liberté et s'opposait à l'autorité plus ou moins absolue de la royauté ou de l'Église. » Je donne ici le sens que le terme avait au moment où Guyon conceptualisait sa pensée.

[150] René Guyon, *op. cit.*, p. 149.

[151] René Guyon, *op. cit.*, p. 145.

[152] René Guyon, *La légitimité des actes sexuels*, *op. cit.*, p. 8.

humain et la reproduction de l'espèce. Autrement dit, la sexualité apparaît comme une mécanique physiologique qui se suffit à elle-même : « L'objet, qui aide simplement à assurer la jouissance sexuelle, est essentiellement variable pour tous, et par conséquent accessoire : l'important est *le procédé mécanique*, qui peut quelquefois même se trouver réduit à lui seul (onanisme simple).[153] »

À l'opposé de la morale religieuse qui charge la sexualité de significations hautement symboliques, le sexologue français la réduit à sa dimension biologique : « L'exercice de la jouissance sexuelle est légitime : ni plus, ni moins que celui des jouissances procurées par d'autres sens. Il n'y a, en cet exercice, aucune idée morale à faire intervenir. Il est *amoral*.[154] »

Pour les deux points de vue antinomiques, le religieux et le rationaliste, les conceptions de la morale et de la sexualité demeurent intimement associées. Il y a d'une part une raison théologique qui fonde sa vérité morale sur la Révélation : dans son dessein, Dieu attribue à la sexualité la finalité de reproduction de l'espèce humaine. Au sujet de la morale sexuelle de son temps, René Guyon écrit dans la préface au premier tome de ses *Études d'éthique sexuelle* : « […] sous l'influence notamment des métaphysiques occidentales, cette morale est intervenue moins peut-être pour organiser les relations sexuelles dans une société constituée […] que pour condamner purement et simplement la jouissance.[155] » D'autre part, une raison dite rationaliste

---

[153] René Guyon, *op. cit.*, p. 306.

[154] René Guyon, *op. cit.*, p. 391.

[155] René Guyon, *La légitimité des actes sexuels*, Saint-Denis, Imprimerie Dardaillon, 1929, p. 7.

croit que l'observation scientifique de la nature, de la matière, apporte la connaissance de vérités naturelles. Ainsi, Guyon en arrive par démonstration analytique à une vérité matérialiste : l'étude scientifique de la physiologie des organes génitaux démontre a) que la reproduction, c'est-à-dire la fécondation par pénétration phallo-vaginale de l'ovule par un spermatozoïde constitue une fonction et non une finalité, b) que la jouissance constitue une autre fonction à considérer également, c) que la jouissance sexuelle, parce qu'elle demeure le résultat d'un processus mécanique, n'a pas d'objet déterminé, d) que la jouissance étant une fonction naturelle de la sexualité et son objet étant indéterminé[156], on ne peut avoir de jugement de valeur sur l'exercice légitime de la sexualité dans ses diverses fonctions, notamment de reproduction et de jouissance, et finalement e) que la sexualité est amorale.

Outre la tolérance, l'autonomie et la dignité sont des vertus libérales majeures. Réfutant l'argument voulant que certains actes sexuels affectent la dignité humaine, Guyon prétend plutôt que celle-ci réside pour tout être humain dans le fait d'agir selon sa raison : « La suprême dignité de l'être humain, *c'est de ne pas laisser asservir sa pensée :* et donc de ne pas se laisser dicter ses actes par des systèmes qu'il tient pour enfantins et ridicules, quand sa raison ne les ratifie pas.[157] » La dignité se définirait donc par l'exercice de l'autonomie, par la raison qui réfléchit sur le bien-fondé d'un choix personnel.

---

[156] René Guyon, *op. cit.*, p. 306 : « L'objet n'a, en principe, aucune valeur essentielle pour la satisfaction pleine et entière du sens de jouissance sexuelle : pour ce dernier, un procédé *mécanique* vaut un autre procédé mécanique […]. »

[157] René Guyon, "Les droits humains et le déni de liberté sexuelle", *in Arcadie*, 1954, numéro de mars, p. 18.

En opposition à la morale — religieuse — qui, forte de son influence politique, imposait des normes sociales de comportement individuel en matière de sexualité, le rationaliste Guyon en arrive à formuler une morale sociale tout à fait libérale qu'il nomme *éthique sexuelle*. En bon juriste, il fait reposer cette nouvelle morale sur des droits juridiques et attribue à l'agent un rôle éthique qui renvoie directement au libéralisme : savoir user de sa liberté dans le respect de celle de l'autre. Voici d'ailleurs comment il définit la *vraie morale* : « La Morale — la vraie — celle qui enseigne à être bon pour les autres et surtout (pour beaucoup, c'est tout ce qu'on peut demander) à ne pas être mauvais pour autrui, cette vraie morale pâtit des mensonges conventionnels de la morale sexuelle.[158] »

Que retenir de ce point de vue, qu'est-ce qui caractérise la conception de la morale, la conception morale de la sexualité et la fonction de l'agent moral ? Selon René Guyon, la morale se fonde sur des croyances irrationnelles alors que l'éthique exprime des choix individuels dans le respect des normes sociales de tolérance et de consentement mutuel dénué de violence, de contrainte ou de fraude. Réagissant au discours religieux de son époque qui voit dans les lois naturelles des finalités sacrées, Guyon attribue à la sexualité une fonction purement physiologique[159], dépourvue de sens autres que ceux de plaisir et de reproduction. L'agent moral, ou plutôt

---

[158] René Guyon, *La légitimité des actes sexuels, op. cit.*, p. 394.

[159] René Guyon, *Réflexion sur la tolérance*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1930, p. 23 : « Pour le [rationaliste], les actes sexuels sont la légitime manifestation d'un besoin physiologique aussi normal que la nutrition […]. »

éthique, se définit ainsi en référence à une conception du libéralisme qui accorde la primauté à la liberté de l'individu en ce qui concerne la conduite de sa vie privée[160].

À la même époque, des philosophes et des scientifiques cherchaient à redéfinir la morale en d'autres termes que juridiques et d'un tout autre point de vue que celui du libéralisme. Ils se questionnaient sur la validité des énoncés en matière de morale à partir de l'analyse du langage.

2.2.3 Le positivisme et les fondements de la vérité

Les philosophes néopositivistes[161] ont contesté les fondements de la raison pratique kantienne, sinon directement, à tout le moins indirectement, en déplaçant l'enquête du sujet kantien vers le langage en démontrant la difficulté de traiter objectivement de valeurs si le langage ne peut rien affirmer à leur propos.

---

[160] René Guyon, *Réflexion sur la tolérance*, *op. cit.*, p. 35 : « La seule limite de cette tolérance, dans les rapports sociaux, c'est l'acte qui cause du mal à autrui : cette réserve faite, que la vie intime des autres soit aussi inconnue, aussi ignorée de vous que votre vie intime est inconnue et ignorée d'autrui… »

[161] Dans les années 1920, quelques scientifiques — notamment un physicien, Moritz Schlick (1882-1936), un mathématicien, Rudolf Carnap (1891-1790), un logicien et mathématicien, Friedrich Waismann (1896-1959) — se regroupèrent sous l'appellation du *Cercle de Vienne* pour réfléchir sur les fondements de la science. Y eut une influence déterminante Ludwig Wittgenstein (1889-1951), dont le *Tractatus logico-philosophicus* publié en 1921 s'est avéré une œuvre déterminante pour la réflexion sur le langage et son utilisation en science et en philosophie. C'est le *Cercle de Vienne* qui donna naissance au néo-positivisme aussi nommé positivisme logique. S'y associèrent épisodiquement, entre autres, le philosophe des sciences Karl Popper (1902-1994) ainsi qu'Alfred Jules Ayer (1910-1989). La montée du nazisme et l'annexion de l'Autriche à l'Allemagne incitèrent bon nombre des membres du *Cercle de Vienne* à s'exiler en Angleterre et aux États-Unis. Avec l'adhésion des Russell, Moore et autres Britanniques, ce courant de pensée devient celui de la philosophie analytique, rayonnant depuis Cambridge et s'apparentant au pragmatisme et à l'empirisme anglo-saxon.

Pour ces scientifiques et logiciens, « seule la science parle légitimement et d'une manière sensée du réel extralinguistique, et […] la philosophie n'a d'autre tâche que de clarifier, d'unifier, de systématiser et d'analyser le langage scientifique.[162] », précisément celui de la logique symbolique. À ce titre, le langage, nouvel objet de la philosophie, se limite à une fonction essentiellement descriptive et représentationnelle : il vise à refléter fidèlement le réel.

Il s'agit alors d'une conception de la philosophie morale qui renonce à ses ambitions traditionnelles d'énoncer des vérités ontologiques ou métaphysiques comme Kant cherchait encore à le faire jusqu'à un certain point. Aux yeux de ces philosophes, seule la science peut exprimer le réel, c'est-à-dire le décrire dans sa représentation vraie. Ainsi tout énoncé est soit analytique et sa vérité, *a priori*, relève de la cohérence logique du langage, soit empirique et *a posteriori*, c'est-à-dire que sa vérité se vérifie par des protocoles de mesure/expérimentation. De ce point de vue néo-positiviste, un énoncé non scientifiquement vérifiable tel un énoncé synthétique *a priori* (métaphysique, religieux, esthétique, pour ainsi dire subjectif) est vide de sens. Dorénavant, à toute vérité doit s'associer un principe de vérifiabilité : *La signification d'une proposition se confond avec la méthode de sa vérification*[163].

Le positivisme logique attribue du sens au langage informatif et descriptif traitant objectivement des faits (ce qui est) et par conséquent n'en voit aucun au discours sur les valeurs (ce qui doit être), l'éthique et l'esthétique relevant du subjectif. Il recourt ainsi à une raison formelle,

---

[162] Gilbert Hottois, *De la Renaissance à la Postmodernité. Une histoire de la philosophie moderne et contemporaine*, Paris/Bruxelles, De Broeck & Université, 1997, p. 275.

[163] Citation de Moritz Schlick que rapporte Hottois, *op. cit.*, p. 276.

symbolique, binaire affirmant selon les principes logiques d'*identité*, du *tiers exclu*, de *non-contradiction* le clivage entre le vrai et le faux, le sensé et l'insensé, le fait et la valeur. Apparaissent deux conséquences majeures de cette théorie de la vérité : la philosophie doit abandonner la métaphysique et sa prétention à parler du réel, elle doit prendre dorénavant le seul langage pour objet d'analyse et de critique.

Le langage qui ne relève pas strictement de la logique formelle fonctionne pourtant, quoi qu'en pensent et quoi qu'en disent les néo-positivistes : il permet la communication et les échanges entre les gens. S'il ne reflète pas le monde comme l'entend le néo-positivisme, exprime-t-il plus que la subjectivité de chacun ? Nous condamne-t-il au solipsisme ou au relativisme des perceptions individuelles ? Un jugement de valeur n'est-il qu'une opinion comme une autre, ou un énoncé de sentiment comme l'a cru George Edward Moore, le philosophe de l'intuitionnisme éthique[164] ? Les énoncés sur le langage, que formule par exemple Ludwig Wittgenstein, le philosophe du langage par excellence, ne décrivent pas des faits, mais produisent tout de même du sens !

> « Mais la pensée n'est rien d'autre qu'un usage monologique, « intérieur » et silencieux du langage qui est foncièrement et originellement *public*, dialogique et social. La pensée n'est pas antérieure ni essentiellement différente du langage, elle en dérive et le présuppose.[165] »

---

[164] Monique Canto-Sperber, « L'exigence d'autonomie de la philosophie morale et la domination de la métaéthique », in La *philosophie morale britannique, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 42-81.*

[165] Hottois, op. cit., p. 293.

Cependant, comme pour l'art, le médium *langage* peut servir à plusieurs formes de pensée : ce sont les *jeux de langage*, selon l'expression du deuxième Wittgenstein[166]. Il n'y a pas un unique art pictural ou littéraire. Au contraire, on y retrouve une infinité de codes qu'influencent divers facteurs, notamment la culture géohistorique, les intentions motivatrices et les buts visés, les appartenances culturelles, etc. L'art et le langage apparaissent des médiums malléables, essentiellement interprétables, redevables de leurs réceptivité et utilité sociales. *Le langage renvoie donc à une forme de vie*. Il serait en fait plus juste de dire que chaque jeu de langage renvoie à une forme de vie parmi tant d'autres. Un homme qui s'adresse à sa compagne de vie en l'appelant « Mon lapin » peut faire allusion à ses grandes oreilles, à ses longues dents, à la douceur de sa peau, utiliser ces termes comme symbole d'une reconnaissance affective, ou encore référer à un surnom emblématique utilisé par les guides et les scouts de leur jeunesse. Plusieurs sens apparaissent possibles.

Ces travaux philosophiques qui ont donné lieu au *tournant linguistique* ont accordé de l'importance à la relation intersubjective, progressivement intégrée parmi les variables à considérer dans l'étude du langage, plus précisément de la pratique intersubjective et dynamique du langage liée à un contexte, à des ententes plus ou moins stables et mutables sur les sens, les formes, les règles, les références. Le langage préexiste et se transforme à son usage. *Faire l'amour* renvoyait pour les Européens du Moyen-Âge à une interaction érotique n'incluant pas nécessairement la pénétration, réservée plutôt à la fonction reproduction[167] alors que les Nord-

[166] Ludwig Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, 2005.

[167] Jean-Louis Flandrin, *Le sexe et l'Occident. Évolution des attitudes et des comportements*, Éditions du Seuil, 1981.

Américains d'orientation érotique hétérosexuelle des années de la Révolution sexuelle ne concevaient pas cette expression sans référer à l'activité phallo-vaginale. Le mot ne correspond pas à une chose, à une essence, mais au sens que l'usage lui reconnaît. D'où l'importance de s'entendre sur le sens : l'énoncé « T'as de beaux yeux » ne signifie pas nécessairement la même chose pour la personne qui le dit et pour celle qui l'entend.

La conception wittgensteinienne du langage remet en question une certaine pratique de la philosophie, notamment morale. Elle oblige à une réflexion sur l'universalisme, le subjectivisme, le relativisme. Mais surtout elle démontre l'importance du langage dans la construction des vérités morales. Cette révolution, que l'on appelle le *Tournant linguistique* a produit une nouvelle approche de l'éthique, de plus en plus distincte de la morale, redonnant à l'agent un rôle déterminant. La prochaine sous-section présente l'apport conceptuel de cette éthique délibérative.

2.2.4 Le tournant linguistique et l'éthique délibérative

Le tournant linguistique ouvre une perspective nouvelle pour la philosophie, la morale et l'éthique. Les notions d'intersubjectivité et de délibération apparaissent prometteuses, capables d'une part de rendre compte des dimensions communicationnelle et relationnelle de l'interaction appelant à un choix éthique et d'autre part de construire cette éthique à partir des intérêts et valeurs de chacune des personnes concernées dans la mesure où il y a une entente langagière.

Ainsi, on pourrait qualifier d'éthique intersubjective délibérative une approche qui ne relèverait pas d'une conception particulière ou subjective de la vie bonne. Elle viserait à créer ou à construire la dimension éthique d'une décision ou d'un acte dans le cadre d'une situation particulière, peut-être unique, où se conjuguent des individus n'ayant pas nécessairement la même conception de la vie bonne, privilégiant des valeurs plus ou moins semblables, ou différentes, poursuivant des finalités qui leur sont personnelles. Pour bon nombre de chercheurs éthiciens de l'Université de Sherbrooke, cette éthique, d'abord appelée *éthique situationnelle*[168] prend, aujourd'hui le qualificatif d'*appliquée*.

C'est peut-être ici que se séparent la morale et l'éthique. La morale désignerait l'ensemble des normes sociales, généralement de nature juridique dans les sociétés libérales, démocratiques et pluralistes. Alors que l'éthique concernerait la délibération personnelle ou intersubjective en vue de la prise de décision au sujet de la meilleure action à prendre dans un contexte donné en fonction de critères qui lui sont propres. Parmi ces critères peut se retrouver notamment la morale sociale. En ce sens l'éthique serait toujours une éthique appliquée pour les deux raisons suivantes : premièrement elle concerne une action à prendre dans un contexte particulier, et deuxièmement elle fait appel à une délibération entre les personnes concernées qui, selon un protocole entendu, accepté et respecté, clarifient les enjeux du choix, ses tenants et aboutissants, valident et justifient la décision, ce qui suppose s'être mis d'accord sur les conséquences de son application, en fonction de valeurs partagées et d'une entente sur une conception du vivre-ensemble.

---

[168] Le pionnier américain Joseph Fletcher parlait de *situation ethics*. Pour un aperçu du développement de la notion d'éthique appliquée, voir George Legault, « L'éthique appliquée: le malaise de la philosophie », *in Ethica*, 9 (2, 1997), pp. 9-27.

L'intersubjectivité caractériserait la délibération entre les personnes concernées visant une entente quant au choix d'une action et sa justification éthique. Mise en valeur, l'intersubjectivité permettrait de répondre aux trois questions sur les fondements de l'éthique appliquée que, dans un article publié en 2006, pose André Lacroix[169], chercheur, praticien et professeur au département de philosophie et d'éthique appliquée de l'Université de Sherbrooke, une des figures de proue dans le domaine de l'éthique appliquée au Québec.

La première question concerne le statut de la vérité : « [Y] a-t-il d'abord une forme de connaissance morale qui nous permettrait de résoudre les dilemmes éthiques de manière assurée ?[170] » La deuxième s'adresse à la raison pratique : « Comment l'être humain gère-t-il son raisonnement axiologique afin de le transformer en action ?[171] » Et la troisième traite des « fondements politiques de cette éthique appliquée ou ce qui la rend possible comme discours dans nos sociétés.[172] »

Ces trois questions pourraient n'en former qu'une seule en renvoyant à la délibération intersubjective conjuguée au pragmatisme : à quelle sorte d'éthique peuvent référer des personnes

---

[169] André Lacroix, « L'éthique appliquée est-elle une nouvelle théorie critique ? », *in Éthique appliquée, éthique engagée. Réflexions sur une notion,* Montréal, Liber, 2006, pp. 125-144.

[170] André Lacroix, *op. cit.*, p. 130.

[171] André Lacroix, *op. cit.,* p. 131.

[172] André Lacroix, *op. cit.*, p. 132.

ayant des conceptions différentes de la vie bonne pour prendre ensemble une décision raisonnable susceptible de justification rationnelle ?

Cette éthique présuppose deux compétences : a) la capacité de reconnaître les raisonnements, les valeurs, les conceptions que mobilisent dans le dialogue et la délibération les personnes concernées, et b) la volonté habile de construire, et de justifier rationnellement, dans un contexte d'intersubjectivité comprise comme une action équitable, avec les moyens de ses fins, ayant pour tous de bonnes raisons de favoriser un meilleur vivre-ensemble.

Mais qu'est-ce que l'intersubjectivité ? André Lacroix semble la présupposer quand il décrit la raison pratique sous-jacente à sa conception de l'éthique appliquée.

> « Ainsi, plutôt que de postuler une réalité extérieure à chacun, nous postulerions la présence des autres qui nous obligent constamment à reconstruire notre compréhension du monde. Pour cette raison, nous pourrions remplacer la quête de la vérité par la recherche de la justification et de l'accord, puisque nous abordons habituellement les autres non pas dans le désir de dire vrai, mais d'échanger sur ce que nous croyons être le vrai.[173] »

L'éthique délibérative et intersubjective reconnaît une dimension sociale à l'interaction et permet de déjouer le piège de l'individualisme pour dynamiser les liens de solidarité entre les individus, pour miser sur les ententes et le mieux-vivre. Loin de dévaloriser les motivations et les intérêts individuels, les conceptions du bien et les valeurs personnelles, l'intersubjectivité favoriserait leur prise en considération dans la conjugaison régulatoire des actions communes.

---

[173] André Lacroix, *op. cit.*, p. 133.

Ainsi conçue, cette éthique délibérative prend aussi les caractéristiques de l'éthique appliquée qu'identifiait dans un article de 1997 Georges A. Legault[174], alors professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Sherbrooke. Définir cette approche québécoise permet de clarifier davantage les différences fondamentales entre diverses conceptions de la morale et de l'éthique. Voir à ce sujet un tableau des types de conception de la morale (Annexe II) composé à partir d'une des publications de Legault[175].

L'éthique délibérative se distingue de l'éthique fondamentale quant au statut de la vérité et de la théorie. Les fondationnistes[176] caractérisent l'éthique par son fondement sur des normes rationnelles, universelles, intemporelles, alors que les tenants de l'éthique appliquée tels Legault et Lacroix optent de façon pragmatique pour une norme raisonnable issue de la délibération rationnelle entre personnes concernées, portant notamment sur des valeurs partagées dans un contexte propre à une situation donnée. La fonction de la théorie et son objet diffèrent pour l'éthique fondamentale et l'éthique appliquée. Selon la première, la théorie renvoie à une

---

[174] Georges Legault, « L'éthique appliquée: le malaise de la philosophie », *in Ethica*, 9 (2, 1997), pp. 9-27.

[175] Georges A. Legault, *Questions fondamentales en éthique. Manuel d'introduction aux notions d'éthique*, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, département des sciences humaines, 1994, 274 p.

[176] Fondationnisme : c*onception* de la morale fondée sur la connaissance objective (philosophique, scientifique, théologique) du bien et du mal, la raison humaine étant capable de connaître et de se représenter la structure même de l'univers. La conduite morale à adopter se déduit alors de principes universels et de connaissances objectives, telle la morale religieuse traditionnelle, se référant à la Révélation, de même que l'éthique rationaliste de René Guyon, déduite de la science apportant des connaissances objectives.

conception de l'être humain déterminante pour la normativité. Pour l'éthique appliquée délibérative, bien qu'elle renvoie à une conception de l'humain et de la connaissance dans une perspective intersubjective, malgré qu'elle théorise le rôle de la délibération, les conceptions de l'être humain constituent l'arrière-plan de la discussion.

Une autre caractéristique de l'éthique appliquée ainsi comprise concerne la nature de la raison pratique alors mobilisée. Ni déductive ni inductive, elle se veut d'abord pragmatique, discursive dans l'intersubjectivité, visant le raisonnable par le rationnel et l'universalisable.

Où se situe l'éthique intersubjective délibérative comparativement aux éthiques descriptives ou normatives ?

Le *Dictionnaire des concepts philosophiques*[177] donne une définition en triptyque du terme de *morale*.

> 1. « Ensemble plus ou moins organisé de normes et de valeurs auquel un individu soumet librement ses actions, s'obligeant lui-même à s'en tenir à cet ensemble qui prétend à la fois à l'objectivité et à l'universalité […]. »
>
> 2. « Réflexion produite en amont pour fonder ces valeurs et ces normes dans la notion générale de bien […]. »
>
> 3. « [Réflexion produite] en aval pour tenter d'en évaluer les conditions d'application. »

[177] Cf l'entrée *Morale* du *Dictionnaire des concepts philosophiques* de Régis Bray, Paris, Larousse / CNRS Éditions, 2006, p. 534.

Le philosophe français Paul Ricoeur, avec la définition de la notion *éthique* qu'il donne dans le *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*[178], explicite cette idée en spécifiant le sens moderne des deux appellations que leurs origines grecque et latine distinguaient si peu.

La *morale* désigne « la région des normes, autrement dit des principes du permis et du défendu », un sentiment d'obligation caractérisant le rapport du sujet aux normes. L'*éthique antérieure*, fondamentale, désignerait l'amont des normes et l'*éthique postérieure*, ou appliquée, l'aval des normes. La première constitue une *métamorale*, c'est-à-dire « une réflexion de second degré sur les normes », et l'autre concerne « des dispositifs pratiques » ou « des éthiques régionales ». Pour Ricoeur, il y a donc un sens irréductible à la notion de morale qui renvoie à ce qu'il faut faire ou à ce qu'il vaudrait mieux faire. Il n'y a pas une seule voix qui affirme de tout temps et hors de tout doute la même immuable vérité morale. C'est à partir d'ici que la philosophie morale affirme sa diversité et sa problématique. Comment déterminer l'obligation morale, en garantir sa validité ou sa vérité, en définir ses critères ou ses conditions d'énonciation ?

Georges-Auguste Legault fait quelque peu voler en éclats ces catégorisations dans un article traitant de l'éthique appliquée comme discipline philosophique[179]. Selon son analyse, une telle distinction ne réussit pas à rendre la dimension philosophique de l'éthique appliquée telle qu'elle se développe en Amérique du Nord. Selon Legault, l'éthique descriptive relève d'une discipline adoptant un angle moins proprement philosophique qu'historique, sociologique ou

---

[178] *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, Quadrige / PUF, 2004, p. 689.

[179] Georges A. Legault, Georges, « L'éthique appliquée comme discipline philosophique », *in Éthique appliquée, éthique engagée. Réflexions sur une notion,* Montréal, Liber, 2006, pp. 13-42.

psychologique, pour répertorier et décrire les normes, les valeurs, les conceptions, les systèmes de référence que véhicule le discours de tel ou tel agent moral. L'éthique normative se présente, quant à elle, comme un système rationnellement structuré pour formuler des jugements moraux fondés sur une conception particulière de la vie bonne.

La nomenclature perd de sa pertinence quand elle définit les places de la *métaéthique* et de l'*éthique appliquée*. L'*éthique théorique* ou *métaéthique* semble en effet posséder un statut ambigu. Présentée généralement comme l'étude quant à leur validité fondée en raison des divers concepts, connaissances, systèmes explicatifs et justificatifs des jugements moraux, elle peut s'avérer purement *historico-descriptive* ou se vouloir *fondamentale*, prenant alors une connotation d'*éthique théorico-normative*, quand elle en arrive à fonder elle-même en raison un jugement de validité. En regard de cette dernière éthique fondamentale, l'*éthique appliquée* pourrait se percevoir comme un mode ou une technique d'application des grands principes qu'énonce la métaéthique : il s'agirait alors de l'*éthique normative* de l'*éthique théorique*.

Au-delà ou à côté de cette compréhension traditionnelle de la discipline morale, émerge clairement depuis une cinquantaine d'années une *éthique intersubjective* qui fait appel à la fois à la raison délibérative, à la raison pragmatique et à la philosophie du langage pour analyser les valeurs, les finalités et les conceptions de la vie bonne et réfléchir au choix rationnel d'une action raisonnable et spécifique visant le mieux *vivre-ensemble* des personnes concernées, et ce dans une situation particulière. Cette *éthique appliquée* possède alors, selon Legault, les attributs de la *philosophie morale*.

La notion d'*intersubjectivité* associée à la raison délibérative comporte des limites. Selon Diermar J. Wetzel, de l'Université de sociologie de Berne, elle renvoie à une situation idéale de communication, alors que la relation intersubjective peut ne pas être symétrique quant aux habiletés à communiquer, à construire et à formuler des arguments, à identifier et à défendre des intérêts, à les partager et à les transformer en visée commune, à clarifier des valeurs et à en discuter, à prioriser, à prendre une décision rationnelle et cohérente avec un raisonnement. Aussi la notion d'intersubjectivité, bien qu'indépendante de celle de *reconnaissance*, peut s'y associer de façon significative. Et alors la reconnaissance ne serait pas seulement celle de l'interlocuteur considéré comme un *alter ego*, autrement dit égal et familier. Elle inclurait l'ensemble des personnes que concerne la discussion : « En comprenant l'altérité en tant que tertiarité, nous élargissons les théories intersubjectives dyadiques à une conception triadique.[180] »

2.3 Le consentement : affirmation de l'autonomie

Le consentement se réduit-il à l'affirmation de la liberté et de l'autonomie de la personne ? Une société libérale et pluraliste ne pouvant pas imposer une conception particulière du bien, le juridique deviendrait l'arbitre des conflits entre les individus exerçant leur liberté. Alors quand deux individus autonomes consentent librement à un acte sexuel, y a-t-il nécessairement absence de conflit moral ? C'est ce à quoi les auteurs, dont René Guyon, ont cherché à répondre.

---

[180] Dietmar J. Wetzel, *Altérité, intersubjectivité et reconnaissance Exploitation d'un débat par la sociologie*. Conférence au Sigmund-Freud-Institut, Francfort 21.03.2005, GLYSI, Lyon, p. 10. Adresse URL : http://www.soz.unibe.ch/unibe/wiso/soz/content/e5976/e7254/e8637/e8647/files9786/Vortrag.Lyon.Altrit.D.Wetzel.2005_ger.pdf

2.3.1 Consentement mutuel et absence de violence, de coercition ou de tromperie

D'entrée de jeu, Guyon insiste sur la liberté de chacun à décider, ou refuser un acte sexuel. Parce que la sexualité est amorale et que les actes sexuels, par conséquent, relèvent des préférences individuelles accomplies en privé, la loi n'a pas à légiférer en ce domaine. Selon le juriste René Guyon, s'il y avait infraction à la loi, ce ne serait pas en fonction de l'élément sexuel de l'acte commis, mais de la violence, de la contrainte ou de la fraude qui l'accompagnerait[181].

Selon Guyon, le seul motif valable pour faire intervenir la loi en matière de sexualité serait pour protéger les droits sexuels. Lesquels ? Dans son texte sur *Les droits de l'homme et le déni de liberté sexuelle*, Guyon les formule ainsi : « Chacun a le droit d'avoir sa morale, même et surtout sexuelle, conforme à ses convictions »[182], et « Droits humains imprescriptibles de disposer librement de sa personne et de jouir du respect de la vie privée, notamment sexuelle.[183] »

La posture philosophique qu'adopte Guyon en ce qui concerne le consentement se réfère au libéralisme que caractérise l'importance accordée aux droits et aux libertés de l'individu. Si la

---

[181] René Guyon, "Les droits humains et le déni de liberté sexuelle", *in Arcadie*, 1954, numéro d'avril, p. 9 : « Sommairement, les deux pierres angulaires de cette révision légale sont ces principes fondamentaux : *a*) les actes ou activités sexuels accomplis *sans* violence, contrainte ou fraude ne doivent pas trouver place dans nos lois pénales ; *b*) les actes ou les activités sexuels accomplis *avec* violence, contrainte ou fraude, doivent être punis selon le type de violence, contrainte ou fraude commise sans que l'élément sexuel soit pris en considération en tant que circonstance applicable ou aggravante. »

[182] René Guyon, "Les droits humains et le déni de liberté sexuelle", *in Arcadie*, 1954, numéro de février, p. 22.

[183] René Guyon, "Les droits humains et le déni de liberté sexuelle", *in Arcadie*, 1954, numéro d'avril, p. 9.

sexualité est amorale, les normes morales ne doivent pas s'appliquer à des comportements librement consentis et dénués de violence. Les droits et libertés en matière de sexualité devraient en toute logique libérale conduire à la reconnaissance du principe de consentement mutuel : « Notre doctrine réclame la liberté antique, mais corrigée par le respect moderne des droits de l'individu. Forte des consentements réciproques, elle exige que l'on respecte ceux-ci, quelles que soient les modalités qu'ils adoptent.[184] » La seule norme sociale légitimant un acte sexuel se réduirait par conséquent au *consentement mutuel* dans un contexte d'absence de violence, de coercition ou de tromperie.

Reflétant la pensée de son époque, Guyon renvoie implicitement à une compréhension du libéralisme qui lie le progrès à la liberté et à la raison. Redoutant que des croyances morales irrationnelles ou religieuses, « antisexuelles » selon le qualificatif qu'il utilise, restreignent les libertés de pensée et de conscience en ce qui concerne ce qu'une personne peut juger bon ou mal en matière de sexualité, il affirme les principes de neutralité de l'État et celui de tolérance sociale entre individus qui ne partagent pas les mêmes conceptions morales. En somme, le juriste sexologue énonce une morale sociale dont la principale norme légitimant un acte sexuel concerne le *consentement mutuel* dans un contexte d'absence de violence, de contrainte ou de fraude.

Alors qu'il n'y a pas vraiment de droits positifs en cette matière, la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*, promulguée en 1982, a fortement influencé la conception morale de la sexualité. Le droit à la liberté d'expression protègerait la production, la diffusion et la possession

[184] René Guyon, "Les droits humains et le déni de liberté sexuelle", *in Arcadie*, 1954, numéro de mars, p. 22.

de matériel pornographique[185], le droit de disposer de son corps légitimerait la pratique de la prostitution[186], le droit à l'égalité des sexes et par extension le droit à l'égalité des orientations érotiques justifierait la légalisation du mariage entre personnes du même sexe[187].

2.3.2 Le libertarisme

Dans un article sur le libéralisme moral, le philosophe français Jean-Cassien Billier prend note de l'évolution du concept issu du libéralisme politique « dont l'intuition première est que, s'agissant du sens que l'on peut donner à l'existence, les êtres humains ont bien plus tendance à diverger qu'à tomber d'accord.[188] » Associé au pluralisme moral, le libéralisme moral se traduit d'abord par le principe normatif de tolérance pour aujourd'hui s'acheminer « vers une apologie de la neutralité axiologique de l'État qui doit s'abstenir de souscrire à une conception particulière du bien et, plus encore, de l'imposer.[189] » La neutralité de l'État se justifie par l'argument qui veut que les règles soient légitimes seulement si elles sont acceptables par tous les citoyens : « lorsqu'une question fait l'objet d'un désaccord raisonnable, la seule règle politique ou sociale

---

[185] Voir les arrêts de la Cour suprême du Canada : Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), 2000 CSC 69 ; R. c. Sharpe, 2001 CSC 2.

[186] Voir les arrêts de la Cour suprême du Canada : Westendorp c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 43 ; R. c. Corbeil, [1991] 1 R.C.S. 830.

[187] Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79, [2004].

[188] Jean-Cassien Billier, « Le libéralisme moral », *in Question d'éthique contemporaine*, Paris, Stock, 2006, p. 350.

[189] Jean-Cassien Billier, *op. cit.*, p. 351.

acceptable par tous les citoyens consiste à laisser chacun d'eux décider pour lui-même.[190] » Ainsi l'État devrait tolérer la polygamie, légaliser le commerce de services sexuels, de même que faire preuve « d'une stricte neutralité à l'égard de toutes les pratiques et orientations sexuelles qui ne nuisent pas de façon directe aux droits fondamentaux d'autrui.[191] »

Dans cette perspective, on appelle libertariens[192] les libéraux antiperfectionnistes qui, par exemple, proposent d'éliminer le devoir moral envers soi-même et l'obligation morale de porter assistance à autrui. Pour désigner ce libéralisme moral, on utilise aussi l'expression *morale minimaliste* que défend, entre autres, le philosophe français contemporain Ruwen Ogien[193].

En butte parfois avec la notion de *dignité humaine*, le principe du consentement mutuel consacre une idée fondamentale de la version libertarienne du libéralisme : la liberté individuelle de choisir ce qui est bon pour soi sans obligation à la justification. Adopter, au nom de la dignité humaine, des critères plus exigeants que la simple formulation du consentement reviendrait à imposer une

---

[190] Jean-Cassien Billier, *op. cit.*, p. 352.

[191] Jean-Cassien Billier, *op. cit.*, p. 353.

[192] On retrouve dans des ouvrages de philosophie morale les termes *libertarien* et *libertaire* pour qualifier l'adepte du libéralisme moral dans sa version nouvelle et plus radicale. Dans cette recherche, je préfère utiliser le néologisme *libertarien*, même si le *Petit Robert de la langue française 2011*, version numérique, justifie l'emploi de *Libertaire* qu'il définit ainsi : « Qui n'admet, ne reconnaît aucune limitation de la liberté individuelle en matière sociale, politique ».

[193] Voir Ruwen Ogien, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007; *Penser la pornographie*, Paris, Presses universitaires de France, 2003; « Raisonner sur la pornographie», *in Questions d'éthique contemporaine,* Éditions Stock, 2006.

contrainte annulant la liberté de définir ce qui est bon pour soi et d'y consentir. En fait, le principe du consentement se voulant valide du moment qu'il n'y a pas préjudice immédiat à l'endroit d'autrui évite tout processus de justification rationnelle en regard de valeurs telles que la dignité humaine, l'autonomie, l'autodétermination, la responsabilité.

Bref, la morale minimaliste évacue la dimension éthique de la pratique sexuelle, érotique, amoureuse, conjugale, et réduit le consentement à sa plus simple expression répondant aux critères les moins exigeants.

En ce début de XXI[e] siècle, le consentement apparaît de plus en plus considéré comme la nouvelle norme qui consacrerait la liberté de l'individu, et par conséquent, définirait de façon plus opérationnelle le contenu de la tolérance sociale, cette dernière notion renvoyant par ailleurs au respect de la différence dans l'égalité, au respect de l'*alter ego*. Le consentement devient alors l'argument légitimant toute forme de sexualité présentée comme une expression d'authenticité, qu'elle soit celle d'un individualisme exacerbé ou d'une sous-culture de la marginalité : pornographie, activité sadomasochiste, exhibitionnisme, prostitution, échangisme, sexualité de groupe, *gangbang*[194], etc. Le libertarisme rejette l'argument d'atteinte à la dignité pour limiter la liberté à disposer de soi ou, en d'autres mots, à consentir à une activité sexuelle, et ce pour deux raisons[195]. D'abord, le principe de *dignité* relève du point de vue moral, et ne peut

[194] Le gangbang (dérivé de l'anglais *gangbang*) est une pratique sexuelle où un sujet passif a une relation sexuelle avec plusieurs partenaires, simultanément ou à la suite.

[195] Voir Olivier Cayla qui développe cette analyse à partir d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (*Affaire Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni, Recueil,* 1997-I) rendu le 19 février 1997 : «Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir», », *in* Daniel Borrillo et Danièle Lochak (sous la dir. de). *La liberté sexuelle.* Paris, Presses universitaires de France, 2005, pp. 89-106.

s'appliquer au comportement d'autrui en vertu de cet autre principe de *tolérance* que présuppose le pluralisme moral. Sa neutralité en matière de conception du bien ne permet pas à l'État de s'ingérer dans la vie privée pour juger de la moralité de choix individuels. Le deuxième argument affirme que la notion de dignité, par ailleurs tout arbitraire, relève de la morale et non du juridique : la société ne peut alors interdire ou condamner un comportement qu'en fonction des faits observables et mesurables, à la lumière des codes de loi.

Le philosophe français Ruwen Ogien évacue la morale non seulement du rapport intime que le sujet entretient avec lui-même ou avec son *alter ego*, mais aussi de l'ensemble des relations sociales, et ce pour les deux raisons suivantes. Les règles qui les régissent relèvent non de la morale, mais du politique et du juridique et elles visent non un idéal ou un état préférable, mais, de façon prosaïque, un état primaire de liberté individuelle sans nuisance à autrui. L'idée centrale de l'éthique minimaliste se résume ainsi : « ce que nous faisons de nous-mêmes n'a pas d'importance morale, tant que nous ne causons pas de tort direct à autrui. C'est une conception qui repose sur trois principes seulement : 1. Indifférence morale du rapport à soi-même. 2. Non-nuisance à autrui. 3. Égale considération de chacun.[196] »

Chez Ogien, la préoccupation du sujet libertarien semble se limiter à la sauvegarde maximale de la liberté d'agir qui le caractérise et qu'accompagne une réflexion la plus simple possible sur les conséquences immédiates de l'actualisation du désir : *Y a-t-il intention claire et effet direct de nuisance à autrui ?* La liberté de consentir se définit de façon tautologique : elle est sa propre

---

[196] Ruwen Ogien, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Paris, Gallimard, 2007, p. 196.

affirmation. Cependant, le philosophe reconnaît le principe libéral qui relativise l'exercice individuel des droits et libertés : « Pour l'éthique minimale, la vocation de la morale n'est pas de régenter absolument tous les aspects de notre existence, mais d'affirmer des principes élémentaires de coexistence des libertés individuelles et de coopération sociale équitable.[197] » On peut se demander alors ce que présupposent comme conditions de possibilité cette coexistence des libertés et cette coopération sociale équitable. Le penseur libertarien n'élabore pas sur cette question. Il faut se tourner vers l'Américain John Rawls pour obtenir des éléments de réponse, mais selon une tout autre théorie du libéralisme.

2.3.3 Le libéralisme moral

Le libéralisme plus modéré et standard de Rawls présuppose chez tout citoyen deux facultés à la personnalité morale sans lesquelles demeure impensable la société posant la justice comme équité : « la capacité de former un sens du juste et de la justice (la capacité de respecter les termes équitables de la coopération et donc d'être raisonnable) et d'entretenir une conception du bien (et donc d'être rationnel).[198] » En effet, peut-on imaginer une structure de base visant un idéal social, la justice comme équité, sans des sujets-citoyens capables de se donner une conception du bien, qui présuppose elle-même un sens de la justice et de la coopération ? De plus, le philosophe de Harvard reconnaît le *respect ou l'estime de soi* comme bien premier ou besoin de la personne en tant qu'agent moral. Il définit ce bien ainsi : « il comporte le sens qu'un individu a de sa propre valeur, la conviction profonde qu'il a que sa conception du bien, son projet de vie

[197] Ruwen Ogien, *op. cit.*, p. 197.

[198] John Rawls, *Libéralisme politique*, p. 359.

valent la peine d'être réalisés. Ensuite, le respect de soi-même implique la confiance en sa propre capacité à réaliser ses intentions, dans la limite de ses moyens.[199] » L'individu, inévitablement, aura à résoudre des conflits entre les valeurs de sa conception individuelle et des normes sociales affirmant la primauté du juste sur le bien. Comment s'y prendra-t-il ? Selon Rawls, la conception du bien que se donne l'individu ne doit pas avoir préséance sur les principes visant la justice comme équité. Il peut alors y avoir conflit de valeurs entre une conception particulière du bien et ce que j'appelle une conception générale non substantielle du bien qui explicitement fait appel à un agent moral ayant le souci de soi et de l'autre.

Une autre interprétation du consentement veut le relier à une conception plus nuancée de la neutralité de l'État. Reconnaissant que la Révolution de 1789 a mis fin au rôle moral du droit pénal, Jean-François Chassaing, historien du droit, attribue à l'État un double rôle en regard du consentement : le garantir et le limiter. Reprenant l'idée freudienne que la sexualité constitue une force parfois trop absolue, il considère qu'au-delà de la neutralité libérale, l'État doit intervenir pour faire respecter une certaine idée de la dignité humaine, qu'il ne définit pas, et pour protéger les personnes vulnérables : « Fort heureusement, de nouvelles notions comme la dignité et la protection des faibles — que l'on ne saurait contester à moins de basculer du côté obscur — permettent de perpétuer une surveillance millénaire.[200] »

---

[199] John Rawls, *Théorie de la justice*, p. 579-480.

[200] Chassaing, Jean-François, « Le consentement. Réflexions historiques sur une incertitude du droit », *in La liberté sexuelle*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 88.

De leur côté, les philosophes Michela Marzano et Alain Milon reconfigurent la relation conceptuelle entre *consentement*, *autonomie*, *liberté*, *dignité*, dans la perspective d'un agent moral. Le sujet affirme sa liberté par ses choix réfléchis de façon autonome. Aussi, articulé par la réflexion autonome qui fait l'économie d'une transcendance nommée dignité, le consentement apparaît davantage que la simple affirmation de la liberté individuelle : « Être autonome, cela revient […] à se déterminer selon des règles librement choisies. En cela, l'autonomie ne peut être déterminée par un quelconque recours à la notion de dignité humaine puisque la dignité postule […] une sorte de recours à l'humanité comme transcendant l'homme lui-même.[201] » L'agent autonome ne décide pas d'une action sous l'impulsivité de ses motivations et de ses désirs, mais en fonction de normes, de lois, de règles librement choisies. Ce point de vue valorisant le rôle réflexif du sujet conduit les chercheurs à distinguer l'*éthique*, « une typologie des modes d'existence, typologie qui se pense sur un plan de l'immanence[202] », de la *morale* qu'ils conçoivent comme « un inventaire des jugements transcendants.[203] »

En conclusion, que devons-nous retenir des différentes perspectives sur le consentement que je viens de présenter? Qu'est-ce qui différencie Guyon et Ogien, tous deux militant pour la liberté sexuelle fondée sur le consentement entre adultes ? L'un réclame des droits sexuels et structure une éthique leur donnant un sens d'émancipation individuelle et balisant en quelque sorte la liberté d'agir alors que l'autre affirme et valorise la seule liberté de consentir en évacuant toute

---

[201] Michela Marzano et Alain Milon, «Le corps transgressé : du consentement au souci de soi », *in La liberté sexuelle*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, pp. 119.

[202] *Op. cit.*, p. 125.

[203] *Idem.*

réflexion d'ordre éthique ou moral. Mais si c'est bien l'absence de violence, de contrainte et de nuisance directe et intentionnelle à autrui qui limite la liberté du consentement, il s'agit alors d'un principe sociopolitique de non-agression et non d'une conception éthique fondant et justifiant un choix, une préférence en rapport à une conception du bien. Autosuffisant, le consentement libertarien n'a plus de dimension éthique et renvoie à une théorie politique de l'organisation sociale apparentée au néolibéralisme. Se pose alors la question du rôle de l'agent éthique. Des droits sexuels inscrits dans une charte ou des lois légitimant le consentement ne sont pas une caution éthique. Tout au plus, l'inscription protège le droit à consentir que possède une personne sans pour autant assurer que le choix décisionnel fasse l'objet d'une réflexion éthique. La morale sociale apparaît ici quelque peu sans rapport avec l'éthique.

D'autres philosophes font du consentement une expression de la liberté et de l'autonomie de l'agent éthique dans la mesure où la décision fait l'objet d'une réflexion en fonction de normes, de principes, de règles, de valeurs structurant une conception particulière du bien. La morale sociale, c'est-à-dire un ensemble de normes, propose une conception générale non substantielle du bien défini comme la justice équitable, à laquelle adhère l'agent de par ses deux capacités de former un sens du juste et de la justice, et de respecter les termes équitables de la coopération. Dans la section suivante, j'aborderai la question des frontières entre le juridique et la morale en ce qui concerne la justification des normes sociales.

2.4 La morale sociale des droits et libertés

Dans un contexte sociopolitique fortement libéral, c'est-à-dire qui valorise les notions d'autonomie, d'indépendance et d'autodétermination, les citoyens augmentent leurs

connaissances sur la sexualité, valorisent la capacité de choisir leur mode de vie, et réclament des droits et libertés individuels en matière de sexualité. Les droits et libertés de la personne présupposent le pluralisme et la tolérance à la différence. Ces droits et libertés associés à l'individu se formulent en termes juridiques et s'appuient sur la Constitution canadienne qui reconnaît certains d'entre eux comme fondamentaux.

Kant concevait la morale comme orientant le droit, alors que les penseurs libéraux comme Guyon et Ogien s'en remettent au droit pour se protéger du relativisme moral. À partir de la prémisse que la morale sociale en société libérale et pluraliste se réfère aux droits et libertés de la personne que reconnaît officiellement la Constitution, on peut se demander comment concevoir le rôle des juges de la Cour suprême dans les limites de leur fonction juridique ? Autrement dit, comment le juridique réussit-il ou non à composer avec la dimension morale des normes sociales ?

2.4.1 Le rôle des juges

Dans un article[204] portant sur les frontières du droit et ses liens avec l'éthique, c'est-à-dire sur les rapports entre la décision judiciaire et ses fondements philosophiques, Louis LeBel, juge à la Cour suprême, souligne « la nécessité d'un approfondissement de l'interaction entre le droit et les systèmes de valeurs d'une société »[205]. Il reconnaît d'emblée le rôle incontournable de cette institution dans l'interprétation et l'application des garanties que la constitution canadienne

---

[204] Louis LeBel, "Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux" *in* *Éthique publique*, 2001, vol. 3, no 2, pp. 51-58.

[205] Louis LeBel, op. cit., p. 51.

accorde à la liberté d'expression : « La structure de la Chartre canadienne des droits et libertés rend inévitable un engagement des tribunaux canadiens et, ultimement, celui de la Cour suprême du Canada dans les débats sur les valeurs sociétales »[206]. Il rappelle toutefois que « La décision judiciaire ne se prend pas dans un cadre de liberté intellectuelle absolue »[207]. L'article fait l'inventaire des contraintes des interprétations et des techniques juridiques admises, notamment le test dit de *Oakes*[208], de l'arrêt du même nom datant de 1986, qui constitue un cadre d'analyse et qui détermine le dialogue entre les tribunaux et les législateurs quand il s'agit de limiter un droit constitutionnel.

Malgré des procédures de justification qui encadrent les décisions des magistrats, le juge LeBel souligne que les affrontements judisprudentiels sur l'interprétation du droit fondamental à la liberté d'expression dénotent des conflits de valeurs non seulement dans la société, mais aussi chez les membres de tribunaux qui doivent trancher les litiges. Dans sa recherche d'une justification qui soit constitutionnellement valide, la Cour suprême formule dans l'arrêt *Butler*, datant de 1992, une règle qui ne repose pas sur la subjectivité du juge, mais sur la démonstration qu'il y a « préjudice à la société ou à des catégories importantes et vulnérables de ses

---

206 Louis LeBel, op. cit., p. 52.

207 Louis LeBel, op. cit., p. 57.

208 Louis LeBel, op. cit., p. 53 : « Une limite à un droit constitutionnel doit découler d'une règle de droit et correspondre à un objectif social important. La méthode exige ensuite que la mesure adoptée conserve un lien causal logique avec les objectifs recherchés. Elle demande, enfin, de ne porter qu'une atteinte dite minimale à la liberté fondamentale en cause. En dernier lieu, on procède à une analyse comparative des avantages et des inconvénients de la mesure contestée. »

membres »[209]. Le préjudice s'évalue en regard des valeurs essentielles de la société : « Ces arrêts de la Cour suprême reconnaissent sans détour que les tribunaux canadiens essaient d'identifier la nature des valeurs de la société […]. La cour ne cache pas les difficultés de cette recherche […]. Elle espère peut-être retrouver un fonds commun minimal qu'exprimerait ce consensus social »[210].

Bien que tous ces dispositifs cherchent à rendre la décision la plus rationnelle et la plus objective possible, donc à limiter la subjectivité des juges, l'auteur de l'article note en conclusion que l'impartialité demeure une pure illusion et il renvoie au dialogue entre le tribunal et les citoyens : « Les opinions de la Cour suprême dans les affaires relatives à la liberté d'expression expriment bien cette préoccupation d'une entrée en dialogue avec la société civile »[211].

Dans un article publié en 1989, Georges Auguste Legault, alors professeur au département de philosophie de l'Université de Sherbrooke, cherche à situer et à préciser la dimension éthique plutôt que politique ou simplement juridique de la Cour suprême du Canada, précisément en ce qui concerne « sa propre conception de la fonction du judiciaire et son rôle dans le développement des valeurs sociales.[212] »

---

[209] Louis LeBel, op. cit., p. 55.

[210] Louis LeBel, op. cit., p. 57.

[211] *Idem.*

[212] Georges. A. Legault, "La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada" publié dans *Ethica*, 1 (1989), p. 98.

Il reconnaît d'abord l'importance prépondérante des valeurs fondamentales en regard des normes et des lois du pays : les tribunaux doivent veiller « à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législateurs se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la *Charte canadienne des droits et libertés*.[213] » Dès lors, une question importante se pose sur l'interprétation des droits en fonction des valeurs : « Doit-on considérer que le contenu de ces droits peut être défini de manière historique en se référant uniquement aux valeurs existantes lors de l'écriture de la *Charte* ?[214] » La réponse qu'adopte la Cour suprême lui attribue par conséquent et très clairement un pouvoir d'interprétation plus que littérale :

> « l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*.[215] »

Ainsi les juges ont comme rôle éthique de clarifier les valeurs fondamentales de notre société pour justifier rationnellement la hiérarchisation ou la limitation des droits et libertés dans un cas litigieux : « Le discours des juges revient donc à formuler explicitement la rationalité ultime des décisions qui donne le sens humain à partager dans notre société canadienne.[216] »

---

[213] Georges. A. Legault, *op. cit.*, p. 104.

[214] Georges. A. Legault, *idem*.

[215] Georges. A. Legault, *idem*.

[216] Georges. A. Legault, *op. cit.*, p. 110.

Le philosophe Legault formule alors une définition de l'éthique comme compétence s'actualisant dans un processus dialogique de prise de décision quant aux moyens et aux fins, et que justifient les personnes concernées par le sens partageable à donner à leurs actions.

> « L'éthique concerne une compétence décisionnelle dans la mesure où on tient compte de l'autre dans nos décisions limitant l'exercice de notre pouvoir. Puisque l'éthique s'adresse à l'autre, la décision éthique devrait pouvoir être justifiée et présentée à l'autre aux fins d'évaluation. La compétence éthique passe par la parole et le dialogue sur les fins et les moyens afin de trouver non pas un compromis stratégique des intérêts, mais une solution qui donne un sens partagé à nos actions humaines. Ce sens partageable est celui qui se livre dans la rationalité de la décision.[217] »

Dix ans plus tard, Luc Bégin, professeur à la faculté de philosophie de l'Université Laval, analyse l'intervention du droit et des juges dans la définition de notre morale collective. Tout d'abord, il rectifie une opinion voulant que les juges créent la morale ou remplacent les législateurs. Selon lui, « le droit exerce […] une fonction de médiation entre les perspectives morales qui se font concurrence dans la sphère publique à propos de pratiques dont une des caractéristiques majeures est d'être moralement controversées.[218] » Et cette intervention au sujet de questions de moralité se fait depuis 1982 essentiellement en regard de la *Charte canadienne des droits et libertés,* laquelle ne relève pas d'une conception spécifique du bien, mais inscrit plutôt le droit dans un

---

[217] Georges. A. Legault, *op cit.*, p. 109.

[218] Bégin, Luc. « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective » *in* *Éthique de société. L'éthique dans les sociétés démocratiques avancées.* Ss la dir. de Georges A. Legault, Alejandro Rada-Donath et Guy Bourgeault. Sherbrooke, éditions GGG [/ Université de Sherbrooke], 1999, p. 226.

horizon de principes moraux abstraits, donc dans un horizon de moralité formelle. Il y a davantage une *moralisation du droit*, selon l'expression de l'auteur, qu'une substitution du judiciaire à la morale.

Il s'agit alors de comprendre les droits et libertés comme des normes et non des valeurs, et ce dans la perspective du juste ayant priorité sur le bien. Alors que les valeurs se justifient de façon toute relative par une conception du bien qui varie d'un individu à un autre, d'une culture ou d'une forme de vie à une autre, Bégin, reprenant la compréhension habermassienne[219], retient pour ces normes quatre caractéristiques :

> — leur validité nominale a le sens absolu d'une obligation inconditionnelle et universelle,
> — elles sont également bonnes pour tous et toutes,
> — elles ne peuvent se contredire,
> — elles doivent former un ensemble cohérent, un système.

Le pouvoir judiciaire, précisément la Cour suprême, devient donc par le fait même de la moralisation des droits le « gardien devant veiller au respect des normes ne pouvant être garanties par les seules positions morales orientées vers le bien qui se font concurrence dans la sphère publique »[220].

Cependant, l'auteur de l'article se questionne sur la compréhension que les juges de la Cour suprême ont de cette conception de leur rôle reposant sur une interprétation toute habermassienne de la différence entre *norme* et *valeur*. Le caractère fondamental des droits et libertés que

---

[219] Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes, Paris, Gallimard, 1997*, p. 278.

[220] Luc Bégin, *op. cit.*, p. 230.

promulgue la *Charte* ne fait pas l'économie d'une nécessaire interprétation. Selon la constitution du Canada, les juges de la Cour suprême sont les ultimes interprètes de ces principes que le philosophe de Francfort définit ainsi :

> « Les principes, ou les normes supérieures à la lumière desquelles d'autres normes peuvent être justifiées, ont un sens déontologique, tandis que les valeurs ont un sens téléologique. Les normes en vigueur obligent leurs destinataires, sans exception et de la même manière, à adopter une attitude satisfaisant à des attentes de comportements généralisées, tandis que les valeurs doivent s'entendre comme des préférences intersubjectivement partagées.[221] »

Habermas identifie deux façons irréductibles d'interpréter les droits fondamentaux d'une constitution, que Bégin voit tout à fait applicables au contexte canadien, c'est-à-dire à la Charte des droits et libertés.

2.4.2 Valeurs et normes

La première interprétation fait des droits fondamentaux des principes juridiques, abstraits, à caractère déontologique, qui s'appliquent à tous et dans l'intérêt de tous. Le rôle des juges consiste alors à s'assurer que les considérations normatives priment sur les préférences axiologiques et les visées téléologiques qui, par distinction, relèvent d'une conception particulière du bien.

---

[221] Jürgen Habermas, *op. cit.*, pp. 277-278.

Cette approche, de type déontologique, appelle à l'argumentation rationnelle, à des principes procéduraux neutres. Les droits fondamentaux constituent en quelque sorte des *atouts*, et les juges font office de vestales de la *Charte* prévalant sur le législatif et le politique.

La deuxième interprétation considère les droits comme des valeurs fondamentales, c'est-à-dire des biens juridiques attractifs, qui expriment symboliquement l'identité morale d'une communauté particulière. Les juges hiérarchisent alors ces droits en fonction du consensus social majoritaire qu'ils observent ou en fonction du sens que crée leur compréhension des défis que rencontre la société.

Cette seconde approche ne tient plus compte de la distinction conceptuelle entre les normes et les valeurs telle que la formule Habermas. Par conséquent, les droits fondamentaux valent autant que des préférences axiologiques selon une rationalité que justifie le recours soit à la conception majoritaire d'une morale substantielle, soit à une interprétation herméneutique de l'histoire contemporaine. Existe dans ce cas un danger : que les juges de la Cour suprême se travestissent en pouvoir législatif et politique non élu et non imputable.

Afin de clarifier le vocabulaire ici utilisé, je reprendrai la distinction que fait Jean-Marc Ferry dans *Valeurs et normes*[222] et alors associerai à la *morale* les *normes*, visant la *justice,* comprises comme obligatoires pour tous et toutes. Les *valeurs* relèvent alors de l'*éthique* et renvoient à une conception individuelle du bien ou de la vie bonne. Les valeurs permettent une conception du bien, une compréhension axiologico-sémantique du monde alors que les normes éthico-juridiques régulent les interactions sociales.

[222] Jean-Marc Ferry, *Valeurs et normes*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002.

Somme toute, le vocabulaire spécialisé des philosophes n'est pas vraiment intégré au langage courant. La définition que Legault donne de l'éthique vaut pour les individus délibérant en vue de choisir une action, mais ne s'applique pas aux juges de la Cour suprême qui interprètent un acte litigieux en se référant à la morale sociale. Ces derniers recourent à la *théorie du préjudice*[223] pour définir de façon objective ce qui outrepasse le seuil de tolérance de la société canadienne en regard de ses valeurs fondamentales officiellement reconnues. Les *valeurs fondamentales* de la *Charte* constitueraient pour Habermas des *normes* qui composent une *morale* selon Ferry. Pour leur part, les juges utilisent indifféremment les deux termes[224], mais apparaît assez clairement que ce qu'ils entendent par valeurs fondamentales constituent des normes applicables à tous plutôt que des préférences axiologiques subjectives. Or, déviant quelque peu de leur théorie du préjudice, les juges ne s'en tiennent pas exclusivement et strictement à des valeurs *officiellement reconnues* par des textes fondateurs comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, le *Code criminel canadien*, les chartes provinciales des droits et libertés de la personne. Ils peuvent qualifier de *fondamentales*, donc de *normes*, des valeurs sous-entendues par ces textes fondamentaux, comme la dignité de tous les êtres humains, l'autonomie de la personne, le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents, la recherche de la vérité, la qualité de vie en société. Ou bien ils élèvent au rang de normes des valeurs intimement associées à la conception contemporaine et libérale de

---

[223] Voir *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, par. 26 à 63. Deux autres arrêts ont marqué les jalons de cette élaboration : *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494 et *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

[224] *Labaye*, par. 33 : « […] valeur fondamentale exprimée dans la Constitution ou les lois fondamentales semblables de notre société, telles les déclarations des droits […] ». Et *Labaye*, par. 46 : « […] normes sociales officiellement reconnues […] protégées par la *Charte canadienne des droits et libertés* et les lois fondamentales semblables, tels les codes provinciaux des droits de la personne […] ».

l'émancipation de l'individu comme la valorisation personnelle et l'acceptation de soi, l'épanouissement personnel, la reconnaissance de l'autre.

Comme on le constate, les valeurs et les normes ne se conjuguent pas en parallèle d'une façon tranchée. Prenons comme exemple que le philosophe américain John Rawls fonde sa théorie de la justice libérale sur l'importance des valeurs pour les citoyens qu'il définit par ailleurs comme des personnes dotées d'un certain sens de la justice, ainsi que de la capacité de définir une conception personnelle du bien. Ce sont justement ces deux attributs qui autorisent les citoyens à adhérer subjectivement aux normes du libéralisme de l'équité définies, selon Rawls, objectivement, rationnellement. En fait, les citoyens reconnaissent un système politique fondé sur les libertés individuelles, la justice et la tolérance, et c'est parce qu'ils accordent une telle importance majeure à ces valeurs qu'ils les érigent en normes.

2.4.3 Théories de justification et théorie morale

Deux constitutionnalistes montréalais ont analysé les approches et théories de justification, en ce qui concerne la législation et le contrôle judiciaire de constitutionnalité. Ils nous éclairent quant aux limites du rôle du juge aussi bien que celui du législateur, et attribuent au citoyen, c'est-à-dire à l'agent moral, une importance qui rejoint celle que lui reconnaissent bien des philosophes dont les travaux sont associés à l'éthique de délibération.

Dans un article portant sur la justification de la législation comme jugement pratique, le juriste Luc B. Tremblay décrit trois conceptions de la justification associées à trois formes de la démocratie : i) la justification conséquentialiste et la démocratie majoritariste, ii) la justification

déontologique et la démocratie libérale, iii) la justification procédurale et la démocratie délibérative qui lui semble rencontrer les conditions d'une bonne justification rationnelle pour une société que caractérise le pluralisme.

La conception de justification conséquentialiste « énonce qu'une décision politique est justifiée dès lors que les conséquences des actes s'y conformant maximisent la production d'un état de choses (un « bien humain ») désirable ou minimisent la production d'un état de choses (un « bien humain ») indésirable.[225] » Cependant, les calculs conséquentialistes visant à observer et mesurer l'effet recherché comportent trop de difficultés pratiques connues pour s'y fier; ils pourraient même être impossibles à effectuer. Par conséquent, les justifications conséquentialistes renvoient davantage aux doctrines politiques décisionnistes ou volontaristes, associées aux théories de la démocratie majoritariste : « En pratique, une argumentation conséquentialiste constitue autant l'expression de « choix », c'est-à-dire de volitions et de décisions, voire d'instincts, d'intuitions et d'émotions, que de considérations rationnellement fondées.[226] » Tremblay considère que ce type de législation ne relève pas d'une justification rationnelle, mais d'une affaire de volonté, de décision, de choix.

Selon la conception de justification déontologique associée à la démocratie libérale, celle des droits et libertés de la personne, « il existe des standards ou des critères objectifs de type déontologique en vertu desquels les citoyens peuvent rationnellement évaluer la justification

---

[225] Luc B. Tremblay, « La justification de la législation comme jugement pratique », *in Revue de droit de McGill*, vol. 47 (2001), pp. 71-72.

[226] Luc B. Tremblay, *op. cit.*, p. 78.

d'une législation.[227] » Les droits fondamentaux constituent un exemple de critère déontologique; ils agissent comme des balises, ou « contraintes latérales » pour reprendre l'expression de l'auteur, délimitant la législation; ils servent à évaluer rationnellement les fins et les moyens d'une législation. Un problème se pose alors. Qu'est-ce qui justifie que tel droit plutôt qu'un autre devienne fondamental ? La Révélation divine ? La Nature ou l'ordre naturel du monde ? Un suprême bien humain ? Pour une société pluraliste, la réponse tient à un choix de valeurs justifiant ou fondant ce type de droits particuliers. Quelle procédure alors adopter qu'accepteraient rationnellement tous les membres de la société ? Selon une approche herméneutique, « la justification procéderait de la meilleure interprétation des pratiques communes, des croyances et des compréhensions partagées qui, dans les sociétés démocratiques, font une place aux droits et aux libertés.[228] » Cependant, une telle interprétation se référant ultimement à une certaine conception du bien, de la justice et de l'être humain, ne saurait prétendre à l'objectivité et demeure toujours susceptible de contestation.

La troisième conception[229] postule que la législation peut, en principe, faire l'objet d'une bonne

---

227 Luc B. Tremblay, *op. cit.*, p. 79.

228 Luc B. Tremblay, *op. cit.*, p. 85.

229 Luc B. Tremblay, *op. cit.*, p. 88 : « L'idée générale qui anime la troisième conception de la justification est que la délibération publique, libre et ouverte est une procédure qui permet à chaque citoyen de participer à la détermination des raisons substantielles qui justifient la législation et, en dernier lieu, de les accepter comme étant bonnes. Chacun peut donc faire valoir publiquement ce qui lui apparaît constituer les meilleurs arguments, évaluer la force relative des arguments concurrents et tenter de les réfuter sur la base de raisons que tous pourraient reconnaître comme bonnes. Chacun a ainsi le pouvoir de persuader les autres d'adopter la 1égislation qui lui semble la plus justifiée et de s'opposer aux propositions législatives qui ne semblent pas soutenues par de bonnes raisons. La délibération

justification, à la condition d'engager activement chaque citoyen dans un processus collectif de délibération rationnelle. Pour cette raison, on peut l'associer aux théories de la démocratie délibérative.

Tremblay défend l'idée que ce processus collectif de délibération rationnelle, sans mener à un accord unanime, peut conduire à des compromis et à des accommodements qui constituent les meilleurs moyens d'en arriver à un accord rationnel : « L'objectif de la démocratie délibérative n'est pas de produire une législation idéale dans l'abstrait et formellement universelle ; il est de produire une législation dont la justification puisse être acceptée comme bonne du point de vue de tous les citoyens qu'elle affecte.[230] » Dans cette perspective, l'auteur conçoit que l'exercice de ce type de démocratie ne relève pas seulement des institutions traditionnellement associées à la production de la législation, mais passe aussi par divers forums de discussion publique : « la démocratie délibérative apparaît comme une procédure qui permet d'élargir politiquement le débat philosophique sur le bien et le juste à toute la communauté, en vue de produire des

---

démocratique constitue un mode de décision politique censé permettre de régler les désaccords dans une société pluraliste, non par la force, le nombre et les volitions, mais sur la base de considérations rationnelles que tous pourraient, en principe, accepter. I1 s'ensuit que les raisons avancées au soutien d'une proposition politique doivent posséder une force normative susceptible de contraindre tous les participants. Elles doivent aller au-delà de l'expression des préférences, des intérêts personnels et des volontés des agents qui les énoncent. Les raisons avancées doivent être conçues en des termes que chacun pourrait rationnellement accepter. Cela implique que chacun doit tenir compte des vues et des arguments de tous les autres et être prêt à transformer sa compréhension initiale de la force normative relative des raisons substantielles en présence. »

[230] Luc B. Tremblay, *op. cit.*, p. 93.

consensus, des compromis ou des accommodements mutuellement justifiables.[231] »

Cette conception de la démocratie exige bien entendu de postuler l'existence d'un citoyen réflexif, un agent moral qui participe activement à la discussion publique selon des règles de procédure propres à l'éthique délibérative.

Stéphane Bernatchez décrit fort bien la situation de la façon suivante : « La réforme constitutionnelle de 1982 a modifié les fondements de l'ordre juridique canadien. D'un système fondé sur la souveraineté parlementaire, suivant en cela le modèle du Royaume-Uni dont il a hérité, le Canada est passé à une suprématie constitutionnelle.[232] » Ce changement fait en sorte que les juges de la Cour suprême[233] exercent un contrôle judiciaire de constitutionnalité sur les politiques des législateurs, c'est-à-dire des représentants élus. D'où le débat sur les théories justificatives du contrôle judiciaire visant à établir la légitimité de la justice constitutionnelle. Selon le professeur de droit, « Une théorie justificative adéquate devrait préciser les fondements du jugement juridique afin de fournir au juge constitutionnel une conception du raisonnement qu'il doit effectuer.[234] » Une telle conception, d'une part, ne peut relever du positivisme

---

231 Luc B. Tremblay, *op. cit.*, pp. 94-95.

232 Stéphane Bernatchez, « La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien » *in Politique et Société*, 2000, vol. 19, no 2-3, p. 101.

233 Officiellement, c'est le gouverneur général du Canada qui nomme les juges à la Cour suprême. Dans les faits, il entérine le choix du premier ministre se référant aux recommandations de son ministre de la Justice.

234 Stéphane Bernatchez, *op. cit.*, p. 101.

juridique qui tient à la séparation du judiciaire et du législatif (les législateurs votent des lois que les juges appliquent) et, d'autre part doit démontrer que la fonction judiciaire participe au processus démocratique tout comme la fonction législative.

Après avoir critiqué un certain nombre d'approches et de théories justificatives (la thèse interprétativiste ou originaliste[235], l'approche de déférence[236], la théorie du renforcement[237], la théorie de l'herméneutique juridique ou néo-jusnaturalisme[238]), le juriste Bernatchez met en

---

235 Stéphane Bernatchez, *op. cit.*, p. 101 : « Le pôle interprétativiste, ou originaliste, justifie l'action du juge constitutionnel en la limitant à un travail d'interprétation de la constitution ou, plus exactement, de recherche de l'intention originelle des pères fondateurs ». Serait considéré alors antidémocratique et illégitime tout pouvoir interprétatif créateur.

236 Stéphane Bernatchez, *op. cit.*, p. 103 : « Cette approche de référence constitue d'ailleurs l'une des techniques légitimatrices servant à réconcilier le contrôle judiciaire de constitutionnalité et la démocratie. » Les juges interprètent le contenu de la loi en regard des garanties qu'offre la constitution. Mais s'ils ne peuvent pas critiquer l'à propos des politiques, ils s'en remettent alors au législatif et donc n'exercent pas vraiment de contrôle judiciaire de constitutionnalité.

237 Stéphane Bernatchez, *op. cit.*, p. 103 : « La Cour suprême fait aussi sienne l'une des principales justifications du contrôle judiciaire de constitutionnalité, la théorie du renforcement de la représentation, qui conçoit le contrôle judiciaire comme un complément de la démocratie représentative. » La Cour tient alors un rôle de protection des minorités en favorisant leur participation au processus démocratique, ou un rôle de correction de ce dernier. Cependant, il peut y avoir là, sous prétexte de démocratie constitutionnelle, un détournement par les tribunaux du processus politique.

238 Stéphane Bernatchez, *op. cit.*, pp. 105 et 106 : « Cette théorie constitutionnelle de la légitimité du contrôle judiciaire empêche les tribunaux de remettre en question les politiques législatives (*polities*) : tant que les tribunaux s'occupent d'interpréter et d'appliquer des concepts constitutionnels, leur action demeure démocratique, ce qui cesse dès lors qu'ils font valoir des conceptions particulière de la justices. » Cette théorie de l'interprétation des règles et

valeur une conception plus prometteuse : « Devant l'insuffisance du seul registre de l'interprétation pour régler à la fois les questions de sens et de validité, certains théoriciens et philosophes ont développé les idées d'argumentation et de communication, prenant ainsi acte non seulement du tournant interprétatif, mais aussi du tournant linguistique.[239] » En se référant à la philosophie du langage, plusieurs conceptions juridiques procédurales postulent que la notion de délibération démocratique pourrait assurer la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. « En pensant le contrôle judiciaire comme un dialogue entre les institutions, les tribunaux retrouvent leur fonction démocratique.[240] » La délibération peut s'élargir jusqu'à comprendre le pouvoir judiciaire comme un forum de discussion parmi d'autres. Ce qui légitime alors le droit, ce n'est pas la conformité à une norme supérieure, mais la validité du processus délibératif. Et naturellement, c'est le processus démocratique qui détermine les critères de cette validité. Bernatchez en retient certains : universalisation, non-discrimination, impartialité, rationalité.

2.5 Conclusion : une nécessaire conceptualisation de l'agent moral

La présentation des principales positions théoriques et philosophiques relatives aux sources de la morale publique et ses modes d'interprétation visait à clarifier les enjeux conceptuels concernant la morale et l'éthique en société libérale et pluraliste.

---

des principes ne ferait pas suffisamment appel à la dimension intersubjective de la reconstruction rationnelle du droit.

[239] Stéphane Bernatchez, *op. cit.*, p. 108.

[240] Stéphane Bernatchez, *op. cit.*, p. 110.

Le cadre conceptuel qui me permettra d'analyser les arrêts de la Cour suprême se compose de quatre concepts-clés : *morale*, *éthique*, *sexualité*, et *libéralisme*. Comment est-ce que je les ordonne ?

Le *libéralisme* caractérise l'idéologie politique de notre société. Mais il existe plusieurs compréhensions du *libéralisme*. Parmi celles-ci, je retiendrai non le libéralisme économique mais la version pluraliste de la démocratie qui exige que l'État respecte la diversité des conceptions particulières du Bien, qui se retrouve dans l'ensemble de la population canadienne, sans en privilégier aucune. Je situerai dans cette perspective l'interprétation que font les juges de la *Charte des droits et libertés*.

Compte tenu de l'importance du tournant linguistique aussi bien dans le domaine de la morale que celui du droit, c'est en référence à la raison délibérative que je clarifierai le type de fondement ou de justification qu'élaborent les magistrats de la morale propre à notre société libérale et pluraliste.

En regard de la morale sociale que justifie la raison délibérative, je situerai le rôle du sujet éthique en matière de sexualité. Une certaine conception du libéralisme réduisant l'agent à un rôle de bénéficiaire de droits et libertés peut neutraliser son jugement moral. Au-delà des limites juridiques du consentement, la problématisation de la morale ne concerne pas tant le désir érotique (par exemple : concupiscence vs pureté), l'acte sexuel (*i.e.* naturel ou contre-nature) ou le plaisir (permis, interdit), que la clarification des valeurs fondamentales qui ne prennent un sens que si elles font l'objet d'une délibération éthique en vue d'un choix subjectif ou intersubjectif.

Finalement, ces quatre concepts se conjuguent à la condition que les agents, que concerne une prise de décision, se concertent sur le mode de l'intersubjectivité.

Je retiens de ce chapitre que les approches rationaliste de Guyon et libertarienne d'Ogien ne permettent pas de conceptualiser une morale sociale parce qu'elles éliminent le souci de soi et de l'autre chez l'agent. Par conséquent le droit, protecteur des libertés individuelles, cherche à remplacer la morale, vue comme une conception particulièrement hégémonique du bien. La conception libertarienne de la morale renvoie à une vision néolibérale de l'organisation sociopolitique et valorise la notion simple de consentement comme mode de régulation des relations interpersonnelles.

Une autre conception du libéralisme compte sur l'agent moral, notamment sur ses facultés de coopérer et d'entretenir une conception du bien, pour se donner des normes du vivre-ensemble. La morale sociale se compose alors de valeurs fondamentales, certaines constitutionnelles, d'autres faisant partie de la culture libérale, de sorte qu'elle apparaît en gestation, comme un *work in progress*, puisant sa force dans l'actualisation et l'intégration qu'en font les agents éthiques.

À noter que les seules conceptions de la sexualité nous viennent de la morale religieuse et de la compréhension rationaliste de René Guyon. Ce dernier nie tout déterminisme à la sexualité tout en la réduisant à deux fonctions physiologiques : la jouissance et la reproduction. D'un côté, le déterminisme religieux tend, au fond, à déposséder l'être humain de l'orientation de ses conduites sexuelles. De l'autre, réduire la sexualité à une mécanique occulte les diverses conditions de son expression humaine : hormones, affects, besoins, désirs, fantasmes, éducation, expériences

personnelles, valeurs, idéaux sociaux, etc. J'utiliserai dans le cadre de cette recherche une définition davantage constructiviste qui met l'accent sur l'appropriation du sens à donner à la sexualité :

> « Définir par la biologie la sexualité ou les comportements érotiques relève d'un non-sens, c'est-à-dire qu'ainsi on évacue la liberté et la responsabilité de faire du sens. La liberté et la responsabilité constituent l'essence même du pouvoir que possèdent les êtres humains d'agir sur eux-mêmes et sur leur environnement. Le plus grand pouvoir de notre humanité serait-il celui de faire du sens ? Avec son *Histoire de la sexualité* (1976, 1984a, 1984b), le philosophe français Michel Foucault démontre qu'à travers l'histoire la sexualité prend différentes significations en congruence avec les idées, les valeurs, les idéaux d'une époque donnée, ...ou de telle classe sociopolitique donnée pourrait-on ajouter.[241] »

Dans le cadre du système canadien, les normes possèdent une légitimité juridique et politique de type libéral : il s'agit de lois constitutionnelles qu'a votées une majorité des députés que les citoyens ont démocratiquement élus. Cependant, les normes ne bénéficient pas de cette validité habermassienne que lui reconnaîtraient les citoyens parce qu'elles auraient fait l'objet d'une entente raisonnable après une discussion publique respectant une procédure permettant à toutes les personnes concernées d'exprimer leur point de vue, de défendre leurs intérêts et de comprendre ceux des autres. Pour leur part, les juges de la Cour suprême, se référant à la morale sociale, en clarifient les valeurs fondamentales, reconnues officiellement ou non, qui jouent un

---

[241] Michel Lemay, « La dépendance affective ou sexuelle a-t-elle un sens ? », *Revue sexologique*, vol. 5, no 1 (printemps 1997), pp. 187-188.

rôle de balises et dessinent sur l'arrière-plan culturel l'esquisse normative du vivre-ensemble. La dimension juridique de cette morale sociale flottante constitue aussi sa limite.

Le prochain chapitre porte sur l'analyse des arrêts de la Cour suprême. Nous verrons comment les juges en arrivent à conceptualiser la morale sociale, notamment en précisant la notion de tolérance et en formulant la théorie du préjudice. Nous identifierons le contenu de la morale que composent des normes officiellement reconnues, et d'autres faisant partie de la culture libérale.

Cette analyse nous conduira à quatre constatations en lien avec le présent chapitre.

1. La discussion entre juges peut tenir compte des intérêts et des arguments des personnes concernées.

2. Les juges réfèrent à des valeurs fondamentales pour interpréter la loi et appliquer de la façon la plus juste possible, à une situation particulière, à un comportement individuel, des normes valables pour tous.

3. Les valeurs fondamentales (normes) invoquées ne font pas toutes l'objet d'une reconnaissance officielle de la société canadienne.

4. Ce n'est pas le fait d'une entente unanime autour du meilleur argument, mais une majorité numérique qui donne aux jugements, ou arrêts, leur validité.

Chapitre III

Les arrêts de la Cour suprême

3. Introduction

Comme nous l'avons vu aux chapitres précédents, la morale religieuse qui s'imposait à la société québécoise des années 1950 a cédé la place à une morale sociale des droits et libertés, c'est-à-dire de type juridique. Qu'advient-il quand deux droits ou libertés s'opposent ou se contredisent ? Y a-t-il un processus permettant de hiérarchiser dans une situation particulière des droits et libertés que la constitution ou des chartes des droits et libertés de la personne présentent comme égaux ? Au Canada, toute personne peut faire appel à un tribunal supérieur si elle n'est pas satisfaite d'une décision juridique concernant ses droits et libertés, et la Cour suprême demeure le tribunal de dernière instance pour des causes litigieuses.

Nous avons présenté brièvement au chapitre traitant du cadre conceptuel la théorie du préjudice qui permet aux juges de limiter ou de prioriser un droit ou une liberté en fonction des valeurs fondamentales et officiellement reconnues de la société canadienne. Ainsi, le jugement de ses membres apparaît alors comme celui qui prévaudra en ce qui concerne notre morale sociale en matière de sexualité. L'identification des valeurs fondamentales, de jugement en jugement, conduit finalement au canevas d'une morale sociale qu'on peut qualifier de flottante, plutôt que de véritablement structurée. Voilà pourquoi comme corpus d'analyse j'ai retenu un certain

nombre d'arrêts de la Cour suprême du Canada portant sur des articles du Code criminel ayant un lien avec la sexualité et présentant une situation éthique.

Dans ce chapitre, je décrirai d'abord les différentes étapes de la constitution et de l'organisation de mon corpus d'analyse à partir des arrêts de la Cour suprême rendus depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, c'est-à-dire depuis 1982 jusqu'en 2005. Puis je présenterai ma grille d'analyse conçue à partir d'un modèle de processus de délibération éthique.

Après quoi, je procéderai à l'analyse comme telle des arrêts en commençant par un exposé sur la théorie du préjudice : pourquoi les membres de la Cour suprême ont critiqué la notion de tolérance et l'ont considérée insuffisante pour notre époque ? Comment en sont-ils arrivés à théoriser la notion de préjudice et à concevoir un outil capable d'assurer une plus grande objectivité à leurs jugements ? Pour analyser les arrêts, je les regrouperai selon les trois thématiques : *Obscénité*, *Prostitution* et *Consentement*.

En conclusion à ce chapitre, je ferai ressortir les éléments, c'est-à-dire les valeurs fondamentales, qui constituent en quelque sorte une conception libérale de la nouvelle morale sociale en matière de sexualité telle que construite par la Cour suprême, et soulignerai en quoi celle-ci exige un agent éthique.

3.1 Le corpus d'analyse et la méthodologie

Pour identifier des arrêts pertinents pour ma recherche, j'ai d'abord répertorié, à l'aide du *Code criminel annoté 2008*[242], les 32 articles de loi concernant la sexualité en passant au peigne fin premièrement la table des matières détaillant en sept pages les 28 parties du *Code criminel*, et deuxièmement l'index analytique (p. 2341 à 2589). Ces articles proviennent essentiellement des parties I, V, VII, VIII, XV, XX, XXIII, XXIV. Puis j'ai identifié les 86 arrêts de la Cour suprême que les auteurs Cournoyer et Ouimet leur associent et qui constituent la jurisprudence depuis 1982, date de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Parmi les 86 arrêts, 33 sont cités une seule fois, un l'est neuf fois, trois le sont quatre fois, 2 le sont trois fois et 13 se répètent une fois. Ce qui donne le tableau suivant.

Les parties V (*Infractions d'ordre sexuel, actes contraires aux bonnes mœurs, inconduite*, 26 arrêts), VII (*Maisons de désordre, jeux et paris*, avec 16 arrêts) et VIII (*Infractions contre la personne et la réputation*, 35 arrêts) regroupent 77 des 86 arrêts. En ressort la liste suivante à la fois des articles ayant trait à la sexualité et aussi des arrêts de la Cour suprême dont ils ont fait l'objet.

[242] Guy Cournoyer et Gilles Ouimet, *Code criminel annoté 2008*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 2 589 p.

Tableau 1

Articles du *Code criminel* et nombre d'arrêts de la Cour suprême

Partie I (1 article, 2 arrêts)

Art. 34 Légitime défense.

Deux arrêts.

Partie V : ***Infractions d'ordre sexuel, actes contraires aux bonnes mœurs, inconduite*** (6 articles, 26 arrêts)

Art. 150 Définitions

Deux arrêts

Art. 153 Exploitation sexuelle

Un arrêt

Art. 163 Corruption des mœurs

Dix arrêts

Art. 163.1 Pornographie juvénile

Huit arrêts

Art. 167 Représentation théâtrale immorale

Deux arrêts

Art. 173 Actions indécentes

Deux arrêts

Partie VII : ***Maisons de désordre, jeux et paris*** (4 articles, 16 arrêts)

Art. 197 Définitions

Trois arrêts

Art. 210 Tenue d'une maison de débauche

Six arrêts

Art. 212 Proxénétisme

Quatre arrêts

Art. 213 Infraction se rattachant à la prostitution

Trois arrêts

Partie VIII : ***Infractions contre la personne et la réputation*** (16 articles, 35 arrêts)

Art. 264.1 (1) Proférer des menaces

Un arrêt

Art. 265 Voies de fait

Un arrêt

Art. 268 Voies de fait graves

Trois arrêts

Art. 271 Agression sexuelle

Six arrêts

Art. 272 Agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles

Un arrêt

Art. 273 Agression sexuelle grave

Un arrêt

Art. 273.1 Définition de « consentement »

Deux arrêts

Art. 273(2) Restriction de la notion de consentement

Quatre arrêts

Art. 275 Abolition des règles relatives à la plainte spontanée

Un arrêt

Art. 276 Preuve concernant le comportement sexuel du plaignant

Huit arrêts

Art. 276.1 Demande d'audition

Deux arrêts

Art. 277 Preuve de réputation

Un arrêt

Art. 278.2 Communication d'un dossier

Un arrêt

Art. 278.3 Demande de communication d'un dossier

Un arrêt

Art. 287 Procurer un avortement

Un arrêt

Art. 292 Mariage feint

Un arrêt

Partie XV : ***Procédure et pouvoirs spéciaux*** (2 articles, 4 arrêts)

Art. 486. (1) Procès à huis clos

Trois arrêts

Art. 486.4 (1) Ordonnance limitant la publication — infractions d'ordre sexuel

Un arrêt

Partie XX : ***Procédure lors d'un procès devant jury et dispositions générales*** (1 article, 1 arrêt)
Art. 666 Preuve de moralité
Un arrêt

Partie XXIII : ***Détermination de la peine*** (1 article, 1 arrêt)
Art. 742.1 Octroi du sursis
Un arrêt

Partie XXIV : ***Délinquants dangereux et délinquants à contrôler*** (1 article, 1 arrêt)
Art. 753 Demande de déclaration — délinquant
Un arrêt

Le *Code criminel annoté 2008* donne le résumé des arrêts, ce qui m'a aidé à effectuer une deuxième sélection, cette fois-ci en regard de l'intérêt éthique : le désir sexuel mettant en cause des droits et libertés. J'ai alors retenu vingt-trois arrêts que j'ai regroupés en quatre thématiques : prostitution (huit arrêts), obscénité et indécence (dix arrêts), consentement (deux arrêts), témoignage d'expert (un arrêt), responsabilité (un arrêt), exposé au jury (un arrêt). Parce qu'un seul arrêt ne permet pas vraiment de problématiser et de tirer des conclusions significatives en matière d'éthique, j'ai éliminé les trois dernières thématiques.

Le Tableau 2 donne la liste des 20 arrêts classés par thématiques, avec le titre de l'arrêt, son rang chronologique, le sujet traité, puis la date de la première audience (p.a.) suivie de celle du jugement rendu (j.r.).

Tableau 2
Arrêts regroupés en thématiques

Thématique/nom arrêt	Rang chrono	Sujet traité	Dates p.a./j.r.
Prostitution			
Westendorp	1	Loi municipale prostitution	12.82/01.83
Goldwax	2	Loi municipale prostitution	12.84
Deutsch	6	Incitation à se prostituer	01.85/07.86
Renvoi relatif 193	7	Prostitution & libertés fondamentales	12.88/05.90
Stagnitta	8	Prostitution & libertés fondamentales	12.88/05.90
Corbeil	9	Tenue d'une maison de débauche	01.91/04.91
Downey	10	Proxénétisme & choix conjointe	11.91/05.92
Naud	15	Proxénétisme & choix conjointe	02.97
Obscénité, indécence			
Towne Cinema	3	Obscénité & préjudice	09.83/05.85
Germain	4	Obscénité & tolérance	03.85/10.85
Hawkshaw	5	*Publication*	01.85/05.86
Butler	11	*Exploitation indue des choses sexuelles*	06.91/02.92
Tremblay	12	Indécence & tolérance	02.93/09.93
Jorgensen	13	*Obscénité*	02.95/11.95
Pelletier	16	*Tolérance*	12.99
Little Sisters Book	17	Liberté d'expression & obscénité & homosexualité	03.00/12.00
Sharpe	18	Liberté d'expression & porno juvénile	01.00/01.01
Clark	19	Public, privé & indécence	11.04/01.05
Consentement			
Audet	14	Consentement & mineure	01.96/05.96
Labaye	20	Norme morale& norme juridique	04.05/12.05

Pour évaluer l'importance de chacun des arrêts en ce qui à trait à la théorie du préjudice, j'ai calculé le nombre d'occurrence des termes *préjudice* et *tolérance*, deux notions-clés caractérisant la morale sociale canadienne fondée sur la *Charte des droits et libertés* et autres textes fondateurs. Dans la dernière colonne, le premier chiffre indique le nombre de fois que les juges emploient le terme, le deuxième chiffre indique le nombre de fois qu'il apparaît en citation (voir tableau 3). Puis j'ai transposé les données des tableaux en graphique (voir graphique 1 : Occurrences Prostitution; graphique 2 : Occurrences Obscénité; graphique 3 : Occurrences

Consentement; graphique 4 : Occurrences Préjudice/Tolérance). Pour chacune des thématiques, cette première organisation des données permet une analyse plus fine.

Tableau 3

Occurrences pour les termes *préjudice* et *tolérance*

Prostitution

Westendorp *Prostitution*	1	Affirmation exclusivité juridiction fédérale Qualité de vie	12.82/01.83 Préjudice: 0/0 Tolérance: 0/0
Goldwax *Prostitution*	2	Renvoi à Westendorp Non pertinent	12.84 Préjudice: 0/0 Tolérance: 0/0
Deutsch *Prostitution*	6	Incitation à rapports sexuels illicites Protection personnes de sexe féminin	01.85/07.86 Préjudice: 0/0 Tolérance: 0/0
Renvoi relatif 193 *Prostitution*	7	Liberté d'expression vs nuisance sociale Désapprobation vs tolérance Préjudice nommé 1ère fois	12.88/05.90 Préjudice:1/1 Tolérance: 1/0
Stagnitta *Prostitution*	8	Liberté d'expression vs nuisance sociale Répétition de l'arrêt 8 Renvoi à art.	12.88/05.90 Préjudice: 0/0 Tolérance: 0/0
Corbeil *Prostitution*	9	Liberté d'expression: de se prostituer Activités illicites Norme de tolérance sous-entendue	01.91/04.91 Préjudice: 0/0 Tolérance: 0/0
Downey *Prostitution*	10	Liberté de choix conjointe, prostituée	11.91/05.92 Préjudice: 0/0 Tolérance: 0/0

Naud *Prostitution*	15	Liberté de choix conjointe, prostituée Non pertinent: pas suffisamment de matériel	02.97 Préjudice: 0/0 Tolérance: 0/0
Obscénité/indécence			
Towne Cinema *Obscénité*	3	De la tolérance au préjudice Huit principes de morale sociale	09.83/05.85 Préjudice: 1/0 Tolérance: 20/6
Germain *Obscénité*	4	Principe de tolérance Morale normative vs relativisme moral	03.85/10.85 Préjudice: 0/0 Tolérance: 2/8
Hawkshaw *Obscénité*	5	Privé vs public	01.85/05.86 Préjudice: 3/4 Tolérance: 0/0
Butler *Obscénité*	11	Morale libérale vs libertaire Prédominance de notion préjudice	06.91/02.92 Préjudice: 45/7 Tolérance: 5/8
Tremblay *Obscénité*	12	Obscénité vs indécence (contexte)	02.93/09.93 Préjudice: 16/4 Tolérance: 31/9
Jorgensen *Obscénité*	13	Témoignage d'expert	02.95/11.95 Préjudice: 0/0 Tolérance: 1/0
Pelletier *Obscénité*	16	*Tolérance*	12.99 Préjudice: 0/0 Tolérance: 2/0
Little Sisters Book *Obscénité*	17	Tolérance en fonction du préjudice Égalité des orientations érotiques	03.00/12.00 Préjudice: 39/5 Tolérance: 16/3
Sharpe *Obscénité*	18	Prévention du préjudice vs liberté d'expression Règles pour restreindre une liberté Valeurs ss-tendant liberté d'expression	01.00/01.01 Préjudice: 92/5 Tolérance: 2/0
Clark *Obscénité*	19	Public, privé & indécence	11.04/01.05 Préjudice: 0/0 Tolérance: 0/0

Consentement			
Audet *Consentement*	14	Consentement & mineure	01.96/05.96 Préjudice: 0/0 Tolérance: 0/0
Labaye *Consentement*	20	Norme morale & norme juridique	04.05/12.05 Préjudice: 146/3 Tolérance: 17/1

3.2 La grille d'analyse

Mon analyse des arrêts consistera à décortiquer à l'aide d'une grille originale un jugement rendu pour en extraire un certain nombre d'éléments. Principalement, cette grille devra faire ressortir la dimension éthique de l'appel. En effet, si le sens de la loi apparaissait de façon si évidente et si claire pour toutes les personnes concernées, y aurait-il un conflit d'interprétation tel que la cause ferait l'objet d'un appel se rendant jusqu'en Cour suprême ? Le cadre conceptuel démontre que la judiciarisation de la morale, c'est-à-dire la fondation de la morale sur des droits et libertés, peut conduire à une impasse. À quelle instance recourir quand les droits et libertés s'opposent, ou se contredisent, ou quand ils n'apparaissent pas vraiment pertinents ou significatifs pour prendre une décision ? Les juges de la Cour suprême rejettent l'arbitraire ou la subjectivité d'une morale particulière pour fonder leur décision. Parce que ne peut s'appliquer à un cas particulier une interprétation généralement admise de la loi, ils délibèrent pour clarifier les droits et les libertés en conflit, selon la théorie du préjudice, et s'entendent rationnellement sur les valeurs fondamentales à protéger de façon raisonnable. C'est pourquoi le modèle du processus de délibération éthique me semble pertinent pour inspirer la conception d'une grille en six points cherchant à faire ressortir les valeurs au cœur des jugements des magistrats de la Cour suprême.

Je me suis donc inspiré d'une méthode de délibération éthique, précisément celle que Georges A. Legault propose dans *Professionnalisme et délibération éthique*[217]. Je n'ai pas adapté la grille de Legault; par contre j'en ai retenu des éléments-clés : décrire une situation présentant un dilemme, clarifier les valeurs en conflit, structurer le processus d'argumentation pour en arriver à une prise de décision rationnelle, raisonnable et justifiable.

Les entrées de la grille permettent d'identifier l'arrêt, sa thématique, les références à d'autres jugements marquants, les acteurs, les articles de loi concernés. On y trouve un résumé de la cause et de la décision des juges. Et surtout, la grille présente les composantes du conflit axiologique, c'est-à-dire l'argumentation faisant appel à diverses valeurs fondamentales, notamment la liberté d'expression. À ces composantes, j'ajoute les données sur l'occurrence des termes *tolérance* et *préjudice*, les recours ou argumentations au sujet de la morale et de la moralité sociales et autres notions-clés. Le tableau 4 présente cette grille.

Tableau 4

Grille d'analyse : *numéro et titre*

1. Identification de l'arrêt

1.1 Thématique

1.2 Référence bibliographique aux Recueils de la Cour suprême, dates d'audition de la cause et de publication de l'arrêt

1.3 Acteurs

1.4 Renvois

1.5 Articles de loi

2. Présentation de la cause

3. La décision des juges

4. Composantes du conflit axiologique

4.1. Valeurs fondamentales [diverses]

4.2 Liberté d'expression

4.3 Tolérance, préjudice

4.4 Morale et moralité sociales

4.5 Notions-clés

5. Notes pour l'interprétation, intérêt et pertinence de l'arrêt

6. Autres notes

3.3 Analyse des arrêts

Notre société s'est dotée en 1982 d'une *Charte canadienne des droits et libertés* qui devient alors la référence obligée pour les membres de la Cour suprême du Canada. Ayant à prendre des décisions qui feront jurisprudence alors que les causes à juger présentent généralement une grande complexité et que les jugements précédemment rendus suscitent des motifs

d'insatisfaction suffisamment sérieux pour justifier un appel, les juges ont dû se donner des outils pour éviter que leurs opinions, leurs goûts et préférences, leurs valeurs subjectives ou même des préjugés sociaux et des sondages d'opinion n'entravent le caractère objectif de leur réflexion. Nous avons précédemment vu que lorsqu'il y a litige quant à l'interprétation des lois, les juges reconnaissent l'impasse juridique et recourent à la *Charte canadienne*, un texte constitutionnel qui prévaut sur toutes les autres lois, pour clarifier les valeurs morales fondamentales en jeu dans la situation en cause. Se référer, de façon obligée, à ce que la *Charte canadienne*, qui fait partie intégrante de la Constitution du Canada, reconnaît officiellement comme valeurs fondamentales permet d'éviter un jugement fondé sur leur subjectivité individuelle ou sur des valeurs associées à une conception morale particulière.

Dans la première partie de ce chapitre, je présenterai ce que les magistrats ont développé comme outil au fil de leurs délibérations, en fait ce que la juge en chef Beverley McLachlin a appelé la *théorie du préjudice* et qu'elle a explicitée en 2005 dans l'arrêt[243] *Labaye*[244]. Je procéderai à partir des trois arrêts qui ont marqué l'élaboration de cette théorie : *Towne Cinema Theatres*[245] datant de 1985, *Butler*[246] en 1992 et *Labaye* en 2005. Je démontrerai pourquoi cette théorie permet d'articuler la notion-clé de *tolérance* avec une plus grande objectivité et comment elle se rattache aux valeurs fondamentales de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

---

[243] Certains arrêts comportent des numéros de paragraphe. Dans ce cas, j'y réfère. Sinon, je renvoie au numéro de page.

[244] *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, par. 26 à 63.

[245] *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494.

[246] *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 45.

En deuxième partie, et me référant à la théorie du préjudice, j'analyserai les arrêts selon les trois thématiques *Obscénité/Indécence*, *Prostitution* et *Consentement*. Je ferai ressortir ce qui, selon les juges, pose problème du point juridique et moral et j'identifierai les conflits de valeurs fondamentales que le risque de préjudice fait apparaître. Parce que je ne fais pas une analyse des débats juridiques, je ne prendrai en considération que la déclaration majoritaire des arrêts, c'est-à-dire celle qui fait jurisprudence et construit la conception de la morale sociale libérale.

En conclusion à ce chapitre, j'identifierai les éléments pertinents de ce qui constitue en fait une conception de la morale sociale libérale. Puis je tracerai avec l'éthique intersubjective un lien que je développerai dans le chapitre suivant portant sur l'interprétation.

3.3.1 La théorie du préjudice

« Élaborer une théorie du préjudice qui soit efficace n'est pas l'affaire d'un seul arrêt »[247] dit la juge en chef McLachlin. Dans les trois prochaines étapes, chacune centrée sur un arrêt marquant, nous suivrons son développement.

L'arrêt *Towne Cinema Theatres*[248] marque l'histoire de la moralisation du droit, en ce sens qu'il amorce un changement de paradigme. Vingt ans plus tard, la juge en chef McLachlin

[247] Arrêt *Labaye*, par. 26.

[248] L'appelante, propriétaire d'un cinéma d'Edmonton, a présenté un film obscène contrairement à l'art. 163 du *Code criminel*. La Commission de censure, tout comme les organismes de censure des autres provinces canadiennes, avait autorisé la présentation du film classé *Réservé aux adultes*, déjà vu en Alberta par un vaste auditoire sans qu'aucune plainte ne soit formulée. Le juge du procès a conclu que le film est immoral, indécent et obscène et a déclaré l'appelante coupable. La Cour d'appel a confirmé cette décision. (*Towne Cinema Theatres*, pages 1 et 2)

s'exprimera ainsi : « […] l'arrêt *Towne Cinema* offre le premier énoncé clair du lien établi par la jurisprudence canadienne entre l'obscénité et le préjudice et il marque le début du passage du test fondé sur la norme sociale à celui fondé sur le préjudice.[249] » L'arrêt *Butler*, datant de 1992, conjugue le principe de tolérance avec l'idée de préjudice en fonction de valeurs fondamentales. La dimension morale de la justice apparaît alors avec plus de clarté. L'arrêt *Labaye*, rendu en 2005, officialise la théorie du préjudice en en donnant une formulation structurée.

3.3.1.1 *Towne Cinema Theatres* : le principe de tolérance

Malgré le fait que les juges ne recourent dans *Towne Cinema Theatres* qu'une seule fois au mot *préjudice* mais emploient 26 fois le terme *tolérance*, c'est avec cet arrêt qu'ils déclenchent pourtant un processus de structuration des liens entre ces deux concepts-clés, processus qui s'accentuera dans l'arrêt *Butler* en 1992 et aboutira avec l'arrêt *Labaye* en 2005.

L'arrêt apparaît donc important pour les raisons suivantes : il donne à la notion de tolérance, qui existait déjà dans les jugements de la Cour suprême depuis 1962[250], une formulation officielle que j'appellerai, dans la suite de l'analyse, le *principe de tolérance*. De plus, cet arrêt contient de façon non explicite un certain nombre de principes formels qui se rapportent à ce que je nomme la conception de la morale sociale libérale et qui ressort de l'ensemble des arrêts que j'analyserai dans ce chapitre. Nous reviendrons sur ce point en conclusion.

---

[249] Arrêt *Labaye*, par. 26.

[250] Avec l'arrêt *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, les juges rejettent la référence à l'intention de corrompre les mœurs et la remplacent par la norme sociale de tolérance.

Dans l'arrêt *Towne*, les magistrats doivent se prononcer sur la pertinence d'un critère que le juge de première instance a appliqué pour déclarer l'appelante coupable d'avoir présenté un film obscène. En fait se pose le problème crucial de l'application objective et universelle[251] du principe de tolérance habituellement invoqué dans ce type de jugement. Doit-on tenir compte de l'auditoire ? Comment évaluer le consensus social quant au seuil de tolérance ? Est-ce une affaire de goût ou d'opinion personnelle ? Peut-on viser une certaine objectivité quant à son application ?

Après avoir cité la norme juridique en matière d'obscénité, précisément l'article 159(8)[252] du *Code criminel canadien*, les juges formulent une définition du principe de tolérance, définition qui deviendra en quelque sorte officielle puisque réaffirmée jusqu'à ce jour au fil des délibérations et des arrêts de la Cour suprême.

> « Ce qui importe en appliquant la norme sociale de tolérance, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment qu'il est convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance que de permettre qu'ils le voient.[253] »

---

[251] Application universelle dans le sens que le principe de tolérance vaut pour toutes les régions et communautés du Canada.

[252] **Art. 159**(8) Aux fins de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence (*Towne Cinema Theatres*, par. 13). De nos jours, art. 163(8) du *Code criminel canadien*.

[253] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 34.

Que dit ce principe ? On tolère ce qui déroge à la norme, et on ne tolère pas ce qui va au-delà du seuil de tolérance. Son interprétation ou sa compréhension peut varier selon qu'on se réfère à une société homogène ou pluraliste. Pour une société de type communautarien, c'est-à-dire dont tous les membres partagent les mêmes valeurs et conceptions du crime, de l'horreur, de la cruauté et de la violence, le consensus sur un seuil à ne pas dépasser se ferait sans problème. Par contre, dans une société libérale et pluraliste où se côtoient diverses définitions de l'exploitation indue des choses sexuelles, comment déterminer un seuil de tolérance valide pour tous et toutes ? Quand sait-on que le seuil de tolérance est franchi ? À cette question complexe les juges apportent une réponse à l'apparence simple : quand le comportement, l'activité ou l'acte en question cause un préjudice à la société. « C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation indue que cet article vise et non simplement le manque de convenance ou de bon goût.[254] » Les juges signent ici l'acte de naissance de ce qui deviendra la théorie du préjudice.

L'arrêt *Towne* stipule donc qu'on dépasse le seuil de tolérance quand on porte atteinte à des normes sociales au point de causer un préjudice à la société. Mais de quelles normes sociales est-il question ? « L'expression "normes morales de la société" ne désigne qu'un consensus sur ce qui est bien et sur ce qui est mal...[255] » Selon les juges, l'évaluation du consensus social sur ce que la société canadienne tolère « comporte nécessairement des jugements de valeur puisqu'elle touche précisément les moeurs et les points de vue fondamentaux de la société canadienne.[256] »

---

[254] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 30.

[255] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 31.

[256] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 52.

Donc, il s'agit de normes sociales de la plus haute importance pour l'ensemble des Canadiens et Canadiennes de notre temps, et non seulement pour la population d'une région, d'une province particulière, ou d'une autre époque. L'évaluation du consensus, soulignent les magistrats, doit se faire d'une manière objective : elle ne relève ni de l'opinion personnelle, ni du goût subjectif, ni de l'esthétique de chacun, ni de l'éthique individuelle.

> « […] (i) pour déterminer ce qui constitue de l'exploitation indue au sens du par. 159(8), l'un des critères applicables consiste à savoir si on a outrepassé les normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine; (ii) il doit s'agir des normes contemporaines vu que les temps et les idées changent comme en fait foi la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles; (iii) il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction de la société, comme le milieu universitaire où a été présenté un film; […] ; (v) il incombe de décider d'une manière objective ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne, et non simplement d'appliquer sa propre conception de ce qui est tolérable.[257] »

Autrement dit, il y a préjudice quand on viole des normes contemporaines et universalisables à l'ensemble de la société canadienne d'aujourd'hui. Les juges explicitent leur pensée en donnant un exemple de préjudice en regard d'une norme fondamentale. Ici, en l'occurrence, il s'agirait de la valeur *dignité de la personne* : « Nul ne devrait être assujetti à la dégradation et à l'humiliation qui constituent une caractéristique inhérente des publications qui associent les choses sexuelles à la violence, à la cruauté et à d'autres formes de traitement déshumanisant.[258] »

---

[257] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 33.

[258] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 25.

En résumé, retenons que l'arrêt *Towne Cinema Theatres* marque le passage de la notion de tolérance, comme principe de référence à la morale sociale, à celle de préjudice : c'est dans la mesure où une dérogation à la loi cause un préjudice en regard d'une norme fondamentale qu'il y a dépassement du seuil de tolérance. Le principe de tolérance devient ainsi plus opérationnel quand il s'adjoint la notion de préjudice. De plus, il acquiert une plus grande objectivité quand le préjudice réfère à des valeurs fondamentalement significatives pour l'ensemble de la société canadienne. Mais c'est dans l'arrêt *Butler* que ce dernier point verra son développement.

L'arrêt *Towne Cinema Theatres* possède une autre importance : s'y retrouvent implicitement huit principes qui guideront les juges dans l'analyse des causes, dans l'orientation de leurs jugements et dans l'esquisse d'une conception de la morale sociale libérale en matière de sexualité. Je souligne que nulle part les juges ne formulent comme tels ces principes. Je les ai regroupés en une liste énumérative (tableau 5) comportant une brève description de chacun d'entre eux.

Tableau 5

Huit principes formels de la morale sociale canadienne

1. La norme de tolérance

Limiter la tolérance quant à ce qui outrepasse les normes de la société canadienne contemporaine (distinguer entre ce que la société canadienne contemporaine est disposée à tolérer, et ce qui va au-delà de ce seuil de tolérance).

2. La dimension morale de la société canadienne

Définir la norme juridique de tolérance en fonction de la dimension morale de la société.

3. L'historicité des normes en matière de sexualité

Reconnaître les normes contemporaines canadiennes.

4. La canadianisation des normes

S'en tenir aux normes canadiennes générales (ou *universelles* dans les limites de l'horizon canadien) et non régionales ou particulières.

5. La détermination objective des normes morales

Identifier de façon objective les normes contemporaines plutôt que s'en référer à une conception particulière de l'esthétique ou de l'éthique.

6. Le préjudice signifiant les limites de la tolérance

Excéder le seuil de tolérance signifie causer un préjudice à la société (et à la personne).

7. La pertinence du témoignage d'expert

Tenir raisonnablement compte du témoignage de l'expert.

8. La suprématie morale de la Cour suprême

S'en remettre à la Cour suprême comme dernière instance en matière de morale sociale canadienne.

3.3.1.2 *Butler* : le principe de tolérance en fonction du préjudice

La deuxième étape de l'élaboration de la théorie du préjudice se franchit avec l'arrêt *Butler*[259], rendu en 1992, soit sept ans après l'arrêt *Towne Cinema Theatres*. Les juges y appliquent leurs

[259] Monsieur Butler était propriétaire d'une boutique de location et de vente de vidéocassettes et de magazines de pornographie. Il a été reconnu coupable sous divers chefs d'accusation de vente de matériel obscène, de possession de matériel obscène à des fins de distribution ou de vente et sous un chef d'accusation d'avoir exposé à la vue du public du matériel obscène, en contravention de l'art. 159 (maintenant l'art. 163) du *Code criminel*. Le juge du procès en première instance a conclu que le matériel obscène était protégé par la garantie de liberté d'expression reconnue à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'à première vue, l'article premier n'interdit légitimement que le matériel qui renferme des scènes de violence ou de cruauté, accompagnées d'activités sexuelles ou illustrant une absence de

principes formels de la morale sociale : la norme de tolérance se conjugue sur le mode du préjudice (principes 1 et 6) et la dimension morale s'inscrit dans l'historicité de la société canadienne en renvoyant aux valeurs fondamentales que reconnaît officiellement la *Charte canadienne des droits et libertés* (principes 2, 3, 4 et 5).

Cet arrêt portant sur la clarification du concept d'obscénité s'avère déterminant pour deux raisons. D'une part, il reformule la définition de l'obscénité en l'adaptant à notre société libérale et pluraliste. D'autre part, ou par conséquent, il développe de façon explicite la notion de préjudice causé à la personne ou au bon fonctionnement de la société. Le principe de tolérance apparaît plus opérationnel parce que le préjudice ou le risque de préjudice doit se démontrer de façon objective et raisonnable. De plus, sa dimension morale devient plus évidente du fait que le préjudice s'évalue en regard des valeurs que la société canadienne reconnaît officiellement comme fondamentales. Il y a là un effort de congruence pour conjuguer la mise à jour de notions-clés pour la conception de la morale sociale libérale au Canada.

Décrivons d'abord la perspective historiciste que les juges adoptent pour redéfinir la notion d'obscénité; puis nous verrons alors comment la notion de préjudice opérationnalise le principe de tolérance.

---

consentement au contact sexuel ou toute autre activité considérée comme déshumanisante pour les hommes ou les femmes dans un contexte sexuel. Les juges de la Cour suprême sont d'avis que l'art. 163 cherche indubitablement à interdire certains types d'activités expressives et viole, de ce fait, l'al. 2*b*) de la *Charte* ; ils concluent néanmoins que l'objectif d'éviter le préjudice lié à la diffusion de matériel pornographique constitue une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier certaines restrictions au plein exercice du droit à la liberté d'expression. Ils ordonnent la tenue d'un nouveau procès sur toutes les accusations.

La reconnaissance du caractère libéral et pluraliste de notre société contemporaine explique la nécessité de modifier profondément la notion d'obscénité que le juge en chef Cockburn, dans l'arrêt *R.v Hicklin* rendu en 1868, avait défini de la façon suivante : « le critère de l'obscénité est celui de savoir si l'objet qu'on prétend obscène a tendance à dépraver et à corrompre les personnes susceptibles de subir ces influences immorales et d'avoir en leur possession une publication de ce genre.[260] »

Les juges observent que la structure de la société et la moralité de l'époque tendaient toutes deux à valoriser le mariage et la procréation, ce qui explique qu'on attribuait facilement à la représentation explicite de la sexualité, mettant en valeur sa fonction d'excitation plutôt que de reproduction, l'intention de corrompre les bonnes mœurs, c'est-à-dire de s'écarter des modèles normatifs qu'on ne devait pas remettre en question, et ce « indépendamment du préjudice causé à la société.[261] »

En 1959, le législateur tient compte des critiques à l'endroit du vieil article et reformule l'article de loi portant sur l'obscénité en y intégrant une définition qu'il espère plus claire.

> « **150.** […] (8) Aux fins de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un quelconque ou

[260] Arrêt *Butler*, p. 28.

[261] Arrêt *Butler*, p. 50.

> plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.[262] »

En 1962, dans l'arrêt *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, les juges de la Cour suprême doivent se prononcer sur un jugement ayant appliqué le nouvel article 150.(8) devenu entre-temps l'article 163(8). Ils rejettent alors la référence à l'intention de corrompre les mœurs et la remplacent par la norme sociale de tolérance : « Pour déterminer quand l'exploitation des choses sexuelles sera considérée comme "indue", les tribunaux ont tenté de formuler des critères pratiques, dont le plus important est le critère de la "norme sociale de tolérance".[263] » En 1985, avec l'arrêt *Towne Cinema Theatres*, la Cour suprême adopte une formulation *officielle* de la norme de tolérance, formulation reprise par ses juges au fil des délibérations et des arrêts qui suivront.

Dans l'arrêt *Butler*, les juges se donnent un moyen le plus objectif possible pour déterminer ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Pour ce faire, ils associent le préjudice à une façon antisociale d'agir : « Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement.[264] » Ce qui leur permet alors d'énoncer un principe de proportionnalité qui conjugue opérationnellement les deux concepts : « Plus forte sera la

---

[262] Arrêt *Butler*, pp. 28 et 29.

[263] Arrêt *Butler*, p. 31.

[264] Arrêt *Butler*, p. 41.

conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance.[265] »

En ce qui concerne l'obscénité, par exemple, la norme de tolérance bien recentrée sur le préjudice apparaît plus claire et aussi plus nuancée. À partir de leur analyse de l'expression pornographique, les juges distinguent quatre catégories : i) la représentation explicite de sexualité accompagnée de violence; ii) celle sans violence, mais illustrant un traitement dégradant ou déshumanisant de la personne; iii) celle sans violence et sans traitement inhumain; puis ils ajoutent iv) celle qui pourrait apparaître quelque peu anodine, mais qui inclut la participation d'enfant ou de personne mineure. Seules s'avèrent obscènes les catégories allant à l'encontre des valeurs canadiennes fondamentales et ayant un risque de causer un préjudice important à la personne ou au bon fonctionnement de la société.

De quelles valeurs fondamentales parle-t-on ? Les magistrats stipulent qu'il ne s'agit pas de valeurs d'ordre esthétique, c'est-à-dire que le préjudice ne renvoie pas à une faute de goût ou de convenance. Les valeurs fondamentales renvoient explicitement mais non exclusivement à la *Charte canadienne des droits et libertés*, autrement dit à une conception morale de la justice qui caractérise notre société libre, pluraliste et démocratique s'étant dotée d'une charte reposant sur une certaine idée de ce qui est moralement bon ou mauvais.

> « Par contre, je ne puis souscrire à l'opinion de l'appelant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs

[265] Arrêt *Butler*, p. 41.

> qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique. Comme l'indique Dyzenhaus, précité, à la p. 376: [TRADUCTION]
>
> « La désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la *Charte*.[266] »

Pour mieux saisir le caractère fondamental que les juges attribuent dans l'arrêt *Butler* à ces valeurs qui, à leur tour, donnent une dimension morale au droit, je les ai classées en trois catégories.

La première regroupe les valeurs explicitement nommées dans des textes fondamentaux comme le *Code criminel canadien* ou la *Charte canadienne des droits et libertés* : l'égalité de tous les êtres humains[267], la liberté d'expression, l'égalité entre les hommes et les femmes, la participation au processus politique (p. 59)[268], l'égalité dans les relations mutuelles des gens (p.71)[269].

Dans la deuxième catégorie se retrouvent les valeurs sous-entendues ou déduites de ces textes fondamentaux, comme la dignité de tous les êtres humains[270], le respect de tous les membres de la société[271], les comportements non violents[272], la recherche de la vérité[273].

---

[266] Arrêt *Butler*, p. 51.

[267] Arrêt *Butler*, p. 35.

[268] Arrêt *Butler*, p. 35.

[269] Arrêt *Butler*, p. 35.

[270] Arrêt *Butler*, p. 35.

[271] Arrêt *Butler*, pp. 70-71.

Dans le dernier groupe se rassemblent les valeurs associées à la conception contemporaine et libérale de l'émancipation de l'individu comme la valorisation personnelle et l'acceptation de soi[274], l'épanouissement personnel[275].

À noter que, selon les juges, le motif d'expression de nature économique rend plus facile à justifier une restriction à la liberté individuelle. Comme dans le cas de la sollicitation de rue, le motif économique lié à la vente de services sexuels ou de matériel obscène possède une valeur moindre que la liberté d'expression ayant trait à la recherche de la vérité, à la participation à la vie politique, et à l'épanouissement individuel : « Dans l'arrêt *Rocket* […], notre Cour a statué qu'un motif d'expression de nature économique signifie qu'il se pourrait que des restrictions imposées à l'expression "soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes".[276] »

De même, le consentement n'apparaît pas déterminant en matière d'obscénité. Voilà ce que les magistrats affirment sans plus grande élaboration que le renvoi à la valeur de dignité humaine :

---

[272] Arrêt *Butler*, p. 71.

[273] Arrêt *Butler*, p. 59.

[274] Arrêt *Butler*, p. 55.

[275] Arrêt *Butler*, p. 59.

[276] Arrêt *Butler*, p. 60.

« Le consentement ne saurait permettre de sauvegarder du matériel qui, par ailleurs, renferme des scènes dégradantes ou déshumanisantes.[277] »

En résumé, notons que l'arrêt *Butler* veut marquer une rupture avec une morale sociale fondée sur une conception particulière du bien, telle la morale traditionnelle ou religieuse qui a pu inspirer à certains moments le législateur dans la rédaction de lois en matière de sexualité. Apparaît alors une conception de la morale sociale libérale qui se veut formelle, objective et normative, dans le sens qu'elle s'impose à tous les membres de la société et se fonde sur des textes officiels comme la *Charte canadienne des droits et libertés* et le *Code criminel canadien*. La principale caractéristique de cette conception de la morale sociale libérale, et en cela elle se différencie des morales traditionnelles et religieuses, c'est qu'elle vise à éviter un préjudice, autrement dit elle sert à reconnaître un comportement préjudiciable bien davantage qu'à proposer un idéal de vie réussie.

3.3.1.3 *Labaye* : la théorie du préjudice

Dans l'arrêt *Labaye*[278], les juges achèvent l'élaboration d'une théorie du préjudice qui constituerait en quelque sorte le noyau de leur conception de la morale sociale libérale en matière

---

[277] Arrêt *Butler*, p. 35.

[278] L'accusé exploitait à Montréal un club échangiste, *L'Orage*, dont l'objet était de permettre aux couples et aux célibataires de se rencontrer pour se livrer à des activités sexuelles de groupe. Seuls les membres et leurs invités étaient admis au club. En première instance, l'accusé a été déclaré coupable. La juge du procès a conclu que l'appartement de l'accusé répondait à la définition d'un « endroit public » énoncée au par. 197(1) du *Code criminel*. Elle a aussi conclu à l'existence d'un préjudice social du fait que les échanges sexuels avaient lieu devant d'autres membres du club. À son avis, cette conduite était indécente au sens du *Code criminel* parce qu'elle était dégradante et déshumanisante, qu'elle prédisposait à des comportements antisociaux en faisant fi des valeurs morales et qu'elle augmentait les risques de maladies transmissibles sexuellement. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont confirmé la déclaration de culpabilité. Les juges de la Cour suprême se sont posé la question suivante : « Les

de sexualité. Une telle théorie vise à donner des balises pour mieux discerner l'interdit et le permis, le criminel et le légal. Autrement dit, les juges articulent leur théorie à partir de la notion juridique du préjudice à l'endroit des valeurs morales que la société reconnaît officiellement comme essentielles à son bon fonctionnement. Tout d'abord, voyons ce qu'entendent les juges par *morale*.

Parfois, ils emploient le terme dans le sens d'une conception religieuse affirmant ce qui est bon ou mauvais pour l'ensemble des fidèles. D'autres fois, ils utilisent le même mot pour décrire d'un point de vue juridico-politique une conception normative du vivre-ensemble dans une société libérale, démocratique et pluraliste. Par contre, il apparaît tout à fait évident que le dispositif de surveillance, en ce qui concerne la morale sociale, est juridique et non religieux. « Cela a mené à l'adoption d'une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective.[279] »

Tout en concevant que dans une société libérale on doive tolérer des comportements, des activités, des actes que personnellement on peut désapprouver, les magistrats recourent au critère du préjudice pour déterminer les limites du seuil de tolérance. Ainsi une société pluraliste tolère des comportements que ses membres peuvent désapprouver « à moins qu'il puisse être établi

---

actes reprochés dépassent-ils la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine, compte tenu des lieux et du contexte dans lequel ils surviennent? » Ils ont répondu par la négative et ont annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé.

[279] Arrêt *Labaye*, par. 14.

objectivement, hors de tout doute raisonnable, qu'ils nuisent au bon fonctionnement de la société.[280] »

Le préjudice dont il est ici question ne se fonde pas sur une conception individuelle, particulière ou religieuse du bien, ou sur une idéologie mais sur une vision libérale du bon fonctionnement d'une société libre, démocratique, pluraliste et tolérante à la différence. Il n'est pas affaire d'esthétique (mauvais goût), d'éthique subjective (convictions morales personnelles) ou de jugement populaire (préjugé, désapprobation sociale).

Du point de vue juridique, quand y a-t-il nuisance au bon fonctionnement de la société ? Deux conditions s'imposent. Premièrement, le comportement sexuel concerné porte atteinte ou menace de porter atteinte à une ou à des valeurs essentielles officiellement reconnues par la Constitution, la *Charte canadienne des droits et libertés*, des lois fondamentales semblables, ou des codes provinciaux des droits de la personne. Deuxièmement, le préjudice ou le risque de préjudice à l'endroit d'une personne atteint une telle gravité qu'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société. En outre, les juges distinguent, de façon non exhaustive, trois types de préjudices.

Le premier regroupe ce qui relève d'une nuisance grave. Il y a préjudice quand involontairement, contre son gré, on est publiquement exposé à une conduite ou à un environnement inacceptable, inapproprié (indécence, obscénité, prostitution, représentations sexuelles publiques dégradantes) qui nuit gravement à la qualité de vie et restreint des valeurs fondamentales telles que

[280] Arrêt *Labaye*, par. 52.

l'autonomie et la liberté. À noter encore que dans une perspective libérale valorisant la tolérance, il doit s'agir d'une nuisance grave portant atteinte à une valeur fondamentale[281] : « La valeur ou le droit que l'on cherche à protéger est l'autonomie et la liberté des membres du public de vivre dans un environnement exempt d'une conduite qui les offense profondément.[282] »

Le deuxième type de préjudice concerne ce qui prédispose autrui à adopter une conduite antisociale (attitudes ou actes antisociaux) et heurte gravement des valeurs fondamentales officiellement reconnues telles que l'égalité et la dignité. Il peut s'agit aussi bien de publications que de comportements. « La conduite ou le matériel qui perpétue des images négatives et

---

[281] Les juges s'expriment de façon claire : il ne s'agit pas d'appliquer un critère d'ordre esthétique ou religieux mais plutôt d'évaluer objectivement la gravité du préjudice effectif ou présumé. « La tolérance commande que seule la conduite qui constitue une atteinte morale grave et profondément offensante soit tenue à l'abri du regard du public sous peine de sanction criminelle. Nous vivons à une époque où l'espace public est envahi par des images sexuelles, certaines subtiles, d'autres moins. Il demeure toutefois que, même dans notre société émancipée, la représentation publique de certains types de comportements sexuels peut nuire sérieusement à la qualité de vie qu'offre un environnement et restreindre sensiblement l'autonomie. L'activité sexuelle est une question éminemment personnelle, étroitement liée à l'âge et aux croyances religieuses. Une personne peut subir une grave atteinte à son autonomie et à sa qualité de vie si elle ne peut échapper à des représentations sexuelles publiques dégradantes. Même lorsqu'il lui est possible de les éviter, il se peut que sa liberté d'aller où bon lui semble ou d'emmener ses enfants là où elle le désire soit restreinte. Les comportements et le matériel sexuels qui risquent de porter une grave atteinte à l'autonomie et à la liberté des gens peuvent, à juste titre, faire l'objet de restrictions. La perte d'autonomie et de liberté causée aux gens ordinaires par les actes d'indécence commis sous leur nez constitue un préjudice potentiel auquel le droit peut s'attaquer. Si le risque de préjudice est suffisamment appréciable, il peut atteindre le degré requis par le test servant à établir l'indécence criminelle énoncé dans *Butler* — celui du comportement que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. » (*Labaye*, par. 41)

[282] Arrêt *Labaye*, par. 40.

dégradantes de l'humanité risque d'ébranler le respect envers les membres des groupes visés et, par conséquent, de prédisposer autrui à agir de manière antisociale envers eux[283] »

Le dernier type comprend les risques de grave préjudice physique ou psychologique causé aux personnes participant à une activité ou à une conduite donnée[284], par exemple la prostitution, l'exploitation sexuelle, la pornographie juvénile. Se trouvent en cause des valeurs fondamentales comme la dignité, le droit à la vie et, sans que les juges l'identifient explicitement, la reconnaissance.

Il ressort de cette première partie qu'en remplacement d'une conception traditionnelle ou subjective de la morale, par exemple fondée sur la corruption des bonnes moeurs, les juges développent une théorie du préjudice qui se veut plus contemporaine et objective, plus rationnelle et signifiante pour l'ensemble d'une société libérale et pluraliste. La construction conceptuelle se fait en trois étapes que marquent les arrêts *Towne Cinema Theatres*, *Butler* et *Labaye*. En 1985, les juges formulent un principe de tolérance lié au préjudice causé à la société quand on viole des normes morales ou sociales, sans par ailleurs les préciser, que partage l'ensemble de la nation canadienne. En 1992, les magistrats précisent que le préjudice s'évalue de façon objective en regard de valeurs fondamentales, affirmant ainsi les assises morales de la norme juridique. En 2005, ils explicitent leur notion-clé en distinguant au moins trois types de préjudice, en mettant l'accent sur la gravité de l'atteinte aux valeurs fondamentales, et en stipulant qu'il doit s'agir de valeurs officiellement reconnues.

---

[283] Arrêt *Labaye*, par. 46.

[284] Arrêt *Labaye*, par. 48 à 51.

3.3.2 Analyse thématique des arrêts

Dans la deuxième partie de l'analyse des arrêts, je démontrerai comment les juges se réfèrent à la théorie du préjudice pour traiter des diverses causes en matière de sexualité que j'ai regroupées en trois thématiques : *Obscénité/Indécence*, *Prostitution* et *Consentement*.

3.3.2.1 Thématique *Obscénité/Indécence*

Parmi les vingt-trois arrêts, dix traitent de l'obscénité et de l'indécence. Selon le tableau 3 *Occurrences pour les termes* préjudice *et* tolérance, se dégagent clairement cinq arrêts que je retiens pour analyse : ils ont une forte occurrence (20 ou plus pour un maximum de 92) comparativement aux cinq autres (de 0 à 8). Il s'agit des arrêts *Towne Cinema Theatres*[285], *Butler*[286], *Tremblay*[287], *Little Sisters Book*[288] et *Sharpe*[289].

J'ouvrirai cette section par la présentation des arrêts non pertinents. Même si je rejette cinq arrêts (*Germain*[290], *Hawkshaw*[291], *Jorgensen*[292], *Pelletier*[293], *Clark*[294]) parce qu'ils présentent une faible

---

[285] Arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494.

[286] Arrêt R. *c.* Butler, [1992] 1 R.C.S. 452.

[287] Arrêt R. *c.* Tremblay, [1993] 2 R.C.S. 932.

[288] Arrêt Little Sisters Book and Art Emporium *c.* Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 R.C.S. 1120.

[289] Arrêt R. *c*. Sharpe, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2.

[290] Arrêt *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241.

pertinence pour la présente recherche, certains d'entre eux révèlent plus ou moins clairement un lien avec la théorie du préjudice.

Je poursuivrai avec l'analyse des cinq arrêts retenus (*Towne Cinema Theatres*, *Butler*, *Tremblay*, *Little Sisters Book* et *Sharpe*) à la lumière de la théorie du préjudice. Pour chacun des arrêts, j'identifierai d'abord ce qui fait problème du point de vue de la morale sociale, puis les conflits de valeurs fondamentales que le risque de préjudice fait apparaître.

3.2.2.1.1 Arrêts rejetés

Dans l'arrêt *Germain*[295] rendu en octobre 1985, les juges soulignent que l'auditoire ne constitue pas un critère pour déterminer si un objet est obscène. Ils refusent en quelque sorte le relativisme moral et réaffirment que le principe de tolérance admise dans la société canadienne contemporaine, énoncé cinq mois plus tôt, représente la norme objective en matière d'obscénité :

---

[291] Arrêt *Hawkshaw c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 668.

[292] Arrêt R. *c.* Jorgensen, [1995] 4 R.C.S. 55.

[293] Arrêt R. *c.* Pelletier, [1999] 3 R.C.S. 863.

[294] Arrêt R. *c*. Clark, [2005] 1 R.C.S. 6, 2005 CSC 2.

[295] Un juge de la Cour municipale de Montréal a jugé obscènes des objets « reliés à la satisfaction des désirs sexuels des hommes et des femmes », « étalés à la vue du public qui entre dans le magasin » « *National Sexe Boutique* » ; « la mention "pour adultes seulement" est inscrite sur la porte. » La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont confirmé la déclaration de culpabilité. (*Germain*, p. 1 et 2)

« Dans *Towne Cinema*, cette Cour, pour la détermination de ce qui constitue de l'exploitation indue au sens du par. 159(8) du *Code*, a énoncé une norme objective, celle de la tolérance […].[296] »

L'arrêt *Hawkshaw*[297], rendu en mai 1986, porte sur une question d'interprétation de la loi et possède manifestement peu de pertinence pour la présente analyse. Il soulève la question « de savoir si l'intention de publier une photographie obscène constitue un élément essentiel pour pouvoir déclarer une personne […] coupable d'avoir illégalement produit une publication obscène […].[298] » Comme il n'y avait aucun élément de preuve de l'intention (*mens rea*) de publier la photographie, les juges de la Cour suprême du Canada ont rétabli l'ordonnance du juge Osler de la Cour suprême de l'Ontario annulant le renvoi au procès. À noter cependant que presque quinze ans plus tard l'arrêt *Sharpe* rendu en janvier 2001 traitera de ce thème de la possession privée d'une représentation visuelle obscène; c'est cet arrêt-là que je retiens pour analyse.

---

[296] Arrêt *Germain*, par. 31.

[297] Un service commercial de développement de films a transmis à la police une série de photographies qu'on lui avait remises pour qu'elles soient développées. L'accusation en l'espèce est fondée sur l'une de ces photographies. (*Hawkshaw*, par. 2) L'appelant a été déclaré coupable et la déclaration de culpabilité a été maintenue lors d'un procès *de novo*. Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario sur la question de savoir si le critère d'obscénité énoncé au par. 159(8) du *Code criminel* s'appliquait aux articles visés dans l'affaire. L'appel de l'appelant a été rejeté. L'appelant a formé un pourvoi devant la Cour suprême. (*Hawkshaw*, par. 6)

[298] Arrêt *Hawkshaw*, par. 1.

L'arrêt *Jorgensen*[299], rendu en 1995, traite d'un point de droit, tout en soulignant l'importance du témoignage d'expert, en l'occurrence la *Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario*, qui n'avait pas considéré obscènes des films que par la suite un commerçant louait, que les policiers ont saisis et que des tribunaux de l'Ontario ont à leur tour jugés obscènes. Au-delà de l'avis de la *Commission*, cet arrêt réaffirme le caractère juridique et normatif de la définition de l'obscénité : « […] la question de savoir si un film est obscène ou non est une question de droit […] portant sur l'interprétation et l'application de la définition de l'obscénité que prévoit le par. 163(8) du *Code criminel*.[300] »

L'arrêt *Pelletier*[301], dont le jugement a été rendu verbalement en 1999, ne contient tout simplement pas assez d'information pour en faire un objet de notre analyse.

---

[299] « L'appelant […] possède et exploite un magasin à Scarborough sous le nom de «Adults Only Video and Magazine». En se faisant passer pour des clients, des membres de la police de la communauté urbaine de Toronto et de la Section de la pornographie et de la littérature haineuse ont acheté huit vidéocassettes au magasin des appelants. Malgré le fait que la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario («CCCO») avait approuvé les vidéocassettes, les membres de la Section de la pornographie et de la littérature haineuse, après les avoir visionnées, ont conclu qu'elles étaient obscènes. Les appelants ont été inculpés, en vertu de l'al. 163(2)*a*) du *Code criminel*, sous huit chefs d'accusation de vente de matériel obscène sans justification ni excuse légitime (*Jorgensen*, par. 46). La Cour d'appel de l'Ontario rendu le 19 octobre 1993 a rejeté l'appel des accusés contre la déclaration de culpabilité (*Jorgensen*, p. 11).

[300] Arrêt *Jorgensen*, par. 4.

[301] Il s'agit d'une affaire d'attouchements qui ont eu lieu dans un isoloir entre des danseuses et des policiers. « Dans ce cas d'espèce, il n'apparaît pas que le juge ait commis une erreur de droit dans son appréciation du standard de tolérance élaboré par la suite par la Cour suprême. » (*Pelletier*, par. 2)

L'arrêt *Clark*[302] fait la différence entre un endroit public et un endroit privé, ce qui signifie que l'activité de masturbation en privé ne constitue pas un acte obscène. Les juges de la Cour suprême estiment que le « […] juge du procès a commis une erreur en concluant que l'appelant avait « converti » son salon en endroit public du seul fait qu'on pouvait l'apercevoir par la fenêtre de son salon […].[303] »

3.3.2.1.2 Arrêts retenus

Les cinq arrêts retenus traitent tous d'obscénité, d'indécence ou de pornographie. *Towne Cinema Theatres*[304] : présenter des films obscènes; *Butler* : vendre du matériel obscène; *Tremblay* : tenir une maison de débauche qui présente des danses nues jugées indécentes; *Little Sisters Book* : importer du matériel obscène ou pornographique; *Sharpe* : posséder en privé de la pornographie juvénile.

---

[302] L'appelant s'est masturbé près de la fenêtre de son salon alors que les rideaux étaient ouverts et que la pièce était éclairée. Une voisine et son mari l'ont observé avec des jumelles et un télescope à son insu pendant 10 à 15 minutes à partir de leur chambre à coucher non éclairée qui était située à une distance de 90 à 150 pieds de l'endroit où se trouvait l'appelant et qui donnait sur leurs arrière-cours contiguës. (par. 1 et 2)

[303] Arrêt *Clark*, par. 14.

[304] L'appelante, propriétaire d'un cinéma d'Edmonton, a présenté un film obscène contrairement à l'art. 163 du *Code criminel*. La Commission de censure, tout comme les organismes de censure des autres provinces canadiennes, avait autorisé la présentation du film classé *Réservé aux adultes*, déjà vu en Alberta par un vaste auditoire sans qu'aucune plainte n'ait été formulée. Le juge du procès a conclu que le film est immoral, indécent et obscène et a déclaré l'appelante coupable. La Cour d'appel a confirmé cette décision (arrêt *Towne Cinema Theatres*, pages 1 et 2).

Il ressort de l'analyse qu'en matière d'obscénité et d'indécence l'évaluation du préjudice et l'application du principe de tolérance se conjuguent selon des règles plus claires à mesure que la théorie se développe. *Préjudice* et *tolérance* n'apparaissent pas synonymes. Avant que les juges n'aient défini la notion de préjudice, c'est le principe de tolérance qui prévalait. Portant sur l'importance accordée à l'auditoire, une première partie de l'analyse thématique *Obscénité et indécence* démontre cette ambiguïté.

3.3.2.1.3 L'importance de l'auditoire

Parce qu'elle ne fait pas une analyse des débats juridiques, la présente recherche analyse exclusivement la déclaration majoritaire des arrêts, c'est-à-dire celle qui fait jurisprudence et construit la conception de la morale sociale libérale. Cependant, uniquement pour ce point portant sur l'importance de l'auditoire, il me semble intéressant de me servir des avis dissidents comme catalyseur afin de mieux révéler la subtilité du raisonnement sur le rôle du préjudice.

Dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres*, le juge en chef Dickson affirme que : « l'auditoire auquel s'adresse le film prétendument obscène doit être pris en considération. […] la société canadienne tolérerait divers degrés de caractère explicite selon l'auditoire et les circonstances.[305] » Sur ce point, la majorité des autres juges considère que « l'auditoire auquel est présenté un film ou une autre publication est sans importance pour ce qui est de savoir si ce film ou cette publication est obscène.[306] »

[305] Arrêt *Towne*, par. 35.

[306] Arrêt *Towne*, par. 62.

Par ailleurs, un juge minoritaire énonce l'argument suivant : « Un film qui n'est pas obscène au sens du *Code criminel* peut néanmoins ne pas être un spectacle souhaitable pour des personnes de moins de 18 ans.[307] » Par contre, les arrêts *Germain*[308] et *Butler*[309] réitéreront que l'auditoire auquel est présenté un film ou un objet est sans importance pour décider s'il est obscène.

En fait, les juges s'entendent pour dire que la norme régulant l'obscénité demeure la même pour l'ensemble de la société. Cependant, en fonction du principe de tolérance, on doit tenir compte de l'auditoire. Avec l'arrêt Butler, la théorie se précise. Bien que la norme s'applique à tous les auditoires, c'est l'évaluation du préjudice causé aux personnes ou à la société qui apparaît déterminante : « Après tout, c'est l'élément de la représentation qui confère à ce matériel son pouvoir suggestif, et il semble tout à fait concevable que ce pouvoir puisse causer un préjudice malgré l'apparente neutralité du contenu.[310] »

En 1993, l'arrêt Tremblay donne une formulation encore quelque peu ambiguë du principe de tolérance conjuguée à l'auditoire : « La norme de tolérance de la société est celle de l'ensemble

---

[307] Arrêt *Towne*, par. 69.

[308] Arrêt *Germain*, par. 3.

[309] Arrêt *Butler*, p. 77.

[310] Arrêt *Butler*, p. 81.

de la société. Toutefois, ce que la société peut tolérer variera en fonction du lieu où l'acte se produit et de la composition de l'auditoire.[311] »

3.3.2.1.4 Le préjudice

Pour bien cerner le rôle du préjudice dans leur processus de décision, nous identifierons ce qui, selon les juges, pose problème du point de vue de la morale sociale. Par conséquent et en fonction de la cause à entendre, nous comprendrons mieux à quelles valeurs fondamentales le risque de préjudice renvoie.

Dans l'arrêt *Towne*, qui porte sur une question de droit, les magistrats se demandent « si le juge du procès a appliqué le critère approprié lorsqu'il a déclaré Towne Cinema Theatres Ltd. coupable d'avoir présenté un divertissement obscène.[312] » Parce que « le juge du procès a appliqué ses propres normes de goût et non les normes sociales de tolérance[313] », les juges ordonnent un nouveau procès. Il y a donc là une erreur de droit. Les juges ordonneront aussi un nouveau procès dans l'arrêt *Butler* pour sensiblement les mêmes raisons : « il [le juge du procès] n'a pas abordé la question du préjudice. […] Le critère qu'a appliqué la Cour d'appel, à la majorité, différait également de façon importante des présents motifs.[314] » Je traiterai cependant

---

[311] Arrêt *Tremblay*, p. 37.

[312] Arrêt *Towne*, par. 1.

[313] Arrêt *Towne*, par. 41.

[314] Arrêt *Butler*, p. 72.

ensemble les arrêts *Butler*, *Little Sisters* et *Sharpe* parce qu'ils posent tous la question de la justification de restreindre la liberté d'expression pour éviter que soit causé un préjudice.

La liberté d'expression, dans l'arrêt *Butler*, concerne la liberté de louer et vendre du matériel obscène, dans l'arrêt *Little Sisters Book*, c'est la liberté d'importer du matériel obscène ou pornographique, et dans l'arrêt *Sharpe,* c'est la liberté de posséder en privé de la pornographie juvénile. L'alinéa 2*b*)[315] de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit la liberté d'expression. Cependant les droits et libertés ne sauraient être absolus sans produire des conflits impossibles à résoudre; c'est pourquoi l'alinéa 1 de la même *Charte* permet de les restreindre « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique[316] » Pour limiter un droit ou une liberté, il faut respecter rigoureusement trois exigences[317].

- Les effets préjudiciables des restrictions sont moins grands que leurs effets bénéfiques

[315] **La Charte canadienne des droits et libertés**

Libertés fondamentales

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

[…]

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ; […].

[316] **La Charte canadienne des droits et libertés**

Garantie des droits et libertés

[…]

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[317] Arrêt *Little Sisters*, p. 143.

- La restriction à l'exercice par les appelants des droits que leur garantit la *Charte* est imposée pour des objectifs urgents et réels.

- Les mesures que l'on cherche à justifier sont proportionnelles à cet objectif, c'est-à-dire :

  — ont un lien rationnel avec l'objectif ;
  — elles ne portent atteinte que de façon minimale aux droits garantis par la *Charte* qui sont en cause ;
  — un équilibre approprié a été établi entre les effets de la mesure restrictive et les mesures législatives.

Même si dans le cadre de cette recherche il n'y a pas lieu de rendre compte de cet aspect de leur démarche, je tiens pourtant à souligner que les juges suivent rigoureusement la procédure des trois exigences pour justifier juridiquement une décision de limiter une liberté que garantit la *Charte*.

Pour les trois arrêts, l'évaluation du préjudice détermine le degré de tolérance, et ce à partir du principe que « Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance.[318] » Ces arrêts devraient donc pouvoir répondre à la question suivante : *Avec quelles autres valeurs fondamentales la liberté d'expression entre-t-elle en conflit dans le fait d'importer, louer, vendre ou posséder en privé du matériel pornographique ?* Précisée en fonction du préjudice, la question se reformule ainsi : *À quelles valeurs porterait gravement atteinte le matériel obscène ou la pornographie qu'on importerait, louerait, vendrait ou posséderait si on ne limitait pas cette application particulière de la liberté d'expression ?*

[318] Arrêt *Butler*, pp. 41-42.

3.3.2.1.5 *Butler* : la liberté de louer et vendre du matériel obscène

À noter qu'il s'agit ici d'un type spécifique de matériel obscène ou pornographique : « la distribution de matériel sexuellement explicite accompagné de violence et de matériel sexuellement explicite non accompagné de violence, mais qui est dégradant ou déshumanisant.[319] »

Discutant du pouvoir d'évocation du matériel obscène ou pornographique, les magistrats postulent qu'une activité purement physique comme l'interaction sexuelle, parce qu'elle constitue l'expression d'un message, entre dans le champ de la liberté d'expression : « […], en tournant un film, quel qu'en soit le contenu, le producteur choisit consciemment les scènes […]. Dans le choix des scènes, l'auteur du film tente de transmettre un certain message.[320] » Ainsi, la liberté d'expression d'un auteur de matériel visuel présentant des scènes de sexualité dite explicite lui permet de transmettre une représentation subjective de la réalité ou une vision particulière des femmes et des hommes.

Une société libre et démocratique ne permet pas l'exercice de la liberté d'expression pour diffuser un discours raciste ou haineux. Les juges voient une analogie entre le message de l'obscénité qui dégrade ou déshumanise et celui qui transmet la propagande haineuse ; ils considèrent alors que « […] l'obscénité risque de causer un préjudice social en ce qu'une partie

[319] Arrêt *Butler*, p. 70.

[320] Arrêt *Butler*, p. 47.

importante de la population est humiliée par les présentations grossièrement déformées qu'elle véhicule.[321] »

Les magistrats mettent l'accent sur un ensemble de valeurs centrées sur la dignité de l'être humain, particulièrement sur la dignité de personnes vulnérables comme les femmes : « la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l'égard des femmes et, par conséquent, de l'ensemble de la société.[322] » Ce matériel est « contraire aux principes d'égalité et de dignité de tous les êtres humains.[323] » La loi interdisant ce genre de publication vise comme objectif « à favoriser le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens.[324] »

Il ressort de cet arrêt que les magistrats portent un jugement clairement argumenté sur ce type de matériel obscène ou pornographique : « ce genre d'expression est loin de l'essence de la garantie de liberté d'expression. Il ne fait appel qu'à l'aspect le moins digne de l'épanouissement personnel et repose principalement sur des motifs d'ordre économique.[325] »

---

[321] Arrêt *Butler*, p. 60.

[322] Arrêt *Butler*, p. 35.

[323] Arrêt *Butler*, p. 35.

[324] Arrêt *Butler*, pp. 70 et 71.

[325] Arrêt *Butler*, p. 70.

3.3.2.1.6 *Little Sisters Book* : la liberté d'importer du matériel pornographique

En ce qui concerne la restriction du droit fondamental à la liberté d'expression, la même question se pose dans l'arrêt *Little Sisters*, en prenant toutefois une teinte particulière : *La norme de tolérance s'applique-t-elle au matériel obscène ou pornographique s'adressant aux personnes d'orientation érotique homosexuelle ?*

Dans cette cause, les appelants affirment qu'une norme sociale nationale en matière d'obscénité ne saurait respecter la spécificité de la minorité homosexuelle. La théorie du préjudice aurait dans ce cas un effet contraire à celui qu'elle vise : « […] le recours à une approche «fondée sur le préjudice» appliquant une seule et même norme sociale […] n'est pas suffisamment «contextuelle» […] pour donner effet aux droits à l'égalité des gais et des lesbiennes.[326] » Cette affirmation s'appuie sur trois arguments.

Un premier, d'ordre constitutionnel pourrait-on dire, voit comme contradictoire qu'une norme sociale vise la protection des droits des minorités : « toute l'idée de critère des normes sociales est incompatible avec les valeurs qui ont été édictées dans la *Charte* en vue de protéger les droits des minorités[327] »

À cela les juges répondent que la norme sociale de tolérance conjuguée avec le préjudice permet justement, quels que soient le lieu, la situation ou la collectivité particulière, d'appliquer la loi

[326] Arrêt *Little Sisters*, par. 53.

[327] Arrêt *Little Sisters*, par. 55.

avec plus d'objectivité et d'éviter ainsi que ne prévalent les préjugés, les goûts d'un juge ou d'un juré ou les sondages d'opinion : « Le souci de protéger la liberté d'expression de la minorité est l'un des principaux facteurs qui ont d'ailleurs mené à l'adoption du critère de la collectivité nationale dans l'arrêt *Butler*.[328] »

Un deuxième argument se fonde sur l'hypothèse que le point de vue de la majorité risque d'être discriminatoire à l'endroit de la culture sexuelle de la minorité : « la collectivité *nationale* a […] un caractère majoritaire et est plus susceptible que la collectivité homosexuelle elle-même de considérer les représentations gaies et lesbiennes comme étant dégradantes et déshumanisantes.[329] » La librairie *Little Sisters Book* a effectivement subi les préjugés de fonctionnaires des douanes qui ont souvent prohibé et censuré le matériel érotique destiné à la communauté homosexuelle, ce qui a eu « pour effet de rabaisser les valeurs gaies et lesbiennes. Le message était que les préoccupations des gais et des lesbiennes étaient moins dignes d'attention et de respect que celles de leurs homologues hétérosexuels.[330] »

Reconnaissant que les libraires et la communauté homosexuelle ont souffert de l'interprétation discriminatoire qu'ont faite des règlements du *Tarif des douanes* certains fonctionnaires, les magistrats rappellent que Le *Code criminel* ne caractérise pas l'«obscénité» sur le fondement de

---

[328] Arrêt *Little Sisters*, par. 56.

[329] Arrêt *Little Sisters*, par. 55.

[330] Arrêt *Little Sisters*, par. 123.

l'orientation sexuelle »[331]. De même la norme sociale vise à éviter que soit causé un préjudice « sans égard au fait que ce soit en contexte hétérosexuel ou homosexuel »[332].

Le troisième et dernier argument a trait à la reconnaissance de la culture homosexuelle : « Le matériel érotique […] joue un rôle différent dans la communauté gaie et lesbienne […], et l'approche établie dans l'arrêt *Butler* qui […] est fondée sur des normes hétérosexuelles, ne tient pas compte de ce fait.[333] » Il devrait donc y avoir une exception en faveur du matériel érotique de cette minorité parce que loin de représenter un simple aspect parmi d'autres de sa façon d'être, la sexualité se trouve au cœur de son identité : « dans le contexte de la culture gaie et lesbienne, l'expression sexuelle constitue une valeur essentielle et […] l'arrêt *Butler* ne saurait légitimement être appliqué pour la refouler aux confins de la liberté d'expression visée par l'al. 2*b*).[334] »

Un intervenant, le *Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes*, a plaidé que « le sado-masochisme a un effet émancipateur dans la culture gaie et lesbienne et devrait donc être jugé selon une norme différente de celle applicable à la culture hétérosexuelle.[335] » Pour sa part, le groupe *Equality Now* arguait que les personnes d'orientation érotique homosexuelle ont autant le droit que les autres d'être protégées « contre les représentations de choses sexuelles

---

[331] Arrêt *Little Sisters*, par. 16.

[332] Arrêt *Little Sisters*, par. 44.

[333] Arrêt *Little Sisters*, par. 53.

[334] Arrêt *Little Sisters*, par. 53.

[335] Arrêt *Little Sisters*, par. 63.

accompagnées de violence ou d'actes sexuels qui sont déshumanisants ou dégradants et susceptibles de causer un préjudice excédant les normes de tolérance de la société.[336] »

Les magistrats réaffirment l'importance de la liberté d'expression qui « est au cœur de notre identité en tant qu'individus et de notre bien-être collectif en tant que société. Tout doute quant à la justification doit être résolu en faveur de la liberté d'expression.[337] » Cette liberté doit s'exercer de concert avec d'autres valeurs fondamentales, notamment le respect des droits d'une minorité sexuelle, l'égalité et la dignité des personnes d'orientation érotique homosexuelle favorisant une image de soi positive et « une affirmation positive de ce que signifie le fait d'être gai ou lesbienne.[338] »

L'arrêt *Little Sisters* affirme clairement que ce n'est ni la culture gaie ou lesbienne ni les personnes d'orientation érotique homosexuelle que les juges évaluent mais la gravité du préjudice que causerait un certain type de matériel obscène ou pornographique, quelle que soit sa connotation hétérosexuelle ou homosexuelle.

---

[336] Arrêt *Little Sisters*, par. 63.

[337] Arrêt *Little Sisters*, par. 144.

[338] Arrêt *Little Sisters*, par. 53.

3.3.2.1.7 *Sharpe* : la liberté de posséder en privé de la pornographie juvénile

Dans l'arrêt *Sharpe*, les juges justifient la restriction de la liberté d'expression par la prévention du préjudice grave à l'endroit des personnes mineures.

La liberté d'expression compte parmi les droits les plus fondamentaux de notre société libérale, libre, démocratique et pluraliste. Elle rend possible les valeurs de liberté, créativité, d'épanouissement personnel, de recherche de la vérité, de démocratie. Sans elle, notre monde tel que nous le connaissons au Canada n'existerait pas. Elle suppose et entraîne le droit de posséder du matériel expressif, qui parfois peut aller à l'encontre des valeurs fondamentales favorisant cette liberté, ce que permet la norme de tolérance qui caractérise notre société libérale : « La possession de matériel expressif est donc comprise dans l'ensemble des droits garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte*.[339] »

Aucune liberté n'étant absolue, la restriction du droit à la liberté d'expression peut trouver une justification raisonnable, par exemple dans le cas de littérature haineuse, pour éviter que soit causé un préjudice à l'endroit de membres vulnérables de notre société. C'est aussi le cas pour la possession d'une certaine catégorie de matériel pornographique : se trouverait alors justifiée une intrusion dans la vie privée. Une procédure de justification s'impose alors, devant répondre à trois exigences comme nous l'avons vu précédemment.

[339] Arrêt *Sharpe*, par. 25.

L'arrêt *Sharpe* aborde donc un problème moral crucial : l'État a-t-il le droit de s'immiscer dans la vie privée pour interdire la possession de matériel expressif ? Est-ce là une censure de la liberté de pensée essentielle au dynamisme de la société libérale, un contrôle qui viole « le droit d'être protégé contre l'intrusion de l'État et les pressions sociales conformistes »[340] ? Les résultats espérés valent-ils davantage que les conséquences possibles sur l'épanouissement individuel et sur la diversité ? S'agit-il d'une politique qui veut encadrer plus que nécessaire les désirs érotiques des citoyens comme le faisait jadis la morale religieuse traditionnelle ? À quoi sert la liberté de pensée si l'on censure l'imaginaire érotique, et ce même dans les limites du privé ? Par ailleurs, si la société accepte de légiférer en matière de propagande haineuse, y aurait-il de bonnes raisons pour intervenir dans le cas d'une certaine pornographie, précisément et exclusivement celle qui utilise les enfants ou les ados comme objets d'excitation sexuelle ?

L'idée que la possession de pornographie juvénile doive être interdite afin de prévenir tout préjudice causé aux enfants entraîne le conflit entre deux valeurs fondamentales pour notre société démocratique et libérale : la liberté d'expression et la protection des personnes mineures et vulnérables.

Les juges reconnaissent que l'exploitation sexuelle cause un préjudice grave aux enfants et aux ados, et que la possession de pornographie juvénile accroît le risque d'exploitation que ne peuvent totalement éviter les dispositions de la loi sur la production et la distribution de ce type de matériel. Par ailleurs, pour limiter la portée de l'interdiction, ils identifient un certain nombre

[340] Arrêt *Sharpe*, par. 26.

de mesures : le matériel visé est explicitement circonscrit[341], le ministère public doit prouver que les personnes accusées avaient la *mens rea*, c'est-à-dire l'intention de commettre l'infraction[342]. Il existe des moyens de défense comme celui qui consiste à démontrer que la possession de matériel de pornographie juvénile se justifie dans certains cas par la poursuite de buts non illicites (artistiques, scientifiques, philosophiques, etc.).

De plus, les juges identifient parmi le matériel visé deux catégories qui devraient constituer des exceptions : 1) le matériel expressif (journaux intimes, notes personnelles, écrits, dessins et autres œuvres de fiction) que crée un adulte et 2) des enregistrements visuels que font des adolescents de leurs activités sexuelles légales dans un contexte intime d'exploration et de conscience de soi et de l'autre : « La nature expressive extrêmement privée de ce matériel touche profondément aux libertés garanties par l'al. 2*b*), en faisant intervenir les valeurs de l'épanouissement personnel et de la réalisation de soi, ainsi que la dignité inhérente de l'être humain.[343] » Il s'agit ici de matériel que créent des personnes pour leur propre usage exclusif.

L'arrêt *Sharpe* proclame « la valeur des enfants.[344] » Il affirme que lorsque la liberté d'expression et la prévention du préjudice causé aux enfants entrent nettement en conflit, la

---

[341] Arrêt *Sharpe*, par. 72.

[342] Arrêt *Sharpe*, par. 98.

[343] Arrêt *Sharpe*, par. 107.

[344] Arrêt *Sharpe*, par. 82.

prévention doit l'emporter[345]. Jamais la morale sociale canadienne en matière d'obscénité ou de prostitution n'a pénétré aussi profondément dans le domaine privé, érigeant de telles barrières à l'imaginaire sexuel personnel. Les juges n'ont conçu pour la morale sociale une telle force de répression qu'à l'endroit de la pornographie juvénile. Dans le cas du matériel pornographique associé au crime, à l'horreur, à la cruauté et à la violence faite à des femmes ou à des hommes *adultes*, commet une infraction à l'article de loi 163.(1) quiconque a en sa possession ce type de matériel *aux fins de le publier, de le distribuer ou de le mettre en circulation, mais non pas aux fins de son propre plaisir privé.* Une telle censure de l'excitation sexuelle *dans l'intimité* n'existe que pour du matériel mettant en scène des enfants ou des ados de moins de 18 ans.

3.3.2.2 Thématique *Prostitution*

Si l'on se réfère au tableau 3, on constate que la thématique *Prostitution* présente une occurrence quasi inexistante, l'arrêt *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel* étant le seul à contenir les termes *Préjudice* (deux fois) et *Tolérance* (une fois).

3.3.2.2.1 Sélection et pertinence des arrêts

Une classification des huit arrêts de la thématique *Prostitution* donne les quatre regroupements suivants. Le premier groupe comprend deux arrêts, *Westendorp*[346] et *Goldwax*[347], qui affirment

[345] Arrêt *Sharpe*, par. 30.

[346] Arrêt *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43.

[347] Arrêt *Goldwax c. Montréal (Ville de)*, [1984] 2 R.C.S. 525.

la primauté de la juridiction fédérale en matière de législation sur la prostitution : « seule la question constitutionnelle doit être tranchée.[348] » L'arrêt *Downey*[349], qui constitue à lui seul le deuxième groupe, reconnaît en quelque sorte le droit et la liberté de choisir comme conjointe une personne pratiquant la prostitution sans se voir accusé de proxénétisme. L'arrêt *Naud*[350], du troisième groupe, ne présente pas suffisamment de matériel pour faire l'objet d'une analyse. D'ailleurs c'est oralement que le juge Cory a rendu ce jugement. Enfin, possèdent une plus grande pertinence les quatre autres arrêts (*Deutsch*[351], *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel*[352], *Stagnitta*[353], *Corbeil*[354]), qui peuvent se réduire à trois si l'on considère *Stagnitta* comme la répétition du *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel*.

Dans les arrêts *Westendrop* et *Goldwax*, les juges disposent, pour cause d'inconstitutionnalité, d'un règlement municipal visant à interdire la sollicitation sexuelle de rue parce qu'elle nuit à l'ordre public. L'arrêt *Deutsch* analyse le cas d'un employeur qui stipule, lors de l'entrevue des

---

[348] Arrêt *Westendorp*, p. 46.

[349] Arrêt R. *c.* Downey, [1992] 2 R.C.S. 10.

[350] Arrêt R. *c*. Naud, [1997] 1 R.C.S. 312.

[351] Arrêt Deutsch *c.* La Reine, [1986] 2 R.C.S. 2.

[352] Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123.

[353] R. *c.* Stagnitta, [1990] 1 R.C.S. 1226.

[354] R. *c*. Corbeil, [1991] 1 R.C.S. 830.

candidates que son offre d'emploi de secrétaire adjointe aux ventes inclut l'obligation d'avoir des relations sexuelles avec des clients lorsque cela paraît nécessaire pour signer un contrat; il y a donc apparence d'incitation à se prostituer. Dans les arrêts *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel* et *Stagnitta*, les juges se demandent si interdire la sollicitation sexuelle de rue restreint, de façon raisonnable, le droit à la liberté d'expression. L'arrêt *Corbeil* veut clarifier une situation nouvelle : le fait de louer un espace à des fins de prostitution, précisément pour exercer le commerce de massage sexualisé, équivaut-il selon la loi à tenir une maison de débauche et donc constitue-t-il une activité illégale ? L'arrêt *Downey* acquitte un homme condamné pour avoir vécu des produits de la prostitution et ordonne un nouveau procès; selon les juges, ce serait attribuer une trop large portée à la loi sur le proxénétisme que d'y inclure la personne qui partage la vie d'une femme qui se prostitue et exploite une agence d'hôtesses dont elle est propriétaire, et ce même si le conjoint exerce certaines tâches administratives et bureautiques au sein de ladite entreprise.

3.3.2.2.2 Ambiguïté du discours

Que ressort-il de ces arrêts couvrant une période de quatorze ans, de 1993 à 1997 ? En fait, fort peu d'éléments traitent de morale sociale ou de valeurs morales. Par contre apparaît une ambiguïté certaine. Les juges ont à se prononcer sur des actes, des comportements, des relations interpersonnelles ou des situations étroitement liés à la prostitution alors que cette activité spécifique est tout à fait légale; ils reconnaissent se trouver dans une position délicate quand ils traitent de prostitution. Dans l'arrêt *Deutsch*, ils se questionnent sur l'apparente contradiction à criminaliser un comportement qui favorise un comportement non criminalisé et remettent aux

législateurs la responsabilité de clarifier la situation. Le juge Le Dain formule ainsi leur mise au point.

> « Le mal que vise l'al. 195(1)*a*) est le proxénétisme ou la sollicitation et non l'acte réel que constituent les rapports sexuels eux-mêmes. La disposition est équivalente et semblable à celle de l'al. 195(1)*d*) qui crée l'infraction d'induire ou de tenter d'induire une personne à se prostituer, bien que la prostitution ne soit pas en elle-même un acte criminel. En fait, cela semblerait vrai pour toutes les infractions que crée l'art. 195. Elles visent une conduite qui est destinée à encourager ou à promouvoir une conduite qui n'est pas en elle-même criminelle. À supposer que cette politique législative soit considérée comme erronée, il appartient alors au législateur d'effectuer les modifications nécessaires et non à un tribunal de le faire […].[355] »

Toutefois apparaît une autre ambiguïté, que les juges eux-mêmes créent. Leur discours d'une part se centre sur l'affirmation des droits et libertés de la *Charte canadienne* et d'autre part puise dans un vocabulaire appartenant à une vision morale traditionnelle.

Le premier des huit arrêts déclare inconstitutionnel le règlement 9022 de la ville de Calgary. C'est à cet arrêt *Westendorp*, daté du 25 janvier 1983, que renvoie le juge en chef Dickson dans son jugement rendu oralement le 12 décembre 1984 en ce qui concerne l'arrêt Goldwax. Aux fins de la présente recherche, je retiens deux affirmations tirées de l'arrêt *Westendorp* et qui construisent ce discours ambigu, voire moraliste, sur les droits et libertés quand ils se trouvent associés à la prostitution.

---

[355] Arrêt *Deutsch*, par. 17.

La première assertion constitue un jugement de valeur implicite. Quand le juge en chef Laskin rapporte une remarque du juge Kerans de la Cour d'appel de l'Alberta, il parle de la prostitution comme d'un fléau. Rien n'indique qu'il rapporte textuellement les propos du juge Kerans en les faisant siens, tout comme rien n'indique qu'il se distancie d'un tel jugement implicite ou le critique. La deuxième affirmation veut que la prostitution soit une question de moralité publique. Lorsqu'il a examiné l'argument de l'avocat de l'accusée suivant lequel le règlement était une tentative déguisée pour régler non pas des atteintes aux droits du public mais le fléau de la prostitution, le juge Kerans a fait remarquer que ce fléau est une question de moralité publique et que, si la portée véritable de ce texte était de s'attaquer à ce fléau, il pourrait bien outrepasser la compétence de la législature de l'Alberta. Il a alors ajouté que «le règlement ne s'attaque pas à la prostitution elle-même; il ne vise pas à supprimer le marché du sexe; il vise seulement à préserver les citoyens qui circulent dans les rues de l'agacement et de la gêne d'être des participants involontaires à ce marché.[356] » Cette question de moralité publique renvoie à l'idée que le contrôle ou l'interdiction de la prostitution puissent être désirables, que le règlement en cause soit inconstitutionnel ou non.

> « Quelque désirable que puissent être le contrôle ou l'interdiction de la prostitution pour la municipalité, il y a eu un excès de pouvoir en l'espèce qui porte atteinte au partage des pouvoirs législatifs. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et de rétablir le verdict d'acquittement ordonné par le juge de la Cour provinciale.[357] »

---

[356] Arrêt *Westendorp*, p. 54.

[357] Arrêt *Westendorp*, p. 55.

Pourquoi une régulation de la prostitution est-elle désirable ? Parce que, si on ne la contrôle ou ne l'interdit pas, la prostitution, précisément la sollicitation sexuelle de rue, nuit à l'ordre public.

> « Si une province ou une municipalité peuvent mettre une attaque directe contre la prostitution au compte du maintien de l'ordre dans la rue en s'appuyant sur l'atteinte aux droits du public, elles peuvent faire de même relativement au trafic de stupéfiants. Et pourquoi pas, dans la même optique, chercher à sanctionner les voies de fait commises dans les rues de la ville au titre du maintien de l'ordre dans les rues.[358] »

C'est là, en 1983, un premier pas vers les notions de *nuisance*, de *tolérance* et de *préjudice* qui apparaissent en 1990 dans l'arrêt *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)c) du Code criminel*, alors que se verront davantage explicitées les valeurs sociales associées à l'ordre public.

Dans les arrêts *Deutsch*, datant de 1986, et *Corbeil*, de 1991, les juges utilisent une notion relevant tout à fait de la morale traditionnelle : *rapports sexuels illicites* et *activités illicites*. En effet, le terme illicite décrit spécifiquement non l'activité comme telle mais plutôt sa non conformité avec la norme prévalant. Le texte du jugement s'attarde à définir ce qualificatif comme « faisant référence aux relations sexuelles en dehors des liens du mariage.[359] » Soulignons cependant que c'est le libellé de l'article de loi **195.** (1) *a*) [aujourd'hui **212.** (1) *a*), conservant le même libellé] au cœur de l'arrêt *Deutsch* qui introduit l'expression *avoir des rapports sexuels illicites*[360].

---

[358] Arrêt *Westendorp*, pp. 54 et 55.

[359] Arrêt *Deutsch*, par. 10.

[360] Arrêt *Deutsch*, par. 7 : **195.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque

Pour consolider son interprétation, l'auteur du jugement, le juge Le Dain, note que le terme *illicite* doit nécessairement renvoyer à la norme du mariage légal, afin de distinguer cet article de loi des autres dispositions du *Code criminel* et de justifier sa raison d'être.

Le terme *unlawful* utilisé dans la version anglaise des lois mentionnées ci-dessus a été traité comme un synonyme d'"illicite" et comme faisant référence aux relations sexuelles en dehors des liens du mariage[361].

> « Je suis d'avis qu'il faut donner au terme "illicites", que l'on trouve à l'al. 195(1)*a*) du *Code criminel*, le sens que la jurisprudence a attribué au terme "illicite" (*unlawful*) dans des contextes législatifs comparables, savoir qu'il vise les rapports sexuels qui ne sont pas autorisés ou permis par le mariage légal. L'autre sens, savoir les rapports sexuels interdits par le droit criminel ou toute autre règle de droit positif, en plus de réduire la portée de l'infraction que constitue le fait d'induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, au point de la rendre rarement, voire même jamais, applicable, n'est tout simplement pas conciliable avec les autres dispositions du *Code criminel*.[362] »

Dans l'arrêt *Corbeil*, le juge en chef Lamer tient à clarifier le fait que la prostitution est légale mais sont criminelles de nombreuses activités qui s'y relient. D'ailleurs, dans cette cause, madame Corbeil se verra acquittée parce que louer un emplacement privé pour donner *un*

---

a) induit, tente d'induire ou sollicite une personne du sexe féminin à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, soit au Canada, soit hors du Canada […].

[361] Arrêt *Deutsch*, par. 10.

[362] Arrêt *Deutsch*, par. 16.

massage d'une demi-heure ''du cou aux chevilles'' ne signifie pas *tenir une maison de débauche*.

> « Je signale que, bien que le Parlement ait choisi de réglementer au moyen du *Code criminel* de nombreuses activités reliées à la prostitution et aux actes d'indécence, comme induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne (al. 212(1)*a*)) et solliciter une personne dans un endroit public aux fins de la prostitution (par. 213(1)), la prostitution elle-même n'est pas illégale au Canada (voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1162). Le paragraphe 210(1), un autre exemple, n'interdit pas la prostitution; il érige en infraction criminelle l'action qui consiste à tenir une maison de débauche.[363] »

Les juges analysent l'appel de madame Corbeil à la lumière principalement des articles **197.** (1) et **210**. (1). Nulle part dans ces textes de loi on ne présente la prostitution comme une *activité illicite*. Pourtant, les juges, eux, pour décrire la prostitution, utilisent huit fois l'expression : *participer* ou *participation à des activités « illicites » dans une maison de débauche*. Sept fois sur huit des guillemets accentuent la qualification de l'activité[364].

---

[363] Arrêt *Corbeil*, pp. 8 et 9.

[364] Arrêt *Corbeil* :

« […] participer […] aux activités "illicites" qui ont cours dans la maison de débauche », p. 2 ;

« participation aux activités "illicites" qui ont cours dans une maison de débauche », p. 6 ;

« participation aux activités "illicites" d'une maison de débauche », p. 7 ;

« a participé aux activités "illicites" de la maison de débauche », p. 7 ;

« participer […] aux activités "illicites" qui ont cours dans la maison de débauche » p. 8 ;

« participation aux activités "illicites" », p. 8 ;

« participer […]dans aux activités "illicites" exercées dans la maison de débauche », p. 30 ;

« participation aux activités illicites du lieu », p. 36.

Les juges reconnaissent bel et bien le droit qu'a la personne de se prostituer mais utilisent un vocabulaire véhiculant un jugement de valeur dévalorisant pour décrire l'exercice de cette liberté.

Dans l'arrêt *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel*, les juges répondent à la question suivante : « Est-il raisonnable et justifiable de restreindre la liberté d'expression selon les termes de l'al. 195.1(1)*c*) pour éliminer la sollicitation de rue et la nuisance sociale qu'elle crée ?[365] » À noter que l'arrêt *Stagnitta* traite exactement de la même question et se réfère au jugement prononcé dans *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel*.

En ce qui concerne la thématique *Prostitution*, c'est par l'arrêt *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel* que les juges introduisent pour la première fois le terme *préjudice*, qu'ils présentent comme la seule raison justifiant la restriction d'une liberté individuelle. Les juges adoptent ainsi une conception on ne peut plus libérale en se référant à la thèse du philosophe anglais John Stuart Mill, un des pères du libéralisme.

> « La seule fin pour laquelle la société est justifiée de porter atteinte à la liberté d'action d'un individu est, selon lui, la protection de la société elle-même. Le pouvoir devrait être exercé pour empêcher un individu de causer un préjudice aux autres, mais c'est le seul aspect de sa conduite pour lequel il est responsable envers la société. À tout autre égard, il devrait être libre. (J. Symons, "Orwell's Prophecies: The Limits of

---

[365] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)*c*) du *Code criminel* (Man.), p. 17.

> Liberty and the Limits of Law" (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 115, à la p. 116.).[366] »

Quel est le préjudice que cause la sollicitation sexuelle *de rue* et qui justifie la disposition législative dont traite cet arrêt ? Les juges l'identifient à vingt-cinq reprises sous le vocable de *nuisance*. À noter que ce terme de *nuisance* réfère à un seul article de loi du *Code criminel canadien*, l'art. **180.** (1)[367], que par ailleurs ne mentionne aucunement le juge en chef qui a rendu le jugement. On ne retrouve donc pas le terme *nuisance* dans le texte des articles de loi 193 et 195 auxquels se réfère l'arrêt *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel*. Quel sens alors attribuer à cette notion ? Celui que l'article 180. (2) cherche à expliciter :

> […] commet une nuisance publique quiconque accomplit un acte illégal ou omet d'accomplir une obligation légale, et par là, selon le cas *a*) met en danger la vie, la sécurité, la santé, la propriété ou le confort du public; *b*) nuit au public dans l'exercice ou la jouissance d'un droit commun à tous les sujets de Sa Majesté au Canada.

---

[366] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)*c*) du *Code criminel* (Man.), pp. 47 et 48.

[367] Art. **180.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque commet une nuisance publique, et par là, selon le cas :

a) met en danger la vie, la sécurité ou la santé du public;

b) cause une lésion physique à quelqu'un.

(2) Pour l'application du présent article, commet une nuisance publique quiconque accomplit un acte illégal ou omet d'accomplir une obligation légale, et par là, selon le cas :

a) met en danger la vie, la sécurité, la santé, la propriété ou le confort du public;

b) nuit au public dans l'exercice ou la jouissance d'un droit commun à tous les sujets de Sa Majesté au Canada.

S.R., ch. C-34, art. 176.

Ou celui du préjudice dans sa conception libérale : nuire à autrui et à la société ? Dans cet arrêt, les juges se réfèrent explicitement à Mill bien plus qu'à l'article 180, ce qui signifie que dans cette acceptation, le terme *nuisance* annoncerait en 1990 la théorie du préjudice que les juges affirmeront dans l'arrêt *Butler* en 1992 et articuleront comme telle dans l'arrêt *Labaye* en 2005.

D'après les juges, la sollicitation sexuelle de rue cause une nuisance au bon fonctionnement de la société et à la qualité de vie des personnes.

> « La disposition du *Code criminel* contestée en l'espèce répond clairement aux préoccupations des propriétaires de maison, des commerces et des habitants des secteurs urbains. La sollicitation en public aux fins de la prostitution est intimement associée à l'encombrement des rues ainsi qu'au bruit, au harcèlement verbal de ceux qui n'y participent pas et à divers effets généralement néfastes sur les passants et les spectateurs, particulièrement les enfants[368] »

Le contrôle de la prostitution passe par sa manifestation sur la place publique où se retrouvent des personnes vulnérables, comme les jeunes fugueurs, sujets à l'exploitation économique, à la toxicomanie et à la violence sous la poigne d'un souteneur. La réalité du monde que la prostitution projette à la vue des jeunes et de la population en général entre en conflit avec l'idéal de la société canadienne que caractérisent des valeurs telles que la qualité de vie publique, l'épanouissement individuel, l'égalité entre les femmes et les hommes, l'intimité sexuelle, la dignité humaine et la protection des personnes vulnérables.

---

[368] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)*c*) du *Code criminel* (Man.), p. 17.

« À mon avis, un aspect de l'objectif législatif dans l'adoption de l'al. 195.1(1)*c*) était de donner aux responsables de l'application de la loi un moyen de contrôler la prostitution "de rue" telle qu'elle existait. C'est dans la rue que beaucoup de jeunes prostitués apprennent le métier après s'être enfuis de chez eux. La rue est un environnement qui permet aux souteneurs et aux entremetteurs d'attirer des adultes (le plus souvent des femmes, selon les statistiques) et des adolescents vers la prostitution en devenant leurs amis et en leur offrant souvent une affection et une assistance économique de courte durée. Très souvent, ce sont les jeunes que les souteneurs préfèrent parce qu'ils rapportent plus d'argent et sont plus faciles à contrôler. Cette situation conduit en fin de compte à une relation de dépendance qui est souvent renforcée quand le souteneur encourage la toxicomanie pour exercer un contrôle. Dans ce processus, le contrôle du souteneur sur la prostituée est tel que la violence physique et la brutalité ne sont pas rares. En résumé, la prostitution devient une activité qui avilit la dignité personnelle de la prostituée et permet aux souteneurs et aux clients d'exploiter la position désavantagée de la femme dans notre société. À cet égard, l'article contesté vise à éviter la vue de cette dégradation au public et particulièrement aux jeunes fugueurs qui cherchent refuge dans les rues des grands centres urbains, ainsi qu'à ceux qui sont exposés à la prostitution parce que leur domicile et leur école se trouvent dans des zones fréquentées par les prostitués et qui peuvent au départ être attirés par le style de vie "séduisant" que leur décrivent les souteneurs. En outre, le législateur n'est pas seulement préoccupé par le fait que la prostitution soit exposée à la vue de nouvelles recrues éventuelles du métier. Un autre aspect de l'objectif de réduire le spectacle public de la prostitution est le fait que de nombreuses personnes qui ne sont aucunement intéressées par le commerce de prostitution sont souvent abordées comme prostitués ou comme clients éventuels.[369] »

[369] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)*c*) du *Code criminel* (Man.), pp. 81 et 82.

Restreindre la sollicitation de rue, c'est limiter un droit fondamental dans une société démocratique, d'ailleurs reconnu par la *Charte canadienne* à l'alinéa 2*b*)[370]. Si les juges reconnaissent à la personne prostituée la liberté d'expression, c'est-à-dire publier son offre de service, ils considèrent la violation de la *Charte* comme raisonnable et justifiable en vertu du préjudice, c'est-à-dire la nuisance, que la sollicitation de rue cause à la société et à autrui, et aussi en jugeant que ladite liberté d'expression ne compte pas parmi les libertés essentielles puisqu'elle a un but économique. Pour bien comprendre l'argumentation des juges, voici deux extraits de l'arrêt, le premier portant sur le fait qu'offrir des services sexuels dans un but économique ne constitue pas une liberté d'expression fondamentale que la *Charte* doit garantir, l'autre énonçant que la sollicitation sexuelle de rue porte préjudice à une valeur fondamentale : la qualité de vie publique.

> « J'examine d'abord la nature de l'expression et la nature de la disposition contestée. La liberté d'expression est fondamentale dans une société démocratique. En vertu de l'al. 195.1(1)*c*) du *Code criminel*, le Parlement a choisi d'utiliser le système de justice criminelle pour poursuivre des individus qui exercent leur liberté d'expression. Lorsqu'une liberté garantie par la *Charte* a été violée par une mesure prise par l'État, en l'occurrence la criminalisation, le ministère public doit s'acquitter du lourd fardeau de justifier cette violation. Néanmoins, comme dans le cas de toute violation d'un droit reconnu par la *Charte*, l'activité d'expression devrait également être analysée dans le contexte particulier de l'affaire. En l'espèce, l'activité visée par la disposition législative contestée est une expression ayant un but

---

[370] ***Charte canadienne des droits et libertés***

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

[…]

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ; […].

> économique. On peut difficilement affirmer que les communications relatives à l'opération économique d'échange de services sexuels pour de l'argent relèvent, ou même se rapprochent, de l'essence de la garantie de la liberté d'expression.[371] »
>
> « […] Parce que la disposition contestée du *Code criminel* interdit une expression légitime sous forme de communication en vue d'un accord commercial par lequel des services sexuels sont offerts en échange d'argent, de ce fait porte atteinte à un droit protégé, la justification de cette violation de la *Charte* doit être conforme aux principes d'une société démocratique ainsi qu'aux droits, aux libertés et aux intérêts de ses membres. […] La restriction de la sollicitation de rue est conforme aux intérêts d'une large part de notre société pour qui les éléments de nuisance de la sollicitation constituent des problèmes graves.[372] »

Parmi les huit arrêts retenus, *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel* demeure le seul à comporter le terme *dignité*, et ce à dix reprises, dont la moitié en citations. La dignité humaine apparaît ici la valeur fondamentale ou limite qui trace la ligne entre le tolérable et l'intolérable.

Les quatre premières fois que les juges utilisent le mot *dignité*, c'est pour affirmer que l'exercice d'un travail, d'un métier ou d'une profession ainsi que les conditions de travail contribuent à la dignité et à la valorisation de la personne.

---

371 Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), p. 18.

372 Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), pp. 20 et 21.

La cour fait une distinction entre le droit au travail qui, selon elle, est une question purement économique et le droit d'exercer un métier ou une profession qu'elle qualifie de questions relatives à la dignité et à la valorisation de soi[373].

> « Si, par cela, on entend qu'une question aussi fondamentale que les conditions de vie ou la dignité de l'individu au travail ne sont pas du domaine de la garantie constitutionnelle, je ne saurais en convenir »[374].
>
> « C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même.[375] »
>
> « C'est dans ce contexte que le Juge en chef a parlé de l'importance du travail pour la dignité et la valorisation d'une personne.[376] »

À deux autres reprises, les juges font de la dignité un des principes essentiels et une des valeurs au fondement de notre société libre, démocratique où prime le droit.

> « Tous [les principes de justice fondamentale] ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé

---

[373] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), p. 54.

[374] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), p. 55.

[375] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), p. 55.

[376] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), p. 56.

> sur la foi en "la dignité et la valeur de la personne humaine" [. . .] et en "la primauté du droit"…[377] »

> « Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société »[378].

En décrivant la prostitution comme une activité qui avilit la dignité de la personne, les juges sous-entendent qu'il ne s'agit pas là d'un travail ou d'un métier comme un autre, qu'ils ne sauraient y voir une source de valorisation de soi.

> « […] En résumé, la prostitution devient une activité qui avilit la dignité personnelle de la prostituée et permet aux souteneurs et aux clients d'exploiter la position désavantagée de la femme dans notre société.[379] »

Faisant écho à la morale religieuse traditionnelle, les juges semblent concevoir la prostitution comme une activité qui, bien que *non interdite*, se déroule dans un environnement de violence et de criminalité. Ils la jugent mauvaise en elle-même parce que, selon leur jugement, elle *avilit la dignité* de la personne.

---

[377] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), p. 59.

[378] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), p. 65.

[379] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), p. 81.

Les juges formulent donc dans cet arrêt un jugement sévère et global sur la prostitution elle-même, « une activité qui constitue à plusieurs égards une exploitation dégradante et, dans certains cas, dangereuse.[380] » En cela ils se montrent clairement moralisateurs à l'endroit de la prostitution alors que les législateurs visent essentiellement à contrôler ses manifestations préjudiciables à la société et à autrui sans l'interdire comme tel, c'est-à-dire que la restriction de la liberté d'expression quant à la sollicitation sexuelle de rue ne nie pas la liberté individuelle de vendre des services sexuels.

> « Le fait que la vente de services sexuels en échange d'argent ne soit pas un acte criminel en droit canadien ne signifie pas que le Parlement ne peut utiliser le droit criminel pour manifester la désapprobation de la société à l'égard de la sollicitation de rue. Tant qu'on ne demandera pas directement à notre Cour de se prononcer sur la compétence du Parlement pour criminaliser la prostitution, il est difficile d'affirmer que le Parlement ne peut pas criminaliser et ainsi contrôler indirectement certains éléments de la prostitution, c'est-à-dire la sollicitation de rue.[381] »

Le dernier arrêt retenu, *Downey*, porte sur un chef d'accusation si large (vivre avec ou se trouver habituellement en compagnie d'une prostituée) qu'il peut contrevenir à l'article 11.d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*382 garantissant la présomption d'innocence. Aussi les

---

[380] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), p. 83.

[381] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), pp. 24-25.

[382] **Charte canadienne des droits et libertés**

Garantie des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

juges reconnaissent-ils le droit que possède une personne qui se prostitue, autant que toute autre personne, de partager sa vie avec un conjoint, autrement dit d'avoir une vie conjugale et sexuelle *normale*.

> « Les faits établis au par. 195(2) ne sont toutefois pas répréhensibles en soi; leur portée est simplement trop large. Ils englobent les personnes qui partagent la vie de prostitués de façon légitime et non parasitique. Aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'il était nécessaire d'avoir une portée aussi large.[383] »

Par contre, l'arrêt décrit le milieu de la prostitution de façon stéréotypée, mettant l'accent sur l'*anormalité* des conditions de vie des personnes, perçues par ailleurs comme généralement vulnérables, qui se prostituent : « parasites qui contrôlent les prostitués de la rue[384] », « nature parasitique et coercitive des rapports entre souteneurs et prostitués, ces derniers, qui sont souvent des jeunes filles.[385] »

[…]

Garanties juridiques

[…]

11. Tout inculpé a le droit :

[…]

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ;

[…].

[383] Arrêt *Downey*, p. 11.

[384] Arrêt *Downey*, p. 11.

[385] Arrêt *Downey*, p. 11.

En conclusion à cette thématique, retenons que l'ambiguïté du langage sur la prostitution s'explique par la référence à la morale religieuse pour traiter d'un sujet qu'encadre un droit. Cependant émerge un point de vue clairement libéral qui veut refléter cette réalité sociale : la notion de nuisance annonce celle de préjudice, les valeurs fondamentales en cause renvoient davantage à la qualité du vivre-ensemble qu'à la valorisation du mariage.

3.3.2.3 Thématique *Consentement*

Le tableau 3 nous indique que l'arrêt *Labaye*[386] possède la plus forte occurrence pour le terme préjudice. C'est à l'occasion de cet arrêt que les juges formulent la théorie du préjudice. Mais ici c'est parce qu'il traite du consentement qu'il retient l'intérêt. L'arrêt *Audet*[387] ne mentionne jamais les mots *préjudice* et *tolérance*, par contre il apparaît capital pour saisir toute l'importance que les juges accordent à la notion de consentement en lien avec le concept de reconnaissance, et par conséquent mieux comprendre la portée éthique de la théorie du préjudice.

3.3.2.3.1 *Labaye* et le préjudice

Dans l'arrêt *Labaye*, les juges esquissent une théorie de la morale sociale en matière de sexualité. D'une part, cette ébauche de théorie vise à donner des balises pour mieux situer la démarcation entre l'interdit et le permis, le criminel et le légal.

---

[386] Arrêt R. *c*. Labaye, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005.

[387] Arrêt R. *c.* Audet, [1996] 2 R.C.S. 171.

> « Ce test [du préjudice] appliqué objectivement et en fonction de la preuve au fur et à mesure des affaires qui surviendront, vise à énoncer des normes juridiques qui permettent aux personnes participant à ces activités sexuelles ou les facilitant de tracer plus facilement la ligne de démarcation entre une conduite criminelle et une conduite qui ne l'est pas. Ainsi, les règles fondamentales du droit criminel qui exigent que les contrevenants potentiels soient raisonnablement avertis des conséquences de leur conduite et que les policiers disposent de normes claires pour appliquer la loi seront, souhaitons-le, respectées.[388] »

D'autre part, elle articule une morale *sociale* autour d'une conception juridique du préjudice à l'endroit des valeurs que la société reconnaît officiellement comme essentielles à son bon fonctionnement. Tout d'abord, qu'entendent les juges par *morale* ? Parfois, ils emploient le terme dans le sens d'une conception religieuse affirmant ce qui est bon ou mauvais pour l'ensemble des fidèles. Par ailleurs, ils utilisent le même terme de *morale* pour décrire d'un point de vue juridico-politique une conception axiologique du vivre-ensemble dans une société libérale, démocratique et pluraliste. Le dispositif de surveillance, en ce qui concerne la morale sociale, est donc juridique et non religieux.

Deux concepts-clés composent cette théorie de la morale sociale : la tolérance et le préjudice.

> « L'indécence a deux sens : un sens moral et un sens juridique. Ce n'est pas à l'aspect moral de l'indécence que nous devons nous intéresser, mais à son aspect juridique. Les aspects moral et juridique du concept sont évidemment liés. Historiquement, les concepts juridiques de l'indécence et de l'obscénité, appliqués respectivement à des comportements et à des publications, ont été inspirés et influencés par les valeurs morales de la

[388] Arrêt *Labaye*, par. 63.

> société. Mais au fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu'ils n'étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu'une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d'une société diversifiée. Cela a mené à l'adoption d'une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective.[389] »

Tout en concevant que dans une société libérale on doit tolérer des comportements, des activités, des actes que personnellement on peut désapprouver, les juges reconnaissent que le principe de tolérance renvoie historiquement à une perception subjective de ce qui est tolérable ou non. C'est pourquoi depuis l'arrêt *Butler* ils recourent au critère du préjudice, à l'endroit de valeurs fondamentales officiellement reconnues, pour rendre plus objective l'application du principe de tolérance. Ainsi une société pluraliste tolère ce qui ne porte pas un grave préjudice à son bon fonctionnement.

> « À cette étape, il faut examiner le degré du préjudice pour déterminer s'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Le critère applicable est exigeant. Il veut qu'en tant que membres d'une société diversifiée, nous soyons prêts à tolérer des comportements que nous désapprouvons, à moins qu'il puisse être établi objectivement, hors de tout doute raisonnable, qu'ils nuisent au bon fonctionnement de la société.[390] »

---

[389] Arrêt *Labaye*, 14.

[390] Arrêt *Labaye*, par. 52.

Dans la théorie du préjudice, le consentement ne possède pas une valeur dominante. Au contraire, il peut faire l'objet d'un examen critique de sa validité au-delà de son apparente affirmation de l'autonomie. Si pour les juges il doit se révéler plus réel qu'apparent, les arrêts ne disent pas comment vérifier sa conformité à la réalité. Veulent-ils signifier par là qu'il doit être éclairé, structuré, réfléchi ?

> « Le consentement du participant sera généralement important pour déterminer si ce type de préjudice est établi. Toutefois, le consentement peut se révéler plus apparent que réel. Les tribunaux doivent toujours être vigilants et se demander si, en réalité, il n'y a pas victimisation. Lorsque d'autres aspects d'un traitement avilissant sont manifestes, le préjudice causé aux participants peut être établi en dépit de leur consentement apparent.[391] »

Dans l'arrêt *Labaye*, les juges reconnaissent la validité du consentement des participants à des activités échangistes après avoir constaté certaines conditions : il y a égalité entre les acteurs et actrices de l'interaction, le consentement se donne sans contrainte, sur une base volontaire et consensuelle, l'interaction ne fait pas l'objet d'une marchandisation ou commercialisation, les personnes ne sont pas instrumentalisées. Bien entendu, l'activité à laquelle on consent se déroule en privé, dans l'intimité, et respecte la dignité de la personne, c'est-à-dire qu'elle n'a pas de connotation ou d'effet dégradant, déshumanisant ou humiliant pour les participants et participantes.

> « Personne n'a été contraint de se livrer à des activités sexuelles, n'a été payé pour s'y livrer, ni n'a été traité comme un simple objet sexuel servant à la gratification des autres. Le fait que le club L'Orage soit un

[391] Arrêt *Labaye*, par. 49.

> établissement commercial ne confère pas en soi un caractère commercial aux activités sexuelles qui s'y déroulaient. En payant les frais d'adhésion, les membres n'aliènent pas leur faculté de consentement. Ces frais leur donnent accès à un club où ils peuvent rencontrer les autres membres et s'adonner à des activités sur une base consensuelle avec des personnes qui partagent les mêmes intérêts en matière sexuelle. L'affaire a été débattue à partir de la prémisse non contestée que les membres participaient aux activités sur une base volontaire et d'égal à égal.[392] »

3.3.2.3.2 *Audet* et la reconnaissance de la vulnérabilité

Dans l'arrêt *Audet*, on ne rencontre pas les termes *préjudice* et *tolérance*. Quel en est alors l'intérêt ? L'arrêt *Audet*, que j'ai classé dans la thématique du consentement, apporte un complément à la théorie du préjudice. En fait, là où il y a consentement éclairé et responsable, participation volontaire, accord égalitaire et consensuel, le risque de préjudice grave apparaît faible. Les juges utilisent dans *Audet* « le pouvoir que lui confère le par. 686(4) du *Code criminel* de casser le verdict d'acquittement prononcé par le juge du procès et d'y substituer un verdict de culpabilité » (*Audet*, par. XIII) à l'endroit d'un professeur d'éducation physique âgé de 22 ayant eu une relation sexuelle durant les vacances d'été avec une adolescente venant tout juste de fêter ses quatorze ans, à qui il avait enseigné durant l'année scolaire venant de se terminer et à qui il allait enseigner à la prochaine session. Il s'agit ici d'une décision exceptionnelle de la part des juges, d'ailleurs la seule parmi tous les arrêts ici analysés.

Dans ce cas spécifique, les juges n'accordent aucune validité au consentement de l'élève en vacances non en raison de son âge mais de la nature de la relation entre les partenaires.

---

[392] Arrêt *Labaye*, par. 67.

> « Le *Code* interdit à toute personne se trouvant dans une telle situation393 à l'égard d'un adolescent de se livrer à l'une quelconque des activités sexuelles décrites aux al. *a*) et *b*) du par. 153(1). Aussi, contrairement à un cas d'accusation d'agression sexuelle, une personne accusée en vertu du par. 153(1) ne peut invoquer le consentement de l'adolescent comme moyen de défense (par. 150.1(1) du *Code criminel*).[394] »

Ce qui fait problème ne relève pas tant du tort réel que la conduite cause ou peut causer aux personnes concernées mais tient plutôt du statut des partenaires que leur attribue une relation fondée sur l'autorité, la confiance ou la dépendance. À la rigueur, il pourrait n'y avoir aucun tort reconnu tout en reconnaissant qu'il y a bel et bien un problème.

> « De toute évidence, le législateur a adopté l'art. 153 du *Code criminel* dans le but de protéger les adolescents se trouvant en situation de vulnérabilité vis-à-vis de certaines personnes en raison d'un déséquilibre inhérent à la nature de la relation qu'ils vivent avec celles-ci. Cette constatation saute aux yeux et il ne serait ni utile ni nécessaire, aux fins du présent pourvoi, d'examiner plus en détail l'étendue et l'ampleur du volet social du problème.[395] »

> « De toute évidence, le législateur a voulu protéger davantage les adolescents. Il a choisi des moyens plus drastiques, en criminalisant l'activité elle-même, qu'elle soit consensuelle ou non (par. 150.1(1) du

---

[393] L'infraction vise d'abord trois catégories distinctes de personnes, soit celles étant en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent et celles à l'égard desquelles un adolescent est en situation de dépendance. Cf Arrêt *Audet*, par. 16.

[394] Arrêt *Audet*, par. 16.

[395] Arrêt *Audet*, par. 14.

> *Code*), dans la mesure où y participe une personne se trouvant à l'égard de l'adolescent dans l'une des situations énumérées au par. 153(1).[396] »

La vulnérabilité devient en quelque sorte une notion-clé et remplace dans cet arrêt celle de préjudice. Il y a, pour ainsi dire, un renversement de situation morale. La faute ne se trouve plus dans la nuisance, dans l'effet de l'activité. Elle loge dans le devoir de protection à l'endroit de personnes vulnérables : manquer à ce devoir constitue la faute morale pour notre société démocratique. Si la personne non vulnérable apparaît responsable de celle qui l'est, par conséquent le consentement ne peut s'avérer égalitaire.

> « J'ajouterai que la définition de la portée des expressions utilisées par le législateur, tout comme la détermination dans chaque cas de la nature de la relation entre l'adolescent et l'accusé, doit se faire en fonction du but et de l'objectif poursuivis par le législateur de protéger les intérêts des adolescents qui, en raison de la nature de la relation qu'ils vivent avec certaines personnes, se trouvent à l'égard de celles-ci en situation de vulnérabilité et de faiblesse.[397] »

> « En effet, la situation relative des parties a toujours eu, en droit criminel canadien, une certaine pertinence quant à la validité du consentement. Notre *common law* reconnaît depuis longtemps que l'exploitation par une personne de la vulnérabilité à son égard d'une autre personne peut avoir une certaine incidence sur la validité du consentement […].[398] »

---

[396] Arrêt *Audet*, par. 23.

[397] Arrêt *Audet*, par. 36.

[398] Arrêt *Audet*, par. 20.

En toute cohérence, bien d'autres arrêts, antérieurs et postérieurs à *Audet* partagent ce même point de vue moral. *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel* juge légitime d'interdire la sollicitation sexuelle de rue afin d' « empêcher que des jeunes personnes vraisemblablement vulnérables et impressionnables soient exposées à une activité qui constitue à plusieurs égards une exploitation dégradante et, dans certains cas, dangereuse.[399] » Dans *Little Sisters Book*, ce n'est plus le groupe des adolescents et adolescentes qu'on qualifie de vulnérable mais la communauté gaie et lesbienne, tout en reconnaissant possible la vulnérabilité d'autres groupes.

> « Dans l'arrêt *Vriend*, précité, notre Cour a jugé que la communauté gaie et lesbienne a traditionnellement fait l'objet de désavantages, de stéréotypes, de préjugés et de vulnérabilité.[400] »

> « Bien que, en l'espèce, ce soient les droits de la communauté gaie et lesbienne qui aient été visés, d'autres groupes vulnérables pourraient également risquer d'être soumis à une censure exagérée.[401] »

L'arrêt *Sharpe* se fait plus englobant en étendant la prévention du préjudice aux membres vulnérables de la société, sans indiquer l'orientation érotique, l'âge, le sexe, la couleur de la peau, etc.

---

[399] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), pp. 82 et 83.

[400] Arrêt *Little Sisters Book*, par. 119.

[401] Arrêt *Little Sisters Book*, par. 124.

> « Des considérations générales, telle la prévention de la haine qui divise la société, comme dans l'arrêt *Keegstra*, précité, ou la prévention du préjudice qui menace des membres vulnérables de notre société, comme dans *Butler*, précité, peuvent justifier l'interdiction de certaines formes d'expression dans certaines circonstances.[402] »

En 2005, dans l'arrêt *Labaye*, on utilise le terme bien général de personne ou de participant : « Déjà dans *Hicklin*, le juge en chef Cockburn parlait de recourir au droit criminel pour empêcher que du matériel ne déprave et ne corrompe les personnes vulnérables entre les mains desquelles il pourrait se retrouver.[403] » Et encore : « Dans les cas où les participants sont vulnérables, il peut être plus facile d'inférer un préjudice psychologique que dans les cas où ils agissent d'égal à égal, en toute autonomie.[404] »

Finalement, les juges en viennent à affirmer que la sexualité constitue une source de profonde vulnérabilité, mais n'élaborent pas ce sujet, ni n'étaient leur propos par une théorie ou une conception sexologique : « La sexualité est source de profonde vulnérabilité, et les appelants ont à juste titre estimé que, à bien des égards, ils étaient traités en parias sur le plan sexuel par les fonctionnaires des douanes.[405] »

---

[402] Arrêt *Sharpe*, par. 22.

[403] Arrêt *Labaye*, par. 45.

[404] Arrêt *Labaye*, par. 59.

[405] Arrêt *Little Sisters*, par. 36.

Il ressort de l'analyse portant sur la thématique du consentement une esquisse structurée de la théorie du préjudice telle que les juges de la Cour suprême l'ont construite depuis l'entrée en vigueur de la *Charte des droits et libertés*. Cependant, les juges n'ont pas intégré de façon cohérente la très importante notion de vulnérabilité, qui ne concerne pas seulement les enfants et adolescents mais bien d'autres groupes et personnes de la société. Et considérer la vulnérabilité de l'autre quant à son rôle et sa responsabilité dans le processus de prise de décision renvoie au concept de reconnaissance que les juges n'ont jamais jusqu'ici développé et qui pourtant, l'arrêt Audet en témoigne, fait partie implicitement de la théorie du préjudice ou de la conception libérale de la morale sociale.

3.4 Les points saillants

Il ressort de l'analyse des trois thématiques les points suivants.

1. Au moins huit principes guident les juges dans leur réflexion sur la morale (tableau 5).

2. La morale sociale s'articule en tension entre trois pôles ou directions.

— Une tendance libertarienne (ex. : arrêts *Tremblay* et *Labaye*) en l'absence de tout préjudice.

— Une interprétation téléologique des valeurs pour déterminer s'il y a préjudice (ex. : arrêts *Butler* et *Little Sisters Book*).

— Une force d'encadrement des choix privés quand il y a risque de préjudice à l'endroit de personnes mineures (ex. : arrêts *Sharpe* et *Audet*).

3. Dans l'arrêt *Butler*, les magistrats distinguent quatre types de matériel obscènes ou pornographiques.

— La représentation explicite de sexualité accompagnée de violence.

— La représentation sans violence, mais illustrant un traitement dégradant ou déshumanisant de la personne.

— La représentation sans violence et sans traitement inhumain.

— La représentation qui pourrait apparaître quelque peu anodine, mais qui inclut la participation d'enfant ou de personne mineure. Seules s'avèrent obscènes les catégories allant à l'encontre des valeurs canadiennes fondamentales et ayant un risque de causer un préjudice important à la personne ou au bon fonctionnement de la société.

4. La théorie du préjudice vise à préciser de façon la plus objective possible ce que la société canadienne, libérale et pluraliste, ne peut tolérer comme comportement allant à l'encontre de ses valeurs fondamentales. De façon non exhaustive, les juges identifient dans l'arrêt Labaye trois groupes de préjudice.

— Le premier regroupe ce qui relève d'une nuisance grave. Il y a préjudice quand involontairement, contre son gré, on est publiquement exposé à une conduite ou à un environnement inacceptable, inapproprié (indécence, obscénité, prostitution, représentations sexuelles publiques dégradantes) qui nuit gravement à la qualité de vie et restreint des valeurs fondamentales telles que l'autonomie et la liberté.

— Le deuxième type de préjudice concerne ce qui prédispose autrui à adopter une conduite antisociale (attitudes ou actes antisociaux) et heurte gravement des valeurs fondamentales officiellement reconnues telles que l'égalité et la dignité. Il peut s'agit aussi bien de publications que de comportements.

— Le dernier type comprend les risques de grave préjudice physique ou psychologique causé aux personnes participant à une activité ou à une conduite donnée, par exemple la prostitution, l'exploitation sexuelle, la pornographie juvénile. Se trouvent en cause des valeurs fondamentales comme la dignité, le droit à la vie et, sans que les juges l'identifient explicitement, la reconnaissance.

5. Pour se voir qualifiée de fondamentale (cf. principalement arrêt *Butler*), une valeur doit être officiellement reconnue par la société canadienne, particulièrement par des textes législatifs fondationnels tels la *Charte canadienne des droits et libertés*, enchâssée dans la constitution du Canada, ou des lois fondamentales semblables, tels le Code criminel et les chartes provinciales des droits de la personne.

— Le premier type comprend les valeurs que nomment explicitement des textes officiels et fondateurs comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, le *Code criminel canadien*, les chartes provinciales des droits et libertés de la personne : l'égalité de tous les êtres humains, l'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté d'expression, la participation au processus politique, la vie et la sécurité. Compte tenu de la suprématie de la *Charte canadienne* sur tous les autres textes, les arrêts se réfèrent exclusivement à cet énoncé constitutionnel.

— Le deuxième type regroupe les valeurs sous-entendues par ces textes fondamentaux, comme la dignité de tous les êtres humains, l'autonomie de la personne, le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents, la recherche de la vérité, la qualité de vie en société.

— Le dernier rassemble les valeurs intimement associées à la conception contemporaine et libérale de l'émancipation de l'individu comme la valorisation personnelle et l'acceptation de soi, l'épanouissement personnel, la reconnaissance de l'autre.

À noter que ne constituent pas des valeurs fondamentales déterminantes la liberté d'expression dans un but économique, comme dans le cas de la sollicitation sexuelle de rue ou de la vente de services sexuels et de matériel obscène (arrêt *Butler*), ainsi que le consentement qui ne se révèle parfois qu'apparent (ex. : arrêt *Audet*).

6. La thématique *Prostitution* (arrêts *Deutsch*, *Corbeil*, *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel*) révèle une grande ambiguïté du discours quand il s'agit de formuler ou d'appliquer une morale sociale en matière de prostitution. L'ambiguïté vient du fait que cette

activité légale irait à l'encontre de la dignité de la personne telle que notre société libérale la conçoit, notamment en fonction du travail.

7. La morale sociale canadienne qui se dégage de l'analyse des arrêts de la Cour suprême se construit pour ainsi dire *sur le tas*, pour ne pas dire sur le banc. La dernière thématique, celle du consentement, fait ressortir le caractère incomplet de la conception de la morale sociale axée sur la notion-clé de préjudice, qui d'une part articule et objective bien la notion de tolérance mais d'autre part n'intègre pas vraiment l'autre notion-clé, celle de vulnérabilité qui présuppose elle-même le concept de reconnaissance (arrêt *Audet*).

Dans le chapitre suivant, j'interpréterai cette analyse et porterai une attention particulière aux présupposés et aux conséquences de la théorie du préjudice et de la conception libérale de la morale sociale dans leur formulation actuelle en regard du rôle de l'agent éthique.

Chapitre IV

La morale sociale exige un agent éthique

4. Introduction

Après avoir analysé les arrêts de la Cour suprême au chapitre précédent, nous voici à l'étape de l'interprétation des résultats. Dans une première partie, je rappellerai les principales phases du passage d'un droit qu'influence la morale religieuse en matière de sexualité à la conception morale du droit libéral qu'explicite la *théorie du préjudice*. L'analyse des arrêts de la Cour suprême démontre qu'il y a eu au Canada une transformation radicale de la conception du droit en matière de sexualité. À partir du corpus d'arrêts rendus au cours de la période allant de 1982 à 2005 et que j'ai analysés au chapitre précédent, je décris cette évolution historique depuis 1868. La lente transformation s'étalant sur 137 ans s'effectue en plusieurs étapes. De 1868 à 1959, on peut déceler l'influence de la morale religieuse sur le droit dans la formulation de lois et dans des jugements. Puis en 1959, 1962 et 1985, les législateurs effectuent une modernisation du droit qu'influencent les sciences sociales et les idées libérales de l'après-guerre avec l'introduction de la notion faible de tolérance. Enfin, en 1990, les juges adoptent une définition morale de la notion de tolérance en mettant l'accent sur le préjudice grave causé à autrui ou à la société, et ce en fonction de valeurs fondamentales officiellement reconnues. En 2005, les juges articulent leur conception morale du droit libéral en formulant une théorie du préjudice.

Ces changements entraînent une redéfinition des normes et des valeurs sociales. La morale religieuse, fondée sur la croyance que la divinité attribue à la sexualité une principale finalité de reproduction de son peuple fidèle, donnait à la foi préséance sur la raison et faisait du sentiment de culpabilité une composante conceptuelle plus déterminante que l'autonomie pour l'agent social. Ce dernier devait s'en remettre à l'autorité hiérarchique pour guider sa conscience. Désireux de tenir davantage compte des conditions de vie et des problèmes moraux qu'apporte au couple et à la famille une fertilité que contrôle un ordre divin, un mouvement réformiste à l'intérieur de l'Église a reconnu à l'agent une certaine liberté lui permettant de choisir de façon plus critique la ou les valeurs modifiant le sens à donner à la sexualité et à la relation conjugale dans le respect général du cadre construit par le magistère. Cette approche qui cherche à allier croyances religieuses et valeurs individuelles permet au sujet de façonner une conception de la morale plus autonome, davantage axée sur les valeurs d'amour et de conjugalité familiale et ouverte à la discussion avec d'autres agents. Alors la décision d'action en matière de sexualité apparaît plus éclairée et répond davantage aux besoins des personnes concernées.

Dans une société grandement laïcisée, l'agent fonde son choix sur des valeurs libérales de liberté, d'autonomie et d'émancipation de la personne dans les limites de ce que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Puis, la conception de la morale se précise avec la clarification de ses composantes conceptuelles : a) des *valeurs fondamentales* que la société pluraliste adopte officiellement et qu'inspirent les droits et libertés constitutionnels, b) la notion de tolérance qui s'articule en fonction du *préjudice envers une personne ou envers la société*, et ce à l'égard d'une ou de plusieurs valeurs fondamentales, et c) la notion de vulnérabilité des partenaires qui présuppose la *reconnaissance de l'autre*.

Dans une deuxième partie, je discuterai des présupposés et des conséquences de cette conception morale du droit libéral en regard du statut et du rôle de l'agent éthique. Cette métamorphose du droit reflète et entraîne des changements majeurs dans la façon de concevoir la morale, et ce sous quatre aspects : a) la référence à des valeurs libérales fondamentales, officiellement ou officieusement reconnues, b) une notion plus large du préjudice s'adressant aussi bien à l'individu immédiatement concerné qu'à l'ensemble des membres de la société, c) la dynamique entre la morale sociale et l'agent éthique, d) l'idée de reconnaissance dans le processus de choix éthique. En somme, la morale sociale traditionnelle d'inspiration religieuse renvoyait à un sujet hétéronome, dépossédé dans sa capacité de réflexion et de discussion alors que la conception morale du droit libéral fait appel à un agent réflexif valorisant la raison délibérative.

En conclusion à ce chapitre, je démontrerai que cette lente métamorphose est aussi celle du sujet sexuel qui devient un agent moral : l'éthique apporte une contribution majeure à la sexualité en favorisant à la fois son appropriation par l'individu et l'émancipation des partenaires concernés au sein du vivre-ensemble.

4.1 La conception morale du droit libéral

Je résumerai dans cette sous-section les étapes de la métamorphose de la morale au sein du droit, d'une conception qui reflétait quelque peu la vision religieuse de l'époque à une morale sociale selon une conceptualisation libérale qui tient compte du caractère pluraliste de la société.

4.1.1 Des étapes marquantes : 1868, 1959, 1962, 1985, 1990, 1992

Quand, en 1868, le juge en chef Cockburn définit l'obscénité dans l'arrêt *R.v Hicklin*, il se réfère sans doute aux conceptions et idées de son temps en matière de sexualité. Selon lui, le matériel obscène tend « à dépraver et à corrompre les personnes susceptibles de subir ces influences immorales »[406]. On peut sans grand risque de se tromper penser que le terme *immoral* qualifie ce qui est contraire à la morale religieuse de l'époque. Le terme *dépraver* renvoie lui aussi à un univers moral à connotation religieuse. Comme les juges de Socrate, l'honorable Cockburn s'est soucié de ce qui pouvait corrompre la jeunesse. Je souligne ici la justification que présentait à l'époque le juge en chef. Il y a un peu moins de 150 ans, la société et la religion valorisaient le mariage et la procréation. Les représentations de la sexualité qui mettait l'accent sur le pouvoir d'exciter plutôt que sur le devoir marital de reproduire allaient donc à l'encontre des bonnes mœurs ou, dit autrement, s'écartaient des modèles normatifs en vigueur[407].

Au tournant des années 1960, une telle justification n'apparaît pas compatible avec les nouvelles idées libérales qui peu à peu orientent les sociétés canadienne et québécoise vers une plus complète laïcisation de sa normativité juridique. En 1959, le parlement d'Ottawa actualise la définition de l'obscénité en éliminant les références à la morale religieuse. Pour démontrer une plus grande neutralité, caractéristique majeure de l'État libéral, les législateurs délaissent donc une vision quelque peu moralisatrice, et s'inspirent des nouvelles sciences sociales, notamment la criminologie, qui éclaireront leur compréhension plus contemporaine de ce qui serait obscène :

---

[406] Arrêt *Butler*, p. 28.

[407] Arrêt *Butler*, p. 50.

l'exploitation indue des choses sexuelles associée au crime, à l'horreur, à la cruauté et à la violence[408].

En 1962, les magistrats de la Cour suprême se prononcent pour la première fois sur un jugement ayant appliqué le nouvel article. Quelles raisons justifieraient qu'on reconnaisse comme *indue* l'exploitation des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir : le crime, l'horreur, la cruauté et la violence ? Dans l'arrêt *Brodie v. The Queen*[409], les juges avaient déjà retenu le principe qui caractérise toute société libérale : « Pour déterminer quand l'exploitation des choses sexuelles sera considérée comme "indue", les tribunaux ont tenté de formuler des critères pratiques, dont le plus important est le critère de la "norme sociale de tolérance".[410] » L'arrêt *Brodie* officialise le passage en matière de sexualité d'un point de vue traditionnellement influencé par la morale religieuse à une norme de tolérance se réclamant résolument du libéralisme, de la liberté de choix, et par conséquent du pluralisme.

En 1982, une charte des droits et libertés devient partie intégrante de la constitution canadienne, et par conséquent la référence pour interpréter les lois du pays. Il s'agit là d'une reconnaissance officielle et politique du caractère profondément libéral des institutions canadiennes. Cependant, ce n'est qu'en 1985 que les juges se donnent une formulation officielle de la norme de tolérance

---

[408] Arrêt *Butler*, pp. 28 et 29 : « **150.** […] (8) Aux fins de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir : le crime, l'horreur, la cruauté et la violence. »

[409] Arrêt *Brodie v. the King*, [1936] S.C.R. 188, cité dans l'arrêt *Butler*.

[410] Arrêt *Butler*, p. 31.

dont ils affirment clairement le caractère contemporain et libéral, plutôt qu'esthétique ou religieux : « Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient.[411] »

Bien que cette formulation apparaisse quelque peu alambiquée et demeure sujette à des interprétations subjectives, la norme libérale de tolérance signifie néanmoins que la société valorise les libertés individuelles — donc le droit à la différence et le pluralisme quant aux conceptions particulières de la vie bonne —, et que par conséquent elle tolère des comportements que certains de ses membres désapprouvent personnellement. De plus, les juges lient la norme sociale de tolérance à la protection de « valeurs nettement fondamentales, […] partagées par la société canadienne contemporaine[412] », ce qui présuppose une conception générale du vivre-ensemble. De ces derniers arrêts, j'ai dégagé et regroupé huit principes (voir tableau 5) qui guideront les magistrats dans la formulation de leurs jugements ultérieurs et qui contribueront à construire une éventuelle conception morale du droit libéral canadien.

En 1990, les magistrats font un pas de géant dans la clarification de la norme de tolérance en se référant aux sources mêmes du libéralisme. Quelle si importante raison peut justifier que les tribunaux restreignent une liberté individuelle que protège la Constitution canadienne, spécifiquement la *Charte canadienne des droits et libertés* ? C'est avec l'arrêt *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel* que pour la première fois les juges associent

[411] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 34.

[412] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 78.

la notion de préjudice à la norme sociale de tolérance, et ce en s'appuyant sur la pensée de John Stuart Mill, le philosophe anglais du libéralisme.

> « La seule fin pour laquelle la société est justifiée de porter atteinte à la liberté d'action d'un individu est, selon lui, la protection de la société elle-même. Le pouvoir devrait être exercé pour empêcher un individu de causer un préjudice aux autres, mais c'est le seul aspect de sa conduite pour lequel il est responsable envers la société.[413] »

Ainsi, l'interprétation libérale que font les juges des libertés individuelles veut qu'un comportement qui dépasse le seuil de tolérance soit celui qui cause ou risque de causer un préjudice à la société ou à autrui. En articulant la norme de tolérance avec la notion de préjudice, les juges formulent un premier énoncé de la conception morale du droit libéral canadien en matière de sexualité. À noter que cette conception morale ne propose pas un idéal substantiel du vivre-ensemble ou d'une vie réussie. Elle clarifie plutôt les balises juridiques à l'extérieur desquelles un comportement sexuel pourrait apparaître préjudiciable au bon fonctionnement de la société et à ses membres.

Deux ans plus tard, l'arrêt *Butler* affirme et dynamise cette première version de leur conception morale du droit libéral : il relie de façon plus signifiante les notions déjà en place. Selon la nouvelle conceptualisation formelle, objective et opérationnelle de la norme de tolérance, il y a préjudice causé à la personne ou au bon fonctionnement de la société quand un comportement sexuel porte gravement atteinte à une ou à des valeurs contemporaines et fondamentales officiellement reconnues. La dimension morale du droit reçoit ici sa confirmation par le rôle que

[413] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), p. 47.

les magistrats attribuent aux valeurs sociales fondamentales pour déterminer la gravité du préjudice juridique.

4.1.2 Valeurs et normes de la morale sociale

La morale sociale telle que les juges la construisent, sans la théoriser, apparaît flottante, au gré de la société. Il ne s'agit pourtant pas d'une abstraction nébuleuse mais plutôt d'un *work in progress*. Dans cette sous-section, je ferai l'inventaire des valeurs qui la composent et auxquelles les juges réfèrent, parfois de façon vague, sans nécessairement les regrouper ni clairement les classer. Je répertorierai d'abord les valeurs associées aux droits et libertés. Puis les valeurs motivées par un intérêt économique. Enfin, les valeurs que sous-tend le consentement. Cela 6 permet de faire apparaître l'état de la morale sociale au moment de la rédaction de la thèse.

4.1.2.1 Clarification de termes

Mais tout d'abord demandons-nous ce qu'est pour les juges une valeur, et surtout une valeur fondamentale. C'est quand ils clarifient les notions de tolérance et de préjudice qu'ils traitent véritablement des valeurs fondamentales. Et ce sont dans les arrêts *Towne Cinema Theatres*, rendu en 1985, *Butler*, datant de 1992 et *Labaye*, formulé en 2005, qu'ils explicitent le mieux leur pensée. Rappelons tout d'abord que les magistrats emploient comme synonymes les termes *norme* et *valeur* : il n'y a pas d'explication donnée, ni d'ailleurs de véritable confusion qui en résulte. Somme toute, dans l'esprit des magistrats apparaît normative une valeur fondamentale qui s'impose à tous avec la force d'une norme ! Voici ce qui supporte cette affirmation.

Dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres*, les juges clarifient pour la première fois ce qu'ils entendent par valeurs fondamentales en traitant des normes sociales qu'outrepasse l'obscénité, c'est-à-dire l'exploitation indue de choses sexuelles : « (ii) il doit s'agir des normes contemporaines […]; (iii) il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction de la société […].[414] » Pour se voir qualifiée de fondamentale, une norme, c'est-à-dire une valeur, doit être officiellement reconnue par la société canadienne, particulièrement par des textes législatifs fondateurs telles la *Charte canadienne des droits et libertés*, enchâssée dans la Constitution du Canada, ou des lois fondamentales semblables, tels les codes provinciaux des droits de la personne. Bien entendu, on peut ajouter le Code criminel.

> « […] valeurs nettement fondamentales » et « valeurs […] partagées par la société canadienne contemporaine […].[415] »
>
> « […] valeurs fondamentales de notre société […].[416] »
>
> « […] valeur fondamentale exprimée dans la Constitution ou les lois fondamentales semblables de notre société, telles les déclarations des droits […].[417] »
>
> « […] valeurs reconnues par notre Constitution et nos lois fondamentales

[414] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 33

[415] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 78.

[416] Arrêt *Butler*, p. 55.

.[417] Arrêt *Labaye*, par. 33.

> semblables […].[418] »
>
> « […] normes sociales officiellement reconnues […] protégées par la *Charte canadienne des droits et libertés* et les lois fondamentales semblables, tels les codes provinciaux des droits de la personne […].[419] »
>
> « […] normes sociales officiellement reconnues […].[420] »
>
> « […] une valeur exprimée et donc reconnue officiellement dans la Constitution ou une autre loi fondamentale semblable […] valeur officiellement reconnue par la société […].[421] »

4.1.2.1.1 Valeurs constitutionnelles ?

De quelles valeurs s'agit-il ? À partir principalement de l'arrêt *Butler*, j'ai identifié trois types de valeurs qui, présentées comme fondamentales, ne sont par ailleurs pas toutes également et officiellement reconnues[422].

Le premier type comprend les valeurs que nomment explicitement des textes officiels et fondateurs comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, le *Code criminel canadien*, les

---

[418] Arrêt *Labaye*, par. 36.

[419] Arrêt *Labaye*, par. 46.

[420] Arrêt *Labaye*, par. 46.

[421] Arrêt *Labaye*, par. 62.

[422] Supra : **3.4 Les points saillants.**

chartes provinciales des droits et libertés de la personne : l'égalité de tous les êtres humains, l'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté d'expression, la participation au processus politique, la vie et la sécurité. Compte tenu de la suprématie de la *Charte canadienne* sur tous les autres textes, les arrêts se réfèrent exclusivement à cet énoncé constitutionnel.

Le deuxième type regroupe les valeurs sous-entendues par ces textes fondamentaux, comme la dignité de tous les êtres humains, l'autonomie de la personne, le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents, la recherche de la vérité, la qualité de vie en société.

Le dernier type rassemble les valeurs intimement associées à la conception contemporaine et libérale de l'émancipation de l'individu comme la valorisation personnelle et l'acceptation de soi, l'épanouissement personnel, la reconnaissance de l'autre. À noter à gros traits qu'il y a là, par les juges eux-mêmes, une interprétation plus large que littérale de leur propre théorie du préjudice.

4.1.2.1.2 Valeurs et intérêt économique

Ne constituent pas des valeurs fondamentales déterminantes la liberté d'expression dans un but économique, comme dans le cas de la sollicitation sexuelle de rue ou de la vente de services sexuels et de matériel obscène, ainsi que le consentement qui n'est parfois qu'apparent.

La liberté d'expression est un droit que reconnaît la *Charte*, et par conséquent une règle de droit doit justifier sa restriction. Cependant dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*[423] rendu en 1990, la Cour suprême « a statué qu'un motif d'expression de nature

[423] Arrêt Rocket *c.* Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario, [1990] 2 R.C.S. 232, cité dans l'arrêt *Butler*.

économique signifie qu'il se pourrait que des restrictions imposées à l'expression "soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes"[424]. Dans le cas spécifique de la prostitution, et je suppose dans toute autre activité semblable comme la vente de pornographie ou les massages dits érotiques, les juges pensent pouvoir « difficilement affirmer que les communications relatives à l'opération économique d'échange de services sexuels pour de l'argent relèvent, ou même se rapprochent, de l'essence de la garantie de la liberté d'expression.[425] » Selon les magistrats, ce genre d'expression de la liberté, à caractère sexo-économique « est loin de l'essence de la garantie de liberté d'expression. Il ne fait appel qu'à l'aspect le moins digne de l'épanouissement personnel […].[426] »

4.1.2.1.3 Valeurs et consentement

La conception des valeurs fondamentales des membres de la Cour suprême présuppose une notion du vivre-ensemble que ne partagent pas tous les philosophes se réclamant du libéralisme. Par exemple, pour le philosophe français Ruwen Ogien qui appelle au relativisme moral, plus précisément à l'éthique minimaliste[427], le consentement représente l'affirmation de la liberté et de l'autonomie de l'individu. Ogien défend philosophiquement un point de vue strictement juridique du libéralisme : l'interaction entre individus consentants équivaut à un contrat. Dans ce cas, il y a préjudice

---

[424] Arrêt *Butler*, p. 60.

[425] Arrêt *Butler*, p. 58.

[426] Arrêt *Butler*, p. 70.

[427] Voir Ruwen Ogien, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007.

uniquement s'il y a clairement un tort intentionnel et immédiat causé à une tierce personne. Autrement dit, qui consent à subir un tort renonce à ce qu'il y ait préjudice. Selon Ogien, l'expression verbale ou écrite suffit à légitimer le consentement individuel et on ne peut le mettre en doute, surtout pas en regard de valeurs, notamment la dignité, impossibles à définir de façon objective.

Cependant, en y regardant de plus près, la conception du consentement que se fait l'éthique minimaliste relève davantage du point de vue juridique présupposant a) que l'État doit resté neutre quant aux conceptions individuelles du bien, b) que seul l'État peut se permettre d'intervenir au nom de la morale, et seulement quand il y a nuisance manifeste à une tierce personne. S'en trouve minimisée l'importance de la justification des intentions, des choix et des actes. S'il n'y a pas de tort flagrant envers une tierce personne, il n'y a pas lieu de justifier son acte[428]. En fait, l'éthique minimaliste accorde une telle primauté à l'aspect juridique du consentement fondé sur la liberté individuelle que n'ont plus de pertinence la justification et l'argumentation morales du choix auquel on consent. La morale minimale ne considère que deux éléments du choix moral : a) le fait que je consente et b) que l'activité à laquelle je consens ne nuise pas immédiatement ou intentionnellement à une tierce personne. Relèveraient de l'esthétique ce à quoi je consens, les raisons pour lesquelles j'y consens, les présupposés à mon consentement, les conceptions du bien, de l'amour, de la sexualité, de la relation interpersonnelle, etc. Dans cette perspective, les valeurs et les finalités tiendraient des préférences personnelles.

---

[428] Ruwen Ogien, « Raisonner sur la pornographie», *in Questions d'éthique contemporaine, s*ous la direction de Ludivine Thiaw-Po-Une, s.l. Éditions Stock, 2006, p. 154.

D'un tout autre point de vue, pour les juristes de la Cour suprême qui se réfèrent explicitement au Code criminel, le consentement, comme affirmation simple de la liberté individuelle, n'est pas aussi déterminant. Il ne doit pas justifier ce qui porte un grave préjudice à une valeur fondamentale, par exemple la dignité : « Le consentement ne saurait permettre de sauvegarder du matériel qui, par ailleurs, renferme des scènes dégradantes ou déshumanisantes.[429] » Dans le cas spécifique d'accusation d'exploitation sexuelle d'une personne adolescente, « le consentement […] ne constitue pas un moyen de défense […] puisque exiger une preuve d'exploitation revient à reconnaître implicitement à la qualité du consentement une pertinence qu'elle n'a pas dans un tel contexte.[430] » Les juges insistent sur le fait que la jurisprudence en droit criminel canadien tient compte de la position relative des partenaires concernés, notamment dans les cas où comptent des facteurs d'autorité, de confiance, de pouvoir, de violence, de contrainte, de fraude : « Notre *common law* reconnaît depuis longtemps que l'exploitation par une personne de la vulnérabilité à son égard d'une autre personne peut avoir une certaine incidence sur la validité du consentement[431] »

Ces décisions de la Cour suprême renvoient à un arrière-plan moral qui conditionne le consentement. Pour les magistrats, le consentement représente davantage que la simple affirmation de la liberté individuelle. Selon eux, la société canadienne ne doit pas tolérer un comportement qui porte un préjudice grave à une personne en regard d'une valeur fondamentale officiellement reconnue par la constitution ou un autre texte fondateur. Par conséquent, un consentement doit reposer sur une réflexion sur les conséquences que peut avoir un choix d'action en se référant à un ensemble

---

[429] Arrêt *Butler*, p. 35.

[430] Arrêt *Audet*, par. XIX.

[431] Arrêt *Audet*, par. XX.

spécifique de valeurs et des catégories de préjudice. Au mieux, le consentement apparaîtrait alors comme le résultat d'un processus de délibération décisionnelle dans lequel se seraient engagés des sujets autonomes. Dans cette perspective idéale, les agents démontreraient clairement le souci d'en arriver à un accord valide, notamment en faisant un choix d'action réfléchi qu'ils pourraient rationnellement justifier, en tenant compte de leur capacité individuelle à consentir, en prenant en considération les valeurs qu'ils reconnaissent comme personnelles, en s'assurant qu'ils ne causent pas un préjudice non seulement à eux-mêmes ou à un tiers immédiatement concerné mais aussi aux membres de la société, c'est-à-dire aux valeurs sociales fondamentales. C'est selon de telles conditions, de telles règles que se conjugueraient dans la grammaire de la morale sociale les concepts de consentement, d'autonomie, de reconnaissance et de préjudice. Ainsi peut-on dire que le consentement en matière de sexualité relèverait pleinement de la conduite morale.

Près de cinquante ans après une première mise à jour de la définition de l'obscénité visant à distinguer le point de vue du droit de celui de la morale religieuse, les juges formulent de façon structurée une conception morale du droit libéral, en matière de sexualité, contrée sur la norme de tolérance qu'organise la notion de préjudice en regard des valeurs fondamentales de la société canadienne.

Dans l'arrêt *Labaye* rendu en 2005, les magistrats énoncent leur théorie du préjudice. Pour reconnaître qu'il y a préjudice, deux conditions intimement liées s'imposent. Le comportement sexuel a) porte atteinte à une valeur essentielle que reconnaissent officiellement la Constitution, spécifiquement la *Charte canadienne des droits et libertés*, des lois fondamentales semblables, ou des codes provinciaux des droits de la personne, b) et ce avec une telle gravité qu'il met en cause le bon fonctionnement de la société.

Il ressort de cette première partie deux points majeurs.

En matière de sexualité, le droit canadien se structure depuis la deuxième moitié du XX^{e} siècle autour d'une conception libérale qu'exprime la théorie du préjudice : d'une part la tolérance prévaut dans une société démocratique et pluraliste, de l'autre l'exercice des libertés individuelles doit respecter les valeurs fondamentales au cœur du vivre-ensemble canadien. À noter ici que le préjudice ne se limite pas au tort causé à un individu immédiatement concerné ; il englobe l'ensemble des membres de la société quand il vise des valeurs fondamentales.

Mais quelles valeurs fondamentales composent la morale sociale et peuvent subir un si grave préjudice que l'on aurait de bonnes raisons pour restreindre des droits et libertés individuels ? Pour être qualifiées de fondamentales, des valeurs doivent répondre à deux conditions.

Doivent les reconnaître officiellement des textes fondateurs comme la Constitution canadienne, précisément la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est-à-dire la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou des lois fondamentales semblables tels le *Code criminel canadien* et les chartes provinciales des droits de la personne.

Ces valeurs doivent caractériser aujourd'hui notre société qui se veut démocratique, libérale et pluraliste. À noter que cette deuxième condition prime parfois sur la première, dans le sens qu'une valeur peut singulariser notre vivre-ensemble sans nécessairement se retrouver nommément dans un texte fondateur. Comme je l'ai clairement noté au chapitre III[432], les

[432] *Cf.* **3.4 Les points saillants**.

magistrats considèrent tout aussi fondamentales des valeurs intimement associées à la conception contemporaine et libérale de l'émancipation de l'individu, telles la valorisation personnelle et l'acceptation de soi, l'épanouissement personnel, la reconnaissance de l'autre.

Si ces valeurs, selon les juges, apparaissent essentielles au bon fonctionnement de notre société libérale, indiqueraient-elles alors une direction à la morale sociale ? Bien qu'elles ne relèvent pas d'une conception *particulière* de la vie bonne, elles renvoient certainement à une conception *générale* du vivre-ensemble que partagent ou devraient partager les membres de la société canadienne.

Un certain nombre de ces valeurs, d'ordre constitutionnel ou juridique, appartiennent à la *Charte canadienne des droits et libertés* ou au Code criminel canadien : égalité entre les femmes et les hommes, égalité entre les orientations érotiques, liberté d'expression, liberté de consentement, non-violence, droit à la vie et à la sécurité, reconnaissance de la vulnérabilité des personnes mineures.

Quoique *la Charte canadienne des droits et libertés* ou le Code criminel canadien ne les identifient pas explicitement, les autres valeurs apparaissent essentielles, donc fondamentales, pour une société pluraliste et libérale située en Amérique du Nord, au début du XXI^{e} siècle. Elles sont sous-entendues, présupposées ou se déduisent de la *Charte* ou du Code criminel canadien : la dignité et l'émancipation de l'être humain, l'épanouissement personnel, la concorde sociale. Les juges font à maintes reprises appel à la dignité de l'être humain, notamment quand ils traitent de la prostitution ou de l'obscénité. L'émancipation de l'être humain, une notion tout aussi formelle que les autres, peut se déduire du fait que la société se donne des valeurs non seulement

dans un but de justice, mais aussi pour assurer un mieux-être à tous ses membres. L'épanouissement personnel, tout comme la dignité, fait de l'individu le bénéficiaire de la morale sociale puisque les droits et libertés que la société libérale cherche à garantir constituent les conditions de possibilité, égales pour tous, de se donner une conception particulière de la vie bonne. La concorde sociale[433] peut signifier aussi bien l'entente ou l'accord collectif, la qualité du vivre-ensemble, le civisme que le respect mutuel.

Il semble difficile ou impossible de classer toutes ces valeurs en deux catégories exclusives : le juste et le bien. Quelles valeurs visent une société juste ? Quelles autres promeuvent une conception *générale* du bien ? À la limite, un idéal de société juste relève d'une conception sociale du bien, la justice étant considérée comme un bien à rechercher. Ce qui ferait problème dans une société libérale et pluraliste, ce n'est pas que l'État prône une conception générale du vivre-ensemble, mais que cette conception soit particulière, par exemple religieuse, ou libertarienne. En fait, ces valeurs constituent des conditions morales de vie en société libérale que caractérisent le pluralisme, les libertés individuelles et la tolérance.

En somme, de cette morale sociale, de cette représentation de la vie en société, découlent deux normativités majeures. Une première, d'ordre juridique, propose des balises axiologiques et renvoie aux lois constitutionnelles et pénales. Une deuxième normativité relève du sujet de droit assumant un important rôle d'agent éthique : il est d'une part imputable de ses décisions et comportements, et d'autre part coresponsable de la qualité morale de la relation avec autrui.

---

[433] La devise de la ville de Montréal, *Concordia salus*, annonçait lors de son adoption en 1833 l'importance de s'entendre pour la survie et le développement d'une communauté multiethnique et déjà pluraliste sous plusieurs points de vue.

Somme toute, loin de se révéler libertarienne ou déontologique, la morale sociale flottante liée à la conception morale du droit libéral offre plusieurs raisons de penser qu'elle repose en grande partie sur le rôle et la participation éthique de ses membres.

En effet, l'agent, ou mieux, les agents assument un double rôle : ils dynamisent les valeurs fondamentales et continuent à les définir. Comme une langue, les valeurs de la morale sociale n'existent pas en soi ou par la simple volonté d'une puissance transcendante. Elles comptent et vivent que si des individus, pour leur mieux-être, les pratiquent, les incarnent, les intègrent à leurs comportements et à leur conduite. Par ailleurs, comme il s'agit d'une morale non écrite, flottante, non substantielle mais générative de sens et perfectible, elle s'enrichit du débat public. C'est à l'ensemble des agents moraux et non aux juges de la Cour suprême que revient socialement la responsabilité de se donner des balises qui conviennent au type de vivre-ensemble privilégié. Les magistrats peuvent sanctionner mais non créer des valeurs sociales fondamentales.

Alors que la morale religieuse déterminait la finalité de la sexualité, la nouvelle morale sociale remet à l'agent la responsabilité de donner un sens à ses actions. Déjà, dans les années 1960, les catholiques réformistes avaient initié un mouvement d'appropriation qui visait à élargir le cadre de sens que donnait à la sexualité le magistère pontifical, et ce dans le but d'y attribuer leur propre signification en fonction de valeurs conjugales partagées. C'est à l'intérieur d'un cadre libéral associé au vivre-ensemble que l'agent d'aujourd'hui situerait sa signification. Loin de la fonder sur l'arbitraire, les personnes concernées procèderaient par délibération, en regard de valeurs, certaines personnelles, d'autres partagées et fondamentales. Le processus de délibération se prête aussi fort judicieusement pour intégrer les différentes composantes de la sexualité à la

réflexion éthique.

Parce que cette morale sociale se compose des valeurs officiellement et explicitement identifiées aux droits et libertés constitutionnels, ainsi que de valeurs sous-entendues et de valeurs présupposées liées à la philosophie morale du libéralisme, je la qualifie de flottante. Ce qui signifie d'une part qu'elle n'est pas une morale constitutionnelle, c'est-à-dire subordonnée exclusivement à l'interprétation de la Constitution et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Et d'autre part qu'elle ne peut relever par conséquent de la seule et unique interprétation des magistrats de la Cour suprême. Il s'agit là d'une deuxième caractéristique majeure de la morale sociale, rappelant que dans les années 1960 une interprétation réformiste de la morale religieuse forçait elle aussi un dépassement de l'interprétation du magistère et tenait compte de la réflexion des agents laïcs. De même et dès sa conception, la morale sociale issue de la théorie du préjudice ne peut se suffire de l'interprétation des magistrats de la Cour suprême et s'ouvre par conséquent au débat public pour se définir de façon ouverte, flottante.

Cette transformation du droit reflète et entraîne des changements quant à la compréhension de la morale en matière de sexualité et quant au rôle de l'agent éthique. Dans la prochaine section, je développerai la notion de morale sociale à laquelle renvoie la théorie du préjudice et je dégagerai les caractéristiques de l'agent qu'elle présuppose.

4.2 Dynamique : morale sociale et agent éthique

La théorie du préjudice relève d'une conception morale du droit libéral et renvoie à une morale flottante, non substantielle mais générative de sens et perfectible, une morale qui propose des

balises en fonction des droits et libertés au fondement de la société libérale. Ainsi la morale sociale ne repose plus sur la tradition religieuse ; elle s'inspire du libéralisme, un courant de pensée de philosophie politique qui, loin de se réduire à une doctrine, valorise des libertés et des droits fondamentaux pour les personnes, dans le respect des croyances individuelles et dans les limites de la tolérance sociale. De l'analyse des arrêts de la Cour suprême, quels éléments retirons-nous pour définir de façon plus structurée cette morale sociale que les juges, par ailleurs, n'ont jamais vraiment esquissée ? Que pouvons-nous dire de l'agent et de la raison pratique que cette morale mobiliserait ? Ce sont des questions auxquelles la présente section vise à répondre.

4.2.1 Une conception morale à géométrie variable ?

La morale sociale s'apparente à une extension de la conception morale du droit libéral qui renvoie elle-même aux valeurs fondamentales, entre autres celles de la *Charte canadienne des droits et libertés*[434]. S'agit-il d'une morale déontologique ou axiologique ? Si elle ne prescrit pas

[434] « La Charte canadienne des droits et libertés est entrée en vigueur le 17 avril 1982. L'article 15 de la Charte (droit à l'égalité) a pris effet trois ans après les autres dispositions de la Charte, soit le 17 avril 1985. Ce délai était nécessaire afin de permettre aux gouvernements de s'assurer que leurs lois étaient compatibles avec les droits à l'égalité énoncés à l'article 15.

La Charte a pour fondement le principe de la primauté du droit et enchâsse dans la Constitution du Canada les droits et libertés que les Canadiennes et Canadiens estiment essentiels au maintien d'une société libre et démocratique. Elle reconnaît les grandes libertés fondamentales (p. ex. la liberté d'expression et la liberté d'association), les droits démocratiques (p. ex. le droit de vote), les libertés de circulation (p. ex. le droit de vivre dans l'endroit de son choix au Canada), les garanties juridiques (p. ex. le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne), les droits à l'égalité ainsi que le patrimoine multiculturel des Canadiennes et Canadiens. De plus, la Charte protège les langues officielles et le droit à l'éducation dans la langue de la minorité. Les dispositions de l'article 25 de la Charte garantissent également les droits des peuples autochtones du Canada. » Tiré du site Internet de Patrimoine canadien, organisme fédéral : http://www.pch.gc.ca/pgm/pdp-hrp/canada/frdm-fra.cfm.

de comportements à éviter, elle s'appuie tout de même sur un dispositif juridique, le Code criminel, qui intervient en cas de préjudice en regard des valeurs fondamentales, parfois en cas de dérogation pure et simple à une norme légale. Nous trouvons-nous devant un problème de conception et de compréhension de ce qu'est une morale sociale pour une société libérale, démocratique et pluraliste ? Une charte des droits et libertés à laquelle s'ajoute une théorie du préjudice pour articuler la notion de tolérance ne constitue pas une morale comme telle. N'existe pas un ensemble de normes morales qui, systématisées, composeraient la morale sociale canadienne. Tout au plus se dégage ou se construit une morale sociale qu'on pourrait qualifier de formelle et de flottante, en quelque sorte une vue de l'esprit à la fois clairement distincte de la morale religieuse et plutôt indéfinie dans son orientation plurielle. Somme toute, la morale sociale canadienne se présente comme une normativité non écrite.

Il demeure tout à fait clair que les magistrats font une distinction entre la morale religieuse et la morale sociale associée à une conception morale du droit libéral. J'appuie cette affirmation sur quatre différences : les fondements, les buts, les normativités, et les systèmes de sanction.

> a) La morale religieuse se centre sur la croyance en une divinité omnicréatrice et toute-puissante voulant sauver le genre humain qui lui doit reconnaissance; la morale sociale associée à une conception morale du droit libéral exprime sa foi dans les libertés individuelles, conditions essentielles pour favoriser la réalisation de soi et la qualité du vivre-ensemble dans un pluralisme de formes de vie.
>
> b) L'une traite des comportements que le croyant doit adopter pour vivre en conformité avec les lois et volontés de sa divinité; l'autre vise à reconnaître des comportements sociaux qui dérogent gravement aux valeurs et principes qui caractérisent le vivre-ensemble au sein de la société canadienne actuelle.
>
> c) La morale religieuse réfère à des valeurs fondées sur des textes sacrés et d'ordre divin

> alors que la morale sociale renvoie aux valeurs contemporaines fondamentales officiellement reconnues, principalement par des textes constitutionnels démocratiquement adoptés.
>
> d) La première trouve sa motivation dans un système de récompense et de châtiment qui s'appliquera dans l'au-delà, après la mort; l'autre s'appuie sur un dispositif judiciaire n'attribuant que des sanctions punitives.

Ces différences illustrent l'écart qui se construit depuis un demi-siècle entre la morale religieuse qui véhicule une idée particulière de la vie bonne et la morale sociale qui cherche à réguler le vivre-ensemble d'une part en reflétant le pluralisme de la société canadienne dans ses valeurs de tolérance, de liberté et d'égalité, et d'autre part en laissant cohabiter une pluralité de conceptions de vie réussie.

En fait, cette morale pourrait prendre trois orientations : libertarienne (un comportement est toléré s'il ne cause pas de grave préjudice, intentionnel ou immédiat, à autrui[435]), téléologique (un comportement n'est pas toléré parce qu'il va à l'encontre d'une conception générale du vivre-ensemble congruente avec les valeurs sociales fondamentales officiellement reconnues[436]), déontologique (parce que contraires à une norme, ne sont jamais tolérés certains comportements spécifiques, bien que librement consentis, ayant lieu en privé, ne causant pas intentionnellement de préjudice grave et immédiat[437]).

---

[435] *Cf.* les arrêts *Tremblay* et *Labaye*.

[436] *Cf.* les arrêts *Butler* et *Little Sisters Book*.

[437] *Cf.* les arrêts *Audet* et *Sharpe*.

Avec les arrêts *Tremblay* et *Labaye* apparaît nettement une tendance *libertarienne* : dans la mesure où il n'y a pas de préjudice grave ou de risque de grave préjudice, on doit tolérer tout comportement sexuel qui se pratique en privé. C'est la position la plus juridique, celle de la morale minimaliste à la Ogien : dans le respect de l'autonomie et de la liberté individuelles, l'État ne doit intervenir dans les affaires privées que s'il y a nuisance directe et intentionnelle à autrui. Le consentement apparaît suprême, décisionnel, et surtout sans exigence de justification du moment que le comportement ne cause pas un tort grave immédiat et intentionnel, ce qui évacue toute prétention à une quelconque dimension éthique. C'est le principe de la liberté maximale dans les limites du privé associée au minimum d'imputabilité.

Les arrêts *Butler* et *Little Sisters Book*, quant à eux, illustrent une orientation *téléologique*. Les magistrats dépassent la question du préjudice, immédiat ou non, intentionnel ou non, pour mettre en valeur un mode de vivre-ensemble en accord avec des valeurs sociales fondamentales : par exemple on doit interdire un certain type de matériel obscène dans le but, en quelque sorte, de favoriser et de réaliser les valeurs d'égalité, de dignité, de respect des personnes et de non-violence des comportements. L'orientation téléologique présuppose une certaine conception générale de la vie bonne en société et exige de l'agent éthique qu'il se questionne sur les conséquences individuelles et sociales de ses choix à moyen et à long termes en regard de cette finalité. Une morale normative ayant un contenu substantiel fort évite le raisonnement éthique. Mais la morale normative de type formel, fondée sur des valeurs aussi générales que l'égalité ou la dignité, fait nécessairement appel au raisonnement éthique dans les situations où, par exemple, les critères d'obscénité et de consentement n'autorisent pas un jugement clair. L'orientation téléologique laisse donc un plus grand rôle à l'agent éthique.

Une troisième orientation, qu'illustrent les arrêts *Audet* et *Sharpe*, se veut quasi aussi *normative* que la morale traditionnelle religieuse. Nous avons vu avec l'arrêt *Audet* que le consentement n'est pas significatif, que la ligne de démarcation se révèle aussi claire qu'un énoncé déontologique : l'agent éthique doit aveuglément suivre la norme, quelles que soient les circonstances. Pour prévenir un préjudice à l'endroit des personnes mineures, l'arrêt *Sharpe* interdit la possession pour usage exclusivement privé de matériel pornographique juvénile. Là encore, la norme déontologique marque à gros traits la différence entre le permis et l'interdit, ne laissant apparemment aucun rôle à l'agent éthique.

Y a-t-il une orientation plus importante que les deux autres ? La clarification du statut de l'agent moral permettra de préciser quelle orientation semble prédominer.

4.2.2 Un sujet de droit devenu agent moral

Dans cette sous-section, nous verrons comment la théorie du préjudice fait du sujet de droit un agent moral. Précisément, j'expliquerai pourquoi la notion de consentement se conjugue avec celle de reconnaissance, ce qui entraîne une discussion intersubjective asymétrique sur le choix de l'action. En clarifiant le rôle de l'agent, nous saisirons davantage quelle orientation prend la nouvelle morale sociale.

Les arrêts de la Cour suprême mettent en évidence un sujet de droit évoluant dans un contexte social de libertés individuelles susceptibles de restriction. C'est d'ailleurs l'essentiel de l'exercice des magistrats d'évaluer dans quelle mesure et selon quelles raisons le justifiant une ou des libertés doivent ou devraient être restreintes en fonction des valeurs que la communauté

canadienne reconnaît officiellement comme fondamentales à son bon fonctionnement, valeurs libérales entre autres de liberté, d'égalité, de tolérance.

Quitter la perspective de la morale traditionnelle axée sur un ordre surnaturel plutôt que social et opter pour une conception du droit inspirée notamment et nommément de John Stuart Mill[438] signifie pour les juges a) qu'on peut restreindre des libertés individuelles non parce qu'il offense une Puissance transcendante mais « pour empêcher un individu de causer un préjudice aux autres » et b) que c'est là « le seul aspect de sa conduite pour lequel il est responsable envers la société ». La notion de préjudice à laquelle réfèrent les magistrats en citant Mill ne s'apparente pas du tout à celle d'Ogien limitée au tort intentionnel et immédiat causé à autrui. Je retiens ici qu'en faisant appel à Mill, les juges n'ont pas tant voulu se réclamer comme tel de l'utilitarisme, mais plutôt souligner l'importante idée morale que nos libertés doivent s'exercer non pas en absolu, mais en tenant compte des répercussions possiblement négatives que nos actes individuels peuvent avoir sur la vie des autres membres de la société.

Les magistrats font de ce sujet de droit un agent moral quand ils le considèrent d'une part responsable de ses actes et du préjudice qu'ils peuvent causer non seulement à un individu mais à tous les individus dans leurs représentations sexo-sociales (ex. : images pornographiques des femmes, des hommes, des jeunes), et d'autre part responsable de la qualité éthique du choix de l'action. Parce qu'une interaction pourrait s'avérer inégale ou asymétrique, et aussi pour contrer le fait que le consentement pourrait se révéler plus apparent que réel ou dissimuler une relation

[438] « Le pouvoir devrait être exercé pour empêcher un individu de causer un préjudice aux autres, mais c'est le seul aspect de sa conduite pour lequel il est responsable envers la société. À tout autre égard, il devrait être libre » (Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), pp. 47 et 48).

d'abus et d'exploitation, les magistrats étendent la responsabilité de l'agent jusqu'à la reconnaissance de la vulnérabilité de l'autre, de sa capacité/habileté à participer à la décision d'action. Autrement dit, l'agent éthique est coresponsable de l'interaction à laquelle lui-même et l'Autre consentent. Cet autre peut par exemple être une personne mineure, ou ayant une déficience intellectuelle, ou se trouvant dans un état de conscience modifié[439], c'est-à-dire toute personne dont la validité du consentement peut être mise en doute ou ne pas avoir de pertinence.

Pour comprendre le rôle du sujet de droit devenu agent moral, il importe de développer dans cette sous-section-ci les concepts de *reconnaissance* et d'*intersubjectivité*. Dans la prochaine sous-section, nous traiterons de la *raison pratique* que l'agent moral doit alors mobiliser pour assumer son nouveau rôle.

La notion de *reconnaissance* de l'Autre, notamment de sa vulnérabilité, se conjugue avec celle d'*intersubjectivité*[440]. En dialoguant, comme nous le démontrent bon nombre de philosophes de la Grèce antique, nous confrontons et forgeons nos idées, nos arguments et nos conceptions. En

[439] Les capacités et les habiletés ne s'exercent pas en tout temps, tout lieu et toute circonstance avec une qualité constante. Une personne peut se retrouver dans un état de conscience modifié qui affecte son habileté et sa capacité à délibérer. En matière de sexualité par exemple, non seulement la consommation d'alcool ou de drogue modifie l'état de conscience, mais aussi des émotions et des sentiments, des dynamiques personnelles et relationnelles, l'état de santé physique ou mentale, des préoccupations ou des enjeux, etc. En fait, l'état de conscience se trouve toujours modifié par quelque facteur singulier ou pluriel. Comme dans le cas de tout autre type de dialogue, les partenaires se doivent d'en tenir compte aussi dans une discussion éthique. Bref, on ne peut pas s'attendre à ce que les partenaires d'une délibération se trouvent toujours dans des conditions idéales de communication.

[440] Intersubjectivité : situation de communication entre deux sujets, selon le *Petit Robert de la langue française 2011*, version numérique.

1786, Emmanuel Kant soulignait dans *Que signifie s'orienter dans la pensée ?* le rôle et la pertinence de la communication intersubjective : « Toutefois, quelles seraient l'ampleur et la justesse de notre pensée, si nous ne pensions pas en quelque sorte en communauté avec d'autres à qui nous *communiquerions* nos pensées et qui nous communiqueraient les leurs ![441] » Bien d'autres philosophes, psychologues, sociologues[442] affirmeront à leur tour que l'intersubjectivité constitue une condition de la communication et du développement de la pensée chez l'individu.

Mais qu'est-ce que l'intersubjectivité ? Selon le modèle des communautés scientifiques, est-ce « un moyen de passer de la subjectivité à l'objectivité »[443] ? Il faut alors établir formellement des procédures discursives garantissant de façon rationnelle une validité qui, malgré tout, demeurera faillible. L'entente intersubjective exige que les partenaires se comportent idéalement et obéissent à des règles convenues de communication et de recherche de la vérité. Qu'en est-il du concept d'intersubjectivité en morale ? Il fait nécessairement appel à la reconnaissance de l'autre

---

[441] Emmanuel Kant, *Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, Flammarion, p. 69.

[442] Nommément et sans indications bibliographiques, les philosophes Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Edmund Husserl, Maurice Merleau-Ponty, George Herbert Mead, Emmanuel Lévinas. Pour des concepts plus psychologiques de l'intersubjectivité, *cf.* de Margaret Mahler, Fred Pine et Anni Bergman, *La naissance psychologique de l'être humain*, Paris, Éditions Payot, 1980.

[443] Cf. l'article *Intersubjectif* que signe Léna Soler, maître de conférence à l'IUFM de Nancy, *in Dictionnaire des concepts philosophiques*, Larousse/CNRS ÉDITIONS, 2006, p. 446 : « […] moyen de passer de la subjectivité à l'objectivité […]. L'accord intersubjectif ne peut évidemment prétendre constituer une authentique garantie de l'objectivité, voire de la vérité, des propositions scientifiques, qu'à condition de procéder lui-même de bonnes raisons : de résulter de contraintes rationnelles produites via un réseau d'arguments mobilisant les procédures discursives et/ou expérimentales disponibles de mise à l'épreuve et discutant la validité, la pertinence et la portée de ces procédures. »

comme interlocuteur valable. Mais l'autre comme un alter ego ? Comme mon reflet ? Ou comme un être qui ne ressent ni ne pense pas comme moi, qui poursuit des finalités et privilégie des valeurs différentes des miennes, qui vise à répondre à des besoins que je ne partage pas, qui provient d'une culture étrangère, qui possède une expérience de vie très singulière ? Le concept de reconnaissance[444] fait appel davantage à la connaissance et à la valorisation, dans le sens d'accorder de l'importance, de ce qui différencie Ego de l'Autre qu'à la mise en évidence des similitudes. En fait, c'est parce que nous ne nous ressemblons pas que nous discutons pour nous entendre, précisément pour identifier ce que nous pouvons partager comme valeurs.

En somme, l'accord intersubjectif, et faillible, ne peut prétendre à une certaine objectivité que s'il résulte d'une procédure dialogique rationnelle discutant de façon argumentative de sa validité. L'intersubjectivité apparaît comme une condition tout à la fois de la conscience réfléchissante, de l'exercice de la liberté, de la constitution de l'image de soi, de la représentation du monde, de la communication humaine. La notion d'*intersubjectivité* présuppose celles de *reconnaissance de l'autre* comme différent de soi dans ce qu'il ressent, pense, désire et agit, de *pluralisme* des conceptions du monde, et de *tolérance* entre les divers modes de vie.

---

[444] Plusieurs philosophes contemporains ont théorisé le concept de reconnaissance, de G.W.F. Hegel à Axel Honneth [*La lutte pour la reconnaissance*], en passant par George Hebert Mead, Michel Foucault, Emmanuel Lévinas, Jürgen Habermas, Jean-Marc Ferry [*Les puissances de l'expérience.* Tome 2 : *Les ordres de la reconnaissance*] et bien d'autres. Cependant il ne s'agit pas ici, dans cette thèse, de développer ni même de présenter le concept de reconnaissance en philosophie morale. Je me limite à souligner que ce concept fait partie intégrante de la morale sociale qu'esquissent les juges de la Cour suprême. On trouvera dans la section bibliographique les références sur *La lutte pour la reconnaissance* et *Les ordres de la reconnaissance*.

Ainsi une éthique intersubjective[445] ou délibérative ne devrait pas commander nécessairement une égalité d'âge ou d'habiletés affectives, culturelles, intellectuelles, réflexives[446]. La théorie du préjudice attribue donc au sujet de droit un rôle d'agent éthique responsable non seulement de ses actes, mais aussi de la qualité du consentement d'autrui dans le cas d'une relation inégalitaire ou asymétrique. Somme toute, à partir de leur théorie du préjudice, les juges présument, ou tout au moins entrevoient, une morale orientée davantage par le dialogue que par le calcul égoïste de l'intérêt personnel, une morale qui repose sur un agent éthique plus sensible à l'intersubjectivité qu'à l'individualisme.

En clarifiant conceptuellement le rôle du sujet éthique que cette morale suppose, nous saisissons mieux son orientation prédominante. En fait, il ne s'agit pas pour l'agent de s'assujettir à un code de déontologie dictant les comportements à suivre. Au contraire, les valeurs fondamentales ont un rôle de repères ; ce sont des balises qui encadrent l'horizon d'un vivre-ensemble. Si le sujet décide de son comportement en toute autonomie, cependant il ne saurait être individualiste dans sa réflexion éthique, et ce en fonction de deux conditions. La première : l'agent doit tenir compte de la vulnérabilité de ses partenaires, précisément de leur capacité à prendre part au processus de décision. La deuxième condition : parce que le choix de l'action ne doit pas causer un préjudice grave aux personnes, et par conséquent aux valeurs fondamentales de la société, le

---

[445] Pour éviter la confusion, j'utiliserai généralement le concept de délibération, plutôt que celui d'intersubjectivité, parce que davantage théorisé, et associé à l'éthique.

[446] Dietmar J. Wetzel, *Altérité, intersubjectivité et reconnaissance. Exploitation d'un débat par la sociologie*. Conférence au Sigmund-Freud-Institut, Francfort, 21.03.2005, http://www.soz.unibe.ch/unibe/wiso/soz/content/e5976/e7254/e8637/e8647/files9786/Vortrag.Lyon.Altrit.D.Wetzel.2005_ger.pdf

choix d'action fait nécessairement référence au vivre-ensemble. Quelle raison pratique peut le mieux satisfaire à ces exigences pour en arriver à une entente raisonnable et rationnellement justifiable ?

Somme toute, la conception du droit libéral renvoie à une morale sociale flottante, non écrite, qui se compose de valeurs fondamentales, qui s'appuie sur une théorie du préjudice, qui exige un agent éthique fort, et qui à la fin présuppose un concept de reconnaissance. Les magistrats ont critiqué la valeur du consentement si on le présente comme l'affirmation absolue de la liberté individuelle, comme l'expression suffisante de l'autonomie. Un tel consentement mobiliserait la raison instrumentale ou stratégique chez l'individu pour qui la fin justifie les moyens dans la mesure où il n'y a pas de tort grave, intentionnel, immédiat causé à autrui.

Le rôle des juges étant de rendre la justice et non de concevoir une théorie morale de la justice ou du bien, ils n'ont pas élaboré de proposition sur un processus de décision éthique tenant compte de la nouvelle morale sociale. Il importe tout de même de se demander quelle raison permettrait de faire l'économie de l'aspect purement subjectif du consentement, d'y associer la reconnaissance de l'autre et de considérer les valeurs fondamentales du vivre-ensemble. Reconnaître la capacité de l'autre à consentir, c'est en quelque sorte l'engager à participer au processus de délibération : la discussion rationnelle entre partenaires concernés constitue sans doute le meilleur moyen pour clarifier la possibilité de préjudice. Aussi pourrions-nous avancer que la théorie du préjudice et la morale sociale à laquelle elle renvoie trouvent, en quelque sorte, leur théorisation dans l'éthique mobilisant une raison dite délibérative.

L'éthique délibérative que présuppose cette nouvelle morale sociale d'une part reflète le caractère

démocratique et pluraliste de la société canadienne puisqu'elle peut composer avec la diversité des conceptions anthropologiques[447], et d'autre part elle s'accorde avec les actuelles connaissances sexologiques de la sexualité humaine[448]. En effet, de par le processus de réflexion qu'elle présuppose, — notamment sur les intérêts des personnes, des groupes, et des institutions concernés, sur les normativités associées à la décision, sur les règlements, us, coutumes, commandements religieux, sur les enjeux, les questions en suspend, les conflits possibles, sur les conséquences positives et négatives du choix d'une action[449] —, cette éthique peut sans doute faire porter la délibération sur des composantes particulièrement importantes dans la prise de décision en matière de sexualité, comme les besoins, les désirs, les affects et les valeurs des partenaires. En mettant l'accent sur la dimension éthique de la prise de décision, cette approche évite une instrumentalisation de la sexualité et des personnes sexuées. La prochaine sous-section vise à mieux cerner la raison délibérative.

4.2.3 La raison délibérative

Compte tenu de la pluralité des points de vue religieux, on peut se demander à quelles instance ou

---

[447] Georges A. Legault, « Une éthique sans anthropologie philosophique ? L'enjeu des représentations de l'humain en éthique », *in L'éthique à l'ère du soupçon. La question du fondement anthropologique de l'éthique appliquée*, Montréal, Liber, 2003, pp. 55-72.

[448] *Cf.* entre autres Michel Dorais, *Petit traité de l'érotisme*, Montréal, VLB éditeur, 2010 ; Michel Lemay, « La dépendance affective ou sexuelle a-t-elle un sens ? », *Revue sexologique*, vol. 5, no 1 (printemps 1997), pp. 161-202.

[449] *Cf.* Yves Boisvert et coll., *Raisonnement éthique dans un contexte de marge de manœuvre accrue. Grille de délibération éthique*, pp. 13-17. On peut télécharger le document à l'adresse URL suivante : http://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/publications/raison-ethiq_rapp_03.pdf.

puissance référer pour fonder moralement un jugement juridique dans un conflit de libertés individuelles ? Les juges refusent que la subjectivité d'un seul magistrat constitue la référence. S'ils optent pour la tolérance sociale, ils reconnaissent néanmoins la nécessité de limiter l'exercice des libertés dans certaines circonstances. Il doit s'agir alors d'une restriction justifiée objectivement et rationnellement. Les magistrats cherchent à rendre explicite et publique, au bénéfice de tous les Canadiens, la méthode conduisant à justifier la limitation d'un droit ou d'une liberté individuels dans une société libérale. C'est en réponse à ce défi à la fois juridique et moral qu'ils en viennent à formuler la théorie du préjudice.

Les juges ont évité le piège d'une rationalisation à la Guyon ou à la Ogien, c'est-à-dire une approche libertarienne qui radicalise en une relation conflictuelle le rapport entre la raison et la morale, autrement dit qui s'appuie exclusivement sur des règles juridiques faisant l'économie non pas tant de valeurs morales que du rôle tout à la fois éthique et moral de l'agent. Ces deux rationalistes n'acceptent que la forme juridique du contrat social et relèguent la morale, relevant de l'irrationnel pour l'un ou du relativisme pour l'autre, derrière les limites de la religion ou du privé.

Par ailleurs, bien que la conception morale du droit libéral, telle que l'entendent les magistrats, engendre une morale juridique formelle, je retiens ici cinq caractéristiques qui la différencient de celles que proposent Guyon et Ogien et qui résument mes analyses et interprétations précédentes.

i) La théorie du préjudice spécifie qu'un tort considéré comme grave peut être causé non seulement à autrui, mais à la société, c'est-à-dire à l'ensemble de ses membres.

ii) Le préjudice grave se définit non seulement en fonction de la violence, mais aussi des

valeurs fondamentales officiellement reconnues.

iii) Ces valeurs fondamentales renvoient certes à la constitution et aux textes de loi, mais aussi à ce que la société libérale, démocratique et pluraliste reconnaît comme essentiel à son bon fonctionnement en ce qui concerne le vivre-ensemble.

iv) Le consentement individuel ne représente pas un laissez-passer ou un sauf-conduit qui permet d'échapper à toute justification morale.

v) La théorie du préjudice attribue à l'agent une dimension qui déborde les limites de l'individualisme en mettant l'accent sur sa responsabilité de reconnaître l'autre dans sa vulnérabilité, c'est-à-dire de prendre en compte l'asymétrie ou l'inégalité de la relation interpersonnelle.

vi) La raison délibérative favorise la participation de tous les agents concernés à la réflexion sur le choix de l'action en regard des valeurs personnelles et des valeurs fondamentales. Parce qu'il n'y a de morale sociale qu'à la condition que les individus actualisent ses valeurs fondamentales, la raison délibérative concrétise et dynamise le lien entre ces deux composantes du vivre-ensemble.

En somme, la raison délibérative permettrait d'actualiser les concepts-clés de la nouvelle morale. Mais comment la définir ? Elle mobilise la fonction d'intersubjectivité dans une discussion éthique. Souvent présentées comme formelles, les valeurs fondamentales acquièrent une signification spécifique dans l'interaction particulière que des agents construisent à partir de leur discussion. Associée à l'éthique dialogique ou à l'éthique de la discussion, la raison délibérative prend en compte les exigences d'intersubjectivité et de reconnaissance. Par exemple, dans un processus de délibération éthique[450] qu'on appliquerait à une interaction à connotation sexuelle,

[450] Cf. deux exemples de processus de délibération. 1. Georges A. Legault, *Professionnalisme et délibération éthique. Manuel d'aide à la décision responsable*, Saint-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1999 : notamment le chapitre 7 *Décision délibérée. Élaboration et validité de la démarche*, pp. 227-249, et les Annexes I et II, pp. 271-278. 2. Cette grille se retrouve dans une autre version *in* Yves Boisvert et coll., *Raisonnement éthique dans un*

elle favoriserait la compréhension rationnelle des intérêts respectifs des sujets, de leurs diverses conceptions, de leurs besoins auxquels ils voudraient répondre; elle viserait à clarifier les intérêts communs; elle chercherait un accord raisonnable et justifiable sur une action congruente avec les valeurs que les agents partageraient, et ce après avoir considéré les conséquences positives et négatives de la décision ainsi que la nécessité de réparation ou de compensation des parties s'il y avait lieu.

Dans cette perspective morale, l'autonomie liée à la raison délibérative se distingue de l'indépendance normative de l'individu libertarien. Elle ne signifie pas que l'individu définit de façon subjectivement autosuffisante ses propres normes qui le guideront ensuite dans sa négociation d'un compromis avec autrui. Elle se rapporte plutôt à la réflexive participation à la coconstruction d'un vivre-ensemble, obligeant les partenaires concernés à discuter de leurs normes, de leurs intérêts, des valeurs à partager. Si l'autonomie présuppose la liberté individuelle, cette dernière ne s'exprime pas nécessairement par la première. L'autonomie n'est pas synonyme d'individualisme et loin de décrire un état d'indépendance, d'autosuffisance, voire d'autarcie, elle définit principalement la capacité de l'individu à se donner des normes, des critères d'évaluation et de décision. Ainsi, elle constitue une condition essentielle pour que les participants puissent délibérer, argumenter, confronter divers points de vue raisonnables et s'entendre sur une action commune, rationnellement justifiée, favorisant leur émancipation, tout en prenant en considération les avantages et les désavantages pour chacun.

---

contexte de marge de manœuvre accrue. Grille de délibération éthique, pp. 13-17. On peut télécharger le document à l'adresse URL suivante : http://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/publications/raison-ethiq_rapp_03.pdf.

Dans ce processus éthique, la relation asymétrique ne permet pas qu'une partie prenne l'autre en charge et finalement s'arroge le pouvoir de décider de façon individualiste de l'action à suivre. La raison délibérative présuppose que les partenaires se considèrent égaux sans être identiques. Cette égalité, en fonction du principe de reconnaissance de l'autre comme différent, ne commande pas, au-delà d'une même identité comme personne humaine, une pareille, en tous points, capacité de réflexion, d'objectivation ou d'expression. L'asymétrie de la relation inclut les personnes concernées plutôt qu'elle les exclut pour un quelconque motif. Ainsi, des partenaires en relation d'autorité ou de confiance ne feraient pas l'économie d'une discussion éthique sous prétexte qu'en fin de compte la loi interdit tout rapport sexuel entre eux. Si la loi tient compte des valeurs fondamentales pour en arriver à une interdiction, une délibération en regard des mêmes balises axiologiques parviendrait sans nul doute à des conclusions similaires, sauf que la décision relèverait pleinement des agents ayant exercé leur autonomie. De même, avec un accompagnement adéquat, des personnes ayant une déficience intellectuelle, capables d'entretenir des relations sociales et de s'intégrer quelque peu à la communauté, peuvent participer activement à une discussion éthique les concernant[451]. Asymétrique, la discussion éthique qui mobilise la raison délibérative demeure toujours intersubjective.

La raison instrumentale ou stratégique vise l'obtention d'un bien qui ne présuppose pas nécessairement un mieux-être émancipateur pour toutes les parties concernées. Des activités sexuelles comme la prostitution, les massages érotiques, la consommation de pornographie font davantage appel à ce type de raison. Quant à elle, la raison délibérative se donne comme objectif

[451] *Cf.* la *SexoTrousse*, outil no 8 : *Plaisir et normes*, éditée par le CRDI Pavillon du Parc, 1996. Il s'agit de matériel sexo-éducatif s'adressant à une clientèle ayant une déficience intellectuelle et favorisant par le jeu la réflexion sur les normes et les valeurs en matière de sexualité.

une entente rationnelle et raisonnable à la satisfaction des partenaires de la délibération, et même des personnes concernées qui pourraient être absentes ou ne pas participer de fait. Il y a donc associé à l'entente un but d'émancipation ou un objectif de mieux-être. Encore là, il s'agit d'une notion toute formelle qui néanmoins fait partie du vocabulaire moral, tout comme celle de valeur fondamentale.

Si la conception contractualiste de la société sur laquelle repose cette morale flottante situe les libertés individuelles non dans l'absolu mais en interaction, la notion morale de reconnaissance d'autrui amenuise l'écart entre le privé et le public, entre l'autre et tous les autres. En effet, la possession de pornographie juvénile pour usage strictement privé ne cause pas de tort immédiat ou intentionnel à autrui, mais porte préjudice à tous, jeunes et adultes, par le fait de l'exploitation sexuelle.

De même, une relation érotique avec une personne mineure en situation de dépendance porte préjudice non seulement à l'adolescent ou à l'adolescente immédiatement concerné, mais à tous les jeunes gens d'âge mineur en heurtant gravement les valeurs fondamentales qui sous-tendent tout rapport de confiance ou d'autorité qu'un adulte peut développer avec des jeunes. Sortie de son cadre juridique et resituée dans une perspective d'éthique délibérative, cette notion de reconnaissance ne peut se limiter à l'âge des personnes concernées. Elle renvoie davantage à l'état de vulnérabilité de la personne, indépendamment de l'âge ou du rapport de confiance ou d'autorité. Par exemple, une déficience intellectuelle, une dépendance économique, une maladie mentale ou physique, un état de conscience modifiée peuvent rendre une personne vulnérable qui alors se trouve en rapport asymétrique ou inégal avec autrui. Le rôle de l'agent éthique s'articule donc autour de deux notions-clés : l'intersubjectivité et la reconnaissance.

Au-delà de la singularité de l'individu et dans le contexte du vivre-ensemble pluraliste, la raison délibérative renvoie-t-elle à une représentation de l'être humain ou comment reconnaît-elle les diverses conceptions anthropologiques ? La prochaine sous-section abordera un certain avantage de l'éthique délibérative, celui de permettre une réflexion sur les valeurs sans mobiliser des conceptions anthropologiques.

4.2.4 Éthique délibérative et pluralisme des conceptions anthropologiques

Personne n'a donné une définition dominante de l'éthique délibérative à laquelle on pourrait communément se référer. Karl-Otto Appel[452], Jürgen Habermas[453], Georges A. Legault[454], pour ne nommer que ceux-là, ont beaucoup écrit sur le sujet, bien entendu en développant des points de vue quelque peu divergents. Le propos ici ne vise pas à présenter une synthèse critique des caractéristiques de l'éthique délibérative, intersubjective ou communicationnelle, mais plutôt de répondre sommairement, c'est-à-dire dans le strict cadre de ce chapitre, à la question suivante : *Tient-elle compte du caractère pluraliste et démocratique de notre société ?*

---

[452] Cf. Karl-Otto Appel, *Éthique de la discussion*, Paris, Les Éditions du Cerf, 1994.

[453] Cf. Jürgen Habermas, entre autres, *Le discours philosophique de la modernité,* Paris, Gallimard, 1988 ; *Théorie de l'agir communicationnel*, en deux tomes, s.l., Fayard, 1987; *De l'éthique de la discussion*, Paris, Les Éditions du Cerf, 1992.

[454] Cf. Georges A. Legault, entre autres, *Professionnalisme et délibération éthique. Manuel d'aide à la décision responsable*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1999.

La morale traditionnelle fondée sur une conception métaphysique de l'être humain imposait une représentation de la sexualité, de la femme, de l'homme. Si nous ne partageons plus, comme un seul bloc, cette vision de la féminité et de la masculinité, si certains d'entre nous adoptent une compréhension différente de la sexualité, vers quelle approche morale alors nous tourner ? Y a-t-il un langage commun pour discuter ensemble des questions morales malgré la diversité des conceptions de l'être humain ? Le relativisme moral accepte tous les points de vue dans la mesure où ils ne nuisent pas aux libertés individuelles. Pourquoi alors opter pour l'éthique délibérative ? Qu'apporte-t-elle de plus ou de mieux que d'autres approches ?

Soulignons tout d'abord que le relativisme moral, par son respect de la multiplicité des points de vue, en vient à tous les neutraliser : ils se valent les uns et les autres. Toute discussion n'est alors que la simple expression d'une préférence individuelle; et quand il y a conflit entre différents points de vue moraux, on opte alors pour une interprétation juridique : on se tourne vers le tribunal. C'est aussi à l'arbitrage de la loi que la morale minimale finit par s'adresser pour régler un conflit de valeurs. L'éthique délibérative serait-elle compatible avec certaines conceptions de l'être humain, de la sexualité, et incompatible avec d'autres ?

Nous ne pouvons pas faire abstraction de notre conception de la femme, de l'homme, de l'amour, de la sexualité, de l'érotisme quand nous formulons un choix éthique. Alors, comment dans le monde pluraliste du vivre-ensemble concilier nos divergentes conceptions anthropologiques et la dimension morale de nos actions ?

Les Révolutions tranquille et sexuelle au Québec ont favorisé la critique philosophique et politique des conceptions déterministes fondées sur l'idée de deux essences humaines, féminine

et masculine, se complémentarisant dans des rôles sociaux, notamment domestiques, familiaux, érotiques[455]. Bien des femmes et des hommes, à partir des années 1960 et 1970, au Québec et aussi partout en Occident, ont davantage exercé leur liberté pour décider individuellement ou en couple de la forme et du contenu qu'ils voudraient donner à leur conduite sexuelle, érotique, amoureuse, conjugale. La sexologie a significativement augmenté et diversifié nos connaissances en matière de sexualité[456]. Cependant, cela n'a pas comme effet que nous partagions tous et toutes la même conception de la femme, de l'homme, de l'amour, de l'érotisme, de la conjugalité. Au contraire, le pluralisme et la tolérance favorisent une diversité de croyances en ce domaine : émerge alors une nouvelle représentation de la personne que caractérise l'autodétermination, c'est-à-dire la liberté de s'individualiser, de se singulariser, de concevoir son identité comme une création évolutive (*work in progress*). Se pose alors la question suivante : *Y a-t-il une approche qui permette de traiter des questions éthiques malgré la diversité des conceptions anthropologiques et des croyances en matière de sexualité ?*

Bien que « toute éthique véhicule une conception de l'être humain »[457], se présente toujours le problème de la validité épistémologique de cette anthropologie. Plutôt que de fonder le choix

---

[455] Voir Renée B. Dandurand, « Les dissolutions matrimoniales, un phénomène latent dans le Québec des années 60 », *in Anthropologie et Sociétés*, 9 (1985,3), pp. 87-115; Marie-Paule Desaulniers, "Évolution des conceptions de la sexualité : performance ou relations humaines ?" *in Sexologie actuelle*, (octobre 1997), bulletin de l'Association des sexologues du Québec; Michel Dorais, *La sexualité plurielle. Le développement des orientations et des préférences sexuelles.* Montréal, Éditions Prétexte, 1982.

[456] *Questions de sexualité au Québec*, Montréal, Liber, 2008, 512 p.

[457] Georges A. Legault, « Une éthique sans anthropologie philosophique ? L'enjeu des représentations de l'humain en éthique », *in L'éthique à l'ère du soupçon. La question du fondement anthropologique de l'éthique appliquée*, Montréal, Liber, 2003, p. 61

moral sur une représentation transcendante et risquer de polariser la recherche de vérité, la raison délibérative fait appel aux valeurs partagées dans un processus de discussion sur les finalités et les moyens d'action. Le dilemme moral ne se centre plus sur un conflit entre conceptions de l'être humain, mais entre les valeurs que mobiliserait telle décision dans un contexte donné. La délibération éthique portera alors sur la hiérarchisation des valeurs associées à telle décision, à telles conséquences positives ou négatives, et ce dans telle situation particulière.

La raison délibérative répondrait mieux à une façon nouvelle, égalitaire et créatrice, de concevoir et de justifier des comportements pour lesquelles les modèles traditionnels n'apparaissent plus significatifs. En effet, d'une part elle pose sur un pied d'égalité les personnes concernées, quels que soient leur sexe et leur orientation érotique, et tient compte de la vulnérabilité des partenaires, c'est-à-dire des inégalités culturelles, économiques et autres qui pourraient fausser la parité ou l'équité de la délibération ou de l'entente; et d'autre part elle compose avec le pluralisme et la diversité des conceptions de l'être humain tout en évitant les affrontements stériles sur les fondements épistémologiques. De plus, elle favorise l'inventivité et l'adaptabilité au vécu particulier puisqu'à partir des intérêts individuels communément reformulés, la raison délibérative s'attache à forger une entente liée à des valeurs partagées et à une situation contextualisée.

4.2.5 L'éthique comme composante de la sexualité

Dans cette dernière sous-section, je traiterai de l'appropriation par l'agent moral de ses comportements sexuels. D'abord, je clarifierai la notion de désir qui relève du sujet et non d'un déterminisme biologique. Puis je soulignerai que malgré des différences dans la façon de

conjuguer désir et raison, le sujet sexuel devenu agent moral se donne alors les balises et l'encadrement flottant que le modèle de la consommation ne peut lui apporter et qui constituent des conditions essentielles à son émancipation.

Le désir[458] sexuel chez l'espèce humaine n'a pas de fondement biologique qui serait déterminant comme chez les animaux. Le désir ne se laisse pas orienter par l'ovulation, la menstruation, la pleine lune ou le nombre de spermatozoïdes que produisent les testicules. Se combinent une multitude de facteurs pour susciter le désir, l'orienter et lui donner son intensité : les hormones, l'état de santé physique ou mentale, les affects (sensations, émotions, impressions, sentiments), les fantasmes ayant comme les rêves un sens caché, les expériences marquantes de l'enfance, de l'adolescence, de l'âge adulte, les connaissances objectives, les mythes familiaux ou culturels, les préjugés et postjugés, les normes, valeurs, idéaux, modèles, règles, règlements, us et coutumes en matière de sexualité que privilégient l'éducation, la société, la culture, l'idéologie, ainsi que les significations et les valorisations personnelles qu'on attribue, par expérience (empreintes, frustrations, apprentissages) et par réflexion, à la sexualité à différents moments de sa vie, les besoins individuels, les contraintes et limites personnelles, relationnelles, sociales, les traits de notre personnalité, etc. Le chercheur Michel Dorais a mené une enquête à partir d'entrevues d'hommes sur le fonctionnement de l'érotisme, sur ce qui suscite le désir, sur l'identification des évènements-clés de la vie sexuelle et amoureuse. Il conclut à l'absence de dessein : « Le

[458] Je rappelle la définition que j'ai attribuée aux termes *désir* et *besoin* dans les premières lignes du chapitre d'introduction. Le *besoin* est un *manque*, ce que nous n'avons pas. Le *désir* constitue la *réponse* que nous apportons au besoin. Parfois nous ressentons du désir sans clarifier à quel besoin il répondrait. Ou nous identifions un besoin sans connaître ce qui y répondrait ou comment y répondre. Notre désir/réponse peut être impulsif ou réfléchi, et nous pouvons évaluer le besoin comme fondamental, superficiel, secondaire, prioritaire, etc. Je souligne ici la relation dynamique entre l'un et l'autre, ainsi que la nécessaire réflexion pour mieux les conjuguer.

développement sexuel individuel ressemble davantage à un processus, un mouvement, une recherche qu'à une destinée préétablie ou à une structure immuable. C'est pourquoi il demeure essentiellement indéterminé […].[459] »

Loin de relever de l'instinct, le désir s'actualise dans une culture, assujetti à des normes, orienté par des valeurs, sous la responsabilité ultime du sujet. Il se transforme ainsi en un choix qui relève de l'individu et non de l'espèce. La présente recherche démontre que ce choix comporte ou doit comporter une forte composante éthique. Ainsi, le désir peut apparaître de façon spontanée, puiser sa force dans la complexité de l'inconscient, de l'affectif, de l'historique de l'individu. Mais quand il se traduit en comportement social, il devient un choix éthique susceptible de justification. Le sujet de désir se transforme alors en agent moral, et le désir lui-même constitue l'objet de délibération entre partenaires concernés. Finalement, c'est bien le sujet qui détermine l'orientation de son désir, que cette décision soit plus ou moins impulsive ou réfléchie, conditionnée ou librement consentie, confuse ou éclairée, irrationnelle ou raisonnable. Ce pouvoir de choisir l'action à entreprendre s'accompagne aussi de la responsabilité d'en assumer les conséquences.

On pourrait énumérer plusieurs différences entre le désir érotique et le désir lié à l'éthique délibérative, notamment une relation avec la raison parfois plus conflictuelle chez l'un, et plus harmonieuse chez l'autre. Le modèle éthique mise sur la réflexion et la délibération entre partenaires concernés et se donne comme balises des valeurs fondamentales afin de formuler un choix dans un contexte de vivre-ensemble pluraliste. Par ailleurs, les idéaux et le conditionnement qui caractérisent la société de consommation jouent un rôle-clé tendant à

[459] Michel Dorais, *Tous les hommes le font*, Le Jour / VLB, 1991, p. 219

influencer le désir sexuel : dans ce cas l'exercice de la liberté ne s'accompagne pas nécessairement de la réflexion délibérative.

Existent aussi des ressemblances entre l'agent moral et le sujet sexuel. Leur récente histoire depuis les années 1950 démontre l'importance de plus en plus grande que prennent les droits et libertés dans leur autodétermination, de même que la reconnaissance de l'autre, dans sa vulnérabilité aussi bien que dans ses différences. Autant pour celui-ci que pour celui-là, la finalité de l'action relève du choix individuel à partager et non d'un quelconque déterminisme qui s'impose à tous. Pour cette raison, tous deux se sont dissociés des modèles traditionnels et cherchent à définir un nouveau cadre d'actualisation.

Si nous ne visons que l'efficacité de la réponse à notre besoin, c'est la raison instrumentale ou stratégique que nous mobiliserons. Si nous avons le souci de l'autre et du vivre-ensemble, nous adopterons la raison délibérative et nous nous engagerons avec notre partenaire dans un processus de discussion pour choisir ensemble cette meilleure réponse à des besoins clairement identifiés pour l'un et l'autre, réponse raisonnable qui tiendra compte, dans le contexte particulier de l'interaction, des valeurs sociales fondamentales et personnelles, réponse qui pourra se justifier rationnellement.

L'éthique délibérative offre alors à l'agent les moyens d'être responsable de son autodétermination en matière de sexualité. Elle situe l'activité érotique dans une relation de reconnaissance mutuelle des partenaires. Par la réflexion qu'elle impose, par la clarification des composantes et des enjeux que le processus de discussion exige, l'éthique permet de dégager le désir de la logique de consommation ou d'un conditionnement hétéronome et de remettre aux

partenaires concernés le pouvoir d'orienter eux-mêmes leur conduite dans la perspective générale du vivre-ensemble pluraliste.

Les juges de la Cour suprême pensent que la libre recherche de plaisir ne peut pas justifier moralement, à elle seule, un comportement sexuel, même si elle n'engage aucun partenaire comme dans le cas de la consommation solitaire de pornographie. Ressort de l'analyse des arrêts cette constatation que l'exercice de la sexualité n'est pas une activité strictement privée; il inclut une signification sociale et par conséquent une dimension morale quasi intrinsèque. Si la morale religieuse traditionnelle et la publicité de consommation conditionnent à leur façon la conduite, l'éthique délibérative favorise pour sa part la réappropriation personnelle de la sexualité en exigeant une réflexion sur les besoins, motivations, intérêts, valeurs, finalités qui orientent le désir. C'est là une capitale et remarquable contribution de l'éthique à la conduite humaine en matière de sexualité : fournir les outils pour s'autodéterminer, le cadre de délibération entre partenaires concernés, somme toute le modèle axiologique de l'épanouissement personnel au sein du vivre-ensemble pluraliste. En cela, elle constitue une dimension essentielle que les sexologues doivent mettre en évidence, notamment en favorisant son intégration émancipatrice à l'exercice de la sexualité.

> « En valorisant la recherche personnelle et collective du sens ou des sens à donner aux fantasmes et aux mythes considérés comme signes, en démontrant que la sexualité, l'amour, l'érotisme demeurent des concepts ouverts qui se définissent en fonction de nos besoins et de notre conception du monde, les sexologues peuvent aider à sortir de la problématique de dépendance, peuvent favoriser l'autonomie, la responsabilité, le pouvoir personnel. Et ce pouvoir personnel, ce pourrait être la liberté de choisir et d'agir en accord avec soi, en coopération avec

les autres et en harmonie avec des valeurs sexosociales fondamentales.[460] »

[460] Michel Lemay, *op. cit.* pp. 189-190.

Conclusion

5. Introduction

Nous voici à la dernière étape du parcours. Que ressort-il de cette enquête philosophique ? Tout d'abord, je récapitulerai la démarche de la recherche et soulignerai les découvertes qu'elle apporte. Ce qui me conduira à revoir les deux conceptions, déjà présentées au chapitre deux[461], du rôle des magistrats de la Cour suprême quant à la morale. Enfin, je terminerai par une réflexion sur le rôle du sexologue comme accompagnateur éthique.

5.1 Démarche et découvertes

En matière de sexualité, la morale religieuse institutionnalisée a peu à peu perdu de son influence sociale à partir des années 1950 et particulièrement au cours de la décade 1960, et cela au profit de l'individuation de l'agent moral. La Révolution tranquille a eu un effet *Siècle des Lumières* sur notre façon de concevoir la morale sociale. Les débats publics sur les mouvements politiques et sociaux de décolonisation et d'indépendance nationale faisaient appel à la raison critique, aux concepts d'autonomie et d'autodétermination, à la discussion d'opinions diverses et de réflexions nouvelles, et aussi à un discours d'émancipation que reprenaient à leur compte différents groupes de la société : nationalistes, féministes, gauchistes, syndicalistes, jeunes, étudiants, chrétiens, militants progressistes, etc.

---

[461] 2.7 La morale sociale d'après la Cour suprême.

Dans ce contexte général, des catholiques ont remis en question le caractère hétéronomique de la morale religieuse, et ce principalement pour deux raisons. D'abord, parce que cette morale transcendantale suscitait chez les personnes concernées des tensions aliénantes : elle référait à des valeurs ne tenant pas compte de leur expérience de vie au point de soumettre totalement leur liberté et leur destin à la volonté divine. Ensuite, parce qu'elle leur interdisait toute discussion sur leurs aspirations et toute possibilité de choisir elles-mêmes des comportements qui répondraient de façon épanouissante à leurs besoins. Bref, à mesure que les croyants recouraient à une critique rationnelle des valeurs et des normes de l'Église, de leur justification et de leur fondement, advint un désenchantement du monde de la morale, celui qui s'imposait par des conditions asservissant le sujet et lui retirant les moyens de s'émanciper.

Favorisant l'épanouissement de la personne, l'égalité entre les femmes et les hommes, et en tout premier lieu l'autodétermination des comportements sexuels, de nouvelles valeurs ont changé radicalement notre conception du bien et du juste. De la morale impérative avec ses normes religieuses, nous en sommes venus à une morale judiciaire, nous en remettant au pouvoir coercitif de l'État. Au cours des années 1970 et 1980, la lutte pour la libéralisation des moeurs sexuelles et la reconnaissance par la constitution canadienne des droits et libertés de la personne ont souligné l'importance du consentement des partenaires à une activité sexuelle au point de croire à l'émergence d'une nouvelle morale fondée sur la primauté du consentement. L'agent deviendrait alors la référence absolue pour juger de la moralité de son comportement du seul fait qu'il y consente en toute liberté, sans plus de discussion. Autrement dit, le droit remplacerait-il la morale, éliminant de ce fait le rôle de l'agent éthique ?

Cette recherche visait à clarifier les fondements de cette nouvelle morale sociale et le rôle de l'agent. Le premier chapitre a retracé les principales étapes de l'évolution récente de la morale sexuelle. Le deuxième chapitre a présenté les concepts en philosophie morale associés à la compréhension de la problématique que soulève la question suivante : *La nouvelle morale sociale exige-t-elle un agent éthique ?*

Pour répondre à mon interrogation, pour évaluer l'importance du consentement associé à l'affirmation des droits et des libertés de la personne, j'ai analysé les arrêts de la Cour suprême depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* de 1982. Comment les magistrats ont-ils résolu les conflits de droits et libertés en matière de sexualité, quelle valeur ont-ils accordée au consentement individuel ? La violence causée à autrui serait-elle la seule limite à la tolérance sociale ?

Soucieux du caractère libéral et pluraliste de la société contemporaine, les juges de la Cour suprême ont cherché à rendre plus objectif le critère de tolérance sociale en matière de sexualité. Se posait alors la question suivante : comment définir un seuil de tolérance qui ne relève pas de la subjectivité du juge, qui tienne plutôt compte des droits et libertés que reconnaît officiellement la *Constitution canadienne* ? Leur réflexion les a conduits à formuler la théorie du préjudice qui, en bref, s'énonce ainsi : outrepasse le seuil de tolérance un comportement qui cause un préjudice grave à la personne ou au bon fonctionnement de la société, et ce en regard de valeurs fondamentales officiellement reconnues. Cet énoncé renvoie à quatre concepts essentiels : i) la tolérance en société pluraliste, ii) le préjudice à la personne aussi bien qu'au bon fonctionnement de la société, iii) la reconnaissance de la vulnérabilité des personnes concernées, iv) l'intégration

des valeurs sociales fondamentales officiellement reconnues et constituant la morale sociale. Voici quelques clarifications à leur sujet.

5.1.1 Tolérance et préjudice

La tolérance caractérise le système politique libéral pluraliste. Comment les juges de la Cour suprême la définissent-ils ? Y a-t-il des critères objectifs pour reconnaître qu'un comportement outrepasse le seuil de tolérance sociale ?

En 1962, les juges rejettent la vieille référence à l'intention de corrompre les mœurs : « Pour déterminer quand l'exploitation des choses sexuelles sera considérée comme "indue", les tribunaux ont tenté de formuler des critères pratiques, dont le plus important est le critère de la "norme sociale de tolérance".[462] » Dans l'arrêt *Town Cinema Theatres*, datant de 1985, les juges notent que c'est le préjudice causé à la société qui constitue le critère à retenir et non le manque de convenance ou de bon goût . Autrement dit, un comportement dépasse le seuil de tolérance quand il porte atteinte à des normes sociales au point de causer un préjudice à la société. Le principe de tolérance devient ainsi plus opérationnel quand il s'adjoint la notion de préjudice. Mais de quelles normes sociales s'agit-il ? « L'expression "normes morales de la société" ne désigne qu'un consensus sur ce qui est bien et sur ce qui est mal...[463] »

---

[462] Arrêt *Butler*, p. 31.

[463] Arrêt *Towne Cinema Theatres*, par. 31.

Avec l'arrêt *Butler*, rendu en 1992, soit sept ans après l'arrêt *Towne Cinema Theatres*, les juges associent le préjudice à une façon antisociale d'agir : « Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement.[464] » Ce qui leur permet alors d'énoncer un principe de proportionnalité qui conjugue opérationnellement les deux concepts : « Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance.[465] »

En 2005, la juge en chef Beverley McLachlin a formulé dans l'arrêt *Labaye*[466] ce qu'elle a appelé la *théorie du préjudice* : un comportement franchit le seuil de la tolérance sociale quand il porte un grave préjudice à une valeur fondamentale de notre société, valeur que reconnaissent officiellement la Constitution du pays, notamment la *Charte canadienne des droits et libertés*, et tout autre texte fondateur (*Code criminel*, charte provinciale des droits et libertés, etc.). Se rapportant aux valeurs sociales fondamentales, le préjudice fait de la tolérance une norme morale.

> « Historiquement, les concepts juridiques de l'indécence et de l'obscénité, appliqués respectivement à des comportements et à des publications, ont été inspirés et influencés par les valeurs morales de la société. Mais au fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu'ils n'étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu'une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d'une société diversifiée. Cela a mené à l'adoption d'une norme juridique

[464] Arrêt *Butler*, p. 41.

[465] Arrêt *Butler*, p. 41.

[466] *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, par. 26 à 63.

> fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective.[467] »
>
> « La norme de tolérance n'impose pas une morale qui découle de croyances religieuses ou d'idéologies particulières. Elle met en œuvre une morale sociale qui ressort des valeurs qui caractérisent la société dans son ensemble. Ces valeurs révèlent généralement un consensus social qui se manifeste, par exemple, par un souci pour « la dignité des personnes, [. . .] leur autonomie, [. . .] leur capacité d'épanouissement ainsi que [. . .] leur égalité fondamentale.[468] »

5.1.2 Reconnaissance de la vulnérabilité des personnes

Parmi les fonctions ou les devoirs de quelque État de droit que ce soit, on retrouve la protection des personnes vulnérables[469]. Dans plusieurs arrêts, les juges ont mis l'accent sur ce principe ou cette règle. Dans l'arrêt *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'art. 195.1(1)*c*) du Code criminel*, les juges justifient la limitation de la prostitution de rue par la volonté d'éviter de projeter une image de la réalité allant à l'encontre d'un idéal de la société que caractérisent des valeurs telles que la qualité de vie publique, l'épanouissement individuel, l'égalité entre les femmes et les hommes, l'intimité sexuelle, la dignité humaine et la protection des personnes vulnérables. L'objectif vise à « empêcher que des jeunes personnes vraisemblablement vulnérables et impressionnables soient

---

467 Arrêt *Labaye*, par. 14.

468 Arrêt *Labaye*, par. 85.

469 Jean-François Chassaing : « Fort heureusement, de nouvelles notions comme la dignité et la protection des faibles — que l'on ne saurait contester à moins de basculer du côté obscur — permettent de perpétuer une surveillance millénaire », *in* « Le consentement. Réflexions historiques sur une incertitude du droit », *La liberté sexuelle*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 88.

exposées à une activité qui constitue à plusieurs égards une exploitation dégradante et, dans certains cas, dangereuse.[470] »

Dans l'arrêt *Audet*, la notion de *vulnérabilité* remplace celle de *préjudice*. Faire défaut à son devoir de protection à l'endroit de personnes vulnérables équivaut à causer un tort à une personne ou au bon fonctionnement de la société : « Notre *common law* reconnaît depuis longtemps que l'exploitation par une personne de la vulnérabilité à son égard d'une autre personne peut avoir une certaine incidence sur la validité du consentement […].[471] »

Dans *Little Sisters Book*, ce n'est plus le groupe des adolescents et adolescentes qu'on qualifie de vulnérable, mais la communauté gaie et lesbienne, tout en reconnaissant possible la vulnérabilité d'autres groupes : « Dans l'arrêt *Vriend*, précité, notre Cour a jugé que la communauté gaie et lesbienne a traditionnellement fait l'objet de désavantages, de stéréotypes, de préjugés et de vulnérabilité.[472] » L'arrêt *Sharpe* se fait plus englobant en étendant la prévention du préjudice aux membres vulnérables de la société, sans indiquer l'orientation érotique, l'âge, le sexe, la couleur de la peau, etc. : « Des considérations générales, telle la prévention de la haine […], ou la prévention du préjudice qui menace des membres vulnérables de notre société, comme dans *Butler*, précité, peuvent justifier l'interdiction de certaines formes d'expression dans certaines circonstances.[473] »

---

[470] Arrêt Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), pp. 82 et 83.

[471] Arrêt *Audet*, par. 20.

[472] Arrêt *Little Sisters Book*, par. 119.

[473] Arrêt *Sharpe*, par. 22.

En 2005, dans l'arrêt *Labaye*, on utilise le terme général de personne ou de participant : « Déjà dans *Hicklin*, le juge en chef Cockburn parlait de recourir au droit criminel pour empêcher que du matériel ne déprave et ne corrompe les personnes vulnérables entre les mains desquelles il pourrait se retrouver.[474] » Et encore : « Dans les cas où les participants sont vulnérables, il peut être plus facile d'inférer un préjudice psychologique que dans les cas où ils agissent d'égal à égal, en toute autonomie.[475] »

Finalement, dans l'arrêt *Little Sisters*, les juges en viennent à affirmer que « La sexualité est source de profonde vulnérabilité, et les appelants ont à juste titre estimé que, à bien des égards, ils étaient traités en parias sur le plan sexuel par les fonctionnaires des douanes »[476].

Comme on le voit, la notion de vulnérabilité ne se rapporte pas seulement aux enfants, aux adolescents et aux femmes mais à bien d'autres personnes ou groupes de personnes. Tenir compte de la vulnérabilité de l'autre, précisément de sa capacité à prendre part au processus de décision, renvoie au concept moral de reconnaissance que les juges n'ont jamais jusqu'ici développé. Pourtant, l'idée de reconnaissance mutuelle des différences, des vulnérabilités et des responsabilités pourrait faire partie de la théorie du préjudice ou de la conception libérale de la morale sociale, tout comme, liée à l'intersubjectivité, elle constitue une composante de l'éthique délibérative.

---

[474] Arrêt *Labaye*, par. 45.

[475] Arrêt *Labaye*, par. 59.

[476] Arrêt *Little Sisters*, par. 36.

5.1.3 Intégration des valeurs sociales fondamentales

Cette théorie du préjudice et les concepts qu'elle présuppose constituent une conception flottante de la morale sociale qui exige une actualisation. Autrement dit, comment cette morale sociale s'incarne-t-elle ? Elle fait appel à un agent éthique capable d'intégrer des valeurs fondamentales, et à une collectivité d'agents accordant une importance à la morale sociale suffisante pour la reconnaître comme sienne. L'intégration des valeurs sociales fondamentales renvoie d'une part à l'autonomie privée de l'agent adoptant l'approche de l'éthique délibérative pour choisir une action rationnellement justifiable, et d'autre part à l'autonomie publique, au débat au sein de la société. En effet, les magistrats ont amorcé une réflexion fort pertinente sur la morale sociale. Assumant leur rôle au sein d'une communauté politique libérale et pluraliste, ils ont formulé une ébauche structurée de la théorie du préjudice qui articule le concept de tolérance et identifie de façon plus que moins objective des valeurs fondamentales.

Mais il y a une ambiguïté dans la conception de cette morale sociale. S'agit-il d'une morale que valide en premier lieu la reconnaissance d'un État par sa constitution et ses textes de loi ? On pourrait affirmer que la validité repose sur le caractère légitime de ces textes qu'ont ratifiés des représentants démocratiquement élus. Mais au chapitre trois[477], j'ai relevé que les valeurs fondamentales se regroupent en trois types.

> — Le premier type comprend les valeurs que nomment explicitement des textes officiels et fondateurs comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, le *Code criminel canadien*, les chartes provinciales des droits et libertés de la personne : l'égalité de tous les êtres humains, l'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté d'expression, la

[477] 3.4 Les points saillants, p. 210.

> participation au processus politique, la vie et la sécurité. Compte tenu de la suprématie de la *Charte canadienne* sur tous les autres textes, les arrêts se réfèrent exclusivement à cet énoncé constitutionnel.
>
> — Le deuxième type regroupe les valeurs sous-entendues par ces textes fondamentaux, comme la dignité de tous les êtres humains, l'autonomie de la personne, le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents, la recherche de la vérité, la qualité de vie en société.
>
> — Le dernier rassemble les valeurs intimement associées à la conception contemporaine et libérale de l'émancipation de l'individu comme la valorisation personnelle et l'acceptation de soi, l'épanouissement personnel, la reconnaissance de l'autre.

Les valeurs dites fondamentales des deux derniers types exigeraient pour le moins de faire l'objet d'un débat public afin de reconnaître leur validité. En fait, c'est d'abord la reconnaissance de l'existence même d'une morale sociale comme telle qui fait ici problème. Si les juges la perçoivent, il n'apparaît pas du tout évident que les citoyens, en tant qu'agents moraux porteurs de l'autonomie publique, identifient cette morale sociale comme étant la leur. Un débat public s'impose, sans quoi la morale sociale demeurera celle des juges de la Cour suprême et se limitera paradoxalement à sa signification juridique. Par exemple, les cours d'éthique et de morale, que donnent les écoles primaire et secondaire de l'État du Québec, y gagneraient à discuter de la théorie du préjudice et des valeurs sociales. Puis vient la question de l'intégration de ces valeurs fondamentales. Qu'une constitution les proclame ne garantit pas que les agents les adoptent dans leurs comportements. Comme j'ai voulu le démontrer dans cette recherche, cette morale exige un agent éthique.

La morale qu'inspireraient à la fois la théorie du préjudice et l'éthique de délibération intègre l'agent au sein d'une communauté fondée sur des valeurs fondamentales inscrites dans son

historicité. Choisir ses actions en accord avec la délibération éthique entre personnes concernées signifie pour l'individu qu'il participe à l'élaboration de l'horizon moral de son monde contemporain. Autrement dit, il affirme une individualité comme agent sans pour autant l'enfermer dans une réflexion sur soi, pour soi à partir de soi, individualiste ou égotiste. Le caractère intersubjectif et social de la délibération éthique forge une individualité soucieuse du bien-être commun et des conditions de vie morale égales pour tous et toutes quant aux valeurs fondamentales. Une individualité soucieuse aussi de sa liberté de choix quant aux façons particulières d'actualiser les valeurs incontournables. En fait, il s'agit d'une individualité qui se réfléchit non dans une relation de sujet/objet ou sur un mode de consommation, mais dans la délibération interactive, sur le mode du pouvoir de construire intersubjectivement un lien social et un cadre de vie commune qui favorisent une action émancipatrice.

Une telle métamorphose de notre conception de l'agent éthique augmenterait notre responsabilité quant à une construction dynamique de la morale. Dans cette optique, aucune instance transcendante ne nous dicterait les principes et préceptes devant nous guider. Aucun groupe particulier, par exemple les législateurs, les juges, les philosophes, ou quelconque expert ou autorité, ne définirait pour la société et en son nom la morale contemporaine. Si celle-ci se limitait à une *Charte des droits et libertés* qui énonce des valeurs fondamentales, elle se réduirait à un ensemble de normes juridiques. Comme une langue vivante, la morale existe parce que nous nous y référons, parce que nous la discutons et la ressourçons, parce que nous l'utilisons quotidiennement dans nos interactions, parce que nous la valorisons et qu'elle nous permet de créer une culture du vivre-ensemble, c'est-à-dire un certaine vision contemporaine de la vie en société. Par contre, se distinguant de la langue, l'éthique ne possède pas un rigoureux dispositif

grammatical ou lexicologique. L'agent moral doit alors assumer son propre encadrement éthique que concrétiserait une pratique intersubjective.

5.2 Le rôle des juges

Le travail des juges pour dégager une morale sociale constitue un défi colossal pour la société canadienne. Les magistrats ont déconfessionnalisé la morale et, avec la théorie du préjudice, ont reconnu la primauté de la constitution et des textes fondateurs ainsi que la laïcisation des valeurs sociales fondamentales[478].

Le parti pris des juges en faveur du vivre-ensemble va à l'encontre de la morale néolibérale comprise comme voulant a) qu'un préjudice soit grave que s'il y a intention nette de le causer et effet immédiat et b) que la responsabilité associée à la liberté individuelle se limite à qui l'exerce, autrement dit Caïn n'est pas responsable d'Abel. Si cette morale sociale ne se limite pas au domaine des comportements sexuels, s'il n'y a qu'une morale valable pour tous les domaines de la vie en société, alors on peut se questionner sur le rôle des juges. Apparaissent-ils maintenant comme les nouveaux clercs de la morale sociale ?

---

[478] À noter que la laïcisation de la morale sociale de la société canadienne semble avoir causé infiniment moins de débats sociaux et de conflits d'idées que la laïcisation de la nation québécoise. À ce propos de la laïcité québécoise à l'épreuve de l'histoire, *cf.* Yvan Lamonde, *L'heure de vérité*, Montréal, Del Busso, 2010, 221 p.

Si la *Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles* (CCPARDC), communément appelée *Commission Bouchard-Taylor*, s'était inspirée de la théorie du préjudice, aurait-elle produit le même rapport ? La réponse à cette question dépasse le cadre de cette recherche mais celle-ci pourrait en suggérer une piste.

L'analyse des arrêts de la Cour suprême confirme le rôle des juges : s'assurer que les considérations normatives priment sur les préférences axiologiques et les visées téléologiques qui par distinction relèvent d'une conception particulière du bien[479]. Mais, par contre, les juges ne considèrent-ils pas les droits et libertés comme des valeurs fondamentales ? Ils puisent dans la *Charte canadienne des droits et libertés* des valeurs fondamentales. Rien ne permet d'affirmer que les juges considèrent les droits comme des valeurs fondamentales dans le sens de biens juridiques attractifs exprimant l'identité morale de la communauté canadienne. Pourrait-on alors penser que ce sont des valeurs fondamentales qui deviennent des droits et libertés constitutionnellement reconnus, et non l'inverse ?

Leur rôle se situe à la frontière du droit et de la morale. Autant ils ne créent pas le droit comme seuls les législateurs le font, autant ils n'inventent pas une morale sociale mais en parlent, y font référence, la sortent de l'oubli ou de l'anonymat, la rendent publique. En ce sens, ils deviennent des éveilleurs de conscience sociale; ils assument une responsabilité éthique inhérente à leur haute fonction. Il ne s'agit pas ici de faire l'apologie de la fonction de juge à la Cour suprême mais de souligner qu'ils ont franchi les limites du droit, comme César le Rubicon : *Alea jacta est*. Ce qui ne signifie pas que le hasard prend la relève mais qu'ouvrant cette voie mieux vaut l'arpenter dans tous les sens du terme. Il n'y a pas de dispositif, de théorie argumentée, d'écrit commenté associés à la morale sociale. Tout reste ouvert ou à faire !

---

[479] *Cf.* Luc Bégin, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective » *in* *Éthique de société. L'éthique dans les sociétés démocratiques avancées.* Ss la dir. de Georges A. Legault, Alejandro Rada-Donath et Guy Bourgeault. Sherbrooke, éditions GGG [/ Université de Sherbrooke], 1999, pp. 221-240.

Publiciser la morale sociale, c'est aussi une façon pour les magistrats de limiter le droit et de faire appel à la réflexion éthique, au mieux à la délibération éthique, bref à la responsabilité des partenaires concernés de prendre une décision qui tienne compte de l'intersubjectivité quant à la procédure, des valeurs fondamentales quant aux critères, et du vivre-ensemble quant à la finalité de l'action. À rappeler que les juges visent le bon fonctionnement de la société, sans se prononcer sur ce que serait une société juste ou bonne.

Ce rôle des juges appelle à la délibération publique ouverte sur la question des grandes valeurs morales sociales et sur la conception générale du bien liée au vivre-ensemble. Parce que toutes les valeurs que les magistrats identifient comme fondamentales ne trouvent pas leur reconnaissance officielle dans des textes constitutionnels, ou leur équivalent en importance comme le code criminel, parce que des valeurs reconnues officiellement pourraient éventuellement perdre de leur importance significative, parce que des valeurs peuvent historiquement devenir fondamentales en marge de la constitution, la justification de la morale doit ultimement reposer sur la délibération et sur la reconnaissance sociale.

Enfin, il apparaît important de souligner un dernier apport des juges, celui de mettre en valeur la raison critique, celle qui sait conjuguer l'exercice des droits et libertés avec l'émancipation des individus dans une perspective du vivre-ensemble. Il s'agit là peut-être d'une remise en perspective de la finalité de la société : au-delà du juste émerge une conception générale du bien. La morale des juges se fonde sur les valeurs fondamentales auxquelles les droits se réfèrent et se modulent selon une conjugaison intersubjective, c'est-à-dire en fonction du principe de reconnaissance et d'un certain idéal du vivre-ensemble. Bien différente, la morale libertaire s'en rapporte aux droits qui affirment et garantissent des libertés individuelles à exprimer

subjectivement. En ce sens, la morale sociale des valeurs fondamentales fait contrepoids à la morale libertarienne qui se réclame de l'interprétation juridique des droits et libertés. Quand elle se trouve associée au néolibéralisme économique, la morale des droits et libertés favorise plutôt l'affirmation d'un certain individualisme sur lequel il peut apparaître difficile de construire une société se référant aux mêmes valeurs que les juges considèrent essentielles au vivre-ensemble.

Le travail des magistrats nous conduit à comparer deux grandes tendances au sein du libéralisme en ce qui concerne la morale sociale. C'est là un projet fort pertinent qui ajoute un autre sens à leur réflexion mais qui dépasse leur fonction.

5.3 La dimension éthique du travail du sexologue

Préoccupée par sa reconnaissance auprès du monde scientifique, la sexologie québécoise a produit beaucoup d'études sociométriques ou inspirées de la sociobiologie[480] comparativement à des recherches philosophiques. L'intérêt pour le *comment* se vit la sexualité prévalait sur le *pourquoi*.

---

[480] *Cf.* notamment Claude Crépault et Joseph J. Lévy, *La sexualité humaine. Fondements bioculturels*, Montréal, Les Presses de l'Université du Québec, 1978, 130 p.; Claude Crépault, Joseph Josy Lévy, Henri Gratton [sous la dir. de], *Sexologie Contemporaine*, Sillery, Les Presses de l'Université du Québec, 1981, 422 p.; *La sexualité au Québec. Perspectives contemporaines, s*s la dir. de Joseph Josy Lévy et André Dupras, Longueuil, Éditions IRIS, 1981, 539 p.; Joseph Lévy et Maria G. Baruffaldi, en collaboration avec Claude Crépault, *La sexualité humaine. Perspectives phylogénétiques et culturelles,* Montréal, Éditions du Méridien, 1991, 296 p.

Somme toute, à mesure que la sexualité s'appréhende comme une technique, le sujet semble augmenter sa liberté et son individualisme. Les limites traditionnelles de la famille et du couple éclatent sous la pression de la quête du plaisir librement choisi et de l'épanouissement personnel. Pourtant, cette liberté apparaît quelque peu conditionnée par la normativité d'une société de consommation[481]. L'idéal du bonheur érotique reflèterait bien prosaïquement une image publicitaire véhiculant un message commercial au sujet d'un produit à vendre; et la notion de liberté renverrait par conséquent au pouvoir économique de consommer des biens et des services. Un certain désenchantement au sujet de la libération que promettait la révolution sexuelle accompagne la perte de repères évaluatifs des nouvelles conduites en matière de sexualité. En effet, l'absence d'appareils véritablement critiques des nouveaux comportements sexuels ou des grandes orientations de la sexologie québécoise suscite un malaise : la liberté individuelle d'exercer sa sexualité n'a jamais été aussi grande ! Par ailleurs, la compétence de choisir le sens à donner à cette pratique n'est pas au rendez-vous.

Ce fut le point de départ de ma présente recherche qui aboutit à la revalorisation de l'individu comme agent éthique. À partir de cette position, la personne peut véritablement s'approprier la sexualité en déterminant son comportement non pas en fonction d'un conditionnement plus ou moins fort, naturel ou culturel, mais plutôt d'une concertation délibérative entre partenaires concernés. Dans ces conditions, les agents éthiques exercent véritablement leur liberté de choisir la conduite sexuelle qui leur convient en regard d'un sens d'émancipation plutôt que de consommation. Après avoir développé un corpus de connaissances sur le fonctionnement de la

---

[481] *Cf.* Michel Dorais, *Les lendemains de la révolution sexuelle. Le sexe a-t-il remplacé l'amour,* Montréal, éditions Prétexte, 1986, 271 p.; Michel Lemay, « Obsession et fantasme en société de consommation sexuelle », *in Bulletin de l'Association des sexologues du Québec*, vol. XII, no 1 (octobre-novembre 1990), pp. 23-30.

sexualité, la sexologie québécoise pourrait entreprendre un nouveau cycle de son développement en se centrant davantage sur les compétences éthiques des femmes et des hommes.

Les juges de la Cour suprême ont réussi à formuler dans ses grandes lignes une conception morale du droit libéral en matière de sexualité. Ils ont rompu les liens du droit avec une normativité d'inspiration religieuse et, lentement mais sûrement, ils ont clarifié la notion de tolérance pour véritablement arrimer leur interprétation de la loi aux valeurs fondamentales et contemporaines et préciser l'orientation pluraliste de notre morale sociale.

La morale traditionnelle proposait un contenu substantif qui se référait à des écrits sacrés fondateurs; en résultait une normativité déontologique. La Cour suprême, par l'action réflexive des magistrats qui y ont siégé au cours des cinquante dernières années, a construit une morale non substantielle[482] mais générative de sens. Elle l'a élaborée dans un souci d'objectivité, en fonction du pluralisme libéral, par étape, sans plan préconçu, en suivant pour seule ligne directrice le principe voulant que la liberté individuelle se conjugue aux valeurs sociales fondamentales et contemporaines.

Comme la philosophie ou l'éthique, l'intervention sexologique peut prendre diverses formes et des orientations fort variées. Jadis associée soit à la thérapie, soit à l'éducation sexuelle, son champ de pratique apparaît aujourd'hui pluriel. Parmi les différentes conceptions du rôle du sexologue, je favorise celle d'accompagner l'individu dans son désir de développer la maîtrise de

---

[482] Marc Audet, « Jürgen Habermas : L'éthique de la discussion », *in Hôpital & éthique*, s.l., Presses de l'Université Laval, 1995, p. 172 : « Une morale substantielle est axée sur le contenu des propositions morales; elle s'emploie à déterminer des normes précises, des obligations ou devoirs moraux concrets. »

son vécu sexuel. Pourquoi privilégier cette compréhension de la fonction du sexologue ? Parce qu'elle met l'accent sur la responsabilité de l'individu libre de se déterminer. Parce que la sexualité, ne possédant en soi ni sens ni finalité, devient une construction de plus en plus humaine à mesure que la science étend son contrôle en cette matière. Parce qu'alors le sexologue ne se reconnaît pas comme l'expert détenant la vérité dans un monde pluraliste mais se perçoit plutôt comme le professionnel d'un certain savoir qu'il cherche à partager dans un but d'émancipation personnelle et de mieux-être social. Parce que le vécu de la sexualité, de l'érotisme, de l'amour, de la conjugalité s'avère si complexe qu'il fait appel à la délibération entre partenaires concernés pour mieux en saisir les tenants et aboutissants, ce qui en souligne l'intérêt du sexologue et la pertinence de sa participation comme un des intervenants à ce débat.

Dans cette perspective, qu'est-ce que les résultats de cette recherche peuvent apporter à l'intervention sexologique ? D'abord éclairer les sexologues quant à la dimension éthique des conduites et comportements sexuels, ce qui peut aboutir à un déplacement d'intérêt ou à un recadrage du plaisir pour accorder plus de pertinence au sens recherché, oublié, occulté ou parfois nié qui se dégage des actes eux-mêmes, de leurs conséquences ou de leurs visées. Ainsi l'intervention sexologique ne porterait pas simplement sur l'efficacité du fonctionnement comportemental, notamment en ce qui touche les problèmes de séduction, d'excitation ou d'érotisation. Elle favoriserait une analyse de la situation particulière faisant ressortir des intérêts, des droits, des normes et des valeurs en jeu ou en conflit. Il y a là une première prise de conscience autant pour le sexologue que pour les personnes à qui il s'adresse. Elle peut parfois permettre de dévoiler ce qui fait vraiment problème, ou du moins dégager un point de vue éclairant, révélateur, qui n'apporte pas de solution en soi mais qui ouvre des pistes d'exploration pour mieux comprendre à quoi on fait servir la sexualité dans telle situation particulière.

Le sexologue pourrait aussi développer une grille d'intervention sexo-éthique, à l'instar de celles de Legault[483], ou même créer un outil ludique comme *Plaisir et normes*[484]. Il s'agirait là d'un instrument en intervention sexo-éthique qui présupposerait une réflexion sur les concepts-clés et une organisation adaptée des différentes étapes du processus de la prise de décision. Cet outil pédagogique viserait à développer une compétence éthique aussi bien chez les sexologues que chez toute personne qui sans posséder cette formation professionnelle doit tout de même prendre

---

[483] Georges A. Legault, *Professionnalisme et délibération éthique. Manuel d'aide à la décision responsable*, Saint-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1999 : notamment le chapitre 6 *Prendre une décision éthique*, pp. 87-226, et les Annexes I et II, pp. 271-278. Voir aussi une version différente *in* Yves Boisvert et coll., *Raisonnement éthique dans un contexte de marge de manœuvre accrue. Grille de délibération éthique,* pp. 13-17. On peut télécharger le document à l'adresse URL suivante : http://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/publications/raison-ethiq_rapp_03.pdf.

[484] *SexoTrousse, trousse de matériel éducatif.* Outil no 8 : *Plaisir et normes.* Conception : Michel Lemay, sexologue, et collaborateurs, Hull, Le Pavillon du Parc, 1996. S'adressant à des personnes ayant, ou non, une déficience intellectuelle, la *SexoTrousse* comprend huit valisettes de matériel éducatif conçu selon l'approche sexo-éducative qui tient compte d'au moins cinq aspects fondamentaux de la sexualité : biologique, affectif, cognitif, normatif, comportemental. Elle s'inspire dans ses valeurs du *Guide de référence en intervention sexo-éducative* du Pavillon du Parc (1990) et peut fort bien accompagner le *Programme d'éducation sexuelle s'adressant aux personnes ayant un handicap intellectuel* de Duranleau et Lemay (1985). *Plaisir et normes*, la huitième valisette, comprend quatre jeux autonomes : *Délits... cas*, un jeu pédagogique qui sensibilise les participants et participantes aux notions d'interdit et de permis, et ce en fonction de certains délits sexuels; *Sauf-conduits*, une activité pédagogique qui vise à comprendre le sens de la loi et à identifier des valeurs associées à un comportement conforme à la loi; *Au-delà du normal*, un jeu qui vise à reconnaître différentes normes en fonction du type de relation interpersonnelle: intime, familier ou social; *À la découverte des normes*, un jeu qui vise à se familiariser avec des normes et des comportements appartenant à diverses sphères de la vie.

des décisions en matière de sexualité. Il servirait à l'éducation sexuelle des adolescents ou des adultes, ou à l'intervention sexologique de type accompagnateur.

Le sexologue véhicule dans ses interventions une manière d'aborder la sexualité. En mettant en évidence l'idée que le langage construit la réalité et que par conséquent la sexualité n'a d'autres finalités que celles que nous lui attribuons, il introduit à la raison intersubjective. Le travail du sexologue tel que je le conçois consiste à diffuser des connaissances sur la sexualité, l'érotisme, l'amour, la conjugalité. Par contre, la caractéristique la plus importante de son rôle concerne le développement des habiletés à communiquer en privilégiant la raison intersubjective, et ce pour diverses raisons.

L'exercice de la sexualité met en interaction des partenaires, représentés, virtuels ou en chair et en os. Dans ce dernier cas, la relation sexuelle, érotique, amoureuse ou conjugale ne se réduit pas à un contact d'organes génitaux. Il s'agit de l'interaction entre personnalités, entre individus ayant leur histoire. Fatalement, inexorablement et normalement surgiront des conflits ou des situations commandant un choix. Le processus de prise de décision conduisant à une entente ne peut se résumer à une technique applicable à toute situation. Il présuppose un mode de communication et une conception de l'interlocution, du dialogue, de la discussion, de la délibération, de l'intercompréhension, de l'intersubjectivité. La communication repose sur des règles reconnues, acceptées et appliquées, par exemple la participation des personnes concernées, l'expression sincère et honnête, une reconnaissance mutuelle et une intercompréhension vérifiée, la recherche raisonnable d'une entente sans contrainte.

L'éthique délibérative traite du choix entre des valeurs parfois en conflit. Il ne s'agit pas nécessairement d'un choix associé à un conflit dramatique, mais assurément d'un choix réfléchi. S'il n'existe pas de finalité en soi, essentielle, transcendante ou ultime, nous pouvons tout de même lier nos décisions éthiques à des fins. Parce que la relation sexuelle, érotique, amoureuse ou conjugale comporte toujours une charge affective (émotionnelle et sentimentale) déterminante, existe un risque que l'émotivité prenne le dessus sur la raison, autrement dit que les partenaires oublient les règles assurant la conduite rationnelle et réfléchie de l'échange et se laissent guider par les affects au détriment des valeurs et des fins. Il ne s'agit pas ici d'opposer la rationalité et l'affectivité mais plutôt de les comprendre comme des alliés, différents et associés dans un même projet. L'intervention du sexologue ne relève plus sur ce point de la psychologie mais bel et bien de l'éthique. La communication ne se limite pas à l'expression des émotions, des sentiments, du désir ou à l'interprétation du langage corporel. Elle relève de la compétence éthique pour clarifier les intérêts en jeu et les valeurs en conflit dans la reconnaissance de l'individualité des partenaires, de leur différence dans l'égalité et l'asymétrie. La solidarité entre partenaires se crée et se consolide dans la construction d'une alliance pour une action issue d'une entente raisonnable sur des valeurs partagées en fonction d'une situation particulière.

Une position égocentrique, une perception fantasmatique ou une raison instrumentale constituent bien souvent des obstacles majeurs à la communication que ne peut déconstruire la seule intervention psychologique. Ce qui fait problème, mine la communication et torpille les *bons sentiments*, ce ne sont pas les nombreux conflits de valeurs qui seront toujours inhérents à la relation interpersonnelle mais l'absence de compétences éthiques pour les solutionner.

ANNEXE I

Liste des tableaux

Tableau 1 : Articles du *Code criminel* et nombre d'arrêts 131

Tableau 2 : Arrêts regroupés en thématiques 134

Tableau 3 : Occurrences pour les termes *préjudice* et *tolérance* 135

Tableau 4 : Grille d'analyse 138

Tableau 5 : Huit principes formels de la morale canadienne 146

ANNEXE II

Tableau des types de conception de la morale

d'après G.-A. Legault[485]

1. Modèle fondationnel de la vérité morale

Modèle déductif : la conduite morale à adopter se déduit de principes universels et de connaissances objectives.

Conception fondée sur la connaissance objective (philosophique, scientifique, théologique) du bien et du mal, la raison humaine étant capable de connaître et de se représenter la structure même de l'univers.

Justification : application déductive des vérités morales universelles.

Exemples

— Morale catholique de Jean-Paul II

— Morale rationaliste de René Guyon

• Éthique individuelle

Justification : le tenant du modèle déductif justifie sa décision à partir d'une connaissance religieuse ou rationaliste de ce qui est bon ou mal.

• Éthique sociale

Justification : le tenant du modèle déductif justifie les décisions sociales à partir d'une connaissance religieuse ou rationaliste de ce qui est bon ou mal.

---

[485] Tableau composé à partir de Georges A. Legault, *Questions fondamentales en éthique. Manuel d'introduction aux notions d'éthique*, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, département des sciences humaines, 1994, 274 p.

2. Modèle du relativisme moral

Modèle déductif : la conduite morale se déduit des valeurs particulières de tel individu, de telle société ou de telle culture.

Conception fondée sur l'idée qu'il n'existe pas de vérité morale objective : les croyances s'avèrent toutes équivalentes les unes et les autres. En cette matière, tout est affaire de croyances et de valeurs, par ailleurs toutes relatives aux individus, aux États, aux sociétés, aux cultures.

Justification : affirmation la liberté individuelle de choisir ses valeurs, ou renvoi au système en vigueur de lois, de normes, de valeurs de la société, de la culture, par ailleurs pluraliste.

Exemple

— Éthique minimaliste de Ruwen Ogien

• Éthique individuelle

Justification : le relativiste individuel ne peut pas justifier la priorisation de sa valeur autrement qu'en l'affirmant. L'éthique relativiste ne permet pas une discussion rationnelle du choix puisque celui-ci relève d'une préférence personnelle fondée sur l'égale liberté individuelle.

• Éthique sociale

Justification : le relativiste étatique ou culturel justifie sa priorisation en renvoyant à l'état du droit ou à sa culture, tout en invoquant la pluralité de croyances.

3. Modèles réflexifs expérientiels

Modèle : l'expérience humaine permet de dégager des lignes pour guider la conduite de la vie. Les conceptions anthropologiques demeurent tout à fait secondaires puisque l'expérience d'être humain se situe au-delà des représentations.

Conception fondée sur l'idée que la décision d'action morale, valant pour telle situation problématique comprise de l'intérieur et insérée dans son contexte existentielle, relève de l'entente raisonnable rationnellement discutée entre les personnes concernées.

Justification : commune priorisation raisonnable des valeurs partagées au cours d'une discussion rationnelle entre les personnes concernées par un problème moral.

3.1. — Modèle réflexif-déductif : réflexion sur l'expérience de vie

— Sagesse de vie : Luc Ferry, Pierre Fortin, André Comte-Sponville

3.2. — Modèle pragmatico-délibératif: éthique dialogique. Par la communication, les personnes concernées cherchent de façon responsable à trouver des solutions communes à leurs problèmes humains.

— Éthique individuelle : libéré des contraintes de la norme externe, la personne se reconnaît comme sujet-agent responsable du sens de sa vie en rapport et en partage significatifs avec les autres.

— Éthique de société : approche résolutique et dialogique qui suppose un vouloir vivre ensemble, qui propose de cerner nos problèmes du point de vue de la décision collective, qui invite à trouver par le dialogue des raisons d'agir ensemble compte tenu des pertes encourues par la décision collective.

Références bibliographiques

Abensour, Miguel. « Philosophie politique critique et émancipation ? », *in Politique et Sociétés*, vol. 22, no 3, 2003, pp. 119-142.

Amour et sexualité en Occident. Introduction de Georges Duby. Coll. "L'Histoire", no H140. Paris, Éditions du Seuil, 1991, 335 p.

Armand, E[rnest]. *La révolution sexuelle et la camaraderie amoureuse*. Paris, Critique et raison, [1934], 342 p.

Aubertin, Lise, Ara Dakessian et Jacques Moley. *Vivre sa sexualité. L'éducation sexuelle des handicapés mentaux*. Montréal, Service des publications de l'hôpital Rivière-des-Prairies, 1978, 53 p.

Audard, Catherine. *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société.* Coll. « folio essais » inédit, no 524. Paris, Gallimard, 2009, 843 p.

Austin, J.L. *Quand dire, c'est faire.* Introduction, traduction et commentaire par Gilles Lane. Postface de François Récanati. Coll. « points essais », no 235. Paris, Éditions du Seuil, [1970], 202 p.

Assoun, Paul-Laurent. *Freud, la philosophie et les philosophes.* 1re édition : 1976; 1re édition "Quadrige" refondue et augmentée : 1995. Coll. "Philosophie d'Aujourd'hui". Paris, Quadrige / Presses Universitaires de France, 1995, 394 p.

Azâd, Azâdée. *La paternité usurpatrice. L'origine de l'oppression des femmes.* Coll. "itinéraires féministes". Montréal, Éditions Remue-ménage, 1985, 261 p.

Bailly, M.A. *Abrégé du dictionnaire grec-français*. Coll. « classiques ». S.l., Hachette, s.d., 1012 p.

Barillon, Jacques et Paul Bensussan. *Le nouveau code de la sexualité*. Paris, Odile Jacob, 2007, 368 p.

Bataille, Georges. *L'érotisme*. [1957]. Coll. « 10/18 », no 221. Paris, Union générale d'éditions, 1965, 309 p.

_____. *Les larmes d'Eros*. [1961]. Coll. « 10/18 », no 1264. Paris, Union générale d'éditions, 1978, 125 p.

Bégin, Luc. « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective » *in Éthique de société. L'éthique dans les sociétés démocratiques avancées.* Ss la dir. de Georges A. Legault, Alejandro Rada-Donath et Guy Bourgeault. Sherbrooke, éditions GGG [/ Université de Sherbrooke], 1999, pp. 221-240.

Bentham, Jeremy. *Défense de la liberté sexuelle. Écrits sur l'homosexualité.* Traduction de l'anglais par Évelyne Meziani. Établissement de l'édition, notes et postface par Christian Laval. S.l., Éditions Mille et une nuits, 2004, 142 p.

Bernatchez, Stéphane. « La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien » *in Politique et Société*, vol. 19, no 2-3 (2000), pp. 89-113.

_____. « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », *in Revue du Barreau canadien / Canadian Bar Review*, vol. 85 (2006), pp. 221-254.

Bertrand, Guy-M. « Foi et sexualité : pour une refonte de la morale classique », *in Cahiers de recherche éthique*, no 3. Montréal, Fides, pp. 13-29.

_____. « L'encyclique *Humanae vitae* et la loi naturelle », *in Cahiers de recherche éthique*, no 3. Montréal, Fides, pp. 113-131.

Billier, Jean-Cassien, « Le libéralisme moral », *in Question d'éthique contemporaine*, Paris, Stock, 2006, pp. 350-363.

Birnbacher, Dieter. *La responsabilité envers les générations futures*. Traduit de l'allemand par Olivier Mannoni. Coll. « Philosophie morale ». Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 290 p.

Boeglin, Michel. *Morale sexuelle et droits de l'homme au regard de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. Sous la direction de Patrick Wachsmann et la co-direction de Gérard Duprat. Mémoire de diplôme d'études politiques approfondies. Strasbourg, Université Robert-Schuman, année 1993-1994, 113 p.

Boisvert, Yves, Magalie Jutras, Georges A. Legault, Allison Marchildon, avec la collaboration de Louis Côté. *Petit manuel d'éthique appliquée à la gestion publique*. Coll. « éthique publique » hors série. Montréal, Liber, 2003, 145 p.

Boisvert, Yves et coll. *Raisonnement éthique dans un contexte de marge de manœuvre accrue. Grille de délibération éthique.* Pp. 13-17. On peut télécharger le document à l'adresse URL suivante : http://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/publications/raison-ethiq_rapp_03.pdf

Borrillo, Daniel et Danièle Lochak (sous la dir. de). *La liberté sexuelle.* Paris, Presses universitaires de France, 2005, 239 p.

Bornecque, H. et F. Cauët. *Le dictionnaire latin-français du baccalauréat.* Seizième édition. Paris, Libraire classique Eugène Belin, s.d., 556 p.

Bouchindhomme, Christian. *Le vocabulaire de Habermas.* Coll. « Vocabulaire de … ». Paris, Ellipses Édition, 2002, 79 p.

Bourgeault, Guy. « Sexualité humaine : enjeux éthiques et politiques», *in Cahiers de recherche éthique*, no 3 : *Une nouvelle morale sexuelle ?* Montréal, Fides, 1976, pp. 61-72.

Brecher, Edward M. *Les sexologues.* Préface de William H. Masters et Virginia E. Johnson. Traduit de l'anglais (*The Sex Researchers*) par Serge Zolotoukhine. Montréal/Paris, Éditions du Jour/Robert Laffont, 1971, 405 p.

Cabestan, Philippe. *Le désir.* Coll. « Philo notions ». Paris, Éditions ellipses, 2005, 80 p.

Canto-Sperber, Monique. « L'exigence d'autonomie de la philosophie morale et la domination de la métaéthique », in La *philosophie morale britannique. Paris, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 42-81.*

Le catéchisme des provinces ecclésiastiques de Québec, Montréal et Ottawa. Approuvé le 20 avril 1888, par les Archevêques et Évêques de ces provinces et publié par leur ordre. Édition officielle. Conforme aux récentes modifications du droit canonique. Québec, 1949, 112 p.

Cayla, Olivier. «Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir», *in* Borrillo, Daniel et Danièle Lochak (sous la dir. de). *La liberté sexuelle.* Paris, Presses universitaires de France, 2005, pp. 89-106.

Chassaing, Jean-François. « Le consentement. Réflexions historiques sur une incertitude du droit », *in* Borrillo, Daniel et Danièle Lochak (sous la dir. de). *La liberté sexuelle.* Paris, Presses universitaires de France, 2005, pp. 65-88.

Clément, Gabriel. *Histoire de l'Action catholique au Canada français*. Montréal, Fides, 1972, 331 p.

Couture, Claude. *La loyauté d'un laïc : Pierre Elliott Trudeau et le libéralisme canadien*. Montréal, L'Harmattan, 1996, 160 p.:

Crépault, Claude et Jean-Yves Desjardins. *La complémentarité érotique*. Ottawa, EDUCOM, 1976, 136 p.

Crépault, Claude et Robert Gemme. *La sexualité prémaritale. Étude sur la différenciation sexuelle des jeunes adultes québécois*. Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1975, 204 p.

Crépault, Claude, Joseph Josy Lévy, Henri Gratton [sous la dir. de]. *Sexologie Contemporaine*. Sillery, Les Presses de l'Université du Québec, 1981, 422 p.

Crépault, Claude et Joseph J. Lévy. *La sexualité humaine. Fondements bioculturels*. Montréal, Les Presses de l'Université du Québec, 1978, 130 p.

Cournoyer, Guy et Gilles Ouimet. *Code criminel annoté 2008*. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 2589 p.

Dandurand, Renée B. « Les dissolutions matrimoniales, un phénomène latent dans le Québec des années 60 », *in Anthropologie et Sociétés*, 9 (1985,3), pp. 87-115.

Daoust, Valérie. *De la sexualité en démocratie. L'individu libre et ses espaces identitaires*. Coll. "sociologie d'aujourd'hui". Paris, Presses universitaires de France, 2005, 276 p.

_____. "Le discours sur l'hypersexualisation ou le divorce sujet/objet", *in Conjonctures*, no 44, Été et automne 2007, p. 83-92.

d'Eaubonne, Françoise. *Les femmes avant le patriarcat.* Coll. "bibliothèque scientifique". Paris, Payot, 1977, 239 p.

de Beauvoir, Simone. *Le deuxième sexe*. Coll. « idées », nos 152, 153. Paris, Gallimard, c1949, [1970-1971].

_____. *Pour une morale de l'ambiguïté*. Suivi de *Pyrrhus et Cinéas*. Coll. « idées nrf », no 21. Paris, Gallimard, 1968, 370 p.

de Briey, Laurent. *Le conflit des paradigmes. Habermas, Renaut : deux stratégies de renouvellement du projet moderne.* Préface d'Alain Renaut. Coll. « Philosophie et société ». Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006, 132 p.

Delruelle, Édouard. *L'impatience de la liberté. Autonomie et démocratie*. Coll. « Liberté j'écris ton nom ». Bruxelles, éditions Labor, 2004, 93 p.

Desaulniers, Marie-Paule. "Évolution des conceptions de la sexualité : performance ou relations humaines ?" *in Sexologie actuelle*, (octobre 1997), bulletin de l'Association des sexologues du Québec.

Desjardins, Gaston. « La pédagogie du sexe : un aspect du discours catholique sur la sexualité au Québec (1930-1960), in *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 43, no 3, 1990, p. 381-401.

_____. *L'amour en patience. La sexualité adolescente au Québec, 1940-1960*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1995, 261 p.

Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale. Ss la dir. de Monique Canto-Sperber. Quatrième édition revue et augmentée. Deux tomes. Coll. « Dicos poche ». Paris Quadrige / PUF, 2004, 2199 p.

Dictionnaire de sexologie. [sexologia-lexikon]. Sexologie générale, sexualité, contre-sexualité, érotisme, érotologie, bibliographie universelle. Paris, Jean-Jacques Pauvert éditeur, 1962, 566 p.

Dictionnaire de sexologie. Supplément A-Z. Paris, Jean Jacques Pauvert éditeur, 1965, 420 p.

Dictionnaire des concepts philosophiques. Sous la direction de Michel Blay. Paris, Larousse – CNRS Éditions, 2006, 879 p.

Diserens, Catherine Agathe et Françoise Vatré. *Accompagnement érotique et handicaps. Au désir des corps, réponses sensuelles et sexuelles avec cœur.* Préface de Denis Vaginay, psychanalyste et psychothérapeute; postface de Jean-François Malherbe, éthicien et philosophe; illustrations de Gérard Liardon, peintre, graveur, sculpteur. Coll. « Comprendre les personnes ». Lyon, Chronique Sociale, 2007, 160 p.

Dorais, Michel. *La sexualité plurielle. Le développement des orientations et des préférences sexuelles.* Montréal, Éditions Prétexte, 1982, 101 p.

_____. *Les lendemains de la révolution sexuelle. Le sexe a-t-il remplacé l'amour.* Préface d'Andrée Matteau et postface de Michel Lemay. Montréal, éditions Prétexte, 1986, 271 p.

_____. *Petit traité de l'érotisme*. Coll. « Sexualités et sociétés ». Montréal, VLB éditeur, 2010, 120 p.

_____. *Tous les hommes le font. Parcours de la sexualité masculine.* Coll. « Changements ». Montréal, Le Jour éditeur / VLB éditeur, 1991, 244 p.

Dupras, André et Hélène Dionne. « *L'émergence de la sexologie au Québec* », in *Sciencia Canadensis : revue canadienne d'histoire des sciences, des techniques et de la médecine*, vol. 11, no 2, (33) 1987, p. 90-108.

Éducation sexuelle des personnes en difficulté d'adaptation. Actes du symposium tenu à Montréal les 13-14 et 15 mai 1977. Ss la dir. d'André Dupras, Joseph J. Levy et Réjean Tremblay. Montréal, Publications du C.Q.E.E., 1978, 217 p.

Encyclopédie de la philosophie. Titre original : *Enciclopedia Garzanti di filosofia*, 1981, 1993, 1995. Coll. « Encyclopédie d'aujourd'hui ». S.l., La Pochothèque / Garzanti, 2002, 1777 p.

Éthique appliquée, éthique engagée. Réflexions sur une notion. Ss la dir. de André Lacroix. Montréal, Liber, 2006, 146 p.

Éthique de société. L'éthique dans les sociétés démocratiques avancées. Ss la dir. de Georges A. Legault, Alejandro Rada-Donath et Guy Bourgeault. Sherbrooke, Université de Sherbrooke / éditions G.G.C., 1999, 325 p.

Ferry, Jean-Marc. *Habermas. L'éthique de la communication.* Coll. Recherches politiques ». Paris, Presses Universitaires de France, 1987, 587 p.

_____. *L'Éthique reconstructive.* Coll. « Humanités ». Paris, Les Éditions du Cerf, 1996, 115 p.

_____. *Les puissances de l'expérience.* Tome 1 : *Le sujet et le verbe.* Coll. « Passages ». Paris, Les Éditions du Cerf, 1991, 216 p.

_____. *Les puissances de l'expérience.* Tome 2 : *Les ordres de la reconnaissance.* Coll. « Passages ». Paris, Les Éditions du Cerf, 1991, 254 p.

_____. *Philosophie de la communication*. Tome 1 : *De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*. Coll. « Humanités ». Paris, Les Éditions du Cerf, 1994, 123 p.

_____. *Philosophie de la communication*. Tome 2 : *Justice politique et démocratie procédurale*. Coll. « Humanités ». Paris, Les Éditions du Cerf, 1994, 125 p.

_____. *Valeurs et normes. La question de l'éthique.* Coll. « Philosophie et société ». Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, 114 p.

Ferry, Luc et Alain Renaud. *La pensée 68. Essai sur l'anti-humanisme contemporain.* Coll. « folio essais », no 101. Paris, Gallimard, 1988, 347 p.

_____. *68-86. Itinéraire de l'individu.* Coll. « Le monde actuel». Paris, Gallimard, 1987, 133 p.

Firestone, Shulamith. *La dialectique du sexe. Le dossier de la Révolution féministe.* Traduit de l'américain par Sylvia Gleadow. Paris, Éditions Stock, 1972, 306 p.

Flandrin, Jean-Louis. *L'Église et le contrôle des naissances*. Coll. « questions d'histoire », no 23. Paris, Flammarion, 1970, 137 p.

_____. *Le sexe et l'Occident. Évolution des attitudes et des comportements*. Coll. « L'univers historique ». Paris, Éditions du Seuil, 1981, 375 p.

Foucault, Michel. *Dits et écrits II. 1976-1984*. Édition établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald avec la collaboration de Jacques Lagrange. Coll. « Quarto ». Paris, Gallimard, 2001, 1 735 p.

_____. *Histoire de la sexualité*. Tome 1 : *La volonté de savoir*. Coll. "Bibliothèque des Histoires". Paris, Gallimard, 1976, 211 p.

_____. *Histoire de la sexualité*. Tome 2 : *L'usage des plaisirs*. Coll. "Bibliothèque des Histoires". Paris, Gallimard, 1984, 285 p.

_____. *Histoire de la sexualité*. Tome 3 : *Le souci de soi*. Coll. "Bibliothèque des Histoires". Paris, Gallimard, 1984, 284 p.

Foulquié, Paul. *Dictionnaire de la langue philosophique.* 6e édition. Paris, Presses Universitaires de France, [1962], 1992, 778 p.

Fourastié, Jean. *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*. Paris, Fayard, 1979, 300 p.

Fourier, Charles. *Vers la liberté en amour.* Textes choisis et présentés par Daniel Guérin. Coll. « Idées, philosophie ». Paris, Gallimard, 1975, 247 p.

Freud, Sigmund. "La morale sexuelle civilisée et les maladies nerveuses des temps modernes" (1908), in *La vie sexuelle*. Traduit de l'allemand par Denise Berger, Jean Laplanche et collaborateurs. Introduction de Jean Laplanche. Deuxième édition revue et corrigée. Paris, Presses universitaires de France, 1970, p. 28-46.

_____. *La vie sexuelle*. Traduit de l'allemand par Denise Berger, Jean Laplanche et collaborateurs. Introduction de Jean Laplanche. Deuxième édition revue et corrigée. Paris, Presses universitaires de France, 1970, 159 p.

Fromm, Erich. *L'art d'aimer*. Traduit de l'américain par J.-L. Laroche et Françoise Tcheng. Paris, épi, 1968, 156 p.

Gagnon, Serge. *Plaisir d'amour et crainte de Dieu. Sexualité et confession au Bas-Canada*. Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1990, 202 p.

Gervais, Diane. « Morale catholique et détresse conjugale au Québec. La réponse du service de régulation des naissances Seréna, 1955-1970 », *in Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 55, no 2, 2001, p. 185-215.ß

Giddens, Anthony. *La transformation de l'intimité. Sexualité, amour et érotisme dans les sociétés modernes*. Traduction de *The Transformation of Intimacy — Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, 1992, par Jean Mouchard. Coll. « Les incorrects ». S.l., Le Rouergue / Chambon, 2004, 271 p.

Grand Dictionnaire de la philosophie. Sous la direction de Michel Blay. Paris, Larousse – CNRS Éditions, 2003, 1105 p.

Guiraud, Pierre. *Sémiologie de la sexualité. Essai de glosso-analyse.* Coll. « langages et sociétés ». Paris, Payot, 1978, 247 p.

Guyon, René. *Études d'éthique sexuelle*. 1, *La légitimité des actes sexuel*. Saint-Denis, impr. Dardaillon, 1929, 399 p.

_____. *Études d'éthique sexuelle*. 2, *La liberté sexuelle*. Saint-Denis, impr. Dardaillon, 1933, 365 p.

_____. *Études d'éthique sexuelle*. 3, *Révision des institutions classiques, mariage, famille*. Saint-Denis, impr. Dardaillon, 1934, 393 p.

_____. *Études d'éthique sexuelle*. 4, *Politique rationnelle de sexualité : la reproduction humaine*. Saint-Denis, impr. Dardaillon, 1936, 378 p.

_____. *Études d'éthique sexuelle*. 5, *Politique rationnelle de sexualité : le plaisir sexuel*. Saint-Denis, impr. Dardaillon, 1937, 327 p.

_____. *Études d'éthique sexuelle*. 6, *La persécution des actes sexuels*. 1. *Les courtisanes*. Saint-Denis, impr. Dardaillon, 1938, 432 p.

_____. *Études d'éthique sexuelle*. 7, *La persécution des actes sexuels: intermédiaires, mineurs*. Manuscrit inédit. Bloomington, Institut Kinsey, Indiana University.

_____. *Études d'éthique sexuelle*. 8, *La Terreur puritaine*. Manuscrit inédit. Bloomington, Institut Kinsey, Indiana University.

_____. *Études d'éthique sexuelle*. 9, *Comment organiser une société prosexuelle*. Manuscrit inédit. Bloomington, Institut Kinsey, Indiana University.

_____. « Les droits humains et le déni de liberté sexuelle », *in Arcadie*, revue littéraire et scientifique, 1954, numéro de février, pp. 17 à 22, numéro de mars, pp. 17 à 26, numéro d'avril, pp. 5 à 11.[486]

_____. *Sexuels (Doctrine de légitimité et de liberté des actes)*. Article du *Dictionnaire de sexologie*. Paris. Jean-Jacques Pauvert Éditeur, 1962, p. 497-502.

---

[486] La version anglaise de ce texte a été imprimée aux frais de l'auteur, en 1951, à Bangkok. Le site web de *Magnus Hirschfeld Archive for Sexology*, Humboldt-Universität, Berlin, publie une version intégrale à l'adresse URL suivante : http://www2.hu-berlin.de/sexology/GESUND/ARCHIV/GUYTX.HTM

La revue *Arcadie* a publié en 1954 dans ses numéros de février, mars et avril le texte original de Guyon divisé en trois parties.

Guyon-de la Perrière, Annick. « Auteur à redécouvrir : Charles Fourier », *in Revue québécoise de Sexologie*, vol. 1, no 1 (juillet, août, septembre), 1979, pp. 66-67.

Haber, Stéphane. "L'éthique de la discussion et les limites de la neutralité déontologique", *in La raison pratique au XXe siècle. Trajets et figures.* Ss la direction de Bienenstock, Myriam et André Tosel. Paris, L'Harmattan, 2004, pp. 157-178.

Habermas, Jürgen. *Droit et démocratie. Entre faits et normes*. Traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme. «Coll. « nrf essais ». Paris, Gallimard, 1997, 551 p.

_____. *De l'éthique de la discussion*. Traduit de l'allemand (*Erläuterungen zur Diskursethik*, 1991) par Mark Hunyadi. Coll. "Passages". Paris, Les Éditions du Cerf, 1992, 202 p.

_____. *Le discours philosophique de la modernité. Douze conférences*. Coll. « Bibliothèque de philosophie ». Paris, Gallimard, 1988, 484 p.

_____. *Morale et communication. Conscience morale et activité communicationnelle*. Traduction et introduction par Christian Bouchindhomme. Coll. « Champs », no 420. Paris, Flammarion, 212 p.

_____. "Qu'est-ce qui rend une forme de vie « rationnelle » ? " *in De l'éthique de la discussion.* Traduit de l'allemand par Mark Hunyadi. Coll. "Passages". Paris, Les Éditions du Cerf, 1992, pp. 31-47.

_____. *Théorie de l'agir communicationnel*. Tome 1 : *Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*. Tome 2 : *Pour une critique de la raison fonctionnaliste*. Coll. « L'espace du politique ». S.l., Fayard, 1987, 448 p. et 480 p.

_____. *Vérité et justification*. Traduit de l'allemand (*Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, 1999) par Rainer Rochlitz. Coll. "*nrf* essais". Paris, Gallimard, 2001, 348 p.

Habermas, Jürgen et John Rawls. *Débat sur la justice politique.* Traduit de l'américain (avec le concours de Catherine Audard) et de l'allemand par Rainer Rochlitz. Coll. « Humanités ». Paris, Les Éditions du Cerf, 1997, 187 p.

Henripin, Jacques, P.-M. Huot, E. Lapierre-Adamcyck et N. Marcil-Gratton. Les enfants qu'on n'a plus au Québec. Montréal, les Presses de l'Université de Montréal, 1981, 410 p.

Honneth, Axel. *La lutte pour la reconnaissance*. Traduit de l'allemand par Pierre Rusch. Coll. "Passages". Paris, Éditions du Cerf, 2000, 232 p.

———————. *La société du mépris. Vers une nouvelle Théorie critique*. Édition établie par Olivier Voirol. Textes traduits par Olivier Voirol, Pierre Rusch et Alexandre Dupeyrix. Coll. « armillaire ». Paris, Éditions La Découverte, 2006, 249 p.

———————. *La réification. Petit traité de Théorie critique*. Traduit de l'allemand par Stéphane Haber. Coll. « nrf essais ». Paris, Gallimard, 2007, 141 p.

Hôpital & éthique. Rôles et défis des comités d'éthique clinique. Ss la dir. de Marie-Hélène Parizeau. S.l., Presses de l'Université Laval, 1995, 256 p.

Horkheimer, Max. *Éclipse de la raison*. Paris, Payot, 1974, 236 p.

_____. *Théorie critique.* Essais. Présentés par Luc Ferry et Alain Renaut et traduits de l'allemand par le groupe de traduction du Collège de philosophie. Coll. « Critique de la politique ». Paris, Payot, 1978, 373 p.

_____. *Théorie rationnelle et théorie critique*. Traduit de l'allemand par Claude Maillard et Sibylle Muller. Coll. « tel », no 277. Paris, Gallimard, 1974, 324 p.

Hottois, Gilbert. *De la Renaissance à la Postmodernité. Une histoire de la philosophie moderne et contemporaine.* Coll. « Le point philosophique ». Paris/Bruxelles, De Broeck & Université, 1997, 491 p.

Jean-Paul II. *Évangile de la vie. Lettre encyclique* Evangelium vitae *sur la valeur et l'inviolabilité de la vie humaine.* Coll. « L'Église aux quatre vents ». S.l., Éditions Fides, 1995, 205 p.

Kant, Emmanuel. *Anthropologie du point de vue pragmatique*. Traduction, présentation, bibliographie et chronologie par Alain Renaut. Coll. GF, no 665. Paris, Flammarion, 1993, 349 p.

_____. *Critique de la raison pratique.* Traduction française de François Picavet, avec une introduction de Fernand Alquié. Cinquième édition. « Bibliothèque de Philosophie Contemporaine ». Paris, Presses Universitaires de France, 1966, 192 p.

_____. Sur *la différence des sexes. Sur le caractère de l'humanité en général*, et autres essais. Traduit de l'allemand et présenté par Philippe Ivernel. Coll. « Petite Bibliothèque », no 527. Paris, Éditions Payot & Rivages, 2006, 122 p.

_____. *Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ?* Et autres textes. Introduction, notes, bibliographie et chronologie par Françoise Proust. Traduction par Jean-François Poirier et Françoise Proust. Coll. « GF », no 573. Paris, Flammarion, 1991, 206 p.

Kaplan, Helen Singer. *Le bonheur dans le couple. Une nouvelle thérapie sexuelle*. Illustrations de David Passalacqua. Montréal, Les Éditions Internationales Alain Stanké, 1975, 181 p.

Kinsey, Alfred C. et al. *Sexual behavior in the human female*. Philadelphia, W.B. Saunders Company, 1953, 842 p.

Kinsey, Alfred C. et al. *Sexual behavior in the human male*. Philadelphia and London, W.B. Saunders Company, 1948, 804 p.

Kollontaï, Alexandra. *Marxisme et révolution sexuelle*. Préface et présentation de Judith Stora-Sandor. Coll. "FM / petite collection maspero", no 182. Paris, Libraire François Maspero, 1979 [1973], 284 p.

L'amour réussi. Texte français : François Lourbet. Illustrations : V. Incio. Paris/Montréal, Balland/Presses Select, 1974

L'éthique à l'ère du soupçon. La question du fondement anthropologique de l'éthique appliquée. Ss la dir. de André Lacroix et Jean-François Malherbe. Montréal, Liber, 2003

L'étude de la religion au Québec. Bilan et prospective. Ss la dir. de Jean-Marc Larouche et Guy Ménard. S.l., Les Presses de l'Université Laval, 2001, 504 p.

La Déclaration universelle des droits de l'homme. Textes rassemblés par Mario Bettati, Olivier Duhamel et Laurent Greilsamer pour *Le Monde*. Coll. "folio actuel", no 64. Paris, Éditions Gallimard, 1998, 177 p.

La liberté sexuelle. Sous la direction de Daniel Borillo et Dalièle Lochak. Paris, Presses universitaires de France, 2005, 238 p.

La raison pratique au XXe siècle. Trajets et figures. Ss la direction de Bienenstock, Myriam et André Tosel. Paris, L'Harmattan, 2004, 348 p.

La révolution kantienne. *Histoire de la philosophie*. Nouvelle édition. Par Yvon Balaval et coll. Coll. nrf ». Paris, Gallimard, 1978, 309 p.

La *sainte bible*. Traduite en français sous la direction de l'École biblique de Jérusalem. Paris, Les Éditions du Cerf, 1961, 1669 p.

La sexualité au Québec. Perspectives contemporaines. Ss la dir. de Joseph Josy Lévy et André Dupras. Longueuil, Éditions IRIS, 1981, 539 p.

Lacroix, André (ss la dir. de). « L'éthique appliquée est-elle une nouvelle théorie critique ? », *in Éthique appliquée, éthique engagée. Réflexions sur une notion.* Montréal, Liber, 2006, pp. 125-144.

Lacroix, André. « L'éthique publique : un nouvel espace de réflexion et de décision », *in Qu'est-ce que l'éthique publique ?* Ouvrage collectif. Coll. « éthique publique hors série ». Montréal, Liber, 2005, pp. 95-106.

Lamonde, Yvan. *L'heure de vérité. La laïcité québécoise à l'épreuve de l'histoire*. Montréal, Del Busso, 2010, 221 p.

Laplanche, Jean et J.-B. Pontalis. *Vocabulaire de la psychanalyse.* Sous la direction de Daniel Lagache. 1re édition : 1967; 6e édition : 1978. Paris, Presses universitaires de France, 1978, 523 p.

Larouche, Jean-Marc. « De la morale sexuelle à la sexologie morale », *in La morale prescrite et vécue au Canada français de l'après-guerre, 1945-1969 : actes du colloque tenu à l'université d'Ottawa les 22 et 23 mars 1990*, Cultures du Canada français, no 8, pp. 62-72.

_____. « L'émergence de la sexologie au Québec. De la militance éthique à la sexosophie », *in Studies in religion/Sciences religieuses*, vol. 18, no 5, winter/hiver 1989, p. 5-24.

_____. « Religion, éthique et société », *in L'étude de la religion au Québec*. Ss la dir. de Jean-Marc Larouche et Guy Ménard. S.l., Les Presses de l'Université Laval, 2001, pp. 305-321.

Larousse universel en 2 volumes. Nouveau dictionnaire encyclopédique. Publié en deux tomes sous la direction de Claude Augé. Paris, Librairie Larousse, 1922 et 1928, 1276 p. et 1292 p.

Lazure, Jacques. *La jeunesse du Québec en révolution. Essai d'interprétation.* Montréal, Les Presses de l'Université du Québec, 1970, 141 p.

_____. *Le jeune couple non marié. Une nouvelle forme de révolution sexuelle.* Avec la collaboration de Odette Bouchard-Lapierre, Lucille Quirion-Pépin, Louise Lefaivre-Tremblay. Montréal, Les Presses de l'Université du Québec, 1975, 476 p.

Le petit Larousse illustré. Paris, Larousse, 1999, 1784 p.

LeBel, Louis. "Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux" *in Éthique publique*, vol. 3, no 2 (2001), pp. 51-58.

Legault, Georges Auguste. "La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada", in *Ethica*, 1 (1989), p. 95-109.

Legault, Georges A. « La parole du philosophe éthicien est-elle crédible ? », *Philosophiques*, vol. 17, no 1 (printemps 1990), p. 21-43

_____. « L'éthique appliquée comme discipline philosophique », *in Éthique appliquée, éthique engagée. Réflexions sur une notion.* Montréal, Liber, 2006, pp. 13-42.

_____. « L'éthique appliquée: le malaise de la philosophie », *in Ethica*, 9 (2, 1997), pp. 9-27

_____. *Professionnalisme et délibération éthique. Manuel d'aide à la décision responsable*. Coll. « Éthique ». Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1999, 290 p.

_____. « Une éthique sans anthropologie philosophique ? L'enjeu des représentations de l'humain en éthique », *in L'éthique à l'ère du soupçon. La question du fondement anthropologique de l'éthique appliquée*. Ss la dir. de André Lacroix et Jean-François Malherbe. Montréal, Liber, 2003, pp. 55-72.

_____. *Qu'est-ce donc ENFIN l'éthique appliquée ?* Coll. « essais et conférences », document no 34. S.l., Université de Sherbrooke/Chaire d'éthique appliquée/GGC éditions, 2007, 48 p.

_____. *Questions fondamentales en éthique. Manuel d'introduction aux notions d'éthique*. Secteur éthique appliquée. Coll. « cahiers de philosophie », no 5. Sherbrooke, Université de Sherbrooke, département des sciences humaines, 1994, 274 p.

Lemay, Michel. "René Guyon, un inconnu difficile à connaître", *Revue québécoise de Sexologie*, 1 (2, 1979), pp. 128-132. Présentation biobibliographique.

_____. « La dépendance affective ou sexuelle a-t-elle un sens ? », *Revue sexologique*, vol. 5, no 1 (printemps 1997), pp. 161-202.

_____. « Obsession et fantasme en société de consommation sexuelle », *in Bulletin de l'Association des sexologues du Québec*, vol. XII, no 1 (octobre-novembre 1990), pp. 23-30.

Les années Trudeau : la recherche d'une société juste. Sous la direction de Thomas S. Axworthy et Pierre Elliott Trudeau. Montréal, Le Jour, 1990. 425p.

Lévy, Joseph et Maria G. Baruffaldi, en collaboration avec Claude Crépault. *La sexualité humaine. Perspectives phylogénétiques et culturelles.* Montréal, Éditions du Méridien, 1991, 296 p.

Lo Duca, [Joseph-Marie]. *Histoire de l'érotisme*. Paris, Pygmalion, 1979, 544 p.

Maclure, Jocelyn et Charles Taylor. *Laïcité et liberté de conscience.* S.l., Éditions du Boréal, 2010, 164 p.

Maesschalck, Marc. *Normes et contextes. Les fondements d'une pragmatique contextuelle.* Hildesheim, Georg Olms Verlag, 2001, 324 p.

Mahler, Margaret, Fred Pine et Anni Bergman. *La naissance psychologique de l'être humain. Symbiose humaine et individuation*. Cool. « Science de l'homme ». Paris, Éditions Payot, 1980, 368 p.

Manfredoni, Gaetano et Francis Ronsin. *E. Armand et « la camaraderie amoureuse ». Le sexualisme révolutionnaire et la lutte contre la jalousie*. Amsterdam, International Institute of Social History, 2000, 10 p.

Manuel secret du parfait confesseur. Montréal, éditions du paradis artificiel, 1971, 126 p.

Marcuse, Herbert. *Eros et civilisation. Contribution à Freud.* Suivi de *La notion de progrès à la lumière de la psychanalyse*. Traduction de l'anglais par Jean-Guy Nény et Boris Fraenkel revue par l'auteur. Coll. "Points", no 22. S.l., Éditions de Minuit, 1970, 271 p.

Mariage homosexuel. Les termes du débat. Textes choisis et présentés par Guy Ménard. Coll. "Éthique publique hors série". Montréal, Liber / Le Devoir, 2003, 274.

Marzano, Michela. *Je consens, donc je suis.* Paris, Presses Universitaires de France, 2006, 261 p.

_____. *La pornographie ou l'épuisement du désir.* Coll. « les essais ». Paris, Buchet/Chastel, 2003, 294 p.

_____. *Malaise dans la sexualité. Le piège de la pornographie*. Paris, JC Lattès, 2006, 184 p.

Marzano, Michela et Alain Milon. «Le corps transgressé : du consentement au souci de soi », *in* Borrillo, Daniel et Danièle Lochak (sous la dir. de). *La liberté sexuelle.* Paris, Presses universitaires de France, 2005, pp. 107-130.

Massé, Raymond. *Éthique et santé publique. Enjeux, valeurs et normativité.* Avec la collaboration de Jocelyne Saint-Arnaud. Coll. « Sociétés, cultures et santé ». S.l., Presses de l'Université Laval, 2003, 413 p.

Masters, William H. et Virginia E. Johnson. *Les réactions sexuelles*. Traduit de l'américain par Francine Fréhel et Marc Gilbert. Paris, Robert Laffont, 1968, 382 p.

McLuhan, Marshall. *La Galaxie Gutenberg. La Genèse de l'homme typographique*. Traduit de l'anglais par Jean Paré. Montréal, Hurtubise HMH, 1967.

Mesure, Sylvie et Alain Renaut. *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*. Coll. "Champs", no 197. Paris, Flammarion, 1999, 304 p.

_____. *La guerre des dieux. Essai sur la querelle des valeurs*. Coll. « Le Collège de Philosophie ». Paris, Bernard Grasset, 1996, 242 p.

Mill, John Stuart. *L'utilitarisme*. Traduction, chronologie, préface et notes par Georges Tanesse. Coll. « Champs », no 201. Paris, Flammarion, 1988, 181 p.

Millett, Kate. *La politique du mâle.* Traduit de l'américain par Elisabeth Gille, Paris, Éditions Stock, 1971, 463 p.

Misrahi, Robert. *Désir et besoin*. Coll. "Philo". Paris, Ellipses Édition, 2001, 77 p.

_____. *La jouissance d'être. Le sujet et son désir. Essai d'anthropologie philosophique*. S.l., encre marine, 1996, 477 p.

_____. *Le sujet et son désir*. Nantes, Éditions Pleins Feux, 2003, 41 p.

_____. *Qu'est-ce que l'éthique ? L'éthique et le bonheur.* Coll. "Lundis Philo". Paris, Armand Colin, 1997, 285 p.

Nouveau regard sur l'homosexualité. Questions d'éthique. Ss la dir. de Guy Lapointe et Réjean Bisaillon. Actes d'un colloque tenu sous l'égide de la Faculté de théologie de l'Université de Montréal en novembre 1996. Coll. "Perspectives de théologie pratique". S.l., Fides, 1997, 261 p.

Ogien, Ruwen. *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*. Coll. « folio essais », no 485. S.l., Gallimard, 2007, 252 p.

_____. *Penser la pornographie*. Coll. « Questions d'éthique ». Paris, Presses universitaires de France, 2003, 172 p.

_____. « Raisonner sur la pornographie», *in Questions d'éthique contemporaine.* Sous la direction de Ludivine Thiaw-Po-Une. Préface d'Axel Kahn. Coll. « les essais ». S.l., Éditions Stock, 2006, pp. 1113-1134.

Paul VI. *Humanae vitae*, lettre encyclique sur le mariage et la régulation des naissances. Rome, 25 juillet 1968.

Petit, Jean-François. *Penser après les postmodernes*. Coll. « au fait ». Paris, Buchet/Chastel, 2005, 136 p.

Questions d'éthique contemporaine. Ss la dir. de Ludivine Thiaw-Po-Une. Préface d'Axel Kahn. Coll. « les essais ». S.l., Éditions Stock, 2006, 1216 p.

Questions de sexualité au Québec. Ss la dir. de Joseph J. Lévy et André Dupras. Montréal, Liber, 2008, 512 p.

Rawls, John. *Justice et démocratie*. Introduction, présentation et glossaire de Catherine Audard. Traduit de l'anglais par C. Audard, P. de Lara, F. Piron et A. Tchoudnowsky. Coll. « Points. Essais », no 427. Paris, Éditions du Seuil, 1993, 385 p.

_____. *Libéralisme politique*. Traduit de l'américain par Catherine Audard. Paris, Quadrige / PUF, 2001, 450 p.

_____. *Théorie de la justice*. Traduit de l'anglais (États-Unis) par Catherine Audard. Coll. « Points. Essais », no 354. Paris, Éditions du Seuil, 1997, 665 p.

Reich, Wilhelm. *La fonction de l'orgasme*. Traduction de l'anglais revue et corrigée par l'auteur. 2^{me} édition française revue et corrigée. Coll. « le sens de la marche ». Paris, L'Arche Éditeur, 1952, 1970, 300 p.

_____. *La lutte sexuelle des jeunes.* Traduction et introduction de Jean-Marie Brohm avec la collaboration de Joh. Knief. Préface d'Emile Copfermann. Coll. "petite collection maspero", no 100. Paris, François Maspero, 1972, 148 p.

_____. *L'irruption de la morale sexuelle. Étude des origines du caractère compulsif de la morale sexuelle*. Traduit de l'allemand (*Der Einbruch der Sexualmoral : zur Geschichte der sexuellen Ökonomie*, 1932, 1935) par Pierre Kamnitzer. Coll. "petite bibliothèque payot", no 236. Paris, Éditions Payot, 1972, 237 p.

_____. *La révolution sexuelle. Pour une autonomie caractérielle de l'homme*. Traduit de l'anglais (*The Sexual Revolution*) par Constantin Sinelnikoff. Traduction revue et corrigée par le Wilhelm Reich Infant Trust Fund. Coll. "10/18", no 481. Paris, Plon / Union générale d'éditions, [1970], 383 p.

Renaut, Alain. *Kant aujourd'hui.* Coll. "Champs Flammarion", no 436. Paris, Aubier, 1997, 512 p.

_____. *La fin de l'autorité*. Paris, Flammarion, 2004, 266 p.

_____. *L'ère de l'individu. Contribution à une histoire de la subjectivité*. Coll. « Bibliothèque des idées ». Paris, Éditions Gallimard, 1989, 299 p.

_____. *L'individu. Réflexions sur la philosophie du sujet.* Coll. « Optiques Philosophie », no 211. Paris, Hatier, 1995, 79 p.

Ricard, François. *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom.* Coll. "Boréal compact", no 55. S.l., Les Éditions du Boréal, 1992 et 1994, 282 p.

Rocher, Guy. *Études de sociologie du droit et de l'éthique*. Montréal, Éditions Thémis, 1996, 327 p.

Samson, Jean-Marc. « La révolution sexuelle de demain », *in* *Cahiers de recherche éthique*, no 3 : *Une nouvelle morale sexuelle ?* Montréal, Fides, 1976, pp. 133-145.

Sanday, Peggy Reeves. *Female power and male dominance. On the origins of sexual inequality.* N.Y., Cambridge University Press, 1981, 295 p.

SexoTrousse, trousse de matériel éducatif. Outil no 8 : *Plaisir et normes.* Jaël Ferguson, éducatrice, et Michel Lemay, sexologue. Hull, Le Pavillon du Parc, 1996.

Sillamy, Norbert. *Dictionnaire de la psychologie*. Coll. « Essentiels ». Paris, Larousse, 1989, 289 p.

Silverstein, Charles et Edmund White. *Les plaisirs de l'amour gai*. Illustrations de Michael Leonard, Ian Beck et Julian Graddon. Traduction de Michel Chevrier. Montréal, Éditions Intrinsèque, 1979, 221 p.

Tamagne, Florence. *Histoire de l'homosexualité en Europe. Berlin, Londres, Paris, 1919-1939. Coll.* "l'univers historique". Paris, Éditions du Seuil, 2000, 691 p.

_____. « La Ligue mondiale pour la réforme sexuelle : La science au service de l'émancipation sexuelle ? », *in CLIO*, no 22, 2005, p. 101-121.

Tarczylo, Théodore. *Sexe et liberté au siècle des Lumières.* Paris, Presses de la Renaissance, 1983, 310 p.

Tremblay, Luc B. « La justification de la législation comme jugement pratique », *in Mc-Gill Law Journal / Revue de droit de McGill*, vol. 47 (2001), pp. 57-93.

"*Une nouvelle morale sexuelle ?* ", Cahiers de recherche éthique, 3. Montréal, Fides, 1976, 150 p.

Van Ussel, Jos. *Histoire de la répression sexuelle*. Traduit de l'allemand par Catherine Chevalot. Montréal/Paris, Éditions du jour/Éditions Robert Laffont, 1972, 348 p.

Walker, Ralph. *Kant. La loi morale.* Coll. Essais « Les grands philosophes », point, no 418. Traduit de l'anglais par Ghislain Chaufour. Paris, Éditions du Seuil, 2000, 91 p.

Walzer, Michael. *Morale maximale, morale minimale.* Traduit de l'anglais par Camille Fort. Paris, Bayard, 2004, 155 p.

Wetzel, Dietmar J. *Altérité, intersubjectivité et reconnaissance. Exploitation d'un débat par la sociologie*. Conférence au Sigmund-Freud-Institut, Francfort, 21.03.2005, GLYSI, Lyon, p. 10. Adresse URL : http://www.soz.unibe.ch/unibe/wiso/soz/content/e5976/e7254/e8637/e8647/files9786/Vortrag.Lyon.Altrit.D.Wetzel.2005_ger.pdf

Wittgenstein, Ludwig. *Conférence sur l'éthique*. Suivi de *Notes sur des conversations avec Wittgenstein* de Friedrich Waismann. Traduit de l'anglais par Jacques Fauve. Dossier et notes réalisés par Julien Jimenez. Lecture d'image par Christian Hubert-Rodier. S.l., folioplus philosophie, 2008, p. 129.

_____ . *Recherches philosophiques*. Traduit de l'allemand par Françoise Dastur et al. Avant-propos et apparat critique d'Élisabeth Rigal. Coll. « Bibliothèque de philosophie » .Paris, Gallimard, 2005, 367 p.

_____ . *Tractatus logico-philosophicus*. Suivi de *Investigations philosophiques*. Trad. de l'allemand par Pierre Klossowski. Introd. de Bertrand Russell. Coll. « Bibliothèque des idées ». Paris, Gallimard, 1961, 364 p.