1

MICROCOPY RESOLUTION TEST CHART
NATIONAL BUREAU OF STANDARDS
STANDARD REFERENCE MATERIAL 1010a
(ANSI and ISO TEST CHART No. 2)

National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service

Service des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

L'OBSCENITE ET LE DROIT PENAL:

ETUDE SUR L'EFFECTIVITE DU DISCOURS JURIDIQUE

par

Daniel Sansfaçon

**Thèse soumise à la "Faculty of Graduate Studies and Research"
comme exigence partielle en vue de l'obtention du doctorat en
sociologie (Doctor of Philosophy).**

Carleton University

Ottawa

21 février 1990

**@ Cette thèse est protégée par la Loi sur les droits d'auteur.
Toute reproduction, totale ou partielle, par quelque moyen que ce
soit, est interdite sans la permission écrite de l'auteur. Cette
interdiction ne s'applique pas à la Bibliothèque Nationale du
Canada. Daniel Sansfaçon, 1990.**

National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service Service des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

The author has granted an irrevocable non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.

The author retains ownership of the copyright in his/her thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her permission.

L'auteur a accordé une licence irrévocable et non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège sa thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

ISBN 0-315-58993-0

The undersigned hereby recommend to
the Faculty of Graduate Studies and Research
acceptance of the thesis

L'Obscenite et Le Droit Penal:
Etude Sur L'Effectivite Due Discourse Juridique

submitted by

Daniel Sansfacon, B.A., M.A.

in partial fulfilment of the requirements
for the degree of Doctor of Philosophy

Chair, Department of Sociology and
Anthropology

Thesis Supervisor

External Examiner

Carleton University

April, 1990

SOMMAIRE

Le droit en matière d'obscénité continue d'interroger juristes, féministes et théoriciens du droit qui recherchent une solution juridique qui permettrait d'en finir avec certains types de représentations de la sexualité. Cette conception d'un droit-outil qui fonctionnerait à la répression, pose problème dès qu'on tente de l'articuler théoriquement, en particulier sur les mécanismes de son efficacité. C'est pourquoi, critiquant en particulier les positions des sociologies marxistes et structuralistes, nous suggérons, dans la foulée des travaux de Foucault et de Habermas, que le droit est à saisir dans les mécanismes spécifiques de son effectivité. Celle-ci se définit comme la relation d'intertextualité discursive que le droit entretient avec d'autres pratiques sociales et par lesquelles il constitue et assure la gestion du sujet socio-juridique. Ce faisant, ce droit technique, apparemment coupé de ses référents moraux originels (i.e., le sacré) agit comme médium de communication stratégique entre la société civile et le système. Il s'ensuit qu'il devient lui-même l'enjeu des débats sociaux à travers les lois-mesures, jusqu'à oblitérer complètement le problème sous-jacent qui avait d'abord justifié son intervention.

L'analyse de la jurisprudence en matière d'obscénité depuis l'adoption du premier Code criminel en 1892, révèle les modalités spécifiques de ce procès de transformation en trois phases. Dans la

première (1892-1925), le juridique se dissocie du religieux et établit la légitimité de la norme pénale de l'obscénité autour de la sexualité reproductrice dans le cadre du mariage. Dans la seconde (1926-1958), la notion socio-juridique se révèle pour ce qu'elle était: une "naturalisation" du sexe qui devient responsabilité individuelle, ce qui entraîne des conflits avec la pratique discursive morale et au sein même de l'institution juridique, quant à la justification de son intervention. Enfin, suite à la codification d'une définition de l'obscène (1959-1969) le juridique invente le test des standards communautaires, consacrant par là les sujets individuels libres et égaux, et se confirmant dans son rôle de custos mores et de médium de communication stratégique.

REMERCIEMENTS

De nombreuses personnes m'ont accompagné au cours de ce trajet qui a occupé, à sa manière, une tranche de vie. J'en nommerai certaines ici, mais d'autres noms ne paraîtront pas: j'espère qu'elles se reconnaîtront tout de même dans le texte.

Ce volumineux travail a été rendu possible par la communauté des efforts des membres de mon Comité: les professeurs Jacques Chevalier, Derek Smith et Alvaro Pires. Je les remercie profondément, et leur suis reconnaissant d'avoir pris le temps de lire et de relire ce texte, parfois dans des délais trop courts.

Je voudrais remercier Jacques tout particulièrement, et lui exprimer à quel point je me compte chanceux d'avoir bénéficié de sa "pensée sauvage".

Il est des promesses qu'on ne peut pas ne pas réaliser: Lynn Joncas se reconnaîtra sans doute dans celle-ci.

Enfin, à Guylaine et Pasquale, qui ont été de tous les instants de ce trajet, vont mes pensées et mes sentiments les plus profonds.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	ii
REMERCIEMENTS	iv
TABLE DES MATIERES	v
LISTE DES ARRETS ET DE LA DOCTRINE CITES	ix
LISTE DES TABLEAUX	xv
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE	
PROBLEMATIQUE ET METHODE	18
PREMIER CHAPITRE	
PROBLEMATIQUE	
Introduction	20
1.1 Misères de la sociologie du droit	32
1.1.1 L'envers du droit	33
1.1.2 La positivité du droit	41
1.1.2.1 Sur le sujet de droit	42
1.1.2.2 Sur la pratique juridique	49
1.2 Habermas: droit, discours et éthique	59
1.3 La question de l'effectivité du droit	82
DEUXIEME CHAPITRE	
L'OBSCENITE, LA PORNOGRAPHIE ET LE DROIT: un (malheureux) mariage de raison?	
Introduction	92
2.1 L'arrêt Pelletier ou une histoire de plumeau	99

2.2	Obscénité et pornographie, sexe et violence: la fluidité de la "chose"	120
2.3	La fin de l'obscène?	136

TROISIEME CHAPITRE METHODOLOGIE

	Introduction	145
3.1	Une épistémologie critique	146
3.2	Approche du discours juridique sur l'obscénité	151

DEUXIEME PARTIE ANALYSE INTERTEXTUELLE

PROLOGUE		
	HICKLIN ET LE TEST DE L'OBSCENITE	165

QUATRIEME CHAPITRE L'OBSCENITE A L'EPOQUE CONSENSUELLE (1892-1925) ou la loi du père est aussi la Loi du Père

	Introduction	195
4.1	L'ordre des choses	198
4.2	Codification et boulimie législative . . .	202
4.3	La chose obscène: du libelle à la contraception	217
4.3.1	Libelle et obscénité	221
4.3.2	L'immoral et l'obscène	234
4.3.3	L'obscène: (mauvais) sexe et (bon) public	244
	Sommaire	256

**CINQUIEME CHAPITRE - L'OBSCEENITE A L'EPOQUE
DE LA REVOLUTION CULTURELLE (1926-1958)
ou la sexualité responsable**

Introduction	262
5.1 Une révolution culturelle: du cinéma parlant à Miller	263
5.2 D'une accalmie à une panique sur les comiques	268
5.3 Une obscénité à géométrie variable	295
5.3.1 Le sexe et la raison	301
5.3.2 Les publics: différenciation de la protection	319
5.3.3 L'obscénité revue ou: quelle est la place du sujet	327
Sommaire	339

**SIXIEME CHAPITRE - L'OBSCEENITE
A L'EPOQUE MODERNE (1959-1969)
ou la communauté é(est)perdue**

Introduction	344
6.1 Une boulimie culturelle: de l'obscénité à la pornographie	346
6.2 Législation et censure: qui gagne perd?	352
6.2.1 La censure? Quelle censure?	358
6.2.2 Un certain sexe	377
6.3 Le sujet est la chose: la communauté en question	384
6.3.1 Le (non) lieu de l'obscénité	388
6.3.1.1 Lady Chatterley en Cour du Banc de la Reine du Québec	388

6.3.1.2	Lady Chatterley en Cour Suprême du Canada	405
6.3.1.3	Les suites de ce (non) lieu .	424
6.3.2	Les lieux du désir	439
	Sommaire	455
CONCLUSION		459
REFERENCES		471
ANNEXES		493
Annexe A	Evolution des articles du Code criminel par période (1892-1959) . . .	494
Annexe B	Liste des arrêts canadiens par période (1892-1959)	507
Annexe C	Liste des débats parlementaires, statuts et autres sources consultées .	510

LISTE DES ARRETS ET DE LA DOCTRINE CITES

1. Arrêts canadiens

Attorney General of Ontario *c.* Koynok (1940) 74 C.C.C. 100.

Benjamin News (Montréal) *Reg'd. et Penthouse Int'l. c. R.* (1979) 6 C.R. (3d) 281 (C.A. Qué.).

Brodie *c. R.* (1961) B.R. 610 (Qué.).

Brodie, Dansky et Rubin *c. R.*, (1962) R.C.S. 681, 132 C.C.C. 161, 32 D.L.R. (2d) 507 (CSC), renversant 36 C.R. 200 (B.R. Qué.).

Conway *c. R.* (1944) 81 C.C.C. 189, 2 D.L.R. 530.

Fraser et.al. *c. R.* (1966) 1 C.C.C. 110, 51 D.L.R. (2d) 408, aff. 52 W.W.R. 712, (1967) 2 C.C.C. 43 (C.S.C.).

Pelletier *c. R.* (1985) 49 C.R. (3d) 251 (C.A. Qué.).

Smith *c. R.* (1962) 38 C.R. 365, 39 W.W.R. 513, (1963) 1 C.C.C. 395 (Man.Co.Ct.).

R. *c.* Adams (1966) 4 C.C.C. 43.

R. *c.* Alberta News (1951) 13 C.R. 18, 2 W.W.R. 691, 101 C.C.C. 219 (Alta. Pol.Ct.).

R. *c.* American News (1941) 76 C.C.C. 151.

R. *c.* American News (1957) O.R. 145, 25 C.R. 369, 25 C.R. 374 (C.A.), 118 C.C.C. 152 (C.A. Ont.).

R. *c.* Ballentyne (1914) 22 C.C.C. 385.

R. *c.* Beaver (1905) 9 C.C.C. 415.

R. *c.* Berringer (1959) 122 C.C.C. 350, 42 M.P.R. 213, 29 C.R. 394 (C.A.N.E.).

R. *c.* Bolduc (1967) R.L. 524 (C.S. Qué.).

R. *c.* Britnell (1912) 20 C.C.C. 85.

R. c. Cameron (1898) 2 C.C.C. 173.

R. c. Cameron (1966) 2 O.R. 777, 4 C.C.C. 273, 58 D.L.R. (2d) 486, 49 C.R. 49 (C.A.) confirmée (1967) 1 C.R.N.S. 227 (CSC).

R. c. Coles Co. Ltd. (1965) 2 C.C.C. 304, 44 C.R. 219, 49 D.L.R. (2d) 34, (1965) 1 O.R. 557 (C.A.) renversant 42 C.R. 368 (Ont. Co.Ct.).

R. c. Couture (1956) 114 C.C.C. 303.

R. c. Dane, Meissonier, et.al. (1903) 9 Rev.Jur. 157.

R. c. Davidson (1931) 55 C.C.C. 203.

R. c. Descôtés (1924) 63 C.S. (Qué.) 52.

R. c. Dechow (1974) 26 C.R.N.S. 234, 18 C.C.C. (2d) 106 (Ont.C.A.). Confirmée (1978) 1 R.C.S. 951, 40 C.R.N.S. 129, 35 C.C.C. (2d) 22 (sub.nom. Dechow c. R.).

R. c. Diz (1968) 5 C.R.N.S. 86, 66 W.W.R. 132 (Alta.C.A.).

R. c. Dominion News and Gifts (1963) 42 W.W.R. 65, 40 C.R. 109, 2 C.C.C. 103 (C.A. Man.), renversée (1964) R.C.S. 251, 42 C.R. 209, (1964) 3 C.C.C. 1.

R. c. Duthie Books (1966) 57 W.W.R. 204, 1 C.C.C. 254, 58 D.L.R. (2d) 274 (B.C. C.A.).

R. c. Goyer (1916) 27 C.C.C. 10.

R. c. Graf (1909) 15 C.C.C. 193.

R. c. Harte-Maxwell (1962) 39 C.R. 172.

R. c. Hellier (1953) 106 C.C.C. 145.

R. c. Huot (1968) 10 Crim. L.Q., 447, aff. (1969) 1 C.C.C. 256 (Man. C.A.).

R. c. Jourdan (1900) 8 C.C.C. 337, 6 Rev.Jur. 245.

R. c. Karn (1903) 6 C.C.C. 479, renversée (1901) 5 C.C.C. 543.

R. c. Keystone Enterprises Ltd (1961) 133 C.C.C. 338.

R. c. Kitchener News Co. (1954) 18 C.R. 239, 108 C.C.C. 304 (C.A.).

R. c. Kinler (1925) 63 C.S. (Qué.) 483.

R. c. Lambert (1965) 47 C.R. 12, 53 W.W.R. 186 (B.C. S.C.).

- R. g. Leong (1961) 132 C.C.C. 273 (B.C. Sup.Ct.).
- R. g. L'Heureux (1910) 17 Rev.Lég. 32.
- R. g. M'Auliffe (1904) 8 C.C.C. 21.
- R. g. McAuslane (1968) 2 C.C.C. 252, (1968) 1 O.R. 209 (Ont. C.A.).
- R. g. McCutcheon (1909) 15 C.C.C. 362.
- R. g. MacDougall (1909) 38 N.B.R., 15 C.C.C. 466.
- R. g. Marro (1956) 113 C.C.C. 297.
- R. g. Marshall (1962) 48 M.P.R. 64.
- R. g. Mid-Western News Agency (1965) 47 C.R. 227, 52 W.W.R. 119.
- R. g. Modenese (1962) 38 C.R. 45 (B.C. Mag.Ct.).
- R. g. Munster (1961) 34 C.R. 47, 129 C.C.C. 277 (N.S. C.A.).
- R. g. National News (1953) 106 C.C.C. 26.
- R. g. Palmer (1937) 68 C.C.C. 20, 3 D.L.R. 493, O.W.W. 371, confirmant C.C.C. loc.cit. (1937) 2 D.L.R. 609.
- R. g. Pelletier et Pelletier (1900) 6 Rev.Lég. 116.
- R. g. Penthouse International Ltd. et.al. (1979) 46 C.C.C. (2d) 111 (C.A. Ont.).
- R. g. Rioux (1968) 4 C.C.C. 337 (C.Sess. Qué.), aff. (1968) B.R. 942n, aff. (1970) 3 C.C.C. 149, 8 C.N.R.S. 21, (1969) R.C.S. 599.
- R. g. Roher (1953) 17 C.R. 307, 10 W.W.R. 309, 61 Man.R. 311, 107 C.C.C. 103 (C.A.).
- R. g. St-Clair (1913) 21 C.C.C. 350.
- R. g. St-Martin (1934) 40 Rev.Jur. 411.
- R. g. Salida (1969) 3 C.C.C. 65.
- R. g. Sequin (1969) 2 C.C.C. 150.
- R. g. Standard News Distributors Inc. (1960) 34 C.R. (C.Mun. Qué.).
- R. g. Stroll (1951) 100 C.C.C. 171.

R. c. Superior Publishers Ltd. et Zimmerman (1954) 20 C.R. 51, (1954) O.R. 981, 110 C.C.C. 115 (C.A.).

R. c. Town Cinema (1985) N.R. 101 (CSC).

R. c. Wagner (1985) 36 Alta. L.R. 301 (Alta.Q.B.).

R. ex rel. Murray c. Murray (1958) 123 C.C.C. 20.

Re. Gordon Magazines Enterprises Ltd. (1965) 46 C.R. 313 (Ont.C.A.).

Re Luscher and Deputy Minister, revenue Canada, Customs and Excise (1983) 149 D.L.R. (3d) 243, (1986) 45 C.R. (3d) 81 (Fed. Ct.A.).

Towne Cinema Theatres Ltd. c. R. (1985) 1 S.C.R. 494.

Video World Ltd. c. R. (1985) 32 Man. R. (2d) 41 (1985) 36 Man. R. (2d) 68, 22 C.C.C. (3d) (1987).

2. Arrêts britanniques

Calder v. Powell (1965) 2 Q.B. 327.

R. v. Calder and Boyars (1968) 52 C.A.R. 706.

Rex v. Curl (1727) 2 Stra. 788.

R. v. Hicklin (1868) L.R. 3 Q.B. 360.

R. v. Martin Secker & Warburg (1954) W.L.R. 1138, (1954) 2 All E.R. 446.

R. v. Penguin Books Ltd. (1961) Crim.L.R. 176.

Shaw v. D.P.P., 1962 A.C. 220, 2 All E.R. 446..

3. Arrêts américains

Ginzburg v. United States (1966) 86 S.Ct. 942.

Jacobellis v. Ohio (1964) 378 U.S. 184, 84 S.Ct. 1676.

Miller v. California (1973) 413 U.S. 15.

Roth v. United States (1957) 354 U.S. 476, 77 S.Ct. 1304.

U.S. v. One Book Called "Ulysses" (1934) 72F (2d) 705.

4. Autres arrêts

R. y. Close (1948) Vict. L.R. 445.

5. Doctrine

Barnett, C.S. (1969) Obscenity and Section 150(8) of the Criminal Code. 12 Crim. Law Quart. 10.

Burbridge, (1890) Digest of the Criminal Law of Canada.

Charles W.H., (1966) Obscene Literature and the Legal Process in Canada. 44 Can Bar Rev. 243.

Getz, L. (1965) The Problem of Obscenity. 2 U.B.C. Law Rev. 216.

Green, B. (1966) Obscenity Censorship and Juvenile Delinquency. 14 U.of T. Law J. 229.

Jaffary, K.D. (1962) An Approach to the Criminal Provisions Regarding Obscenity. 5 U.of T. Faculty Law Rev. 5.

Laskin, B., (1944) Comment on Conway v. the King. 22 Can. Bar Rev. 553.

Lovekin, R.E. Freudian Conundrums. 1 Crim.Law Quart. 51.

MacKay, R.S., (1954) Recent Developments in the Law on Obscenity. 32 Can Bar Rev. 110.

(1958) The Hicklin Rule and Judicial Censorship. 36 Can. Bar Rev. 1.

MacLeod, A.J. & J.C. Martin, (1955) The Revision of the Criminal Code. 33 Can Bar Rev. 3.

Miller J.G. (1965) Some Obscene Thoughts. 25 U.of T. Fac.Law Rev. 128.

Murphy, E.J. (1925) Annotation: Blasphemy. 48 C.C.C. 1.

Pepin, R., (1986) L'affaire Towne Cinema: L'énigme de la définition juridique de l'obscénité est-elle enfin résolue? Thémis: Revue Juridique, vol 19, no 3.

Welbourne, D.J. (1959) Censorship and the Law in Canada. 24 Sask. Bar Rev. 29.

LISTE DES TABLEAUX

TABLEAU 1 -	NOMBRE D'ARRETS RECENSES SELON LES PERIODES (1892-1969)	162
TABLEAU 2 -	REPARTITION PROVINCIALE DES ARRETS RECENSES (1892-1969).	163
TABLEAU 3 -	REPARTITION DES ARRETS SELON LA PROVINCE - PREMIERE PERIODE (1892-1925)	219
TABLEAU 4 -	REPARTITION DES ARRETS SELON LE NIVEAU - PREMIERE PERIODE (1892-1925)	219
TABLEAU 5 -	REPARTITION DES ARRETS SELON LA PROVINCE - DEUXIEME PERIODE (1926-1958)	297
TABLEAU 6 -	REPARTITION DES ARRETS SELON LE NIVEAU - DEUXIEME PERIODE (1926-1958)	297
TABLEAU 7 -	REPARTITION DES ARRETS SELON LA PROVINCE - TROISIEME PERIODE (1959-1969)	386
TABLEAU 8 -	REPARTITION DES ARRETS SELON LE NIVEAU - TROISIEME PERIODE (1959-1969)	386
TABLEAU 9 -	AUDIENCE ET SOURCE D'AUTORITE SELON LES MOTIFS DES JUGES DANS L'ARRET BRODIE (C.S.C.)	421
TABLEAU 10 -	TABLEAU SYNOPTIQUE DE L'ÉVOLUTION DES DISPOSITIONS DU CODE CRIMINEL EN MATIERE D'OBSCÉNITÉ ET AUTRES DISPOSITIONS CONNEXES	496

SUMMARY

When the Fraser Committee, in its 1985 report on pornography and prostitution, analyzes the evolution of the Criminal Code provisions on obscenity from their inception to 1959, and suggests that "(t)he courts have done their best to overcome the almost impossible task of giving contemporary meaning to abstract statutory provisions, while at the same time coping with the doctrine that precedent should be observed so that the application of the law will be predictable"¹, it does nothing else but an exegesis of juridical practice, without trying to comprehend its logic. Thus, the Committee's analysis proves unable to distinguish between obscenity law, and the law related to other social and human behaviour which require as much predictability. One need think only of criminal negligence for example, or of protection of privacy, or still of the state of the law in respect of the new technologies of reproduction, to agree that the law of obscenity is not peculiarly different in this regard. If obscenity law differs and has its own specificity, it must be found elsewhere. In short, traditional legal exegesis is not sufficient to specify the nature of the juridical intervention.

Conversely, other types of analyses attempt to grasp the nature of the law on obscenity on the basis of structural and socio-historical phenomena which are external to the law. One such type of analysis holds that the law, as translated in the legal text adopted

¹. Canada, 1985, vol.1: 113.

by Parliament, is the result of class and other struggles which produce ideological realignments over hegemonic domination², or that it expresses male domination. In this latter vein, some feminist writers maintain that pornography itself, and the law of obscenity, both derive from the patriarchal structure of domination and manifest the ideological realignments caused by women's struggle for equality. Here, the law would at the same time be unable to control pornography (except maybe in its more objectionable forms such as those involving mutilations) and yet would successfully control women's sexuality.³

Others impute the modern developments of the law of obscenity (1950-1960) to structural adjustments in the mass consumption behaviour, in particular through the transformations and the concentration of the publishing business. Ellis (1985), for example, holds that, starting in the late 1940's, large publishing companies have waged an anti-censorship campaign by publishing books and magazines that were more and more "risqué", therefore inevitably attracting large amounts of free publicity through the ensuing legal challenges. While augmenting their share of the book market, publishing firms were also instrumental in the evolution of the legal criteria used for judging obscenity.⁴

². See for instance, Hall, 1980.

³. For instance, Carrier, 1983 and 1984; Hughes, 1985; Cole, 1989; Lederer, 1980; Dworkin, 1981.

⁴. The Fraser Committee partly endorses this type of analysis in its report, Canada, 1985, vol.1, ch. 6.

Whatever the specific approach, these theories consider law chiefly as a reflection of external conditions, of conflicts which it does not control and which happen elsewhere in society. Law is, in this view, an institution geared to the reproduction of the social order, rather than to its production. At best, it will be granted some "relative autonomy"⁵, albeit never defined, maybe undefinable.

Neither of these perspectives accounts satisfactorily for the specificity and effectivity of the legal practice. The hermeneutic tradition is unable to go beyond the rules of interpretation defined by the legal apparatus itself. Consequently, as is the case with the Fraser Committee, tensions and contradictions found in the legal discourse become mere "incoherences" and "difficulties" arising from the vagueness of the text or from changing social conditions (e.g., changes in the nature of the pornographic imagery). It is unimaginable that the juridical practice itself would create these very situations. Conversely, the socio-political tradition remains prisoner of its starting point, namely the analysis of the "infrastructure", therefore being unable to explain the autonomy (even relative) of the legal discourse. At best, some form of instrumentalism eschews, where the law is one among other state apparatuses designed for the maintenance of the social order. At worst, it is simply rejected as a pure ideological form.

⁵. Such as in structuralist analyses; see Edelman, 1973; Mialle, 1976; Poulantzas, 1978.

It is this theoretical void, fully developed in the first chapter of our thesis, which led to the analysis of the specificity of the legal discourse on obscenity. Here, it will be maintained that the legal discourse is to be analyzed in its specific effects, rather than as a reflection of external socio-historical conditions, or as a pure form originating from the requirements to uphold capitalist and/or patriarchal systems of domination. However, neither is the law to be seen as an autonomous discourse whose esoteric and a-historical logic and grammar would enable to express what is "true" or "just".⁶

What is the legal discourse's specificity? The critique of past attempts and their failures is not sufficient; one must also propose alternative explanations. In his essay on the legal practice, Bourdieu identified three moments to the law's efficacy and specificity.⁷ In the first, social actors agree to "play the game" and consent to the legal translation ("*mise en forme juridique*") of their experiences. In the second moment, norms are universalized and neutralized so as to secure adherence. Finally, in the third moment, social actors recognize the legitimacy of the legal intervention. They recognize it because the law is official discourse par excel-

⁶. As can be seen in natural law theories; Villey, 1969 for example.

⁷. Bourdieu, 1986: 5.

lence, because it corresponds to pre-existing social structures, and because it creates formal rationality.⁸

Yet, Bourdieu still does not say anything of the law's specificity. One may argue that in other socio-historical circumstances, religious discourse, of the Catholic Church for instance, has also assured that individual and collective experiences are cast in a formal rationality (understood as an explanatory world-view), composed of universal and neutral norms.

Most importantly, Bourdieu does not explain the consent mechanism. Why is it that individuals (and societies) would consent to this legal translation of their experiences? Two hypotheses arise. The first holds that such active seeking of an external, neutral, and formal solution to individual and social conflicts is natural. Here, for instance, penal law has evolved as a means of putting an end to vendettas. We shall leave this hypothesis to a social psychology of legal mind. The second hypothesis considers the law as a historical form which produces consent. This hypothesis generates three different perspectives. The first two are a form of legal "essentialism" which confers immanent and a-historical properties to law, or of legal "instrumentalism" according to which the law is only a reflection of external conditions. We have discussed both briefly and will expand on the latter in the first chapter; suffice it to say

⁸. *id.*: 13-17.

at this time that both have serious drawbacks for an understanding of the law's specificity. The third alternative proposes that the law, in a historical and specific rapport with other discursive practices, creates social being and conflicts. The law's specific effectivity is derived from this intertextuality. Our thesis is intent on further exploring and refining this hypothesis.

In line with some recent developments accruing from the studies of Jurgen Habermas⁹, the last portion of our first chapter will maintain that the legal discourse institutes increased formalism through a rationality mediating between the demands of the system (money and power) and individual experiences in civil society. While religious practice and discourse center on the close relationship between the individual and the community, in effect marking the identity of both (e.g., redemption), the legal discourse separates the orders (temporal and divine) and the spheres (private and public). In doing so, the law appears to be value-neutral and is thus able to organise the modalities of public space management. Simultaneously as the law is at the very core of the rationalization of modern society, that is to say of the division between the system's imperatives and individual and collective experiences, it dissolves the separation of the spheres it had initially stimulated. This process results in a "moral" of individual rights, the public sphere being no more than a collection of private lives, each endowed

⁹. Particularly 1986 and 1987a.

with its formal equality and liberty. Separated from the system, the subject takes on a legal persona precisely because the law is the only legitimate means of communication with the system.

In this context, Law appears as laws ("lois-mesures"), that is as tools expressing always unstable and temporary compromises which replace other modes of communication (consensus forming communication as Habermas would have it). These laws become the main stake between groups and classes within civil society. Apparently a-moral since they are expressions of strategic compromises, these laws are then evaluated for their efficacy. In the field of criminal law, efficacy generally means the law's ability to deter and punish, in other words to define the frontiers of the tolerable and intolerable. Ultimately, some would consider effective a law that would successfully maintain the fragile equilibrium between pressure groups.

But if the law's specificity cannot be reduced to the infrastructure nor to its own set of rules, neither does it reside in its repressive power, even in respect of penal law. Indeed, in as much as repression is a fundamental mechanism of socialization, the penal law's repressive power remains minimal and inefficient as compared to that of other social institutions (e.g., primary socialization, the school). Suffice it to think of criminality in general, or pornography in particular, to agree that the law is not very efficient at prohibiting much of anything. If this is so, if this is acknowledged by many critics, why is it that so many of them continue to seek "a"

legal solution? Why is it for instance that so many feminist analyses of pornography continue to advance a vision of the law-as-a-tool ("droit-outil"), and of the fight against pornography (a very legal concept) as a fight for equality (another eminently legal concept)? That this is so, that so many analysts continue to think in legal terms, indicates that the law's specificity is to be found not in its (instrumentalist) efficiency but in its effectivity to produce a discourse promoting values while being able to say at the same time that it does not institute values.

Founded on normative and ethical language, the law puts forward some of the mechanisms of persuasion of the necessity of repression. As well, it sets up the effects of a discursive censorship which takes place outside and beyond the legal realm. These processes become particularly evident in the domain of sexuality, specially obscenity. If it were evaluated for its capacity to repress pornography, the law would not receive much attention. But articulating the public and private spheres, advancing the naturalisation of sex and the sexualisation of nature, the legal discourse's effectivity is found in the framing of a specific mode of discussing sexuality, in other words in a particular way for men and women to communicate with power. Such communication rests on strategic goals of stability and formal equality, rather than on ethical objectives. How to talk about the sexual and what form of law is appropriate, become the stake, obliterating the underlying issue.

There follows a situation where the socio-legal notion of the obscene will successively be concerned with the frontiers of the public and private, with individual and social responsibility, and with the proper balance between freedom and censorship. That the underlying issue is fundamentally obliterated can be no more clearer than in this modern period when feminists question the very basis of male-female relationships.¹⁰ Being strategy-oriented rather than value-oriented as the social debate around pornography would require, the law cannot but fail to enhance debate around these values or to favour consensus seeking communication. The second chapter of our thesis examines these difficulties, particularly those of feminist perspectives on pornography.

Exploring and refining the concept of the legal discourse's effectivity, this thesis will deconstruct¹¹ Canadian case law on obscenity from 1892 to 1969. The third chapter explains the type of data collection and analysis undertaken. Briefly, our intertextual analysis involved collecting three types of materials: the various obscenity and related provisions as they appear in Canadian penal law from 1892 to 1969, all reported case law on obscenity and related matters (e.g., blasphemy), and Parliamentary debates around the issue of obscenity, whether when enacting new provisions or when responding to a perceived crisis. The analysis of this material has enabled us

10. For instance, Mackinnon, 1989.

11. As is proposed by Norris, 1988, for example.

to identify three distinct periods: 1892-1925, 1926-1958 and 1959-1969, each corresponding to a particular mode of conceptualizing and organizing the discourse on obscenity.

Since its effect was so profound on Canadian case-law, the famous Hicklin test of obscenity, pronounced by the English Court of Queen's Bench in 1868, is fully discussed in a prologue. Examination of this decision allows to identify the roots of the provision in its process of differentiation from the religious, and to observe that, ultimately, the law of obscenity is not concerned with repressing sexuality as such. However, functioning as metaphor and metonymy, the law makes a prescription appear as a proscription. As such, Hicklin is a forerunner of all ensuing Canadian case-law: it speaks of liberating sex from sin, prohibition and censorship, of a neutral law, while proposing particular values. Hicklin therefore defines the obscene more in terms of what constitutes male-female relationships than of what it must exclude and ban.

The first period of Canadian jurisprudence (1892-1925) is described and analyzed in our fourth chapter. The law of obscenity is seen in the process of differentiation from the religious on the basis of the distinction between immorality and libel. The 1892 provision, which contains a section prohibiting the publicity of articles or drugs which may help prevent conception or cause abortion, indicates that the law is concerned more with the management of sex in the public sphere than with the repression of sex as a

private behaviour. Affirming its role as custos mores, as guardian of public morality, the legal discourse is extremely moral, imprinted with the goals of reproduction within marriage.

The fifth chapter examines the second period (1925-1958). A period of tension and transition (as compared with the relative harmony of the first period), the socio-legal subject of obscenity appears for what it is: a prescription of certain forms of sexuality and a means of instituting the good and loyal citizen (the Descôtés case). Presented as a rational Legal Subject, this citizen is now able to decide between the good and bad without referring to a pastor. Indeed, the judiciary replaces religion as a mode and locus of public discourse on private matters, mediating between civil society and the system (rather than between sinners and God). Simultaneously, the legal discourse establishes law as autonomous from political power: the issue of obscenity is not between morality and liberty, but one of censorship and morality. From this perspective derive a series of decisions whereby the law is defined as instrumental (Koynok case) and the protection it affords through its obscenity provision is not limited to the feeble-minded or to children but available to anyone and everyone (the American News and National News cases). The legal discourse can now establish the rules of adequate legality: the law must be interpreted wisely, honestly, literally, and for the public good (Palmer case). Inevitably, these positions result in struggles with other discursive practices, namely with the Church and political power.

Finally, the sixth chapter analyzes the third period (1959-1969), where the logic of this process is brought to terms. In 1959, Parliament adopts a definition of obscenity through which it clerally refuses to be seen as a censor and devolves this role to the judiciary. In turn, the courts will interpret this "objective" definition in such a way as to create the community standards test. Yet, this community is nowhere to be seen, it resists all examination (e.g., the Cameron case): it never is but a referent signifying the free and rational socio-sexual subject. Most interestingly, the courts identify with this subject ("we the people" says Casey J., from the Quebec Court of Queen's Bench in the 1961 Lady Chatterley decision, speaking of the judiciary). Experts may testify about the qualities of the impugned matter: they are never to say anything of the standards of the community. "We" remain masters of the meaning. Who? Us, the judiciary. Dominant legal interpretation, based on individual judges' reading of community standards, will decide what goes beyond standards of tolerance, what is "abusive". Yet, the abusive is to be understood only in its most general formulation as that which is abusive of oneself, and cannot be attached to a particular set of sexual meanings or images. As a result, the law is very much concerned with the self, with itself¹²: it offers protection to all and it develops a ratio preserving its legitimacy in the process. For all forms of sexual representations can now be found to

12. That is "le souci de soi" as Foucault, 1984b, would have it.

be obscene. In order to maintain the credibility and legitimacy of its intervention, the law must also maintain the distinction between private and public, between the individual and the community; it must therefore pretend to be "representative" in the political sense of the word, although not empowered to be. Its discourse, through the techno-legal ratio will complete the making of this significant transformation: unable to define what is obscene in terms of the sexual, the legal discourse will insist on the modalities of the pornographic transaction (e.g., sale, distribution), asking whether it was public or not. Money will become a necessary ingredient of the obscene.

The socio-legal subject created in the second period as free and rational acquires, in the third period, an additional dimension, that of the legal power. Endowed with rights, this subject may now claim to have the enforce through the courts. No wonder that feminists in particular will denounce this logic of rights when those of males would predominate over those of women.¹³

While our analysis stops in 1969, we may nevertheless better understand the contemporary debates on pornography. Indeed, our thesis sheds new light on the issue of the law's effectivity, showing how the obscene is established and regulated, rather than prohibited or banned. In this process, we observe the law becoming a formal

13. See Clark, 1983, for instance.

discourse, the legitimate medium of communication between civil society and the system. As such, the law itself, through laws, becomes the issue, the battlefield so to speak, and is therefore in a position to define the contours of the debate, obliterating in the process the fundamental issues. This is the ultimate metonymy of the law: it becomes the Law.

INTRODUCTION

Quand le Comité Fraser, dans son rapport sur la pornographie et la prostitution datant de 1985, analyse les décisions judiciaires en matière d'obscénité depuis l'adoption au Code criminel d'une nouvelle définition en 1959, et suggère que "les juges ont tenté d'accomplir une tâche presque impossible: donner un sens contemporain à une disposition légale abstraite, tout en respectant la règle du précédent pour que le droit demeure prévisible"¹, il se contente d'une exégèse de la pratique judiciaire en la matière et ne cherche pas à en démonter la logique. Ce faisant, le Comité ne dit rien ici qui différencie le droit sur l'obscénité du droit relatif à d'autres comportements humains et sociaux qui donnent tout autant lieu à des dispositions juridiques abstraites et exigent tout autant que le droit demeure prévisible. Il suffit de penser au droit sur la négligence criminelle par exemple, ou à l'état du droit en ce qui a trait à la protection de la vie privée, ou bien encore au droit sur la procréation dans le cadre des nouvelles technologies de reproduction, pour se rendre vite à l'évidence que la situation en matière d'obscénité n'a vraiment rien de particulier en regard de ces critères. Ce doit être ailleurs que le droit sur l'obscénité se distingue et prend toute sa spécificité, s'il en a une. C'est dire que, restant attachée de trop près à la tradition, l'exégèse ne suffit pas à préciser la nature de l'intervention juridique.

¹. Canada, 1985, tome 1: 121.

A l'inverse du type d'analyse faite par le Comité, d'autres tentent de saisir la nature du droit sur l'obscénité à partir de phénomènes et de conditions socio-historiques ou structurels qui lui sont extérieurs. Ici la juridicité, essentiellement traduite dans le texte législatif adopté par le Parlement, résulterait des luttes entre classes et groupes sociaux et des réalignements idéologiques nécessaires au fonctionnement du système social que ces luttes entraînent, ou bien encore exprimerait la domination masculine. Ainsi, certaines analyses féministes soutiennent que la pornographie et le droit qui la concerne découlent de la structure patriarcale de notre société, et manifestent en particulier les ajustements idéologico-politiques provoqués par les gains de la cause féministe dans les années 1970. Dans cette optique, le juridique serait à la fois incapable de réprimer la pornographie sauf dans ses formes les plus abjectes (e.g., impliquant des mutilations) mais serait (du fait même) capable de réprimer efficacement la sexualité féminine.² Pour d'autres, l'évolution moderne (1950-1960) de la loi en matière d'obscénité serait imputable aux ajustements structurels du monde de l'édition où les grandes chaînes ont livré une véritable campagne anti-censure en publiant des revues et des livres de plus en plus "risqués" pour s'attirer une publicité gratuite grâce aux procès ainsi rendus inévitables. Il s'ensuit que tout en augmentant leur part du marché, les firmes faisaient avancer l'état du droit en matière d'obscénité, celui-ci réagissant essentiellement à cette

². Par exemple, Carrier, 1983 et 1984; Hughes, 1985; Cole, 1989.

lutte entre magnats de la presse et censeurs.³ Quelle que soit l'approche spécifique retenue, ces théories font du juridique essentiellement le reflet des conditions extérieures, de conflits qui lui échappent et se déroulent ailleurs, un agent de reproduction plutôt qu'un producteur du social. Au mieux, il lui sera accordé une "relative autonomie", encore que le contenu en demeure vague, la plupart du temps indéfini, voire indéfinissable.

L'une et l'autre alternatives théoriques se sont montrées insatisfaisantes pour saisir la pratique juridique, sa spécificité et son effectivité. La tradition herméneutique demeure incapable de porter son regard au-delà des règles d'interprétation fixées par la tradition juridique elle-même. De sorte que, comme le montre le Comité Fraser par exemple, les tensions et contradictions du discours juridique deviennent des "incohérences", des "difficultés" qui seront le plus souvent imputées à l'imprécision du texte législatif, parfois aux conditions sociales changeantes (e.g., changements dans la nature des représentations pornographiques). La tradition socio-politique d'analyse du droit, quant à elle, demeure prisonnière de son point de départ, l'analyse des structures socio-historiques sous-jacentes au droit. Elle s'avère ainsi incapable de rendre compte de l'autonomie (même relative) du juridique. Au mieux, il en résultera une forme d'instrumentalisme, où le droit est à porter au compte des

³. Cette analyse est développée par Ellis, 1985.

outils étatiques pour la mise en forme de la socialité. Au pire, le droit sera rejeté comme pure forme idéologique.

Ce constat de carence théorique, que développe amplement le premier chapitre de notre thèse, nous a mené à proposer une analyse de la pratique discursive du juridique dans le domaine de l'obscénité. Ni simple reflet des conditions sociales qui la portent, ni encore moins pure forme s'originant des nécessités de la reproduction du capital ou du patriarcat, mais pas davantage discours autonome qui dirait la "vérité" et le "juste" grâce à sa logique et à sa grammaire propres qui fonctionneraient en quelque sorte sous vide et dont la connaissance serait réservée aux spécialistes, la pratique discursive juridique est à saisir dans ses effets spécifiques.

Quelle est la spécificité du juridique? Critiquer les carences ne suffit pas, encore faut-il produire une vision différente, qui remplace les précédentes, ou au moins qui colmate des brèches. Dans son essai sur la pratique juridique, Pierre Bourdieu avait identifié trois moments à l'efficacité et à la spécificité du juridique.⁴ Au premier, les partenaires sociaux acceptent de jouer le jeu, c'est-à-dire consentent à se plier à la mise en forme juridique de leur expérience. Au deuxième moment, la production de l'efficacité du juridique passe par deux mécanismes soit l'universalisation et la neutralisation de ses normes. Et au troisième moment, les

⁴. Bourdieu, 1986: 5.

partenaires sociaux reconnaissent la légitimité de cette intervention. Pourquoi la reconnaissent-ils? Parce que le droit constitue le discours officiel par excellence, qu'il correspond aux structures sociales préexistantes, qu'il instaure une rationalité formelle.⁵

Ce disant, Bourdieu ne dit rien de la spécificité des effets juridiques: le discours religieux, celui de l'Eglise catholique par exemple, a aussi pu assurer, dans d'autres conditions socio-historiques, que l'expérience individuelle (voire collective) passe par sa mise en forme; a pu avancer des normes universalisantes et soi-disant neutres; et instaurer une rationalité (entendue du moins au sens d'une vision explicative du monde).

Mais surtout, Bourdieu ne dit rien du mécanisme du consentement. Comment se fait-il que les individus (comme les collectivités) consentent à cette mise en forme juridique? Deux hypothèses se présentent. Selon la première, il serait naturel que les individus et les collectivités recherchent activement une solution extérieure, neutre et formelle à leurs conflits. C'est l'hypothèse du droit pénal comme instrument rationnel pour mettre fin aux vendettas, par exemple. Nous laisserons à d'autres cette psychologie sociale de l'esprit juridique. Seconde hypothèse, le droit lui-même, comme forme historique, produit ce consentement. Ici, on peut distinguer

⁵. id.: 13 à 17.

trois alternatives. Les deux premières, un essentialisme juridique qui confère au droit les propriétés de justice immanente et a-historique, et un "instrumentalisme" par lequel le droit ne fait que refléter et répondre aux structures de pouvoir extérieures, nous paraissent insatisfaisantes, pour les raisons déjà mentionnées et que nous développerons plus loin. La troisième alternative pose que le droit est en mesure de créer du social dans un rapport historique et spécifique avec d'autres pratiques discursives, et que c'est cette intertextualité du juridique qui lui confère son effectivité. C'est cette hypothèse que nous retiendrons.

Dans la foulée des travaux de Habermas,⁶ nous maintiendrons, dans la dernière partie du premier chapitre, que le judiciaire instaure effectivement un formalisme accru, mettant en place les éléments d'une rationalité qui médiatise les exigences du système social et les expériences individuelles dans la société civile. Alors que la pratique et l'expérience religieuses sont centrées sur la relation étroite entre la communauté et l'individu, marquant en quelque sorte l'identité du projet individuel et du projet commun (e.g., le salut), la pratique juridique sépare les ordres (divin et temporel) et surtout les sphères (privée et publique). Ce faisant, le juridique apparaît dénué de tout référent moral, il "neutralise" - pour reprendre l'expression de Bourdieu - les normes et organise les modalités de la gestion de l'espace public. Mais participant de la

⁶. Spécialement 1987a et 1986.

rationalisation du système dans les sociétés modernes, c'est-à-dire en particulier de l'éloignement caractéristique entre les impératifs du système social et les expériences individuelles et collectives au sein de la société civile, le juridique accomplit, lentement, sans le dire, la dissolution même de la sphère publique qu'il avait contribué à créer tout en gardant le vocabulaire d'une différenciation. Il instaure de ce fait les conditions d'une "morale", celle des droits individuels, par laquelle le public devient en quelque sorte la collection d'un ensemble de vies privées, de sujets de droit formellement libres et égaux. Coupé du système, le sujet prend une forme juridique précisément parce que le droit demeure le seul moyen légitime de communication avec les médiums régulateurs du système (argent et pouvoir).

Dans ce contexte, le droit prend la forme d'un ensemble de lois-mesures, c'est-à-dire de lois qui ne sont que l'expression de compromis temporaires et instables, et qui remplacent les lieux et les modes d'échange (de formation discursive de consensus dirait Habermas). Ces lois-mesures deviennent l'enjeu principal des luttes entre groupes et classes et des réalignements idéologiques qui en découlent. Apparemment dénuées de contenu moral parce qu'elles constituent un compromis stratégique, ces lois-mesures sont évaluées en fonction de leur efficacité. Dans le domaine du droit pénal, cette valeur juridique aurait pour référents la capacité du droit à dissuader ou à réprimer les actes illégaux, donc à définir et à mettre en oeuvre les frontières du tolérable et de l'intolérable. A

la limite, l'efficacité du droit résiderait dans sa capacité à maintenir l'équilibre précaire entre les groupes de pression.

Mais si la spécificité du droit ne se réduit pas à celle des structures sociales sous-jacentes ni à ses règles exégétiques, elle ne se trouve pas davantage au niveau de la répression, même en ce qui a trait au droit pénal. En effet, pour autant que la répression serait un mécanisme fondamental de toute socialisation, celle que met de l'avant le droit pénal demeure minimale, fort inefficace même, par rapport à d'autres modes (e.g., éducation, scolarisation). Analysé sous cet angle en effet, le droit n'aurait qu'une efficacité toute relative; somme toute il serait même plutôt inefficace: pensons ici à la criminalité en général, à la pornographie en particulier. Or, si l'efficacité du droit demeure limitée, si elle est même reconnue telle, pourquoi continuer de chercher et de développer des solutions juridiques? Comment expliquer qu'une large partie des analyses féministes sur la pornographie demeure ancrée dans une vision du droit-outil, de la lutte contre la pornographie comme étant une lutte pour "l'égalité", notion éminemment juridique, et de la recherche de "la" solution juridique? C'est que la spécificité du juridique est à saisir ailleurs que dans les dimensions (fonctionalistes) de son efficacité: elle se donne dans son effectivité à produire un discours et des effets de valeurs en le disant et sans le dire.

Puisant aux sources d'un langage normatif et éthique, le droit met en forme certains des mécanismes de la persuasion de la nécessité de la répression. De même, il met en forme les effets d'une censure discursive qui se produit ailleurs et au-delà du droit. Ces procès paraissent particulièrement évidents dans le domaine de la sexualité, spécifiquement de l'obscénité. Si le droit devait être évalué à son efficacité à réprimer l'obscène, il ne recevrait probablement guère d'attention. Mais son effectivité est ailleurs, dans l'articulation des sphères privée et publique, dans la gestion d'une chose sexuelle naturalisée et d'une nature sexualisée. Il en résulte une mise en forme spécifique du cadre discursif au sein duquel la "chose" sexuelle est débattue, autrement dit un mode spécifique de communication des genres masculin et féminin avec le pouvoir. Ce mode de communication ne repose pas sur une visée éthique, mais participe d'une visée stratégique, où les formes de la gestion de la "chose" deviennent l'enjeu plutôt que la nature et le sens de la "chose" elle-même.

Il en résulte une situation où la construction juridique de l'obscénité ne traite pas de l'enjeu fondamental mais portera successivement, en fonction des modes de l'intertextualité, sur la délimitation du privé et du public, sur la responsabilité individuelle et collective, et sur l'équilibre entre liberté et censure, chacune de ces mises en forme oblitérant en quelque sorte la demande discursive normative sous-jacente. Cette situation apparaît peut-être plus clairement, plus crûment, à l'époque moderne

sous l'impulsion du discours féministe qui demande un réexamen des rapports de l'homme et de la femme.⁷ Portant sur des questions de stratégie plutôt que sur la question des valeurs que soulève le débat sur la pornographie dans la société civile, le droit ne peut alors ni servir de médium favorisant la communication orientée vers l'intercompréhension, ni en corollaire assurer que les valeurs contenues dans le sujet socio-juridique de l'obscénité fassent l'objet d'un débat frontal. Notre deuxième chapitre examinera brièvement les difficultés de quelques perspectives principalement féministes sur la pornographie en fonction de cette ambiguïté du droit.

La démonstration de cette thèse sur la spécificité des effets du juridique dans le domaine sexuel passe par la description de l'évolution et la déconstruction⁸ du discours jurisprudentiel en matière d'obscénité au Canada de 1892 à 1969. Comme l'explique notre troisième chapitre, il s'agit d'une analyse intertextuelle du discours jurisprudentiel par rapport à lui-même (décisions entre elles et entre périodes historiques) et par rapport au discours politique tel que saisi dans les débats parlementaires autour des modifications législatives. L'analyse du matériau textuel nous a permis de mettre à jour trois périodes, 1892-1925, 1926-1958 et 1959-

7. Par exemple, MacKinnon, 1989.

8. Entendue ici au sens où l'emploie par exemple Norris, 1988.

1969, correspondant chacune à une étape dans la forme et le sens du discours juridique en matière d'obscénité.

Parce que la jurisprudence canadienne a été profondément marquée par l'arrêt *Hicklin* de la division d'appel de la Cour du Banc de la Reine d'Angleterre qui date de 1868, nous y consacrons un prologue introduisant l'analyse des trois périodes de jurisprudence canadienne. L'examen de cet arrêt permet de faire ressortir le procès de différenciation du discours juridique par rapport au discours religieux, et surtout peut-être, que le droit sur l'obscénité ne se préoccupe guère de répression de la sexualité. Par contre, fonctionnant sur le mode de la métaphore et de la métonymie, le discours juridique fera prendre une chose pour une autre, la prescription pour une proscription. En ce sens, *Hicklin* annonce, ou du moins contient en germe, l'évolution ultérieure de la jurisprudence canadienne en matière d'obscénité. Formulant la question en termes de la libération de la sexualité du péché, des interdits et de la censure, le droit pourra continuer de proposer des valeurs, spécialement celles définissant certains aspects du masculin et du féminin, en faisant comme si la définition des genres échappait aux rapports de pouvoir. En ce sens encore, *Hicklin* annonce la définition de ce qui constitue le dedans, l'intérieur des rapports entre genres, plutôt que le banissement, le rejet vers l'extérieur de ce qui ne serait pas permis.

La première période (1892-1925), analysée au quatrième chapitre, montre le juridique se dissociant du religieux, essentiellement sur la base d'une différenciation interne en fonction des catégories juridiques de l'immoralité et du libelle. Le texte législatif de 1892, qui comporte une disposition interdisant la publicité de médicaments pouvant entraîner un avortement ou empêcher la conception, ainsi que les décisions judiciaires elles-mêmes, indiquent nettement que le droit ne vise pas la proscription du sexe en soi ou en tant qu'affaire privée, mais qu'il s'oriente plutôt vers la gestion de ses représentations publiques, morales, c'est-à-dire acceptables. S'affirmant comme custos mores, comme gardien de la moralité publique, le judiciaire tient un discours empreint de moralité, axé sur la reproduction et le mariage, alors qu'il a évacué le référent moral originel sur lequel repose la notion de l'obscénité (i.e., sexe = péché).

A la relative harmonie entre les divers discours qui avait marqué la première période succède une période de tensions et de transition (1926-1958) que nous examinons au cinquième chapitre. Le discours juridique s'y révèle pour ce qu'il est, c'est-à-dire la prescription d'une certaine forme de sexualité - et non pas la proscription de la sexualité - et véhicule de la gestion du "bon et loyal citoyen" (l'arrêt Descôtés). Ce citoyen prend la forme d'un Sujet du Droit rationnel, capable de décider de ce qui est bien ou mal sans référer à un confesseur, à un pasteur. Le judiciaire met ici en place les mécanismes de son autonomie (relative) par rapport au médium

régulateur du pouvoir: le débat ne sera pas situé en termes d'une opposition moralité-liberté mais en termes de censure-liberté. Il en découle une série de décisions qui traduisent l'articulation juridique d'un sujet socio-sexuel public: la loi pénale n'est pas une question éthique mais instrumentale (arrêt *Koynok*) et ne vise pas uniquement les plus faibles ou les anormaux mais s'adresse à tous et chacun selon les circonstances (les arrêts *National News* et *American News* par exemple). Dans ce contexte, le judiciaire établit les principes de la bonne juridicité: la loi sera interprétée sagement, honnêtement, libéralement et pour le bien de la communauté (e.g., la décision *Palmer*). Il s'ensuit inévitablement des luttes et des débats dans la société civile, les autorités morales en particulier (e.g., l'Église catholique) réclamant des parlementaires des modifications législatives.

Enfin, dans la troisième période (1959-1969), analysée au sixième chapitre, la logique de ce procès de constitution du sujet socio-juridique est menée à terme. Le Parlement a adopté une définition de l'obscénité en 1959, dans un contexte où il se refuse à être le censeur. Recevant cette définition "objective" de l'obscénité, le judiciaire créera de toutes pièces une interprétation basée sur les normes de tolérance de la communauté. Mais la communauté derrière laquelle le judiciaire s'est réfugiée pour situer le débat en termes de liberté-censure se dérobe à toute saisie, ne résiste à aucun examen (e.g., *Cameron*): elle n'est jamais que le référent pour signifier le Sujet socio-sexuel libre et rationnel auquel le juge

s'identifie ("we the people" dit le juge Casey de la Cour du Banc de la Reine du Québec dans l'affaire Lady Chatterley en 1961). Les experts peuvent bien se prononcer sur l'oeuvre intimée, ils ne sont pas autorisés à décider de la norme de tolérance. Nous restons maîtres du sens. Qui nous? la communauté? Que non: nous, le judiciaire. Selon l'interprétation judiciaire dominante, est indu ce qui outrepassse la norme de tolérance de la communauté, c'est-à-dire ce qui, selon le juge des faits, constitue un "abus" du sexe. Abus se définit ici en son sens le plus large, c'est-à-dire abus des autres (par la dégradation ou la violence) mais aussi abus de soi (par la position objectivante de celui qui regarde et consomme l'objet fétichisé). Passant d'un extrême à l'autre, incapable de se fixer sur un objet sexuel spécifique, le juridique révèle le "souci de soi"⁹ de deux manières: par la protection qu'il dit offrir à la personne, au sujet de droit, et par l'élaboration d'une ratio qui préserve sa légitimité. D'où l'importance du recours à la notion de communauté, puisque c'est désormais toute sexualité qui peut être jugée obscène. L'objectivité, la rationalité du judiciaire, et la légitimité de son intervention, résident dans sa capacité à maintenir le bien-fondé de la distinction entre le privé et le public, entre l'individu et la communauté, c'est-à-dire dans sa prétention (rarement débusquée) à une représentativité au sens politique du terme. Il n'est guère surprenant qu'il insiste tant pour justifier ses décisions sur cette base. Dans le processus, la ratio techno-

9. On aura reconnu Foucault, 1984b.

judiciaire prend le pas sur la ratio socio-judiciaire. Butant sur la définition de la chose obscène qui lui échappe tout autant que la communauté, l'argumentation se portera alors sur les modalités de l'échange et de la transaction pornographiques (e.g., vente, distribution) l'échange d'argent devenant une condition nécessaire au passage du privé au public, et donc à l'intervention du juridique.

Le sujet socio-juridique responsable qu'avait constitué la seconde période acquiert ici une dimension additionnelle, celle du "pouvoir juridique", à travers la rhétorique des droits dans les paramètres de l'opposition censure-liberté. Il ne surprendra guère d'entendre dénoncée cette logique des droits sur la base de la primauté accordée à ceux de l'homme sur ceux de la femme.

On comprend mieux peut-être les débats contemporains sur la pornographie, même si notre analyse de la jurisprudence s'arrête en 1969. Nous pensons du moins que cette thèse éclaire la question de la spécificité des effets du juridique en regard du sujet socio-juridique de l'obscène, montrant comment il s'établit comme pratique discursive formelle, dé-métaphorisée pour reprendre l'expression de Legendre,¹⁰ pour devenir le médium discursif légitime entre la société civile et le système. Dans ce procès, le juridique s'est exercé à une série de différenciations, internes et externes, usant de métaphores et métonymies, devenant lui-même l'enjeu des luttes

10. Legendre, 1989.

sociales et symboliques. Là réside son effectivité: encadrer et transformer non seulement une pratique sociale (la représentation pornographique) pour la redéfinir, mais aussi les luttes autour de cette pratique jusqu'à oblitérer complètement les enjeux que cette pratique recèle, jusqu'à en prendre la place sous la forme de la stratégie des lois-mesures. C'est là la métonymie ultime du droit sur l'obscénité.

PREMIERE PARTIE
PROBLEMATIQUE ET METHODOLOGIE

PREMIER CHAPITRE
PROBLEME THEORIQUE

Introduction

Il est difficile de rendre
justice à la justice en
quelques mots. (Robert Musil)

Parler du droit, c'est nécessairement parler des normes. Le droit, dira-t-on, c'est le corpus des normes sociales admises à une époque donnée, dans une société donnée, et c'est aussi l'expression de la violence légitime monopolisée par l'État. D'où le droit serait diverses choses: une expression symbolique des zones de tolérance et d'intolérance sociale; un instrument permettant soit de "normaliser" (réguler sur une moyenne acceptable) les comportements des acteurs sociaux (individus, groupes, classes et institutions), soit de sanctionner l'inadmissible (exclusion, privation, pénalisation et criminalisation représentant divers moyens disponibles); ou encore une institution "gelant" les rapports de force sociaux pour en faciliter (assurer) la reproduction.¹

Par opposition aux philosophies du droit par exemple, la sociologie du droit en fera l'analyse comme entité, structure, appareil ou système inscrit dans le social: alors que les diverses philosophies du juridique ont tenté de le situer au-dessus ou à côté

¹. Ce sont là diverses tendances de la sociologie juridique, respectivement l'interactionnisme symbolique (e.g., Becker, 1968), les variantes du fonctionnalisme sociologique (e.g., Durkheim) ainsi que les diverses sociologies critiques (e.g., Weber, 1986; Taylor et alii., 1975).

du social, comme corpus universel et autonome chargé de "dire le juste" (Villey, 1974), les sociologies du droit en font l'étude à titre de chose sociale, historique et en interaction avec d'autres institutions sociales (Hunt, 1978).

Traditionnellement, la sociologie juridique a identifié trois grands axes de recherche: (1) la norme, sa genèse, son efficacité et sa vie; (2) les institutions, les statuts et les appareils juridiques; et (3) les opinions, représentations autour du juridique (Arnaud, 1981). Les recherches tant théoriques qu'empiriques portant sur l'efficacité du juridique, n'ont toutefois pas réussi, à ce jour, à en expliquer les mécanismes de façon satisfaisante. Certaines en proposent une analyse mécaniste, instrumentaliste, des plus fonctionalistes aux plus radicales.² Ici, tout se passe comme si les mécanismes de production de la juridicité, la capacité renouvelée du juridique à assurer sa légitimité, voire même celle du politique plus généralement, étaient données ailleurs: dans l'économie qui crée les rapports de production et qui exige en retour la prévisibilité que confère la juridicité, dans le politique qui aurait besoin du juridique pour exercer légitimement son monopole sur la violence, ou dans les mécanismes généraux de l'idéologie qui seraient les mêmes aussi bien pour le droit que pour la culture. D'autres analyses demeurent internes au droit, partant des principes d'interprétation propres au juridique, pour en faire une exégèse plus

². Pour une discussion de ces approches, voir Arnaud, 1981, Cotterell, 1981.

ou moins critique mais qui n'est jamais capable d'extraire du juridique autre chose que lui-même.³ On fait alors comme si le juridique créait ses propres principes et les conditions de leur application dans une sorte de vacuum, comme s'il ne s'agirait jamais d'autre chose que d'un processus uniquement juridique.

Depuis quelques années, certains auteurs, linguistes ou sémiologues, et avant eux des anthropologues, spécialement les structuralistes, avaient soulevé la question des formes et modes de production du discours en général, dont le juridique.⁴ Quel est l'intérêt du discours? Comment le situer par rapport aux autres pratiques des appareils? Ces questions théoriques soulèvent un pan très large de l'analyse des formations sociales contemporaines, entre autres au niveau de l'analyse de ce qu'il est convenu d'appeler les idéologies. Sans prétendre apporter de réponse définitive à ce champ, nous ne pouvons cependant ignorer les dimensions qu'il ouvre à l'analyse de la discursivité juridique et c'est sous cet angle que nous le considérons d'abord théoriquement et ensuite dans notre matériel empirique.

³. Des travaux tels ceux du Comité Fraser sur la pornographie et la prostitution, dont il sera plus amplement question dans cette thèse, en constituent un bon exemple (Canada, 1985).

⁴. Par exemple, en 1973, Arnaud publiait une analyse structurale du Code civil français, tandis que Pêcheux, dès 1975, a fait abondamment référence au juridique pour discuter de la production du discours et de ses rapports avec l'idéologie. De même, Greimas, 1976, Baudrillard, 1972, Edelman, 1973, puis Sumner en 1979 entre autres. Plus récemment, on retrouve les travaux de Goodrich, 1986 et 1987, de Kevelson, 1988, et de Jackson, 1985.

Il ressort de ces diverses perspectives que, usant d'un vocabulaire le plus souvent externe au droit, les sociologies juridiques en feront: (1) une "chose", un outil, dans la mise en forme des rapports de production et d'échange capitalistes. Dans le pire des cas, le droit devient un instrument de domination de la bourgeoisie et de reconduction des inégalités; c'est là l'orthodoxie marxiste que représente par exemple Pashukanis (1970). Au mieux, on lui concède une "zone de relative autonomie", en marge de la superstructure mais pas tout à fait dans l'infrastructure: c'est une certaine vision marxiste structuraliste du droit, représentée par les travaux de Edelman (1973), Brunelle (1977) ou Althusser (1968); (2) une "chose", un outil, mais ouvert à l'expression des conflits sociaux, et qui pourra recevoir diverses définitions, s'orienter différemment selon l'état des relations de pouvoir des acteurs en présence. C'est une sociologie juridique de type wébérien (Weber, 1986), mais c'est encore une sociologie politique, parfois fonctionnaliste, même d'inspiration marxiste, pour laquelle le droit devient un enjeu de la lutte des classes; on retrouvera ici Poulantzas (1972; 1978); (3) un peu en marge de la sociologie juridique et déjà plus près de la philosophie du droit, il est analysé comme institution naturelle, inéluctable, exprimant la structure des normes essentielles à toute société, indépendamment des conditions socio-historiques. C'est un certain naturalisme juridique, dont une variante inclut la théorie kelsennienne du formalisme juridique (Kelsen, 1967); (4) une institution sociale fonctionnelle, qui

s'insère dans le complexe des institutions étatiques et qui exprime positivement les normes sociales. C'est le positivisme juridique de l'école américaine, depuis Pound (1959) jusqu'à une certaine sémiologie d'approche peircéenne (Kevelson, 1988); et (5) un discours, une idéologie, qui exprime les normes sociales issues des processus de relations de classe, mais aussi des stratégies du pouvoir, leur donnant une forme juridique. Dans le premier cas, c'est là en partie la nature des travaux de Sumner (1979), mais aussi de criminologues tels Robert et Faugeron (1978) ou de juristes tels Arnaud (1973; 1981). Dans le second cas, ce sont principalement les réflexions de Foucault (surtout, 1975 et 1976).

En somme, deux de ces perspectives analytiques portent sur le juridique en tant qu'il prend part aux processus d'intégration sociale: il agit en quelque sorte à l'extérieur du système, pour assurer l'insertion réussie des personnes à la fois dans le système et dans la société. Dans deux autres cas, la perspective porte plutôt sur le système, le droit y étant principalement vu à titre d'institution qui contribue à la production-reproduction du système (incluant le sous-système économique et le sous-système politique). Enfin, dans le dernier cas, le droit est analysé davantage comme phénomène autonome, du moins relativement, ayant développé sa pratique (discursive) propre qui n'est pas nécessairement, ni automatiquement, fonctionnelle ni pour le système ni pour l'ordre social.

Or, l'analyse tant de la forme que de la pratique juridiques mène à établir les constats suivants: (1) d'abord, le juridique n'est pas "un". En fait, il faut distinguer les divers types de droits qui ne fonctionnent pas de la même manière, ne sont pas l'enjeu des mêmes conflits, ni ne tiennent le même langage. Peu maintiendraient, par exemple, que le droit civil, ou le droit administratif, ne feraient qu'un avec le droit pénal. Il faut bien voir ces juridismes en action et connaître leurs codes pour s'apercevoir qu'ils diffèrent profondément, au point même de ne pouvoir se comprendre entre eux. Il faut donc plutôt parler des juridiques. (2) Les sphères juridiques, y incluant le pénal, n'exercent que très peu de répression immédiate, de type policier. Quand on pense aux nombreuses autres sources de répression-contrôle social, depuis l'éducation et la famille jusqu'à l'école et le travail, on doit en effet admettre que le rôle du juridique à cet égard est bien des plus limités. Même s'il est (ou parce qu'il est?) très visible. Ce qui ne signifie pas que le juridique n'exerce aucune répression; simplement, elle serait autre et s'exercerait ailleurs que celle qui lui est généralement prêtée. Ce problème sera d'ailleurs central au passage d'une analyse de l'efficacité à celle de l'effectivité. (3) Identifiant la norme sociale à la norme juridique, ou à tout le moins faisant de la première la source obligée de la seconde, combien de fois ne constate-t-on pas des anachronismes voire des contradictions entre les normes juridiques et les normes sociales? Il ne s'agit pas toujours de problèmes de synchronisation de l'un avec l'autre, et, quand ce serait le cas, ces problèmes ne sont pas aussi mineurs que

certaines exégèses le laissent croire. (4) Parlant du juridique comme d'une arène où sont livrés les combats sociaux, combien nombreux sont les antagonismes qui ne prennent jamais une forme juridique, au sens formel? Même avec l'avènement au Canada de la Charte qui aurait provoqué une hausse sensible de la tendance à la juridicisation des conflits, ils restent peu nombreux les conflits que traite la machine judiciaire par rapport à tous ceux qui ne l'atteignent jamais. (5) Enfin, parlant du juridique comme d'un instrument - de répression aussi bien que de progrès social selon les points de vue - il faut voir que le juridique reste réfractaire aux influences externes, qu'il ne les admet qu'avec parcimonie et quand, semble-t-il, les autres alternatives sont épuisées. Soit il place maints écueils à son accès, soit il se spécialise à outrance, soit encore il se complaît dans un certain anachronisme au nom de la stabilité et de la prévisibilité. Cette résistance du droit aux pressions immédiates ne limite cependant pas le champ et le potentiel de son intertextualité, comme le montrera notre étude.

Ce survol de diverses tendances de la sociologie juridique indique que le droit ne se laisse pas saisir aussi aisément qu'il le prétend et que son efficacité n'a rien d'évident. Il semble bien, en fait, que le droit ne se laisse épuiser ni par la norme positive ni par les impératifs de la reproduction des structures sociales (e.g., patriarcales) et des rapports de classe. Par exemple, dire du droit, comme le fait Pashukanis que nous examinerons plus loin, qu'il est en relation d'homologie avec l'infrastructure de production et d'échange

ne dit rien de sa spécificité. Il resterait encore à déterminer ce que fait le droit et comment ce qu'il fait le différencie d'autres pratiques (e.g., le religieux) qui peuvent être tout autant en relation homologique avec l'infrastructure. Certes, il peut bien contribuer de plusieurs manières à la reproduction de la structure sociale, selon un ensemble de règles que certains criminologues et sociologues ont commencé à mettre à jour⁵. Mais ces contributions n'épuisent pas le droit, loin de là. De la même façon, on peut bien dire avec les structuralistes marxistes que le droit est constitutif du sujet socio-politique, lui accordant des droits, même réels, et donc une "réalité" concrète. Mais on n'aurait toujours défini là que les règles de son interpellation, de sa mise en demeure ou de sa mise à contribution dans la formation sociale sans préciser les dimensions de son efficacité. Ou alors, on localisera le droit en marge des appareils d'État, et il deviendra une sorte de lieu de condensation et de transformation des conflits sociaux. Ces sociologies critiques et marxistes surtout britanniques (e.g., Sumner) viennent bien près d'identifier les mécanismes de l'effectivité du juridique. Toutefois, n'en faisant qu'une analyse unidirectionnelle, c'est-à-dire analysant les effets de la société civile sur le droit, elles ne peuvent prendre en compte le mouvement inverse. La première section de ce chapitre examinera successivement chacune de ces approches théoriques.

5. Par exemple, les travaux des équipes de Ph. Robert (1978) en France et de Lenoble et Ost (1981) en Belgique pour le droit pénal, ou de Guy Rocher (1986) au Québec pour le droit public.

C'est pourquoi il nous semble plus utile de parler de l'effectivité du juridique, qui résiderait autant dans sa capacité à répondre aux exigences du système (ce qu'on a analysé jusqu'ici) que dans sa capacité à mettre en forme et à définir les conflits et les enjeux (ce qu'on a peu étudié). Entendue ainsi, l'effectivité du droit inclut mais ne se résume pas à sa capacité d'être reconnu et accepté comme lieu et forme légitime de règlement des différends sociaux (ce qu'il ne fait pas toujours, et certainement pas sans créer d'autres occasions de conflits), de l'attribution des statuts juridiques (qui ne dépendent d'ailleurs pas tant du droit que des appareils relativement autonomisés de l'administration) aussi bien que des peines (ce qu'il fait assez mal), et de discours "véridique" sur le normal et l'anormal (encore que la psychiatrie, pour une, lui conteste cette capacité). Quand on aurait rendu compte du droit comme créateur et gestionnaire des normes, arbitre des différends, ou juge des déviations, on devrait encore expliquer ce qui fait que les sujets juridiques qu'il crée en interaction avec d'autres discours sociaux s'autonomisent pour prendre la forme de valeurs et de préceptes juridiques. Le juridique peut bien prétendre créer la norme et décider de la responsabilité des uns et des autres, mais surtout, il le dit de manière continuellement effective.

L'effectivité du juridique, entendue au sens de sa capacité de mobiliser les conflits sociaux et de les transformer en conflits juridiques, réside-t-elle dans un effet de croyance - idéologie ou

fausse conscience: - en la norme, son bien-fondé, sa nécessité? C'était déjà là ce que soutenait Durkheim mais, si tel était le cas, on n'aurait toujours pas expliqué l'origine de cette croyance, sinon que comme besoin de croire, ce qui ramènerait rapidement à un raisonnement circulaire.⁶ A moins que l'effectivité du juridique ne tienne de son pouvoir répressif, coercitif, comme bras armé de l'État face à la société civile? Là encore, le recours à la coercition ne peut que difficilement garantir l'effectivité du juridique puisque ce recours doit être, et est effectivement, dosé sous peine d'affecter la légitimité même du juridique, sinon de l'État. En ce sens, la répression tient plutôt du domaine de l'(in)efficacité du droit, tandis que ce qui fait qu'il réussit à se présenter comme visant la répression tiendrait des mécanismes de son effectivité. Troisièmement, quand on aurait examiné le système juridique pour ainsi dire de l'intérieur, à partir de sa rationalité intrinsèque et des règles de fonctionnement qui caractérisent à la fois la profession et la norme juridiques, on n'aurait toujours pas expliqué autre chose que les aspects internes du droit formel. A moins de tomber dans une vision idéaliste qui propose, à la façon des philosophies du droit, que la nature même du juridique comme corpus de normes et de règles (e.g., "dire le juste") suffit à lui garantir sa légitimité, on n'aurait toujours pas rendu compte de la relation entre ces règles internes et l'effectivité externe du droit, ni expliqué ce qui fait que le droit (jus) est accepté comme droit (rectus).

⁶. Là-dessus, voir Habermas, 1987a, tome 2. Aussi, Cain et Hunt, 1979 et Taylor et.alii., 1975.

L'effectivité du droit repose sur la centration des enjeux autour de la loi-mesure, c'est-à-dire de la réponse législative stratégique aux conflits sociaux. Or, cette réponse ne lui appartient pas en propre mais relève du politique dans sa fonction de législateur. Interprétant la loi selon sa logique et sa grammaire plutôt qu'en fonction de la mise en forme politique des conflits, le juridique crée de ce fait les conditions de la définition de ces conflits, sans par ailleurs faire face aux problèmes de légitimité que connaît le politique. C'est pourquoi la question de l'effectivité du juridique soulève de facto celle de sa légitimité. L'intervention du juridique n'est pas neutre, indépendante des rapports sociaux et de classe qui traversent et découpent la formation sociale. Ce sont certains comportements qui sont criminalisés et pas d'autres, certaines institutions sociales qui sont protégées, certaines formes d'organisation sociale qui sont sanctionnées. Il n'est qu'un pas, d'ailleurs rapidement franchi comme le montrent les criminologies radicales à l'américaine, pour réduire le droit à un reflet de la structure sociale dominante, à un instrument de reproduction des rapports sociaux fondamentaux, c'est-à-dire des rapports de production.⁷ Mais si le droit est reflet, comment demeure-t-il "au-dessus de tout soupçon"? D'autant plus que certaines recherches ont établi que la population elle-même ne croit pas à un droit neutre mais, au contraire, considère qu'il protège les intérêts des

7. Là-dessus, voir entre autres la critique de Brodeur, 1984.

dominants, qu'il est fondamentalement inégalitaire, sinon injuste.⁸ Ce qui n'empêche pourtant pas les citoyens de faire appel au juridique, peut-être même de plus en plus fréquemment, pour régler de nombreux problèmes. Ce qui n'empêche surtout pas nos sociétés de se présenter comme garantissant les droits de chacun à l'égalité et à la liberté. Dans ces conditions, comment expliquer la contradiction apparente entre les croyances et les comportements? Faudra-t-il s'en remettre aux théories des psychologues sociaux sur la dissonance cognitive? Ou aux analyses marxistes qui ramènent la question à l'idéologie entendue comme fausse conscience? En somme, comment se fait-il que le juridique conserve sa légitimité? Mieux, comment la construit-il, l'exprime-t-il?

C'est ici que nous aurons recours aux travaux de Habermas qui, en plus d'identifier les problèmes des théories marxistes concernant les appareils d'État et "l'idéologie", proposent d'analyser le droit comme médium régulateur entre les impératifs du système et la société civile. La seconde section de ce chapitre sera consacrée au développement des principaux aspects de ces avancées théoriques.

Mais la perspective habermassienne ne va pas sans problèmes, spécifiquement quant à la capacité du droit de devenir un outil orienté vers la production de l'agir communicationnel, c'est-à-dire de l'agir orienté vers l'intercompréhension plutôt que vers

⁸. Par exemple, Robert et Faugeron (1978), Canada (1982).

l'atteinte d'objectifs stratégiques de compromis. De plus, si le droit a une effectivité au sens où la loi-mesure devient l'enjeu des conflits sociaux, il doit avoir une certaine efficacité au niveau de la société civile. Si Habermas y fait allusion, il ne développe aucunement cet aspect, de sorte que le juridique demeure vague, supra-historique même. La troisième section de ce chapitre tentera de préciser la notion de l'effectivité au regard de ces difficultés.

1.1 Misères de la sociologie du droit

La très grande majorité des sociologies marxistes du droit n'ont pas posé la question en termes de son effectivité. Plutôt, elle a pris la forme générale: que fait le droit? Dans une perspective marxiste, cette question mène à considérer le droit comme un produit historique, inscrit au sein des relations sociales. Mais de Pashukanis, l'un des premiers théoriciens marxistes du droit, aux britanniques Hirst et Sumner dans les années 1980, l'analyse sociologique marxiste du droit a connu des avancées et des reculs spectaculaires, spécialement sur la question de l'effectivité du droit. Nous avons divisé cette évolution selon deux catégories très générales marquant à notre point de vue le coeur du changement survenu dans l'analyse marxiste du droit: d'abord les perspectives négatives sur les effets du droit, ensuite celles qui lui ont accordé une positivité.

1.1.1 L'envers du droit

Le représentant le plus connu de l'orthodoxie marxiste en matière de sociologie du droit est sans doute E.B. Pashukanis, dont les travaux ont été redécouverts d'abord aux États-Unis dans les années 1950⁹ puis en France, en Allemagne et en Angleterre au début des années 1970, bien qu'à partir de positions théoriques fondamentalement différentes.¹⁰

La thèse centrale de Pashukanis consiste à établir une relation de correspondance entre la forme juridique et la forme marchandise: de la même façon que la marchandise est fétichisée pour devenir porteuse d'une valeur abstraite, la forme juridique est fétichisée sous la forme d'un sujet porteur de droits qui définissent sa valeur sociale. Pour démontrer cette homologie, Pashukanis établit d'abord trois arguments: (1) qu'aucune théorie du droit n'est possible sans référence à un ensemble d'idées a priori qui ramènent à l'Idée hégélienne, et à une coercition extérieure - de sorte qu'une théorie marxiste du droit aura pour objectif d'en analyser la forme

9. En particulier par Pound (1959, volume 1: 255). L'oeuvre de Pashukanis a d'abord été produite en 1924 puis légèrement révisée en 1929, suite aux pressions exercées par le parti face à la thèse de la disparition du droit et de l'état. La première traduction sera en langue allemande en 1929. Il faudra attendre 1970 pour une traduction française et 1979 pour celle en langue anglaise.

10. Par exemple, et bien qu'ils ne se soient pas concentrés directement sur la question du droit, les débats entre Althusser, Thompson et Lewis, d'une part, et entre Althusser, Pécheux et Edelman et Habermas d'autre part, ont marqué les analyses subséquentes du droit.

spécifique et non pas de bâtir une théorie générale du droit; (2) les contradictions inhérentes à la forme juridique ne peuvent être simplement rejetées du revers de la main ni déniées puisqu'elles révèlent l'état du développement historique de la forme juridique et de son articulation aux autres aspects de la structure; et (3) puisque le droit est à la fois une idée et une forme historique, il disparaîtra lorsque l'infrastructure sur laquelle il repose aura cessé d'exister.

Toutefois, le droit n'est pas pure idéologie au sens où il n'existerait que comme série d'idées. Il est fondé sur les relations matérielles de production et, de ce fait, constitue à son tour les personnes en sujets sociaux, c'est-à-dire encore en sujets de droit. Or, la question devient précisément de savoir pourquoi il est nécessaire que, dans cette infrastructure, les sujets soient constitués en sujets de droit. Selon Pashukanis, le développement de l'économie capitaliste avancée et la diversification du procès de production qui s'accompagne nécessairement d'une division accrue des classes, entraînent la différenciation et l'opposition des intérêts en jeu (1978: 81). A son tour, cette situation oblige l'intervention de l'État afin de maintenir la régularité et la normalité apparente de l'échange inégal entre le producteur et le propriétaire des moyens de production. En soi, l'État n'a pas besoin de la forme juridique. Toutefois, la juridicisation des relations laisse l'État apparaître comme éternel, naturel et juste, favorisant ainsi la stabilité, condition nécessaire au maintien de l'échange

capitaliste. Tandis que les philosophes idéalistes considèrent l'évolution du droit comme la réalisation de la Raison, Pashukanis y voit plutôt la réalisation de la forme de l'échange capitaliste qui entraîne l'atomisation des collectivités. Ce n'est pas l'État qui crée les relations juridiques; au contraire, les relations juridiques existent en dehors de la coercition dont l'État est le dépositaire légitime et peuvent même préexister à l'État.¹¹ L'État et le droit, ne se réduisent pas l'un à l'autre; ils ont cependant besoin l'un de l'autre, si l'on peut dire dans une sorte de langage psychologisant, comme formes issues du processus d'échange capitaliste.

Dans cette analyse de la forme juridique, le sujet juridique devient la catégorie centrale, même s'il ne s'agit pas nécessairement de la personne en tant que telle mais plutôt du sujet produisant et échangeant des marchandises, lui-même devenant marchandise sur le marché (1978: 109-129). Plus encore, pour que l'échange marchand soit possible, il faut que le sujet propriétaire en puissance soit déjà investi de cette capacité de posséder en droit. La persona juridique a donc trois caractéristiques: elle est un sujet juridique c'est-à-dire libre; elle est un sujet égoïste: elle peut posséder; et elle est un sujet moral: elle est responsable.

La théorie du droit de Pashukanis a fait l'objet d'analyses diverses et souvent contradictoires. Jessop (1980), par exemple, a

¹¹. Voir l'analyse ouvertement libérale mais très fine que propose Simmonds (1985) de ce point.

examiné et réfuté certaines des critiques adressées à Pashukanis, en particulier celles de Fine (1979; 1984) et de Kinsey (1979) portant sur la relation entre le droit et le procès de production capitaliste. Norrie (1982) quant à lui a réfuté les critiques de Warrington (1981) qui portaient principalement sur l'incapacité de Pashukanis de dépasser le niveau de l'échange capitaliste et, par conséquent, de tenir compte de la coercition et du rôle de l'État. Nous retenons pour notre part trois critiques émises à l'endroit des positions de Pashukanis: (1) il a fondé son analyse de la forme juridique uniquement sur le processus d'échange plutôt que sur le processus de production (Fine, 1979: 37-45); (2) il a suggéré une homologie entre la forme juridique et la sphère économique (Jessop, 1980: 340; Collins, 1982, la qualifie d'ailleurs de "crude materialism"); et (3) il a mis trop d'emphasis sur la nature idéologique de la forme juridique aux dépends de son caractère répressif (Warrington, 1981).

Tenant de réintégrer l'État dans l'analyse du droit et de lui rendre sa complexité, divers auteurs contemporains ont proposé une réinterprétation de Pashukanis. Kinsey (1979) suggère qu'à chaque phase du capitalisme correspondrait une forme de discipline, donc de légalité: (1) la période du despotisme de la propriété qui repose sur la manufacture et se résume à la coopération et à l'exploitation du travail qualifié; (2) la période du despotisme de l'industrie à laquelle correspondrait l'introduction de la machine et la déqualification du travail; et (3) la période du despotisme juridique,

celle de l'industrie moderne, qui reposerait sur l'intensification de la gestion scientifique du travail et sur la composition organique du capital (Kinsey, 1979: 48-49).

Au-delà de la périodisation suggérée et de la localisation du contrôle au niveau de l'usine plutôt que du marché, la thèse de Kinsey semble inadéquate pour rendre compte du phénomène juridique en ce qu'elle confond droit et discipline, dilue la forme juridique dans la création de subjectivités, et identifie l'idéologie de la vie quotidienne à l'idéologie de l'usine. Or, dans la foulée des travaux de Foucault sur la question,¹² il faut reconnaître la dislocation du couple discipline/loi, ainsi que la diffusion de la discipline au-delà de l'usine. La discipline, en effet, se retrouve aussi bien dans le contrôle de la sexualité ou de la "normalité" que dans le marché. Le mode discipliné, civilisé, d'existence sociale, ne se laisse pas réduire à une seule instance, d'où il pourrait être débusqué, éclairé, renversé. Il se répand dans la société où il forme parfois des noeuds qui focalisent l'attention, laissant ainsi penser qu'il s'y trouve, quant il est aussi ailleurs. Non seulement Kinsey laisse-t-il le couple intact, mais en plus il le fonde en une nouvelle persona, celle du travailleur d'usine.¹³

12. Tout spécialement 1975 et 1978. Aussi, Ignatieff, 1978.

13. Les travaux de Melossi sur la prison constituent un autre exemple de cette fusion-confusion:

Prison - as a concentrated place in which class hegemony ... can rationally develop in a network of disciplinary relations - becomes the

Blanke et alii. (1978) et Hirsch (1979) de l'école dite "dérivationniste" allemande réinterprètent les travaux de Pashukanis à partir de la question de la théorie générale de l'État et de la spécificité de l'État capitaliste. Blanke et alii. soulignent que Pashukanis, malgré ses prétentions, conservait une pré-conception de l'État comme État de classe dont la force répressive n'était que supposée plutôt qu'étudiée. Selon eux, la question est précisément de savoir si l'État est une forme essentielle et comment il le serait devenu:

The question is why bourgeois society, the reproduction of which is apparently regulated in the apparently material (economic) mediation of the law of value, requires an external relationship between politics and economics.¹⁴

Selon Blanke et alii. au sortir de la période féodale, la forme valeur pouvait être maintenue sans recours à la force physique directe, par le contrat entre sujets égaux en droit. Toutefois, le procès de production avancé et la spécialisation du travail le même que les exigences de la concentration du capital, ont entraîné la

institutional symbol of the new anatomy of bourgeois power ... Thus, prison appears as the model of "ideal society". Furthermore, the punishment of imprisonment as a dominant system of social control - increasingly appears as the parameter of a radical change in the exercise of power. (1981: 148)

¹⁴. Blanke et alii., 1978: 121.

création d'une distinction entre les forces de coercition économiques et la coercition politico-juridique, de telle sorte que celle-ci pouvait assurer la stabilité du processus de production. Les procédures garanties par la forme juridique valent ainsi autant pour le capital que pour le politique mais elles demeurent, au niveau socio-politique des apparences: elles créent des sujets égaux là où ils sont matériellement fondamentalement inégaux.

On voit mal comment cette proposition résout les problèmes que pose l'analyse de Pashukanis. En premier lieu, on peut s'interroger sur la capacité de la forme juridique à assurer la reproduction du capital. Si on ne peut douter de l'efficacité du processus de reproduction, il n'est pas établi que le droit y concoure véritablement, ni qu'il y concoure de manière cohérente. En second lieu, cette analyse pose le droit comme superficialité: il peut fort bien l'être face au processus d'accumulation - ce qu'indiquerait d'ailleurs notre première critique - mais il peut avoir une "profondeur" aux niveaux politiques et culturels. Troisièmement, les auteurs n'échappent pas à la critique adressée à Pashukanis quant au caractère a-historique de leur analyse. Et finalement, en accord avec l'analyse de Simmonds (1985) sur ce point, on peut dire que Pashukanis, loin de poser l'État comme forme première, l'a en fait posé comme forme secondaire, dérivée des rapports de production et de l'instance juridique.

Hirsch, quant à lui, soutient que le procès de production repose sur ses règles propres et n'a pas besoin de l'État pour garantir sa reproduction puisqu'il s'agit d'un processus aveugle. Mais alors pourquoi l'État? Parce qu'il est plus avantageux pour le capital de ne pas posséder à la fois les moyens de production et de la répression qui assurent sa reproduction. Le droit, ici, redevient l'équivalent de la forme valeur car ses règles permettent aussi bien que les travailleurs accomplissent des gains en période de croissance que ces gains soient effacés en période de crise. L'État se sert ainsi du droit pour faciliter le processus d'accumulation du capital, mais de ce fait, devra à l'occasion enfreindre les règles du droit lui-même. On peut faire les mêmes reproches à Hirsch qu'à Blanke et alii, et souligner la fonctionnalité de l'analyse de même que l'obligation dans laquelle ces auteurs se placent de postuler au droit une capacité à assurer la reproduction du capital, bien qu'il soit une extension de l'État.

En somme, l'analyse de la forme juridique à titre de réflexion de la valeur d'échange ou bien réduit le droit à une forme nécessaire pour la réalisation de l'échange capitaliste ou bien le réduit à une image inversée des conditions de production, ce qui, ultimement, revient au même en ne permettant pas l'examen plus approfondi de l'efficacité du juridique non seulement par rapport à la sphère économique mais aussi, et surtout, par rapport à la sphère de la société civile.

Le droit n'aurait donc pas de droit: il ne serait que l'envers du capital, que son reflet dans le champ de la superstructure. On voit les raccourcis qu'il faut emprunter pour maintenir une telle position, devant la prégnance et la réalité sociale du droit.

1.1.2 La positivité du droit

Réagissant aux limites théoriques des analyses déterministes et économistes de l'État généralement et du droit spécifiquement, plusieurs ont réfléchi sur la spécificité de ce qui, avec et après Althusser, a été longuement appelé les appareils idéologiques d'État.¹⁵ La question centrale ici est celle de la constitution du sujet de droit: comment le sujet est interpellé et comment, à travers les mécanismes spéculaires et répressifs de l'idéologie, il est amené à se reconnaître dans ces interpellations.¹⁶ Dans cette veine, mais tentant de dépasser ce qui reste de vision négative du droit chez Althusser, Poulantzas et Miaille ont produit des analyses du phénomène juridique que nous examinerons d'abord. Puis, nous prendrons acte des critiques que les marxistes britanniques ont adressées aux structuralistes français.

¹⁵. On consultera, par exemple, Lire le Capital pour quelques pages sur la nature du juridique, mais surtout les travaux d'Edelman (1973; 1978) de Pécheux, (1975; 1982 pour la version anglaise que nous avons surtout utilisée en raison de son introduction et de ses annexes) et de Gadet et Pécheux, 1981.

¹⁶. Spécialement, Pécheux, 1982: 98-102.

1.1.2.1 Sur le sujet de droit

Dans Idéologie et appareils idéologiques d'État, Althusser soutient que si la loi fonctionne bien sûr à la répression, elle fonctionne aussi à l'idéologie.¹⁷ Selon cette analyse, l'État est un tout structuré dont les différentes composantes sont centralisées sous un commandement unique. Chacune de ces composantes, ou appareils, est relativement autonome, c'est-à-dire que chacun devient un lieu de contradictions où s'expriment les luttes des classes capitalistes et prolétaires. Si l'État est une totalité structurée, les appareils idéologiques, quant à eux, sont pour ainsi dire éclatés: l'école, l'église, la famille, la presse sont autant d'appareils relativement autonomes et donc pourvus de leur logique propre. Assez curieusement, le droit demeure solidement ancré à l'État, comme instrument de répression.¹⁸

La loi est donc à la fois un outil au service des intérêts des classes dominantes - qui ne sont pas toujours et pas nécessairement les capitalistes - et un lieu de réalisation de l'idéologie de la classe dominante. A titre d'instrument étatique, la loi a une histoire: celle-là même de l'État dans laquelle elle s'insère. Par

17. Althusser, 1971: 137-143. Les références sont tirées de l'édition en langue anglaise "Ideology and Ideological State Apparatuses" (1971).

18. Pêcheux (1975) situe bien le droit au sein des appareils idéologiques mais n'en propose aucune analyse.

contre à titre d'idéologie, la loi n'a pas d'histoire mais est plutôt trans-historique parce qu'elle est "imaginaire": à travers elle, les hommes se représentent à eux-mêmes ce qu'ils croient être le monde réel. A ce titre, toute idéologie, y incluant l'idéologie juridique est constitutive du sujet, ici le sujet juridique (libre, égal, ayant des droits et des obligations, etc.). Dans le même temps, le sujet est constitutif de l'idéologie juridique au sens où il se reconnaît en elle: sans ce double mouvement, l'idéologie juridique serait sans effet. Le mécanisme de l'interpellation du sujet est alors le mécanisme fondamental de l'effectivité de l'idéologie juridique: le sujet-de-droit (toujours-déjà présent) est interpellé par le Sujet (la loi) de telle sorte qu'il se reconnaît comme sujet et accepte sa sujétion. Or, et ce point est crucial, le sujet des catégories juridiques ne se reconnaît pas comme sujet mais plutôt comme possesseur de droits et responsabilités, donc de ces mêmes catégories juridiques. Ce processus de dénégation, caractéristique du processus spéculaire analysé par les psychanalystes,¹⁹ produit une vision négative de l'idéologie au sens d'une conscience renversée.

Les problèmes du structuralisme ont fait l'objet de discussions innombrables.²⁰ Nous retenons d'abord, le problème d'une

¹⁹. Voir Lacan, 1966 et 1971. Aussi, Pêcheux, 1982: 79-80 et 92-93 particulièrement.

²⁰. Voir par exemple, le numéro 15-16 de l'automne 1976 de la revue Dialectiques pour une critique serrée des positions althussériennes. Nos propres critiques s'en inspirent ainsi que de celles de Chevalier, 1982.

superstructure non structurée qui serait principalement résiduelle et négative, c'est-à-dire de cet ensemble multiple et amorphe composé de l'État et des appareils idéologiques. Ensuite, le problème de la totalité dont l'élément central demeure le procès de production et où l'idéologie n'est qu'une production parmi d'autres, assez mal définie d'ailleurs. Les problèmes de causalité provenant du postulat de l'effectivité d'éléments externes à l'idéologie dans la constitution du sujet et dans la réalisation des procès idéologiques. Enfin, la centralité du sujet qui ramène le droit à un discours sur et pour le sujet, la réduction de l'effectivité spécifique de la forme juridique à celle de l'infrastructure, et l'incapacité à différencier l'interpellation juridique d'autres formes d'interpellation, sont autant de faiblesses de ces analyses du droit.²¹

Poulantzas (1972; 1974) a tenté d'articuler différemment la nature et le rôle du juridique au sein du mode de production capitaliste, principalement à partir d'une réflexion sur la nature de l'État et du pouvoir politique. L'État, en tant qu'il s'agit d'une structure duale qui constitue l'ordre et la régulation nécessaires au capitalisme et qui est un lieu de condensation des contradictions de classe, est sur-déterminé par sa fonction politique, c'est-à-dire par le champ des luttes de classe, bien qu'il ne s'y épuise pas totalement:

²¹. La question de la création du sujet de droit avait été posée, dans un cadre théorique bien différent, l'existentialisme marxiste, par le premier Poulantzas (1965).

L'État présente bel et bien une ossature matérielle propre qui ne peut absolument pas être réduite à la seule domination politique. L'appareil d'État, ce quelque chose de spécial et, partant, de redoutable, ne s'épuise pas dans le pouvoir d'État. Mais la domination politique est elle-même inscrite dans la matérialité institutionnelle de l'État.²²

L'idéologie juridico-politique jouera en quelque sorte le rôle de ciment dans le maintien de la cohésion et de l'unité de cet État traversé par les luttes et les contradictions de classe. Elle réalisera cette fonction en présentant l'État comme résultant de la volonté commune, comme expression juste de la diversité sociale, comme dépositaire légitime de la violence institutionnelle. L'État ne se limite pas au processus de reproduction ni au couple répression/idéologie, mais crée des effets réels et positifs (plutôt que des effets de distorsion seulement). En ce sens, la pratique juridique, tout en étant répressive et idéologique, sera aussi plus que cela, en créant une réalité juridique positive.²³

D'une part la loi est négative: c'est-à-dire encore le lieu et la forme de la répression - réelle et idéologique. En ce sens, la loi contribue à la réalisation de l'une des fonctions majeures de l'État dans ses pratiques matérielles, soit l'effet d'isolation, d'atomisation des sujets, qui est inscrit fondamentalement dans la

22. Poulantzas, 1978:14.

23. La thèse de doctorat de Poulantzas (1965) soulevait déjà cette question.

division sociale du travail mais qui est mis en oeuvre dans et par l'État. Mais dans ces analyses, soit on a oublié le rôle actif de la répression, ne faisant du droit qu'un outil idéologique pour l'organisation du consensus, soit on a réduit sa fonction répressive à sa nature psychanalytique²⁴, omettant ainsi d'analyser les raisons matérielles du consentement. Or, même répressive, la loi n'est pas que négativité: dans le même temps elle crée, permet, autorise.

La loi ne fait pas que tromper ou masquer, ni que réprimer en obligeant de faire ou en interdisant. Elle organise et sanctionne aussi des droits réels des classes dominées ... et comporte, inscrits en elle, les compromis matériels imposés par les luttes populaires aux classes dominantes.²⁵

D'autre part, il s'ensuit que la loi institue les sujets comme peuple, comme nation, comme travailleurs (syndiqués par exemple) et comme citoyens; elle crée un continuum social où les différences se réconcilient, sont absorbées par les idéaux de justice et d'égalité; elle propose des symboles universalisants permettant de se faire une raison si on peut dire, là où le regard porté sur les seules relations matérielles de production tournerait à la déraison. La loi apparaît alors comme du domaine des "purs signes" (abstraction, universalité, formalité), permettant l'organisation sociale de l'individualité sous les apparences d'une normalité, créant la

24. Par exemple, Lyotard, 1974; Legendre, 1974.

25. Poulantzas, 1978: 92.

"vérité" des sujets juridico-politiques²⁶. En ce sens, l'idéologie juridique a remplacé, dans le mode de production capitaliste, l'idéologie générale qui existait auparavant, de par son pouvoir de proposer des universalisants pour rendre compte des relations sociales. Simultanément, la loi est "savoir", le savoir du capital sur les sujets, mis en oeuvre par les "hommes-de-loi", de sorte que la loi elle-même demeure inconnue, intouchable. D'où l'effectivité de normes du type "l'ignorance de la loi n'est pas une excuse" qui tient véritablement à ce que dit la maxime: nul n'est censé connaître les (véritables) effets de la loi.

Si Poulantzas réussit effectivement à dépasser les restes de négativité qu'on retrouve chez Althusser, s'il reconnaît tout spécialement que le droit crée des droits véritables, même pour les classes dominées, il n'en demeure pas moins prisonnier d'un certain nombre de présupposés. Relevons particulièrement le positionnement du droit dans l'État que la vision althussérienne des appareils d'État a légué, et l'appartenance de l'effectivité du droit au champ des relations de production matérielle, comme si le droit n'avait pas d'autre effectivité - bien que Poulantzas se défende d'y succomber. A ce titre, on aura observé que le droit est encore à un certain niveau l'envers des choses réelles: il met en oeuvre les relations de production et la division du travail. Comme si le droit ne devait pas s'occuper de bien d'autres choses.

26. Poulantzas, 1978: 96-98.

Mentionnons finalement les tentatives de Michel Miaille (1976 et 1978) de résoudre à son tour certaines des énigmes que pose le droit pour la théorie marxiste. Selon lui, l'instance juridique s'origine du fétichisme de la norme qui prend deux formes: (1) l'équivalence du droit à la sanction, alors qu'en fait le droit s'exprime le plus souvent sans recours à la sanction; (2) la fusion de la loi et de l'obligation, alors que la normalité, qui veut d'abord dire la mesure, l'étalonnage, fait référence à un système de relations. Or, ce système de relations, c'est le système de la distribution des personnes (au sens grec du terme persona qui veut dire masque) apparemment égales sur un marché égal. La norme juridique joue donc le même rôle universalisant et unificateur que la marchandise dans la sphère de la production, d'où il s'ensuit que le droit est un système normatif de communication où le sujet est interpellé dans un système institutionnel donné et dans une pratique spécifique. D'où retour à la case départ: le droit ne saurait-il être autre chose que ce que les nécessités du capital lui dictent d'être?

De fait, Miaille semble poser plus de problèmes qu'il n'en résout. De façon similaire à Althusser il suggère une structure qui, en dernière instance, n'est pas structurée et qui est déterminée par des facteurs externes, essentiellement d'ordre économique, tant dans son contenu que dans son effectivité. Le droit n'a donc qu'une réalité superficielle: en fait, il s'agirait toujours de la mise en oeuvre des catégories de la structure de production, à travers un

langage et une pratique ésotériques parce que ne pouvant se révéler pour ce qu'ils sont véritablement, un droit bourgeois, de classe. Il s'ensuit que le droit, bien qu'il consacre des droits aux prolétaires, n'est jamais autre chose qu'un outil mystificateur.

Malgré leurs limites, ces analyses ont considérablement fait avancer la théorie du droit en la sortant des ornières du déterminisme et de l'historicisme qui caractérisaient l'orthodoxie marxiste. On pourrait même soutenir que ces analyses ont au moins facilité, sinon permis, l'analyse subséquente du droit sous l'angle de son effectivité.

1.1.2.2 Sur la pratique juridique

La (re)découverte des travaux de Gramsci au courant des années 1970, en particulier du concept d'hégémonie qu'il avait développé dans ses Cahiers de prison, aura eu un impact indéniable sur les théories de l'État et de l'idéologie.²⁷ De même, les travaux de Foucault auront aussi profondément pénétré l'analyse du juridique, principalement à travers les analyses de la décentration des pratiques et des formes du pouvoir.²⁸ Enfin, notons aussi les

²⁷. On consultera là-dessus, entre autres, l'ouvrage de Piotte, 1969.

²⁸. Voir par exemple, Foucault, 1975 et 1976; mais aussi le nombre impressionnant d'études que ses hypothèses ont soulevées, dont: Weeks, 1979, 1985; Valverde, 1985; Minson, 1985, et Rose, 1984, pour n'en citer que quelques uns.

travaux de Rusche et Kirchheimer sur la criminalité, ainsi que des influences diverses provenant de la psychanalyse (Lacan) et de l'anthropologie structurale (Levi-Strauss et Leach particulièrement).²⁹ C'est dans ce vaste contexte de bouleversement théorique que se situent les travaux de quelques marxistes britanniques que nous examinerons maintenant.

Pour Hall et alii. (1978), la crise de ce qu'on a appelé en Angleterre le "mugging"³⁰ a constitué le lieu empirique privilégié pour analyser le fonctionnement de l'instance juridique, à partir du concept gramscien de crise hégémonique. Selon ces auteurs, l'État est la forme que prennent les relations entre classes au sein du mode de production capitaliste: relations de pouvoir, formalisées, de nature juridique, fondées sur un contrôle des processus de socialisation. A travers la forme juridique en particulier, l'État devient le lieu où prend forme le consensus (apparent) entre les classes dans la gestion de l'indiscipline. Le droit, à son tour, devient un lieu de contradictions pour le contrôle hégémonique du consensus. Or, l'État capitaliste avancé, particulièrement dans sa forme de "welfare state", traverse une crise hégémonique au sens où

29. Cet éclatement des sources de pensée et d'analyse correspond aussi à la crise qu'a traversée la théorie marxiste dans son ensemble - et qu'elle traverse toujours d'ailleurs - tant au niveau politique (Thompson, 1978; Anderson, 1978) qu'épistémologique (Giddens, 1979).

30. Catégorie qui n'a aucune existence juridique à proprement parler mais qui a été forgée pour parler de la petite criminalité de rue: agressions simples, vols à la tire, vandalisme, etc.

les modes de contrôle de l'État sur les relations de production entraînent une mise à nu de certaines caractéristiques du mode de fonctionnement de ces relations économiques et de ce fait une plus grande difficulté à organiser le consensus, la discipline. Les modalités de gestion de la civilité deviennent plus diffuses, moins opérationnelles, ce qui provoque une crise de légitimité de l'État et de son intervention. Le développement de cette crise permet en retour l'apparition de nouveaux modes de contrôle hégémonique: non seulement des réalignements de classe et de fractions de classe se produisent mais au même moment les discours et les pratiques autour desquels le consensus s'organise changent. Ainsi, la crise du "mugging" - et avant elle la crise de la libération sexuelle que Hall étudiera dans un article ultérieur (1980) - permettent, et sont utilisées pour atteindre, ce réalignement idéologique et le développement d'un nouveau discours hégémonique.

Le droit n'est pas au service de la classe dominante mais assure des droits réels et contribue à la réalisation d'une certaine justice. Toutefois, bien qu'il ne soit pas unidirectionnel ni toujours-déjà déterminé par la structure économique, le juridique véhicule les valeurs hégémoniques de la classe dominante en camouflant sa nature de classe. Mais dans le même moment, il permet de représenter comme étant les intérêts de tous les intérêts d'une classe en particulier, et de ce fait il contribue au contrôle social, dans cet exemple à travers la restauration de l'ordre public et

l'accroissement des pouvoirs policiers et judiciaires. Le problème fondamental d'une théorie marxiste du droit est alors:

... how to understand the nature of the "uneven correspondance" between legal relations and other levels of a social formation; how to comprehend that the state can serve "the supremacy of this or that class in the last resort ... the development of the productive forces and relations of exchange", while at the same time assuming the appearance of an independant power, "apparently standing above society" moderating its contradictory antagonisms.³¹

Cette analyse raffine certaines des perspectives contenues dans les travaux de Poulantzas ou de Miaille, dépassant certains des problèmes qu'ils rencontraient, spécialement en regard de la détermination en dernière instance. Pourtant, elle demeure tributaire d'un certain formalisme qui n'est pas sans rappeler certaines positions d'un Pashukanis: par exemple quand les auteurs soutiennent que le procès inégal de production est et doit nécessairement être représenté (sous-entendre de manière efficace) comme étant en fait égalitaire, naturel et juste, par le droit. De plus, ils proposent une certaine vision des classes sociales comme pré-existant les structures sociales, prêtes à recevoir un contenu idéologique au lieu que d'être les productrices de cette idéologie. Ils rencontrent une autre difficulté au niveau de leur vision de l'État comme organisateur de l'hégémonie. L'État est assurément un véhicule des idéologies, particulièrement si on accepte la vision

³¹. Hall et alii., 1979: 197.

althussérienne des appareils d'État. Mais il est d'abord le lieu d'expression des luttes de classe et des contradictions au niveau des idéologies et, à ce titre, il est lui-même partiellement déjà déterminé.

Réagissant aux difficultés du marxisme à traiter de la question des idéologies, Hirst s'oppose à la conception althussérienne du tout à dominance et de la relative autonomie des instances régionales. En fait, il questionne fondamentalement la capacité du marxisme d'être une science générale des relations sociales, d'avoir quoi que ce soit à contribuer à l'analyse des idéologies et, en particulier, de traiter correctement de comportements sociaux tels la sexualité, la famille ou le contrôle social.³²

Selon Hirst, le droit est réellement créateur d'une légalité qui n'est pas pure forme et qui, dans certaines circonstances, consacre un égalité formelle réelle.³³ En effet, le droit établit certaines limites et, qui plus est, se donne les pouvoirs de les faire respecter. Ces limites concernent bien sûr les domaines traditionnels de la moralité publique mais aussi, et surtout peut-être, des domaines tels que les relations de travail, la sécurité et la santé au travail, les relations entre les personnes et les corporations et entre les personnes et l'État, et bien d'autres

³². Hirst, 1979: 2.

³³. id., à la page 60-62.

encore, c'est-à-dire en somme le champ de structuration des rapports de force entre classes et fractions de classe. Il n'est alors plus question d'y voir un simple processus à sens unique, orienté vers le maintien de la domination de la bourgeoisie. Pour Hirst, le droit est donc:

... an instance of regulation: an institutionally specific complex of organizations and agents, discourses and practices, which operates to define (whether in codified rules or not) the form and limits of other organizations, agents and practices.³⁴

Cette définition pourrait cependant tout aussi bien s'appliquer à d'autres structures sociales: l'appareil bureaucratique par exemple, sauf que le juridique crée une "personnalité juridique". Mais qu'est-ce que cette personnalité juridique? En fait, il ne s'agirait pas tant d'une personnalité juridique que d'un sujet qui serait capable - qui aurait le droit - d'être plusieurs à la fois: le sujet social n'est plus uniquement un sujet économique mais il est encore un sujet culturel, idéologique, politique, et chacun ne se reconnaît pas nécessairement ni automatiquement dans l'autre. C'est cette décentration du sujet qui expliquerait la nécessité de la structure juridique: le droit assure que, tout au long des diverses étapes de sa vie, en fonction de ses diverses identifications, le sujet demeure socialement reconnaissable, identifiable, contrôlable et tout à la

³⁴. Hirst, 1980: 62. Voir aussi Hirst, 1985.

fois permet le contrôle des interventions de l'État et structure les rapports de force entre classes.

L'hypothèse est fort intéressante. Elle va d'ailleurs dans le sens de certains travaux de Foucault (1975; 1978) qui se préoccupent de la diffusion des pratiques du pouvoir au sein du corps social et de l'incapacité à laquelle nous confronte la société moderne (ou post-moderne?) de les localiser à un endroit précis. Toutefois, Hirst n'explique pas davantage ce qui rend le droit capable de réaliser cette unification du sujet décentré, ni comment il le ferait, c'est-à-dire quelle est son effectivité. Étant admis que le droit est nécessaire à toute société afin d'éviter le totalitarisme (Hirst, 1985), il resterait encore à préciser en quoi le juridique permet justement d'atteindre ce but.

Colin Sumner (1982) prend cette perspective à contrepied et réplique que le sujet dont il est question n'est autre que le sujet politique, c'est-à-dire le sujet historique de la lutte des classes. Selon lui, il y a déjà longtemps que les étudiants du droit savent que le droit ne concerne plus la constitution du sujet juridique.³⁵ C'est à travers la définition que fait le droit des pouvoirs relatifs des diverses "unités sociales" que le sujet "éclaté" redevient sujet social, c'est-à-dire politique. Quant à la difficulté de la théorie marxiste à expliquer le droit, elle tient à certaines interprétations

³⁵. Sumner, 1982: 69.

qui ont été faites de Marx selon lesquelles le droit ne consacrerait jamais que la légalité bourgeoise et ne saurait, par sa forme même, être d'aucune utilité pour les prolétaires. Sumner critique les analystes qui n'ont vu que négativité au droit et n'ont pas pris note des remarques positives de Marx à ce sujet.³⁶ Ce qui fait justement la force du droit c'est qu'il exprime le consensus idéologique apparent des classes autour des notions de la socialité entendue au sens large: propriété, contrat, moralité, distinction public/privé, etc. Il appartient précisément à la pratique de la classe ouvrière de lutter au sein même du juridique pour orienter ce consensus hégémonique et ne pas le laisser définir par la classe bourgeoise.³⁷

Law designates power relations in terms of general ideologies reflecting a social structure which divides people economically, politically and ideologically ... In my view, law moves within, and is moved by, its relations to the problems posed for it by the social structure. This relation is mediated practically, in the form of the institutions of law creation and enforcement.³⁸

L'analyse marxiste du droit doit donc examiner les relations politiques qui s'expriment dans le droit, aussi bien que les manifestations économiques et idéologiques qu'on y retrouve. Sans la loi, seules la répression et la force armée permettraient de conserver l'ordre social; c'est pourquoi la loi requiert

36. Sumner, 1981: 69 passim; 1979: 246.

37. *id.*, 1981: 15-17.

38. *id.*, 1979: 274.

nécessairement la constitution d'un bloc hégémonique. Et c'est encore pourquoi on ne saurait saisir le droit autrement que dans ses manifestations politiques.

Pour autant que Sumner soutient que le sujet juridique s'identifie au sujet politique, sa conception du sujet politique demeure indéfinie, vague, prête sans doute à recevoir un contenu variable. Plus encore, si le sujet juridique s'épuise dans le sujet politique, il reste à expliquer pourquoi l'État a besoin du juridique et ce que fait cette instance. Ici, Sumner recourt à la théorie de la légitimation de l'exercice de la violence (réelle et symbolique) par l'État. La légitimation de la définition des lieux et circonstances d'exercice de cette violence n'est pas acquise: elle doit être constamment renégociée, en tant qu'elle fait partie de la réalité de la domination hégémonique de classe qui n'est pas, elle non plus, immuable. En ce sens, l'État traversera des crises de légitimité. Si l'État ne peut s'en remettre uniquement à l'exercice de la force brute pour maintenir l'ordre social, sous peine de faire face, tôt ou tard, à des oppositions irréductibles qui menaceraient son existence même, il faut que se développe un consensus - un bloc hégémonique - autour des conditions et circonstances de l'utilisation de cette force. Il faut aussi que se développe une entente, au moins tacite, autour des conditions de non-utilisation de cette force, de même éventuellement qu'autour des ratés de cette utilisation, c'est-à-dire des tentatives qui ne seront pas fructueuses. Quand survient une incapacité d'expliquer de façon

convaincante (rationnellement?) les occasions de non-recours à la violence légitime de l'État (e.g., la non pénalisation des délits contre l'environnement aujourd'hui) ou les ratés de l'appareil judiciaire dans certains cas (e.g., les meurtres en série, surtout s'il s'agit d'enfants ou de crimes de nature sexuelle et que les meurtriers avaient fait l'objet d'une libération conditionnelle), il y aura alors risque de crise de légitimité non pas tant du juridique lui-même mais plutôt par extension de l'État auquel le droit s'identifie aux fins du consensus hégémonique.³⁹

Sumner semble le plus près de suggérer les conditions de l'effectivité du juridique, sauf pour le fait qu'il le réduit à l'instance politique. Si, comme il sera donné de le voir à la section suivante à l'aide des travaux de Habermas, le juridique est en voie de remplacer le politique comme lieu privilégié d'exercice des conflits sociaux, c'est dire que juridique et politique ne sauraient être équivalents, ni qu'ils ont les mêmes effets. En ce sens, les avancées de Sumner ne permettent pas de cerner la spécificité de l'effectivité du juridique.

³⁹. On consultera à cet effet les travaux préparatoires à une thèse de doctorat en criminologie à l'Université de Montréal de Dandurand, 1982. Il y a développé un test empirique de cette hypothèse des crises de légitimité de l'État jouées dans et à travers les modifications législatives au Code criminel. Ces travaux sont, à notre avis, d'une ampleur inégalée, ne serait-ce que parce qu'ils retracent avec minutie l'évolution de la partie positive du Code criminel du Canada de 1892 à 1955. Ils nous seront fort utiles dans la partie empirique de notre thèse.

1.2 Habermas: droit, discours et éthique

L'un des axes principaux de l'oeuvre de Habermas consiste à examiner la structure de l'action politique comme processus central à la socialité.⁴⁰ Selon Habermas, il est indéniable que, principalement à partir de Thomas d'Aquin, l'action politique a été séparée de l'éthique. Contrairement à la philosophie grecque spécialement d'inspiration aristotélicienne, la réflexion philosophique sur la société a depuis lors consommé la rupture entre la polis et la societas, l'objet de la civitas devenant la régulation des interactions sociales plutôt que la conduite vertueuse et juste. L'exercice de la politique devient ainsi une technique (et après Machiavel et More, Hobbes sera le premier à étudier véritablement les règles de cet exercice⁴¹) et la justice, représentée par la loi, une façon de préserver les conditions, internes à l'État, (par opposition aux conditions externes de la

40. Les deux autres axes principaux de son oeuvre sont une réflexion sur la nature et les conditions de possibilité de la science et une réflexion sur la pratique politique. Cf. Ferry, 1988.

41. Habermas, 1974: 61: "It was Hobbes who first studied the "laws of civil life" with the explicit purpose of placing political action from now on on the incomparably more certain basis of that scientifically controlled technics which he had come to know in the mechanics of his time".

gestion de la guerre entre les nations) de la bonne socialité, de la vie sociale ordonnée (et non plus de la vie vertueuse).

The normative sense of the laws is, to be sure, emptied of its moral substance by the reduction to underlying structures, be they those of political domination or those of economic exploitation; but the normative sense as such is not suspended. These laws still show their instrumental efficacy with respect to the practical tasks of the sustenance and enhancement of life. The normative sense of the laws recommended by Machiavelli is confirmed in preserving the readiness to die and to kill; for only by the force of arms can the natural evil represented by the threat of the enemy be overcome. The normative sense of the laws recommended by More is confirmed in the compulsion to work; for only thus can the natural evil of hunger be overcome.⁴²

Avec Hobbes, la justice devient plus précisément le respect de la validité du contrat social. L'état de nature est renversé: au lieu que d'être le moment où tous sont égaux et libres de toute contrainte (comme chez Aquin), il devient chez Hobbes la scène de la lutte sauvage pour la survie; seul le contrat social où la majorité accepte la domination de la minorité permet d'éviter un retour à l'état de nature. La loi naturelle de l'état de nature devient ici absence de loi et de droits, tandis que la loi positive, la loi naturelle de la société, consacre les règles du jeu de la civitas et les droits de chacun. Mais la loi positive dérivera directement des lois de la nature, en sera en quelque sorte la codification: d'où les thèses de Locke entre autres concernant le caractère naturel de la propriété

42. Habermas, 1974: 53-54.

privée par exemple.⁴³ D'où encore le sens de la Déclaration des droits de l'homme au moment de la révolution française, qui consiste à traduire en loi positive les lois de nature⁴⁴. Le passage de la loi naturelle ancienne qui visait à orienter la bonne conduite à la loi naturelle moderne qui est formelle, c'est-à-dire qui consacre le droit à la liberté et à l'égalité de chacun, assure alors en même temps le passage à la loi de coercition, c'est-à-dire à la légitimité, auparavant impensable, d'un monopole de la violence par l'État central:

... formal law frees the conduct of citizens within a morally neutral domain, releasing them from the motivations of internalized duties and liberating them to look after their own interests; therefore the limitations which result from this formal law can now only be imposed externally. Because it is in principle a law of freedom, formal law divorced from the informal order of life is also a law of coercion.⁴⁵

Habermas examine attentivement les deux formes prises par la "positivisation" de la loi naturelle, soit la française et l'américaine à l'occasion de leurs révolutions respectives. L'une, américaine, soutient que la loi naturelle moderne exprimée par la Déclaration des droits et dans la Constitution vise à assurer la

43. Cette loi naturelle trouve sa version moderne dans les analyses "scientifiques" de la logique juridique. Voir spécialement Kevelson, 1987.

44. Habermas, 1974: 90-91.

45. id.: 84-85.

prédominance des forces naturelles de l'égoïsme individuel - qui s'auto-réglemente par les mécanismes de l'échange des biens - sur la domination despotique d'un pouvoir d'État: mieux vaut des journaux et point d'État, aurait dit Jefferson, qu'un État mais point de journaux. L'autre, française, veut plutôt exprimer la volonté collective de ne pas s'en remettre aux forces de la nature qui, laissées à elles mêmes, ne font que consacrer un état de corruption de la nature humaine.⁴⁶

Pour Habermas, la critique que fait Marx du droit libéral bourgeois exprimé par les droits formels à la liberté, à l'égalité, à la sécurité et à la propriété privée, vise davantage le système américain d'interprétation de la loi naturelle que le système français puisque lui-même reste relativement prisonnier de cette vision. C'est donc avec les lunettes de la révolution française qu'il analyse les conséquences de la révolution américaine et de l'État américain comme le parfait exemple de l'État moderne. Or, cet État devait présument garantir le droit de chacun à une chance égale, puisque:

... this liberal construction of Natural law itself had considered political economy to be the crucial test of its truth: the natural laws of society were to fulfil the promise of the natural rights of man.⁴⁷

46. id.: 104-105.

47. id.: 110.

Ayant montré dans son analyse de l'économie politique que la réalité de l'échange capitaliste est toute autre, Marx ne peut que conclure que l'État bourgeois, et son droit, sont des instruments de répression et du maintien de la domination des propriétaires des moyens de production. Cette analyse, comme nous l'avons vu ici, allait discréditer pour longtemps l'idée même de la légalité et l'intention du droit naturel dans la théorie marxiste.

De manière générale, nous retenons trois critiques que dirige Habermas à l'endroit du marxisme dans ses diverses variantes: (a) une critique de la philosophie de la conscience, et en particulier de la conscience de classe; (b) une critique du fonctionnalisme de type économique; et (c) une critique de l'incapacité des interprètes du marxisme à tenir compte des caractéristiques de la société capitaliste avancée. Ces critiques nous amèneront à la vision du juridique que recèlent les études de Habermas.

(a) Sujet et conscience de classe

L'analyse marxiste des formations sociales repose largement sur la conceptualisation de la notion de valeur et sur la distinction entre valeur d'échange et valeur d'usage. Ces concepts ont servi de clef de voûte à la construction de l'analyse marxienne du mode de production des formations sociales, qui comprend les forces de production et les rapports de production. Or, l'analyse marxiste du

fonctionnement du mode de production capitaliste se concentre sur le fétichisme de la valeur d'échange où le rapport des sujets au produit de leur travail prend la forme d'un rapport à des choses externes et, qui plus est, à des choses entre elles; ultimement, c'est la force de travail elle-même qui devient une chose. Cette fétichisation des relations entre producteurs débouche sur un effet de "réification" c'est-à-dire "l'assimilation singulière des relations sociales et des expériences vécues à des choses, i.e., à des objets que nous pouvons appréhender et manipuler".⁴⁸ Or, chez Marx en partie, et certainement chez Lukacs, l'analyse du procès de réification se limite essentiellement à la composante valeur d'échange, c'est-à-dire à ce qui se produit au niveau de l'infrastructure économique. Par là, c'est toute la conscience du sujet qui est ramenée à une détermination à partir de la position de classe qu'il occupe et c'est cette question qui, en retour, devient alors l'objet premier de la théorie (chez Marx, par la critique de l'économie politique et chez Lukacs, par la philosophie). Le pas suivant consiste à faire de cette philosophie le devenir-pratique de la révolution qui entraînera le changement de ce rapport objectivant au monde. Il s'agit en somme de libérer le sujet des contraintes imposées à sa conscience par le procès de réification.

On sait qu'à leur manière, Horkheimer, Adorno et Marcuse poursuivront cette réflexion, bien qu'en rapport critique face à

⁴⁸. id., 1987a, T.1: 362.

serait relativement utile ("somewhat useful") pour restreindre la distribution de pornographie violente. Elle énonce encore sept critères qu'une approche législative en matière de pornographie devrait rencontrer: (1) traiter la pornographie en tant que pratique plutôt qu'images; (2) viser l'expérience que font les femmes des préjudices ("harm") qu'elle entraîne; (3) la centrer sur les femmes plutôt que la rendre également applicable aux deux sexes; (4) faire en sorte que la loi puisse être activée par les femmes; (5) compenser les victimes de la pornographie; (6) promouvoir l'égalité des femmes; et (7) permettre un dialogue artistique et éducatif sur la sexualité.⁵⁹

S'inscrivant en faux contre des solutions pénales, quelques féministes sont d'avis que ce genre d'approche ne peut que favoriser le maintien de distinctions bourgeoises entre l'art et la culture populaire, distinctions qui permettront simultanément que soient perpétuées les conditions de la subordination des femmes.⁶⁰ De même, ces solutions risquent de se retourner contre les féministes elles-mêmes, comme le montrent les conséquences du mouvement pour la pureté sociale de la fin du XIXe siècle, alors que la législation a entraîné la criminalisation de la prostituée et non pas la lutte contre les conditions qui mènent à la prostitution et l'encouragent.⁶¹

59. *id.*: 62-68.

60. Par exemple, Kappeler, 1986; Mannion, 1985; Brants et Kok, 1986.

61. Mannion, 1985.

MICROCOPY RESOLUTION TEST CHART
NATIONAL BUREAU OF STANDARDS
STANDARD REFERENCE MATERIAL 1010a
(ANSI and ISO TEST CHART No. 2)

Lukacs de même qu'à Marx.⁴⁹ Or, l'analyse marxiste du procès de rationalisation des formations sociales contient déjà en germe, tout comme l'analyse wébérienne quoique de manière différente, la vision que ce procès implique fondamentalement la séparation entre système et monde vécu (ou, grossièrement, dans le langage marxiste, entre valeur d'échange et valeur d'usage). Cette disjonction requiert à son tour que l'analyse tienne compte à la fois de la complexification du système et de la différenciation du monde vécu. Les analyses marxistes traditionnelles n'ont précisément pas réussi à produire cette double articulation du rapport social, pour une large part du fait des ersatz de philosophie du sujet de type hégélien (totalisation dialectique) qui s'y trouvent encore, c'est-à-dire de cette tendance à vouloir faire une théorie globale, totale.⁵⁰

On sait aussi comment la théorie de la valeur a mené à la métaphore infrastructure-superstructure et que l'économisme propre à l'analyse marxienne en découle directement. Au niveau de ses conséquences sur une analyse du droit, cette perspective entraîne des difficultés à concevoir, sinon purement une négation de, la possibilité pour le droit de produire des effets positifs pour les travailleurs et les prolétaires: on sait par exemple à quelles railleries Marx avait voué la forme juridique du contrat de travail.

⁴⁹. Voir là-dessus Habermas, 1987a, T.1, chapitre IV. Aussi, Held, 1979; Jay, 1977; et surtout Ferry, 1988.

⁵⁰. Habermas, 1973: 212-219.

(b) Fonctionnalisme et déterminisme

La théorie de la valeur, parce qu'elle met l'emphasis sur les déterminations d'une seule des deux composantes de la formation sociale, c'est-à-dire sur le système des échanges dans le sous-système économique, ne peut percevoir analytiquement et théoriquement l'importance des deux phénomènes. D'une part la formation sociale est aussi composée de l'organisation bureaucratique de l'État qui n'est pas un simple reflet des nécessités de l'infrastructure économique mais bien au contraire une facette tout à la fois nécessaire au système des échanges et autonome par rapport à lui; à ce titre, l'organisation étatique connaît des tendances particulières à la crise, rencontre ses problèmes particuliers de légitimation et produit des effets spécifiques de réification et d'objectivation que la théorie doit précisément s'appliquer à distinguer de ceux du sous-système des échanges. D'autre part, l'analyse de la valeur ne tient aucunement compte des rapports sociaux des hommes entre eux, les tenant pour toujours-déjà faussés et objectivés, donc incapables de révéler quoi que ce soit du fonctionnement de la formation sociale; or, c'est là que se jouent les problèmes de l'intégration sociale et, ultimement, de maintien du système et non l'inverse comme l'analyse marxienne traditionnelle porterait à croire.

(..) il y a un apprentissage de l'espèce non pas seulement dans le domaine du savoir techniquement utilisable, décisif pour le développement des

forces productives, mais aussi au niveau de la conscience morale et pratique, qui est déterminante pour les structures d'interaction.⁵¹

Ce déterminisme de nature économique, nous en avons déjà analysé pleinement les effets sur la théorie du droit. Il suffira de mentionner ici que Habermas pose un diagnostic tout à fait similaire, insistant en premier lieu sur les difficultés et limites d'une analyse de la pratique et des effets du droit en termes d'un reflet des besoins structurels du sous-système des échanges, et notant en second lieu les limites de l'hypothèse selon laquelle le droit serait un reflet (et un outil) de la structure de domination de classe, du moins au sens des classes traditionnelles.⁵² Il faudra raffiner l'analyse des conflits et du rôle qu'y joue le droit pour tenir compte des nouveaux clivages de classes qui opposent les groupes non plus sur la seule base de leur rapport au sous-système des échanges mais aussi sur la base de leur rapport à la disjonction entre système et monde vécu. L'examen du rôle du droit, renouvelé à la lumière de cette perspective, et saisi empiriquement au sein de cette nouvelle articulation ainsi que théoriquement en fonction de ce qu'il représente dans l'évolution des formations sociales, pourrait alors produire une analyse plus fine des potentialités de libération mais aussi des blocages de la communication que le droit peut éventuellement présenter.

51. id., 1985: 113.

52. id., 1987a, T.2, chapitre VIII, section 2.

(c) Incapacité d'analyser l'État social

Troisième point de chute, et le plus important en ce qui a trait à l'examen des formations sociales contemporaines ainsi que pour saisir plus concrètement les noeuds qui enserrant l'analyse marxienne du droit moderne, elle se révèle difficilement capable de saisir les avancées du capitalisme libéral, entre autre l'État social.

L'emphase mise sur le sous-système des échanges économiques dans la théorie fait en sorte que l'analyse des crises porte principalement sur les crises de nature économique. Or, le rôle interventionniste de l'État moderne fait que non seulement les crises pourront prendre une dimension autre comme on l'a vu (i.e., crises de rationalité ou de légitimité), mais au surplus que même les crises de nature économique n'affecteront pas tant le marché et sa dynamique que la légitimité des politiques et interventions de l'État. Il n'est qu'à voir le retour en force des politiques du libéralisme telles que pratiquées par les gouvernements des États-Unis ou de Grande-Bretagne depuis les début de la décennie 1980 pour se rendre compte de ce réalignement sur le marché aux dépens de l'État.

De plus, il ne suffit pas à l'État moderne de mettre en oeuvre les impératifs du marché; il doit encore répondre à des besoins de légitimation particuliers.⁵³ Si, au niveau du sous-système des

53. id., 1985, chapitre 4.

échanges économiques, la relation entre producteurs et propriétaires prend la forme du contrat de droit privé, les relations au sein de la société civile, donc au sein de la sphère publique, prennent la forme de relations juridiques inscrites dans le social: droit pénal, droits sociaux, droit d'association, etc. L'analyse marxiste n'a généralement tenu compte que du premier type de relations juridiques, celles qui sont issues de la production de la valeur, et encore de façon relativement déterministe, voire simpliste en leur niant une efficace réelle. A plus forte raison, elle s'est montrée incapable de tenir compte du second type de relations juridiques, qui s'instaurent dans le monde vécu autour des institutions juridiques. Les relations juridiques, qui s'établissent à travers l'État social, ont largement permis la pacification du conflit de classes: alors que les premiers gains des travailleurs sur les propriétaires consacrés juridiquement ont été conquis de haute lutte par l'organisation syndicale et la menace constante que les travailleurs faisaient porter sur les structures du sous-système de l'échange capitaliste, les luttes sociales sont désormais inscrites dans la forme juridique qui consacre des droits et des obligations de même que des procédures qui valent universellement.

L'institutionnalisation juridique du conflit sur les prix et les revenus est la base d'une politique réformiste qui a amené une pacification par l'État social, du conflit de classe. Son noyau est une législation par le droit du travail et le droit social; elle établit des dispositions par rapport aux risques fondamentaux de l'existence salariée et compense les désavantages résultant de positions de

marché structurellement plus faibles (salariés, locataires, clients, etc.).⁵⁴

Cette inscription juridique différentielle pose donc différemment la nature de la sphère juridique qui est capable de "rétablir de façon effective l'égalité formelle des contractants en certaines occurrences-type des relations sociales".⁵⁵ De même elle permet de concevoir de nouveaux défis de légitimité à l'État et au droit lui-même face auxquels les analyses marxiennes n'ont, jusqu'à date, guère apporté de réponse.

Ce qui, selon Habermas, caractérise la position du droit en général et des droits de la personne en particulier dans les sociétés hautement industrialisées et bureaucratisées c'est que: (1) les droits fondamentaux sont inscrits dans les constitutions et légitiment l'exercice de l'autorité en même temps que le droit naturel est vidé de toute signification et justification; (2) les conditions sociales qui avaient donné lieu à la formulation des droits fondamentaux ont largement disparu devant le rôle interventionniste de l'État; et (3) la pratique gouvernementale du pouvoir d'État ne consiste plus que très peu dans l'exercice de l'expertise juridique, mais tient bien davantage à la maîtrise de la pratique socio-technique. De telle sorte que les droits fondamentaux qui n'étaient que traduits dans les textes législatifs

54. *id.*, 1987a, T.2: 382.

55. *id.*, 1978b: 157.

sont maintenant accordés par les États sous la forme de droits politiques. Si on peut dire en effet que les droits garantis lors des révolutions française et américaine peuvent être interprétés comme offrant des garanties positives de participation au procès de production de la richesse collective et à la formation de l'opinion publique⁵⁶, on doit plutôt les considérer désormais comme "organisant la vie sociale" ou, autrement dit:

... thus coming to justify precisely that from which they were once to liberate mankind: the unattenuated substantial force of political domination and social power, which is neither willing nor able to be legitimized in terms of publicly discussed and rationally justified purposes.⁵⁷

56. "If one considers the fundamental rights during the liberal phase solely with a view to their sociological function, then fundamentally the same picture emerges for Europe as for America. These rights guarantee society as the sphere of private autonomy; confronting it, a public power limited to a few central tasks; and, as it were, between the two the domain of private persons gathered together to form the public who as citizens mediate between the state and the needs of bourgeois society. As a consequence the human rights could be interpreted in a liberal manner: they protect against interventions and usurpations by the state in the domain reserved in principle for private persons bound by the general rules of legal intercourse. But the fundamental rights could be interpreted just as well as the principles of a constitution organizing society and the state. They by no means had only a limiting effect. For, given the social basis for which the liberal constitutions were conceived, the fundamental rights had to become effective for offering as positive guarantees for participation with equal opportunity in the process of the production of social wealth, as well as that of the formation of public opinion" (1974: 115; les soulignés sont de Habermas).

57. ibid.

Dans les sociétés modernes, le juridique vient donc légitimer le système social d'appropriation de la nature et de socialisation des forces de production. Pour ce faire, il doit être en mesure, comme pratique discursive, de se faire comprendre, de présenter ses énoncés comme vrais, d'utiliser les modes appropriés et corrects de communication et d'établir l'authenticité du locuteur.⁵⁸ Il est évident que si chacune de ces conditions peut poser problème, c'est surtout la capacité d'établir la véracité des énoncés qui sera en cause quand les conditions sociales de base qui existaient initialement ont disparu. De la sorte, on perçoit le noeud du problème - qui est d'ailleurs celui qu'Habermas retenait dans Raison et légitimité et qu'il a développé dans sa Théorie de l'agir communicationnel - à savoir comment les institutions sociales - autrement appelées idéologiques - tel le juridique, parviennent à maintenir la légitimité de leurs énoncés.

Pour tenter de dépasser les limites de l'analyse marxienne, Habermas produit une typologie de quatre rôles sociaux que crée la société moderne du capitalisme avancé et qui trouvent chacun une mise en forme juridique. Deux sont dépendants du système: ce sont les rôles de travailleur au niveau du sous-système des échanges et de client au niveau du sous-système de l'organisation bureaucratique; leur mise en forme juridique se fait à partir de la volonté du marché et du législateur qui définissent la nature des relations juridiques.

⁵⁸. Habermas, 1974: 18; aussi, 1978: 17-32 et 98-102.

Par ailleurs, les deux autres rôles sociaux ne dépendent pas du système: ce sont les rôles de consommateur et de participant au processus de constitution de l'opinion publique qui se définissent dans une forme juridique contractuelle et de droits subjectifs: "Voilà qui éclaire peut-être la raison pour laquelle les idéaux bourgeois s'attachent en priorité à ces rôles".⁵⁹

Selon lui, le rôle de travailleur a été essentiellement normalisé: grâce à l'intervention de l'État dans la régulation du procès d'échange, des compensations sont offertes qui permettent de diminuer - voire dissimuler - certains des désavantages que ce rôle comporte. De plus, en favorisant le procès d'accumulation du capital, l'État encourage et valorise le rôle de consommateur. Il en résulte une diminution des conflits de classes axés sur la propriété des moyens de production. Par ailleurs, le pendant de cette pacification des deux rôles appartenant au système des échanges économiques est qu'au niveau du sous-système de l'organisation de l'État et au niveau de l'intégration sociale, un "équilibre s'installe entre un rôle de citoyen simultanément étendu et neutralisé, et un rôle de client qui est gonflé".⁶⁰ Il en résulte pour le droit qu'il joue un rôle déterminant sur chacun de ces plans, rôles dont la théorie se doit précisément d'expliquer les dimensions et les limites.

59. id., 1987a, T.2: 354. Voir aussi l'analyse du phénomène de la culture de masse dans 1978b: 167-183.

60. id., 1987a, T.2: 385.

A ce niveau, se révèlent en particulier les contradictions entre les rôles que joue la sphère publique politique et ceux qu'elle prétend assumer selon la théorie politique classique, contradictions repérables entre autre au niveau de la modification du droit dans l'État social. Selon le modèle libéral qui prévalait au moment du passage de l'État absolutiste à l'État moderne, les droits fondamentaux garantis par les constitutions étaient essentiellement des droits négatifs, c'est-à-dire des droits visant à protéger d'une intervention ou d'une mainmise de l'État les domaines qui tenaient de la sphère privée. Cependant, dès le début, les droits fondamentaux ne visaient pas qu'à délimiter les champs d'intervention: ils devaient en même temps, et nécessairement ajouterions-nous, s'appuyer sur des droits positifs, tels les droits de participation au processus de production, à la richesse, à la vie publique, etc., et donc sur une réglementation de la sphère publique et privée. De ce fait, Habermas peut dire, d'un point de vue sociologique, que "la Constitution de l'État libéral avait, dès le départ, la volonté de réglementer non seulement le domaine proprement étatique ainsi que les rapports entre l'État et la société, mais également tout l'ensemble de la vie sociale".⁶¹ L'État social n'entre donc pas en contradiction avec l'État libéral, pas davantage que le bourgeois n'entre en contradiction avec le citoyen. Bien au contraire, il en poursuit la logique, les droits fondamentaux (qu'il s'agisse de ceux

⁶¹. id., 1978b: 232.

qui protègent la sphère publique telle la liberté d'expression, ou qui protègent la propriété privée ou encore l'intégrité de la personne) instaurant les conditions d'une intervention de l'État par la régulation de la sphère politique (partis), par les compensations de l'État social (droit du travail et autres prestations sociales).

Les Droits de l'Homme sur le versant du libéralisme, et les droits du citoyen sur le versant de la démocratie (de même que le droit privé et l'ordre public fixé par les droits fondamentaux), ne se scindent qu'à partir du moment où se révèle le caractère fictif de l'ordre social dont on s'imaginait qu'il était au principe de l'organisation de la société, et où la bourgeoisie, assurant pas à pas son pouvoir réel, prend elle-même conscience du caractère ambivalent de sa domination.⁶²

Loin qu'il y ait contradiction, comme l'aurait voulu Weber par exemple, entre les principes sur lesquels est fondé l'État libéral et leur traduction dans l'État social, il y a en fait un lien étroit, nécessaire entre les deux. Ce processus que Habermas nomme "reféodalisation" ou "vassalisation" entraîne la contradiction que le public est dissous politiquement, c'est-à-dire qu'il n'est plus en mesure, en tant que public, d'enclencher "le processus critique de communication publique" qui lui incombe véritablement, tout en étant maintenu dans son principe au nom du fonctionnement de l'ordre social. En l'absence de ces processus de formation de consensus, du fait que le public est remplacé par les tiers-états que sont les

62. ibid.: 233.

organisations para-gouvernementales aussi bien que les mass média, on assiste plutôt à la formation de compromis, qui ne sont jamais que des équilibres très provisoires et restent "totalement dépourvus d'une rationalité commandée par l'intérêt général".⁶³ C'est ici qu'on peut déduire des positions de Habermas le rôle spécifique du droit.

a. Dans la société moderne, il y a disjonction entre les impératifs du système et ceux de l'intégration sociale. Conséquemment au procès de rationalisation et au développement de la forme d'échange capitaliste, le système, formé du sous-système des échanges et du sous-système de l'État s'est autonomisé par rapport au système de l'intégration sociale. L'autonomisation de la sphère des échanges s'est réalisée sur la base de la forme juridique du contrat entre personnes privées - le bourgeois. Avec le développement accentué du capitalisme et des échanges inégaux entre propriétaires des moyens de production et producteurs, l'État est devenu partie prenante au système des échanges, de sorte à faciliter le maintien des conditions nécessaires au système. Il en est résulté une forme étatique coupée des impératifs moraux et de l'éthique, centrée sur l'organisation de l'ordre social. Cette autonomisation de la sphère politique par rapport à la sphère publique - au sens habermassien - s'est faite sur la base des rapports juridiques consacrant des

⁶³. ibid.: 244.

droits formels de participation à la production de la richesse, à la vie démocratique, etc. C'est le rôle juridique du citoyen.

b. Concurrément à ce processus d'autonomisation du système, s'est produit une «hétéronomisation» des fonctions dans le système de l'intégration sociale. C'est-à-dire que les mécanismes de l'intégration sociale, auparavant unis sous la forme des rites et du sacré, ont ici aussi été coupés de leurs racines et se sont traduits par des processus de formation de compromis. La sphère publique, qu'on a appelée autrement la société civile, a été dénudée de ses fonctions d'argumentation critique par rapport à la sphère privée des échanges marchands et par rapport à la sphère de l'exercice du pouvoir par le souverain. Elle a été remplacée par une série de "tiers-états", d'organisations telles les média, les partis ou les syndicats, chargées d'agir comme des courroies de transmission entre les groupes sociaux ainsi qu'entre ces groupes, l'État et le capital. Cette formation de compromis toujours fragiles prend une forme juridique d'autant plus aisément que le droit, lui aussi coupé de sa base de référence que constituait le sacré, devient hautement formel et abstrait. C'est la sphère des droits sociaux, droits-clientèles et lois-mesures.

c. Libéré de la morale mais demeurant une expression de principes moraux, le droit devient, avec l'argent et le pouvoir au niveau du système des échanges, un médium d'importance majeure dans la réalisation de l'intégration entre le système et la société. En

fait, il est possible d'interpréter Habermas de telle sorte que le droit soit considéré comme étant le mécanisme par excellence permettant de maintenir des liens entre le système et la société. Se présentant sous une même forme universelle (naturelle), et usant des procès universaux du langage, les diverses institutions juridiques permettent de faire le pont entre le monde et le monde vécu, en particulier en faisant apparaître comme universalisables des intérêts qui ne le sont pas. Les distinctions entre droit public et droit privé par exemple, permettraient essentiellement de perpétuer la fiction de l'existence de sphères reliées par l'institution juridique, plutôt que de sphères séparées par le procès de modernisation.

d. Bien que le droit puisse consister, dans son principe, en un procès langagier de formation discursive de consensus, il a pris la forme historique d'un médium régulateur du discours social. En ce sens, sa légitimité ne provient pas - ou ne provient plus - de ses règles qui exprimeraient des universaux, mais de sa forme argumentative. Il s'ensuit que cette légitimité n'est jamais acquise, mais qu'elle doit constamment être reconstruite selon les situations, les rapports de force et les enjeux.

Cette analyse du droit à partir de la théorie de l'agir communicationnel développée par Habermas nous semble soulever principalement trois problèmes théoriques centraux, problèmes qui sont étroitement liés. Il s'agit (1) de la question du consensus

dans la formation discursive de la volonté; (2) de la capacité pour le droit d'agir à la formation discursive de la volonté générale; et (3) du problème de légitimation de la normativité juridique, aussi bien dans la situation idéale de la communication éthique que dans les situations actuelles de communication faussée.

(1) La question du consensus pourrait, à elle seule, faire l'objet d'un traité, dans la mesure où une grande partie de la théorie politique s'occupe précisément de cette question. Il suffira de relever que, pour Habermas, l'agir communicationnel qui vise l'intercompréhension ne peut être imposé ni par une raison instrumentale ni pour des raisons stratégiques et que les actes de langage qui visent l'intercompréhension ne tirent pas leur force des normes sociales ou des sanctions qui les accompagnent; plutôt, ces actes reposent "sur des convictions communes"⁶⁴. Selon lui, la validité des agirs communicationnels visant l'intercompréhension provient de ce que le locuteur et l'auditeur s'entendent sur les mécanismes du processus communicationnel, et que la validité des actes s'enracine pour l'un dans les conditions objectives de l'engagement à la coordination de l'agir, et pour l'autre dans la capacité de dire non de manière argumentative (et non seulement arbitraire). Il s'ensuit que la régulation de l'agir par des normes ne devient prédominante que lorsque les procès de communication ne fonctionnent plus. Toutefois, Habermas ne fournit aucun exemple

⁶⁴. *id.*, 1987a, T.2: 132-139.

d'une situation de société où les procès de communication auraient été orientés vers la coordination des agirs sans recours à une structure normative externe. La formation consensuelle de la volonté et de l'agir risquent de relever d'une sorte d'état de nature perdu, qui échappe à toute démonstration.

(2) Il s'ensuit que la capacité, pour le juridique, de participer de cette mise en forme discursive de la volonté générale est questionnable, du moins dans le cadre de la logique juridique moderne. Si la régulation normative de l'agir manifeste, selon Habermas, une situation de communication tronquée - telle que la modernité en donne un exemple - faut-il conclure que le droit en constitue l'exemple parfait? Le droit-technique, le droit-outil, tels que pratiqués aujourd'hui témoigneraient sans conteste de cette conclusion. Cependant, ajoute l'auteur, il n'est pas obligé qu'il en soit ainsi: en autant qu'il incarnerait des universaux et procéderait à la formation discursive de la volonté, le droit pourrait constituer un mécanisme orienté vers la coordination des agirs plutôt que vers l'imposition des agirs par l'exercice du pouvoir. Retraçant l'évolution des principes d'intégration sociale à partir d'une société zéro totalement intégrée sur la base du religieux, Habermas démontre que la société moderne exerce le passage au profane en exigeant une légitimation des normes fondée sur l'agir communicationnel et non plus sur l'agir rituel, le droit remplaçant en quelque sorte la religion ou le statut dans la production des agirs sociaux. Toutefois, la disjonction entre monde et monde vécu

que consacrent les médiums régulateurs des échanges sociaux que sont l'argent et le pouvoir, fait en sorte que le droit est coupé de son référent moral et qu'il devient, dans la société moderne, le véhicule privilégié d'intégration entre le système et le monde vécu. Comment en déduire que le droit pourrait être fondé sur la coordination des agirs et encourager l'intercompréhension, quand aucun exemple n'est offert?

(3) De fait, si on peut dire d'une part que la légitimité du juridique, ne repose pas actuellement - ou alors seulement pour une très faible part - sur la communication orientée vers l'intercompréhension, et que, d'autre part, elle ne pourrait de toute manière, que tenir très difficilement de cette "Raison", alors le problème de la source de cette légitimité, et donc de l'effectivité sociale de la normativité juridique, demeure entier. Habermas soutient simultanément que, dans la société moderne, la légitimité du droit doit se fonder de plus en plus sur sa capacité à instaurer une prétention à la validité orientée vers l'intercompréhension, mais que la pratique juridique actuelle agit à la neutralisation des agirs communicationnels. Alors que dans une situation de communication non faussée, la légitimité du juridique tiendrait de ses universaux et des processus discursifs acceptés par chacun, dans une situation de communication faussée, cette légitimité provient pour partie de la légalité, pour partie des principes juridiques sous-jacents, et finalement des médiums régulateurs. Ici aussi, la légitimité de la norme juridique lui serait soit donnée par la norme elle-même, soit

conférée de l'extérieur par le système. Quant à la légitimité de la juridicité éthique, Habermas s'en remet à une prescription de ce que peut être, devrait être, le droit, plutôt qu'à un examen de ce qu'il a été.

1.3 La question de l'effectivité du droit

L'ensemble de ces considérations théoriques nous permet maintenant de reposer la question théorique de l'effectivité du juridique qui est au coeur de notre recherche.

Pratique discursive et institution qui produit l'essentiel du discours judiciaire formel et qui contribue largement à la formation des représentations sociales sur la justice, le juridique se doit d'être étudié à ce titre. Loin d'être une "chose", un outil, qui réagirait plus ou moins mécaniquement aux impressions que lui communiquent les structures politiques ou économiques, les groupes de pression qui se forment dans la société civile, ou les juges et autres acteurs individuels privilégiés au sein même de l'institution, le juridique produit du droit et du social simultanément. Une approche fonctionnaliste du processus dirait que le judiciaire transforme en quelque chose d'autre les conflits et les demandes qu'il "reçoit", la question devenant alors de déterminer dans quelle mesure il y a hiatus entre les attentes des parties et le résultat judiciaire. Cette perspective du "hachoir", ou du "moulin", ne permet cependant pas de rendre compte de ce qui se passe au niveau

des effets du juridique, sauf à penser que les mesures de satisfaction de la population par rapport au fonctionnement de l'appareil judiciaire, ou plus spécifiquement par rapport à la peine, constituent la mesure des effets du judiciaire. En termes d'une sociologie marxiste, l'analyse porterait plutôt sur les effets "idéologiques" de ce procès, effets par lequel le droit est produit dans et produit du social comme fausse croyance ou fausse conscience. Nous avons montré qu'il faut aller plus loin pour saisir la spécificité des effets du juridique. Production discursive spécifique, le droit demande d'être saisi dans les modalités particulières de son interaction avec d'autres pratiques discursives et dans les effets que cette intertextualité entraîne. Il sera alors possible de cerner la signification additionnelle et dominante que le juridique ajoute aux conflits sociaux lorsqu'ils deviennent conflits de droit.

De plus, produisant du droit et du social, le juridique n'attend pas nécessairement que des conflits lui soient soumis: il instaure, dans son discours, les conditions même qui créeront les conflits sociaux. C'est-à-dire que le sujet créé par la pratique juridique contient à la fois le signe de la loi (loi-mesure qui parle de prescription/proscription) et celui de la Loi (la quête du sens de l'objet dans la société civile). Il s'ensuit que le juridique signifie alors autant les limites à ne pas franchir que celles qui demandent l'infraction, la transgression. C'est pour cette raison que notre critique des travaux de Sumner ou de Hall et.alii. par

exemple, a porté sur leur incapacité à rendre compte, au-delà de l'examen des conditions et modalités de l'interpellation du juridique dans la gestion des conflits sociaux et du réalignement des blocs hégémoniques, des mécanismes par lesquels le juridique aurait lui-même d'abord créé les conditions permettant que ce procès d'interpellation se produise. Ce qu'on a appelé la "mise en forme juridique" consiste en un procès d'interactions discursives complexes et variables avec d'autres pratiques sociales, procès qui ne débouche pas tant sur un réalignement idéologique-hégémonique que sur la détermination des (nouveaux) paramètres d'un conflit devenu légal.

Par ailleurs, que la société moderne semble incapable de se penser sans droit formel, comme s'il s'agissait là du dernier bastion de la (bonne) socialité ou de la conduite juste et vertueuse devrait rendre le juridique suspect de procéder effectivement et efficacement à la mise en place des conditions nécessaires à l'intégration sociale en fonction des impératifs du système, et donc suspect de n'être autre chose qu'un outil technique de régulation des échanges sociaux, plutôt qu'un instrument de communication à visée éthique. Partant, et c'est encore plus important, le droit est alors suspect de définir hors des lieux de débat démocratique les conditions de la socialité, d'où son incapacité à laisser les parties en conflit dialoguer.

Au même moment, apparemment coupé de son référent moral, universalisant les droits et neutralisant les normes, le droit

continue de mettre de l'avant certaines valeurs. Il s'agira surtout de valeurs de compromis à dimension stratégique, c'est-à-dire de valeurs orientées vers l'atteinte d'objectifs immédiats, de gestion stable et prévisible de la société civile, ainsi que, dans certains cas, de contrôle des interventions des agents du système social (le pouvoir politique et la structure économique), aux fins de maintenir une relative stabilité par rapport aux exigences d'intégration de la société civile.

De même, quoique nécessairement branché sur le social, le juridique se présente comme participant de quelque chose de supra social, d'une rationalité a-historique, coupant à travers les décisions idiosyncratiques des juges pour atteindre le juste et le vrai (même en commettant des erreurs que, selon la logique juridique, les tribunaux de juridiction supérieure viendront corriger). A travers ces catégories immanentes, le juridique fera donc apparaître comme universels et neutres des intérêts qui ne le sont pas. L'étude de la question de l'obscénité nous permettra de voir que des valeurs particulières seront incorporées et transmises dans la jurisprudence comme valeurs de justice et de vérité.

En somme, découlant du sacré et de la tradition de l'autorité venue d'en haut, constitutive du social, le juridique, même dans sa version technique et stratégique, met en oeuvre une normativité morale tout autant que statistique. En ce sens il nous apparaît (a) que le droit moderne manifeste le procès d'extension du discours

juridique à des domaines jusque-là réservés à l'agir
communicationnel.

Dans cette perspective, le juridique ne fonctionne pas comme l'agent ni du pouvoir politique ni des relations de production et d'échange; il ne "représente" pas une vision de classe plutôt qu'une autre. Evidemment, dans certaines formes juridiques, dans certains droits substantifs, des intérêts de classe prédomineront: les dispositions du Code criminel sur la fraude, l'environnement, ou la négligence criminelle permettent bien plus de protéger des intérêts économiques ou politiques que d'atteindre une éthique dans la gestion des finances publiques, la gestion saine de l'environnement ou la protection des travailleurs. Par contre, le juridique agit aussi au-delà de ces mises en forme particulières, historiquement déterminées et variables, en créant et en imposant une vision du sujet social et du système. Ne pouvant plus penser qu'en termes de solutions juridiques, nous en sommes réduits à débattre nos conflits en termes juridiques et donc en acceptant, consciemment ou non, les prémisses sur lesquelles repose la grammaire juridique (i.e., légalité, égalité formelle et liberté individuelle).

Alors que la morale religieuse ou l'éthique qui l'a précédée ne distinguent pas fondamentalement entre une sphère privée et une sphère publique, les conditions de la vie vertueuse et de la vie sociale étant à maints égards identiques, le juridique instaure la légitimité et les conditions discursives de cette distinction tel

qu'il devient difficile, sous peine d'être taxé de totalitarisme par exemple, de penser le social sans y référer. Pourtant, au moment même où il réussit à exercer effectivement cette distinction entre le privé et le public, le juridique s'emploiera à en réduire la portée. Ce procès se présente sous l'apparence de la création de droits positifs (droit à...) par opposition aux droits négatifs (droit contre...) instaurés au moment de la différenciation, quand en fait le droit s'avère bien incapable de mettre en oeuvre des droits positifs en l'absence d'une volonté politique claire et ferme. Autrement dit, la logique des sphères, en vertu de laquelle le juridique articulerait efficacement les droits des uns et des autres en fonction des circonstances et des biens juridiques à protéger, tombe à plat dès qu'il apparaît que cette distinction porte en elle-même les conditions de sa négation. Ici, nous dirons que le droit (b) agit sur une redéfinition des enjeux de la sphère du privé et du public.

Car le procès de rationalisation de la société moderne a eu, entre autres conséquences, une neutralisation (par le biais de la réglementation juridique des sphères publique et privée) du rôle de citoyen qu'il avait lui-même créé et un gonflement du rôle de client de l'État. Il s'ensuit une réduction des espaces de communication publique et donc de formation discursive de la volonté de l'agir social. Etendant sa pratique discursive à de nouvelles sphères et leur donnant une forme spécifique par le fait même, le juridique produit un déplacement des objets, par lequel les catégories

juridiques, plutôt que le sens et la nature des pratiques sociales qui lui seraient sous-jacentes, deviennent l'enjeu. Il s'ensuit que la pratique discursive juridique elle-même change pour traiter de ces objets. Au développement des lois-mesures destinées à répondre à des situations conflictuelles spécifiques et à instaurer des compromis toujours relatifs correspond une recherche constante des lois fondamentales, de cette rationalité juridique supra historique s'originant de la société civile, elle-même perçue comme étant trans-historique. Il en résulte (c) un état de tension au sein du juridique entre la mise en oeuvre des lois-mesures et la découverte des "lois sociales", inscrites dans la société civile mais qui ne sont pas codifiées, qui demeurent de l'infra-droit ou de l'avant-dire droit.

Cet état de tension se manifeste entre autres par la propension accrue du juridique à chercher des "raisons", résultant en (d) un formalisme accru des décisions juridiques tandis que simultanément le juridique se présente comme un espace démocratique de décision par (e) un recours à la logique de la représentativité. Ce serait précisément là où résiderait l'effectivité du juridique dans les sociétés modernes et la difficulté que nous éprouvons à penser autrement qu'en termes de solutions juridiques aux problèmes et conflits sociaux: capable d'étendre sa logique à de nouveaux domaines du social, le juridique peut, simultanément, invoquer la tradition morale et les impératifs de gestion stratégique, et justifier son

intervention à la fois en termes de son rôle d'arbitre neutre et de représentant de la volonté de la société civile.

Résumant ces divers points, nous dirons donc que: à travers sa pratique discursive, le droit moderne, coupé d'un projet éthique mais ancré sur les valeurs stratégiques de la liberté et de l'égalité, (a) manifeste le procès d'extension du juridique à des domaines jusque-là réservés à l'agir communicationnel; et (b) simultanément, agit sur une redéfinition des enjeux de la sphère du privé et du public.

Cette extension de la sphère juridique (c) se perçoit particulièrement dans la tension, au sein même de la pratique juridique, entre la production de raisons justificatives et la référence à l'autorité justificative, (d) ce qui entraîne un état de tension entre le droit normatif et l'institution judiciaire, ainsi qu'entre les attentes et les résultats de cette intervention judiciaire, et (e) qui résulte en une propension à un formalisme accru, de plus en plus incapable de répondre aux objets sociaux en cause.

L'analyse concrète de situations sociales devrait permettre de faire ressortir les mécanismes de ces ajustements successifs à la pratique discursive juridique. Plus encore, elle devrait mener à la conclusion que le droit, dans les sociétés modernes, devrait être remis à sa place, qui était de créer des droits négatifs, c'est-à-dire d'imposer des limites à l'intervention des éléments du système (pouvoir et argent) face à la société civile. Nous nous dissociions

donc des positions que semble adopter Habermas à cet égard, lorsqu'il suggère que le droit peut être autre chose qu'un médium stratégique, spécifiquement qu'il pourrait concourir à la formation discursive de la volonté et à la coordination des agirs sociaux. Le juridique peut effectivement mettre en forme des valeurs fondamentales (e.g., les droits fondamentaux) mais il ne constitue pas un espace discursif démocratique permettant le développement de débats et d'échanges sur la coordination des agirs au sein de la société civile.

La question de l'effectivité de la pratique et du discours juridiques, considérée sous cet angle, n'ayant pas été l'objet d'études empiriques satisfaisantes, nous nous tournerons maintenant vers la définition de l'objet d'étude spécifique, l'obscénité en droit pénal canadien.

DEUXIEME CHAPITRE
L'OBSCENITE, LA PORNOGRAPHIE ET LE DROIT:
un (malheureux) mariage de raison?

Introduction

On est tenté de croire que la violence est impure parce qu'elle se rapporte à la sexualité. La proposition inverse se révèle seule efficace sur le plan des lectures concrètes. La sexualité est impure parce qu'elle se rapporte à la violence (Girard, 1972:56).

Au premier chapitre, nous avons cerné les difficultés qu'éprouve la sociologie du droit à rendre compte de l'effectivité du juridique. En particulier, nous y avons vu que les analyses ont le plus souvent porté sur les conditions externes à la pratique juridique, faisant comme si celle-ci ne faisait jamais que répondre aux demandes qui lui sont soumises. Pour utiles que ces analyses soient, nous avons vu quelles raisons théoriques s'y opposent au regard du problème de l'effectivité du juridique. Il est apparu, en particulier, que le droit est autre chose qu'un outil au service d'intérêts stratégiques extérieurs. Au même moment cependant, nous avons identifié certaines difficultés dans les conceptions habermasiennes du juridique, spécialement quant à la capacité du droit d'agir à la formation discursive de consensus permettant la coordination des agirs sociaux. Nous avons proposé un certain nombre de considérations théoriques qui devraient permettre de mieux comprendre ce problème. Nous les traduirons ici en une thèse sur la spécificité de l'effectivité de la notion socio-juridique de l'obscène.

Malgré qu'elle ait perdu de sa visibilité, la question de l'obscénité continue de faire couler beaucoup d'encre. Il est permis de penser que le débat n'est pas enterré, même si les rapports des commissions Badgley et Fraser¹ semblent oubliés, et quoique l'actuel ministre fédéral de la Justice n'ait pas révélé ses intentions sur ce sujet. D'autant plus que cette question est étroitement reliée à d'autres qui touchent aux rapports hommes-femmes et à la sexualité et qui demeurent d'une grande actualité: avortement, prostitution, violence au sein de la famille, agressions sexuelles, publicité sexiste, pour ne nommer que celles-là.

De façon plus importante encore, la question de l'obscénité concerne, en apparence du moins, celles du rapport entre la sphère publique et la sphère privée et des rôles sociaux entre hommes et femmes. Elle est souvent interprétée, en effet, comme le fait d'avoir rendu public ce qui aurait dû rester privé. Or, plusieurs féministes l'ont constaté depuis longtemps déjà, l'une des questions centrales dans le débat sur l'égalité des femmes et des hommes dans la société capitaliste avancée tient précisément à la redéfinition de ces sphères.² Traditionnellement, la sphère privée a été jalousement préservée comme le château-fort de la liberté individuelle contre un État aux tentations absolutistes. Sans jamais recevoir de

1. Respectivement, Canada 1984 et 1985.

2. Par exemple, et dans des perspectives très différentes, voir Friedan, 1963, Zaretsky, 1973; Barrett et McIntosh, 1982; Clark, 1983; Smart, 1985.

définition à proprement parler, cette sphère a inclu, de façon apparemment naturelle, la famille et les rapports entre hommes, femmes et enfants qu'elle consacre; les activités individuelles telles les pensées, les lectures, les travaux domestiques (au sens large); et certaines activités inter-individuelles, telle la sexualité. A une époque où plusieurs des activités auparavant considérées comme relevant en propre du domaine de la liberté individuelle font l'objet d'un questionnement socio-politique quant à l'utilité et à la nature d'une intervention de l'État, on ne peut que penser que cette concordance soulève un enjeu plus vaste que chacun pris séparément. Et on ne peut s'empêcher non plus de relier cette redéfinition du public et du privé au réaligement en cours quant au rôle de l'État à proprement parler. Tout se passe comme si, alors que l'État cède du terrain au niveau de son rôle interventionniste et régulateur au sein des relations économiques, il deviendrait plus proactif, voire plus répressif au niveau de la sphère publique, et ce par le biais entre autre d'une redéfinition des enjeux et des frontières du privé et du public. D'une autre manière cependant, il faut questionner l'existence même de ce quelque chose qu'on nomme le privé par opposition au public, ou à tout le moins se demander avec plus d'acuité ce qui définirait chacune de ces sphères.³

Dans quelle mesure le redécoupage du public et du privé qui tend à se dessiner actuellement peut-il servir l'objectif d'une plus

³. Là-dessus, voir en particulier Habermas, 1978b.

grande égalité des hommes et des femmes? Dans quelle mesure ce redécoupage, s'il peut s'accompagner, même partiellement, de gains au niveau de la protection publique accordée aux femmes contre les comportements violents des hommes à leur endroit (viol, agressions au sein et hors mariage, pornographie) mais davantage encore au niveau d'un changement éventuel des attitudes par la dénonciation exercée par les pouvoirs publics de tels comportements, dans quelle mesure donc ces gains seront-ils contrecarrés au niveau des réalignements idéologiques ou de classes par exemple? Mais en premier lieu, et en amont même de ces questions, l'intervention de l'État dans ces domaines assure-t-elle effectivement des gains aux femmes comme le suggérerait certain discours réformiste? L'objectif de l'égalité, objectif éminemment légaliste, suffit-il désormais, dans le contexte d'une redéfinition du sexuel lui-même, y incluant les rôles de genre?

Des féministes ont déjà soulevé la question sous l'angle du bien-fondé de la répression étatique et juridique de ces formes de violence.⁴ Si la société est fondée sur le maintien des relations patriarcales de pouvoir, si ses institutions sont sexistes, comment le droit et le droit pénal en particulier, y échapperait-il et pourrait-il alors devenir un protecteur des droits des femmes? On peut bien admettre, avec Clark (1983), que la notion du quantum de préjudice causé à la société adoptée par les sociétés libérales pour

4. Voir entre autres Brants et Kok, 1986; Iacone, 1978; Mannion, 1985; Hughes, 1985 et 1987.

justifier le recours à la répression pénale⁵ ne soit qu'une figure de rhétorique, dont la définition actuelle ne servirait qu'à assurer le maintien des relations patriarcales et, qu'en ce sens, il suffirait d'amener un changement dans la définition de ce qui est considéré comme tort social. Au même instant cependant, Clark elle-même admet que cette modification risque de ne pas se produire, puisque même si le système socio-juridique s'est montré capable d'enlever des obstacles à l'égalité (negative liberty), il est demeuré incapable de créer des obligations qui assureraient l'égalité (positive liberty) et de ce fait de "réduire" les droits et la liberté des autres, i.e., des dominants. Or, dans le débat sur la pornographie, plusieurs analyses féministes ont étrangement donné l'impression ici qu'il suffirait de modifier les définitions légales pour entraîner des modifications des pratiques sociales,⁶ s'accordant en cela avec la perspective de commissions d'enquête gouvernementales, telles les commissions Badgley et Fraser.

Qui dit obscénité aujourd'hui dit nécessairement, sexuel. Mais ce ne fut pas toujours le cas. Dans un premier temps, l'obscène se confondait souvent avec le libelle blasphématoire et la diffamation.⁷ Rapidement cependant, le sexuel a acquis une place dominante, voire

5. Le Canada reconnaît explicitement cette notion après avoir adopté l'énoncé de politique du Ministère de la Justice en 1982; voir Canada, 1982.

6. C'est le cas encore tout récemment d'une juriste canadienne, Susan Cole, 1989, dont il sera question plus loin.

7. Voir, entre autre, Lambert, 1981; St-John Stevas, 1959.

exclusive, au panthéon des causes d'obscénité, les causes de libelle étant poursuivies soit en vertu d'articles spécifiques du Code à cet effet, soit en vertu des dispositions du Code civil. Comment expliquer ce passage? A moins de penser qu'il n'y a là rien d'étonnant ou au contraire d'y voir un développement qui était prévisible, inscrit en quelque sorte dans les structures sous-jacentes au socio-juridique, il faut bien admettre que la question n'accepte pas de réponse toute faite. Par ailleurs, qu'est-ce que c'est que la chose sexuelle dans ce contexte? Qu'est-ce qui est ainsi visé? Les décisions judiciaires en la matière proposent toute une série de termes en opposition apparente: privé/public, génitalité/sexualité, érotisme/pornographie, respect/dégradation, femme/objet, sujet/objet, art/saloperie, bien public/nuisance, et d'autres encore. Quelle vision de la sexualité ressort des décisions judiciaires en la matière? Cette vision de la sexualité est-elle simplement découverte par le juge dans la société qu'il observe? La trouve-t-il dans les principes qui sont à la source du droit?

Qui dit obscénité dit donc pratique juridique interprétative, ici peut-être même plus qu'ailleurs. C'est parce que le sexuel n'est pas déjà immédiatement donné comme l'a si bien montré Foucault, parce que les frontières du public et du privé ne sont pas fixées mais font plutôt l'objet de marchandages et de compromis, parce que les objectifs et le rôle même du droit ne sont pas davantage pré-définis mais sont aussi l'objet d'une mise en oeuvre (et d'une mise en scène?), que la pratique interprétative prend toute son importance.

Construite par les parlementaires et une partie de la société civile, (puis par le juridique lui-même) en termes de liberté versus censure, l'intervention judiciaire peut soit protéger les valeurs de la libre expression, soit protéger des valeurs spécifiques, en particulier les valeurs sexuelles. Ayant choisi la liberté d'expression et refusant le rôle de censeur qui relèverait de l'État, et refusant de reconnaître son rôle d'interprète de la bonne socialité puisque l'État est rationnel et cohérent, il ne lui reste alors que le rôle de gardien de la tradition, c'est-à-dire des valeurs morales. Mais s'il se trouve qu'il est censeur, pourquoi, pour reprendre l'expression de Legendre (1974), est-il tant aimé, ou du moins respecté, sinon parce qu'il protégerait ainsi la sacro-sainte liberté d'expression? Comment le judiciaire réussit à invoquer l'objectivité des faits, la science par exemple, pour justifier - avec un succès apparent - ses décisions, quand le politique, lui, n'y arrive pas ou alors très peu; quel espace le judiciaire occupe ainsi qui appartenait au législateur; notre thèse tentera de répondre à ces questions cruciales pour saisir le problème de l'effectivité du juridique.

Ce chapitre présentera en premier lieu un cas d'espèce, une décision judiciaire en matière d'obscénité prise en 1985 au Québec. L'examen de ce cas permettra de prendre connaissance de quelques questions et enjeux sociaux que soulève la jurisprudence en matière d'obscénité, enjeux qui seront analysés en profondeur dans la partie suivante. Cette affaire permettra surtout de mesurer brièvement, au

second moment de ce chapitre, l'inadéquacité de tentatives de théorisation de la pornographie qui s'articulent le plus souvent autour du référent judiciaire. Ayant ainsi précisé les dimensions du problème, nous pourrions développer notre thèse, faisant écho aux propositions théoriques que nous soulevions à la fin du chapitre précédent.

2.1 L'arrêt Pelletier ou une histoire de plumeau

Dans une décision récente impliquant à la fois un spectacle de nus et une vidéo-cassette sexuellement explicite, le juge Boilard de la Cour supérieure du Québec renversait une décision du juge Primeau de la Cour municipale de Montréal et acquittait les accusés.⁸ Cette décision ne diffère pas fondamentalement d'autres décisions prises dans des circonstances similaires. Rien ne permet non plus de croire qu'elle innove sur le plan du droit en la matière - contrairement par exemple à la décision de *R. c. Wagner*⁹ qui a autorisé et s'est appuyé sur le témoignage d'un psychologue social quant aux effets de la pornographie tels que mesurés dans des études en laboratoire. Elle a cependant l'avantage de résumer l'ensemble des critères développés à date, incluant ceux émis par la Cour suprême dans ses plus récents arrêts en matière d'obscénité, l'arrêt *Town Cinema*¹⁰ en

⁸. *Pelletier c. R.*, (1985) 49 C.R. (3d) 251 (C.A. Qué.).

⁹. *R. c. Wagner* (1985) 36 Alta L.R. 301 (Alta Q.B.).

¹⁰. *R. c. Town Cinema* (1985) N.R. 101 (C.S.C.).

particulier. Le juge Boilard y fait aussi siens plusieurs des critères proposés par ses collègues d'autres provinces et distingue sa position de celle adoptée dans l'affaire *Luscher*¹¹ qui avait aligné les pratiques de Douanes et Accises Canada sur celles de tribunaux en matière de censure de l'obscénité. C'est pourquoi nous avons choisi cette décision pour aborder la discussion des difficultés du judiciaire en matière d'obscénité et tenter une première saisie des mécanismes de production de la notion socio-juridique de l'obscénité.

Dans l'arrêt considéré, les trois questions en litige sont les suivantes:

L'article 159(2)b) du Code criminel, qui crée l'offense de montrer, publiquement, un spectacle indécent, est-il inopérant à cause de son imprécision? Sinon, quels sont les critères qui devront guider le juge du procès pour déterminer si le spectacle est indécent? Finalement, le juge du procès a-t-il erré dans leur application?¹²

Indiquons immédiatement que les réponses du juge Boilard à ces questions sont négative pour la première et positive pour la troisième. Quant aux critères qui doivent présider à l'évaluation de l'indécence - et de l'obscénité - Boilard y consacre la majeure

11. *Re Luscher and Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise* (1983) 149 D.L.R. (3d) 243 (1986) 45 C.R. (3d) 81 (Fed. Ct. A.).

12. *R. c. Pelletier*, loc.cit., à la page 255.

partie de son texte, et nous tâcherons d'en reconstruire l'argumentation.

Il peut être utile, pour mieux situer la scène, imitant en cela le juge Boilard, de citer la description que faisait le juge de première instance de la vidéo-cassette:

Le déroulement de ce film en couleur dure environ une heure. On présente une série ininterrompue d'actes sexuels explicites de différente nature entre hommes et femmes et entre femmes. Les participants sont nus. Aucune place n'est laissée à l'imagination. Inutile de mentionner que ce film n'a aucun caractère éducatif et ne vise pas à servir le bien public.

On y voit des scènes de cunnilingus, de fellatio, de lesbianisme, de pénétration: les organes génitaux de l'homme et de la femme paraissent parfois en gros plan. Une femme introduit dans son vagin le manche d'un plumeau. Quelques scènes montrent une femme qui observe les ébats sexuels des participants et elle démontre par les gestes de sa main sur sa personne que ces ébats sont un objet de stimulation pour elle. D'autre part, ce film ne montre aucune scène de violence, aucun enfant n'est impliqué. Les actes sexuels interviennent entre adultes consentants.¹³

L'argumentation du juge d'appel suit le cheminement suivant: il discute en premier lieu de la nécessité, pour le législateur, de rédiger les lois en termes clairs et précis, pour passer ensuite à une analyse des notions d'obscénité, d'immoralité et d'indécence. Ces précisions le mènent enfin à discuter du critère essentiel de

13. id., à la page 256-257.

détermination de l'obscénité, soit les standards de la communauté canadienne.

(a) Commentaire sur la loi

Citant des précédents applicables, le juge souligne que l'une des maximes essentielles devant présider au travail de rédaction législative, particulièrement s'il s'agit d'un texte créant une infraction pénale pouvant entraîner une réduction ou une privation de liberté, consiste à en assurer la précision et la clarté. En effet, toute peine privative de liberté exige d'être justifiable et prédictible, sinon la peine devient arbitraire, voire "pure violence". Or, poursuit Boilard, la décision de la Cour fédérale dans l'arrêt *Luscher* a trouvé inconstitutionnelle la réglementation de Douanes et Accises Canada du fait qu'elle ne répondait pas à cette exigence.

(...) one of the first characteristics of a reasonable limit prescribed by law is that it should be expressed in terms sufficiently clear to permit a determination of where and what the limit is. A limit which is vague, ambiguous, uncertain, or subject to discretionary determination is, by that fact alone, an unreasonable limit.¹⁴

Le texte du Code criminel sur l'obscénité est-il suffisamment précis pour permettre au tribunal de l'appliquer dans une affaire

¹⁴. Cité dans *R. c. Pelletier*, à la page 260.

particulière? Boilard n'hésite pas à répondre positivement, s'appuyant sur certaines décisions, dont celle de la cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire Red Hot Video qui établissait ce qui suit:

(...) it is only if it is shown that such writings or depictions are clearly obscene that the courts will act (...). Eroticism contained in a written or visual artistic matrix is one thing, obscenity is another.

(...)

(...) such unduly exploitative films, even if devoid of acts of violence, degrade men and women by portraying them as having animal characteristics. (Citant Shannon J. in R. v. Wagner, Nemetz J.C. ajoute) "Women, particularly, are deprived of unique human character or identity and are depicted as sexual playthings, hysterically and instantly responsive to male sexual demands." I agree and add that this type of degrading vilification of women is unacceptable by any reasonable Canadian community standard.

(...)

Judges are not so insulated from observing community standards that they have failed to notice the growing concern expressed by the Canadian community at large that the undue sexual exploitation of women and children depicted in certain publications and films can, in certain circumstances, lead to abject and servile victimization. To protect these classes of our society, Parliament has enacted s. 159, a precise and understandable standard for the guidance of those who would contravene contemporary Canadian community standards.¹⁵

15. id., à la page 261-262.

Ces précisions permettent au juge Boilard de soutenir que les cours de justice ne s'érigent pas en censeurs, ce qu'elles feraient si elles appliquaient un test législatif vague et imprécis. Il appartient aux élus d'exercer ou de déléguer cette fonction à des organismes publics, en assurant l'adoption de lois et règlements qui viendront exprimer ce que la société considère inacceptable, et fixer les règles du travail du censeur. Les tribunaux, quant à eux, ne font qu'appliquer la loi adoptée par la législature aux cas d'espèce auxquels ils font face.

(b) Commentaire sur les valeurs juridiques

Ayant établi que le texte adopté par le législateur n'est pas indûment vague et confus de telle sorte que le justiciable ne saurait faire la distinction entre ce qui est permissible et ce qui est intolérable, le juge Boilard peut ensuite discuter des critères d'évaluation judiciaire de l'obscénité.

Il cite tout d'abord des extraits de l'arrêt *Towne Cinema*, l'une des plus récentes décisions de la Cour Suprême en la matière, et en particulier les motifs de madame le juge Wilson qui, selon lui, traduisent bien l'état actuel du concept d'obscénité.

It seems to me that the undue exploitation of sex (...) is the treatment of sex which in some fundamental way dehumanizes the persons portrayed and, as a consequence, the viewers themselves. There is nothing wrong in the treatment of sex per

se but there may be something wrong in the manner of its treatment. (...) It is this line between the mere portrayal of human sexual acts and the dehumanization of people that must be reflected in the definition of "undueness".¹⁶

Boilard J., examine la question en distinguant trois notions juridiques: l'obscénité se situe au niveau le plus extrême et l'indécence à l'autre extrémité, l'immoralité se trouvant quelque part entre les deux. À son avis, l'obscénité est un malum in se, qui doit être proscrite quelle qu'en soit la forme et l'auditoire parce qu'elle met en cause des valeurs fondamentales de la société et qu'il est plus que probable qu'aucune communauté ne tolérerait jamais ce type de matériel.¹⁷ L'immoralité, poursuit Boilard J., semble moins grave mais demande d'être proscrite de la même façon et pour les mêmes raisons. Il ajoute:

L'immoralité englobe tout comportement sexuel ou sa représentation contraire à la morale naturelle et excédant les normes canadiennes de tolérance, indépendamment de l'auditoire. Il y a toutefois une exception. Le Parlement peut décider de décriminaliser l'un de ces comportements, comme ce

16. id., à la page 262; nous soulignons. L'analyse de la jurisprudence de troisième période au chapitre 6 permettra de mieux saisir l'importance de ce vocable au regard de l'évolution de la notion de l'obscénité.

17. Citant à cet effet les motifs du Juge en chef Dickson à l'arrêt *Town Cinema*: "No one should be subject to the degradation and humiliation inherent in publications which link sex with violence, cruelty and other forms of dehumanizing treatment. It is not likely that at a given moment in a society's history such publications will be tolerated", id.: 265.

fut d'ailleurs le cas, à titre d'exemple, à l'art. 158 du Code criminel.¹⁸

Enfin, l'indécence "vise le comportement sexuel ou sa représentation qui n'est ni obscène ni immoral mais inapproprié selon les normes canadiennes de tolérance à cause du contexte où il survient."¹⁹ Ce sont les circonstances qui font l'indécence, non le comportement ou le matériel lui-même. En somme, le critère des normes de tolérance s'appliquerait tout aussi bien à la détermination de ce qui est indécet, mais à la différence de l'obscénité, le tribunal prendrait en compte les circonstances là où le comportement visé n'impliquerait ni dégradation ni déshumanisation. Ultimement, le juge retient le test de détermination de l'obscénité établi par Dickson, J.C.C. dans l'arrêt *Towne Cinema*:

What is essential to the determination of undueness by means of the community standards test is that the trier of fact formulate an opinion of what the contemporary Canadian community will tolerate. In forming this opinion, the trier of fact must assess the community consensus.

(...) this inquiry, although involving judgements about values, must be distinguished from the application of the trier of fact's subjective opinions about the tastelessness or impropriety of certain publications. The decision must focus on an objective determination of the community's level of tolerance (...).

Evidence of the community standard of tolerance may well be useful and indeed desirable in many cases.

18. *id.*, à la page 266.

19. *id.*, à la page 266.

Nonetheless, I do not consider that there must be evidence, expert or otherwise, which the trier of fact accepts before a particular publication can be determined to violate the community standard. It is the opinion of the trier of fact on the community standard with which we are concerned. It ought not to be stated as a matter of law that the trier of fact must have evidence, expert or otherwise, to be able to form an opinion on the community standard of tolerance.²⁰

Autrement dit, le test demande au judiciaire de déterminer "objectivement" si une "chose" est obscène ou non à partir des standards de tolérance de la communauté nationale sans qu'il ait toutefois à en faire la démonstration ou à fournir quelque preuve. Nous consacrerons de longs développements à l'explication de ce "test" au chapitre 6.

(c) La détermination judiciaire

Sur cette base, Boilard, considère que le juge du procès a erré, en appliquant un critère basé sur ses goûts personnels plutôt que sur une évaluation objective du matériel visé en fonction des standards de la communauté.

Je comprends et je partage, avec plusieurs autres canadiens y compris le juge du procès le dégoût et l'ennui que peut inspirer ce genre de

20. id., à la page 268.

représentations. Voir l'un de ces films c'est les voir tous tellement ils sont semblables.²¹

Mais en se basant sur son appréciation personnelle plutôt que sur des critères objectifs pour arriver à sa conclusion, le juge des faits a commis une "erreur fatale". Voici cette erreur, dans les mots mêmes du juge de première instance:

Sur quoi peut-on se baser pour affirmer que ceux qui trouvent un tel spectacle choquant pour eux-mêmes sont indifférents à ce qu'il soit, dans notre société, présenté à ceux qui sont intéressés à le voir? La passivité n'est pas un critère d'acceptation. De plus, est-il possible de prétendre que l'époux ou l'épouse, l'homme et la femme qui cohabitent, soit indifférent à ce que son conjoint aille se délecter à la vue de ce genre de spectacle ou que leurs fils ou leur fille adulte fréquente de tels établissements?

Le citoyen canadien normal possède un certain sens de la pudeur qui ne peut pas ne pas être froissé par la présentation en public d'un tel spectacle.²²

Le juge Boilard poursuit en précisant sur quelle base il a, lui, évalué "objectivement" le matériel visé:

La lecture de la section des quotidiens montréalais consacrée aux annonces de cinéma, l'observation des affiches qui placardent ces salles, en circulant

21. id., à la page 270-271; nous soulignons. Peut-on trouver deux termes plus contradictoires: si ces représentations dégoûtent, elles doivent alors soulever l'attention sinon elles ennuiant et ne dégoûtent pas.

22. Primeau J., cité par Boilard J., dans R. c. Pelletier, id.: 270.

dans les rues de Montréal, le témoignage des experts entendus, le visa du bureau de surveillance et la nature de l'auditoire qui pouvait visionner cette vidéo cassette auraient dû, au moins, engendrer dans l'esprit du premier juge un doute raisonnable quant à savoir si cette pellicule excédait le degré de tolérance de la communauté lorsque projetée dans les circonstances décrites par la preuve.

J'ai ce doute dans mon esprit.²³

Voilà donc réunies les étapes d'un raisonnement typique en matière d'obscénité: la disposition législative doit être suffisamment claire et précise pour que les citoyens puissent déterminer ce qui est obscène et ce qui ne l'est pas. Or, de dire le jugement, chacun sait que les standards de tolérance de la communauté sont tels que des représentations de la sexualité qui "avilissent" et "dégradent" les participants et les spectateurs en montrant conjointement le sexe et la violence ou la cruauté, ou des scènes impliquant des enfants ou des animaux ne seraient jamais tolérées. La raison pour laquelle ce standard est suffisamment précis c'est qu'il permet de distinguer entre ce qui est acceptable - l'érotique (qu'on ne définit toutefois pas) - et ce qui ne l'est pas - l'obscène - la sexualité pour sa seule fin qui incluerait des scènes de violence, l'abus d'enfants, la déshumanisation de la sexualité. Une fois le test du degré de tolérance de la communauté clarifié, comment est-il appliqué? Il ne saurait s'agir de l'application de critères subjectifs au risque de retourner à la

²³. id.: 271.

situation qui prévalait au moment des modifications législatives de 1959; il s'agit plutôt d'un test objectif. Qu'est-ce qui le rend objectif? L'obligation faite au juge d'indiquer que ce n'est pas son opinion personnelle qui compte mais le degré de tolérance de la communauté. Comment le juge doit-il découvrir le degré de tolérance de la communauté? En se formant une opinion à ce sujet. Comment se forme-t-il cette opinion? Il n'est pas tenu de recourir aux avis d'experts (sondages d'opinion publique par exemple); il lui suffit de tenir compte des standards de la communauté contemporaine. Comment? En s'en faisant une opinion. On voit apparaître la circularité de l'argumentation.

Au-delà de la tautologie, ce jugement révèle toutes les ambiguïtés de la situation actuelle en droit canadien sur l'obscénité. Il comporte, entre autres, un énoncé de valeurs qui se présente comme n'en étant pas, pour préserver l'objectivité du juge. De même, il révèle la notion de la représentativité du judiciaire à travers sa capacité de lire l'état des normes communautaires. Y est aussi à l'oeuvre une certaine vision de la sexualité humaine, considérée comme un caractère essentiel de l'humain qui le distinguerait de l'animal et, à travers le sexuel, une vision de l'homme et de la femme et des rôles sociaux. S'y fait jour encore une attitude "scientifisante" plutôt que moralisante, recherchant les bases empiriques de la décision plutôt que des considérations morales ou éthiques. Autant d'aspects qu'une analyse en profondeur,

comparant la production discursive des périodes pré et post 1959, permettra d'élucider.

Les motifs de cette décision ainsi que l'exégèse des arrêts contemporains faite par le Comité Fraser,²⁴ nous permettent d'établir les constats suivants quant à l'état actuel de la doctrine en matière d'obscénité:

1) la "représentation" des "choses sexuelles" peut être "indue" et prohibée soit:

a) comme obscénité, auquel cas il s'agit d'un malum in se, c'est-à-dire d'un acte qui ne souffre pas d'excuses basées sur l'ignorance du contenu ou d'autres circonstances, sauf pour la défense du bien public.

b) comme immoralité, auquel cas il s'agit toujours d'un malum in se, mais qui peut être décriminalisé par le Parlement (ce qui laisse penser que l'obscénité ne le pourrait pas, puisqu'elle contreviendrait aux normes fondamentales).

c) comme indécence, auquel cas il s'agit plutôt d'un malum prohibitum, c'est-à-dire d'un acte illégal mais de moindre gravité, telle la nudité dans les lieux publics.

²⁴. Canada, 1985, chapitre 6.

2) la détermination de l'obscénité, le fait que quelque chose soit "réputé" obscène, repose sur un test objectif, celui de l'évaluation de la chose en fonction des standards de tolérance de la communauté. Ainsi,

a) il ne s'agit pas des standards de préférence mais bien de tolérance, c'est-à-dire de ce que l'on serait prêt à accepter que d'autres voient, même si on préfère soi-même ne pas voir ce genre de représentations;

b) il ne s'agit pas de la communauté restreinte, du village ou de la ville mais des standards de la nation prise dans son ensemble;

c) le juge des faits ne doit pas baser son évaluation sur son opinion personnelle mais sur le standard de la communauté canadienne. Toutefois, il n'a pas à recourir à une expertise autre que la sienne propre pour juger de ce qu'est ce standard.

3. la chose doit être prise dans son ensemble, comme un tout. Ce qui signifie que:

a) les scènes sexuelles doivent être placées dans leur contexte et non pas isolées du reste de l'oeuvre;

b) le mérite de l'oeuvre doit être évalué dans son ensemble mais les motifs de l'auteur ne doivent pas être pris en considération;

c) le juge des faits n'a pas besoin de recourir au témoignage d'experts pour évaluer l'oeuvre.

En somme, la représentation de choses de nature sexuelle qui dépasse, selon l'opinion que s'en fait le juge des faits, le niveau de tolérance des Canadiens à un moment donné et qui n'est pas rachetée par une qualité artistique ou scientifique, sera prohibée soit comme obscénité, soit comme immoralité, soit comme indécence, selon la nature et les circonstances de la représentation visée. Puisqu'il s'agit d'un test objectif et que la disposition respecte les critères de précision et de clarté requis pour en maintenir la légitimité, elle suffit pour déterminer ce qui sera toléré.

Même formulé de façon aussi apparemment claire, ce test ne permet pas de conclusion hâtive quant à l'évaluation du caractère obscène d'une représentation. De dire le Comité Fraser:

Bien entendu, tout le monde semble convenir que certaines choses ne sauraient être tolérées. Par exemple il semble que les tribunaux s'accordent à dire que les publications qui décrivent des relations incestueuses, des activités sexuelles de mineurs, ou un mélange de sexe, de violence et de cruauté, dépassent les normes communautaires du

moins lorsque l'oeuvre n'a ni mérite artistique véritable ni valeur philosophique.²⁵

Or, même ces comportements ne semblent pas recevoir une définition identique pour tout le monde. Ainsi, même si le standard de la communauté est national et non local, il est arrivé que le même numéro de la même revue soit l'objet de poursuites dans deux provinces différentes se soldant par des décisions contradictoires.²⁶ D'autre part, même les relations sexuelles explicites qui ne semblent impliquer aucun de ces qualificatifs ne donnent pas lieu à des décisions cohérentes. Dans l'affaire Luscher,²⁷ le juge de première instance avait tenu pour dépassant les normes de tolérance de la communauté des actes sexuels entre homme et femme allant des premières caresses à l'orgasme même s'ils n'allaient pas "contre nature" ni n'étaient en aucune façon "illégaux". Les analyses faites par le Comité Fraser révèlent que l'interprétation judiciaire des sections portant sur les spectacles de nu comporte le même genre de contradictions.

25. Canada, 1985: 125.

26. Par exemple, Benjamin News (Montréal) Reg'd and Penthouse International Ltd. c R. (1979) 6 C.R. (3d) 281 (C. A. Qué.) qui a accueilli favorablement l'appel de l'accusé et R. c Penthouse International Ltd. et al. (1979) 46 C.C.C. (2d) 111 (Ont. C.A.) qui a reconnu l'accusé coupable.

27. Re Luscher and Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise (1983) 149 D.L.R. (3d) 243 (C. Cté Man.).

Il en va de même pour la nature des "publications" la Cour suprême ayant défini ce terme très largement dans l'arrêt Dechow²⁸ en 1977. Selon cette interprétation, tout accessoire relié aux "choses sexuelles" (les condoms, les appareils stimulateurs, les crèmes, les aphrodisiaques, etc.) tombe sous le vocable de publication. C'est dire que si ces choses sont des publications il faut chercher ailleurs ce que sont les "choses sexuelles" au sens de l'article 159(8). La jurisprudence citée par Boilard J. permet de constater que la chose sexuelle comprend éventuellement tout comportement sexuel de type génital: depuis les caresses des organes sexuels entre hommes et femmes ou entre personnes du même sexe, jusqu'aux manifestations plus "originales" du comportement sexuel que représentent la nécrophilie ou la bestialité. C'est dire encore que tout ce qui est de nature sexuelle peut éventuellement être considéré intolérable par la communauté canadienne, et donc être considéré obscène, immoral ou indécent.

Citant le juge de première instance à cet effet, le juge Boilard exprime son accord avec les avis des experts soumis par la défense:

Tous trois (les experts) expriment l'opinion que le contenu du film "Fore Play" n'est pas obscène: il ne dépasse pas le degré de tolérance du citoyen canadien moyen. En résumé, ils soumettent les remarques suivantes: on y montre explicitement des actes sexuels pratiqués couramment par les membres de la communauté canadienne. Aucune violence sexuelle n'est exercée par les participants. Aucun

28. R c Dechow (1977) 76 D.L.R. (3d), (1978) 1 R.C.S. 951 (CSC).

enfant n'y est impliqué. Ce film est présenté à des adultes qui se rendent volontairement dans cet établissement commercial pour voir ce genre de spectacle.²⁹

Pourtant, le juge de première instance qui avait, lui, entendu de vive voix ces témoignages d'experts, les avait rejetés en soulignant que, selon lui, les canadien-ne-s ne sauraient tolérer que leurs amis, conjoints, frères ou sœurs, aillent se délecter à la vue de tels spectacles, où une femme introduit un plumeau dans son vagin, où les femmes sont à peu de choses près de nymphomanes. Comportements sexuels, disaient les experts, pratiqués couramment par des membres de la société canadienne!

Où est l'erreur? Le juge Primeau aurait-il été dégoûté par le plumeau quand Boilard n'aurait été qu'ennuyé? Pourquoi n'a-t-il pas, comme Boilard, regardé les affiches des cinémas et autres endroits sociaux à la mode pour se faire à la raison que les canadien-ne-s tolèrent ce genre de représentations?

Des décisions récentes jetteraient, selon certains, un nouvel éclairage sur cette question et viendraient préciser des aspects jusqu'ici laissés dans l'ombre par la jurisprudence antérieure. Ainsi, selon Pépin, l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Towne Cinema*³⁰ "a jeté beaucoup de lumière sur la définition de

29. R. c Pelletier, loc.cit., à la page 269.

30. *Towne Cinema Theatres Ltd. c R.*, (1985) 1 S.C.R. 494.

l'obscénité"³¹. Selon lui, la jurisprudence établit clairement que "ce qui est érotique, sans plus, ne dépasse pas la limite posée par le Code criminel" et que les nus, les relations sexuelles réelles ou simulées et les scènes d'homosexualité peuvent être montrées. Ce que la loi proscriit est de deux ordres: "ce qui est dégradant ou déshumanisant pour les participants à une scène ou les spectateurs, peu importe que les Canadiens trouvent cela tolérable ou non" ainsi que "tout ce que la société considère à un moment donné dépasser les limites de ce qu'elle est prête à tolérer".³² Pépin ajoute encore qu'à son avis, deux points restent en suspens suite à cette décision, notamment celui de savoir quand l'exploitation d'une chose sexuelle devient indue et celle de savoir si l'article 159(8) contrevient ou non à l'article 2 de la Charte canadienne des droits et libertés.

Indépendamment de la valeur juridique de cette argumentation il est clair que d'autres décisions cependant, dont *R. c Wagner*³³ et la récente décision de *Video World c R.*³⁴ viennent mettre en doute l'optimisme manifesté par Pépin. D'ailleurs, le Comité Fraser avait soulevé que les qualificatifs "dégradant", "avilissant" ou "déshumanisant", par leur imprécision, ne réglaient absolument rien. Dans ses recommandations, le Comité s'est explicitement abstenu

31. Pépin, 1985: 355.

32. *id.*: 355-357.

33. *R. c Wagner*, *loc.cit.*

34. *Video World Ltd. c R.*, (1985) 32 Man.R. (2d) 41, (1985) 36 Man.R. (2d) 68, 22 C.C.C. (3d) 331, (1987) R.C.S. 1.

d'utiliser ces termes, sauf dans les titres des dispositions proposées en remplacement de l'article 159.³⁵ De plus, c'est justement toute la question des standards de tolérance de la communauté qui se trouve au coeur des débats. Comme le souligne le Comité Fraser:

Le seul fait qu'une majorité de Canadiens tolère ou ne tolère pas quelque chose ne nous apprend rien sur les motifs qui les animent et ne nous permet donc pas de savoir si ces motifs sont valables. D'après nous, la culpabilité pénale devrait s'établir en fonction de principes clairement établis et non pas à partir d'instincts majoritaires.³⁶

La jurisprudence actuelle sur la question de l'obscénité ne semble donc pas avoir atteint un degré de stabilité et de clarté qui permettrait de savoir à quoi s'en tenir. C'est d'ailleurs ce qui faisait dire à Dandurand,³⁷ sur la base d'une analyse économique du droit héritée des travaux de R. Posner, que "l'utilisation de notions floues (...) en matière d'obscénité est optimale" d'un point de vue économique "pour permettre une adaptation constante du droit à la réalité". Selon cette perspective, en effet, les notions précises en droit seraient optimales uniquement lorsque: (1) les distinctions pertinentes ont été élaborées par la jurisprudence et qu'on ne prévoit pas de changement social ou technique nécessitant leur

35. Canada, 1985: 283-300.

36. *id.*: 290.

37. Dandurand, 1985: 105-106.

remaniement; (2) si la conduite visée est relativement homogène; (3) si la conduite visée est peu controversée; (4) si les parties peuvent facilement déroger à la règle par voie de négociation; et (5) si le coût de l'incertitude est considérable.³⁸

Sans nous attarder sur cette analyse, nous pouvons observer que les juges chargés de l'application des règles en matière d'obscénité se sont faits un devoir jusqu'à date, et tout spécialement depuis l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés, de souligner au contraire que la notion d'obscénité n'était justement pas floue. D'autant plus que nombre d'analystes de la question de l'obscénité au cours des ans ont réclamé une solution juridique "claire", qui ne laisserait pas passer n'importe quoi dans les mailles du filet judiciaire. Ce genre d'analyse économique, pour séduisant qu'il puisse sembler, ne peut guère satisfaire les exigences de l'analyse critique quant à ce que fait et dit le droit, ni davantage quant à ce qu'il devrait dire.

C'est dans ce contexte d'une rhétorique judiciaire constamment ambiguë, contradictoire et somme toute insatisfaisante même en regard des critères internes au droit, qu'il faut tenter de saisir les critiques, spécialement les critiques féministes, du droit pénal en matière d'obscénité.

³⁸. Adaptation par Dandurand, 1985: 100, des critères développés par E. MacKaay.

2.2 Obscénité et pornographie, sexe et violence: la fluidité de la "chose"

Si l'obscénité, plus précisément aujourd'hui la pornographie, constituent un problème social qui appelle une solution juridique, quelle en est la nature? Qu'est-ce que la pornographie? Quels en sont les effets? Les romans de Lawrence aussi bien que ceux de Miller courent peu de risques de faire l'objet de poursuites dans les pays occidentaux actuellement; s'ils ont pu, à leur époque, définir l'obscène, ils ne correspondent sans doute pas à ce que la plupart d'entre nous imaginons devant le terme pornographie. Les revues du type Playboy, Penthouse et Hustler se qualifient-elles? Ou faut-il plutôt penser en termes de "hard-core", de pornographie "dure", qui incluerait la violence par définition?

Pour le juge Primeau du tribunal de première instance dans l'affaire Pelletier, les films incriminés étaient obscènes parce que des adultes qui ne sont pas indifférents à ce que font leurs amis, leurs partenaires, ne sauraient tolérer qu'ils se délectent à la vue de tels films. Pourtant, ces films ne contenaient aucune violence, ni ne mettaient en scène des enfants. Pour le juge Boilard, ils ne sont pas obscènes précisément du fait que la communauté les tolère, comme en font foi les témoignages d'experts ainsi que son examen des messages publicitaires, des annonces dans les journaux et des affiches de films présentés dans les cinémas de la ville. On peut bien ne pas aimer ce genre de films, de souligner le juge d'appel,

mais le test juridique ne dépend pas des goûts personnels. Non seulement les films ne sont-ils pas trouvés obscènes, mais par surcroît, leur présentation dans un bar pendant un spectacle de danseuses nues ne constitue pas une indécence puisque l'audience à laquelle ils s'adressent est un ingrédient essentiel de l'indécence et que les actes en question n'ont rien de répréhensible en soi.³⁹

Ces films qui présentent des scènes ininterrompues de sexe, où une femme introduit un plumeau dans son vagin et où il ne reste aucune place à l'imagination, sont-ils pornographiques ou non? Est-il suffisant que la Cour d'appel conclue qu'ils ne le sont pas? Deux visions de l'obscénité semblent s'affronter. L'une, celle du juge de première instance, porte son regard sur le contenu même des scènes sexuelles, et semble reposer sur une sorte d'éthique des représentations sexuelles décentes en suggérant que personne ne devrait rester indifférent devant ce genre de spectacles. L'autre, celle de la Cour d'appel, s'arrête plutôt aux limites de tolérance de la communauté, avançant en quelque sorte une "minima moralia", dont les frontières peuvent constamment s'abaisser.

L'une et l'autre de ces approches ont fait l'objet de critiques provenant de positions aussi opposées que des milieux de protection des libertés civiles, des groupes conservateurs de pression morale, et des groupements féministes. Les arguments des deux premiers se

³⁹. R. G. Pelletier, loc.cit. à la page 270.

retouvent amplement dans les débats politiques et la jurisprudence, comme le montrera l'analyse que nous en faisons à la partie suivante. Nous nous arrêterons brièvement ici à quelques critiques d'approche féministe.⁴⁰

Pour plusieurs féministes, la jurisprudence en matière d'obscénité révèle les limites de l'institution pénale patriarcale plutôt qu'une évolution vers une solution acceptable pour les femmes. C'est le cas, par exemple, de Micheline Carrier, qui maintient que les pouvoirs économique, politique et judiciaire ont joué sur l'ambiguïté de la notion de pornographie et sur la difficulté à la définir, pour justifier des "produits explicites" qui continuent de nier, sinon de censurer la sexualité féminine, permettant au même moment de contrecarrer les revendications féministes.⁴¹ Carrier oppose pornographie et érotisme, la première réduisant la personne, surtout la femme, à l'état d'un objet sexuel offert au regard pour fin de consommation, tandis que la seconde présenterait une sexualité imaginative, une fête charnelle de partenaires égaux.⁴²

C'est aussi le cas de Lorrene Clark qui, dénonçant l'incapacité du système de justice libéral à reconnaître les droits des femmes -

40. Il ne faut cependant pas penser qu'il existerait une position féministe homogène sur la pornographie. En fait, les oppositions y sont tout aussi marquées qu'en d'autres milieux, même si les motifs divergent. Voir Russo, 1987 et Brants et Kok, 1986.

41. Carrier, 1983: 9-21.

42. Carrier, 1984: 8.

parce qu'une telle reconnaissance impliquerait une limitation des droits des hommes - s'oppose au principe du "préjudice" ("harm") sur lequel ce système de droit repose. Il ne fait aucun doute, pour Clark, que la pornographie teste les limites de ce système de justice et que seul un ordre social différent, basé sur l'égalité des sexes, pourrait mener à une solution véritable au problème de l'exploitation sexuelle des femmes.⁴³

Pour Cole, la pornographie "is the presentation of sexual subordination for sexual pleasure".⁴⁴ Cette subordination sexuelle implique les quatre caractéristiques qu'avait identifiées Andrea Dworkin: "hierarchy, objectification, the dynamic of dominance and submission, and violence".⁴⁵

Cette conception de la pornographie comme présentant les femmes à l'état de choses, niant leur spécificité sexuelle et ne parlant que de celle de l'homme, qui trouverait son plaisir dans l'assujettissement de la femme est typique de tout un courant d'analyses féministes de la pornographie qui a pris naissance au début de la décennie 1980 avec entre autres les essais de Lederer et de Dworkin.⁴⁶ Ultimentement,

⁴³. Clark, 1983. Dans cette veine, aussi Barry, 1982 et Kappeler, 1986. Schur (1988) maintient que les féministes anti-pornographie ont adopté une vision trop étroite de la notion de préjudice.

⁴⁴. Cole, 1989: 24.

⁴⁵. id., à la page 25.

⁴⁶. Lederer, 1980, et Dworkin, 1981; dans la même veine, Barry, 1982..

la pornographie y est considérée comme de la littérature haineuse⁴⁷ envers les femmes, incitant directement à la violence, et ayant pour effet d'entraîner des actes de violence envers elles.

Cette approche s'est pour ainsi dire trouvée consacrée par le rapport du Comité Fraser qui a tenté de différencier entre deux types de productions, celles qui sont "simplement explicites et sont caractérisées à la fois par un contenu sexuel et par une intention affirmée ou apparente de provoquer la stimulation sexuelle du client" et celles où le contenu sexuel est "combiné à la violence, l'avilissement ou l'exploitation, d'une manière telle que ces facteurs semblent être légitimés"⁴⁸. Au dire du Comité, "les fondements théoriques de notre analyse de cette (seconde) catégorie de productions ont été établis par des penseurs tels que Jillian Riddington, Helen Longino, Andrea Dworkin et Catherine MacKinnon".⁴⁹ De fait, s'il ne propose volontairement aucune définition pratique de la pornographie, le Comité Fraser n'en cite pas moins avec approbation les définitions avancées par ces auteures. Ainsi par exemple celle de Jillian Riddington, qui s'inspire de celles de Longino et MacKinnon en particulier:

47. Par exemple, Hughes, 1985: 96. C'est d'ailleurs là l'une des recommandations du Comité Fraser: modifier la disposition du Code sur la littérature haineuse (qui ne porte actuellement que sur les groupes ethniques) pour y inclure le sexe, la déficience mentale ou physique; Canada, 1985, tome 1: 347.

48. Canada, 1985, tome 1: 62.

49. ibid.

La pornographie est une représentation réelle ou simulée, en mots ou en images, filmée, sur bande vidéo ou sous toute autre forme, de comportements sexuels dans laquelle un(e) ou plusieurs des participant(e)s sont ouvertement ou implicitement contraint(e)s à cette participation, ou sont blessé(e)s ou molesté(e)s physiquement ou psychologiquement: comportements dans lesquels un déséquilibre de pouvoir est évident ou impliqué du fait de l'immaturité en âge de tout(e) participant(e) ou du fait de certains aspects du contexte de la représentation; représentation dans laquelle ces comportements peuvent être interprétés comme étant encouragés ou endossés.⁵⁰

Ces définitions reposent en général sur deux prémisses:

premièrement que la pornographie manifeste le déséquilibre de pouvoir entre les femmes et les hommes, et deuxièmement qu'elle légitime les pratiques abusives inscrites au coeur même de la logique de la sexualité masculine. Quoiqu'elles ne visent pas nécessairement à atteindre au statut de définition légale, ces définitions révèlent néanmoins un ancrage juridique manifeste: restaurer ou atteindre à une égalité formelle entre les sexes et réprimer les abus. Ces principes se retrouveront d'ailleurs au fondement de tentatives non pénales de contrôler la pornographie, telle l'adoption (ratée) d'ordonnances municipales dans certaines villes des États Unis,⁵¹ ou

⁵⁰. *id.*, à la page 58.

⁵¹. Comme ce fut le cas pendant un certain temps dans les villes de Minneapolis et d'Indianapolis. Voir Canada, 1985, tome 1, ch.8 et 13. Cole, 1989 et Downs, 1989 discutent de cette approche en long et en large, à partir de positions diamétralement opposées.

l'utilisation des Chartes des droits de la personne dans certaines provinces canadiennes.⁵²

Ces solutions, aussi évanescentes se soient-elles montrées, ont été développées par des féministes en réaction à l'impuissance du droit pénal de réprimer efficacement la pornographie d'un côté et face à son effet répressif sur la sexualité féminine de l'autre. Ainsi, pour Cole:

The history of criminal obscenity litigation is, in many ways, the history of how women's reproductive self-determination and sexuality have been repressed. Since their first enactment, Canada's obscenity provisions have been used to regulate information on birth control, women's sexuality, alternative sexualities and dissident politics. At the same time, the interpretation of obscenity provisions ensured that men maintained access to women's sexuality in the form of pornography. Sexual material that women would probably have considered degrading or harmful was exempted from liability.⁵³

Cette vision d'un droit-outil, instrument traditionnellement manipulé par les classes dirigeantes ou par l'État (patriarcal), dont nous avons fait la critique au chapitre précédent, se retrouve à la fois dans les analyses théoriques et dans les recommandations de changements. Au niveau théorique, nous citerons encore Cole:

52. Comme ce fut le cas en Saskatchewan et au Manitoba. Voir, Canada, 1985, tome 1, ch. 6 et 13.

53. Cole, 1989: 70.

Obscenity's preoccupation with sex, no matter what kind, led feminists to believe that the state was using obscenity law as a means to control sexuality. In particular, it seems that the law existed for those who wanted to see sexuality tied to marriage and procreation, and who thought that the problem with pornography was that it celebrated some kind of immoral recreational sex.⁵⁴

Nous verrons, à l'analyse de la jurisprudence, que le référent procréation-mariage s'y trouve bel et bien, particulièrement en première période. Le problème de l'analyse tient plutôt à la simplicité apparente du mécanisme: des personnes, des groupes, ont "intérêt" à ce que la procréation et le mariage dominent l'activité sexuelle, et utilisent alors la loi sur la pornographie pour atteindre cet objectif. Malheureusement, l'efficacité de la loi demeure plus qu'aléatoire, comme Cole elle-même le constate, la loi n'ayant endigué aucune forme de pornographie, quelle qu'elle soit.

Quelle que soit l'analyse, la solution passe toujours, au moins partiellement, par la loi. Constatant l'incapacité du droit pénal à définir et à réprimer adéquatement les représentations intolérables, le Comité Fraser recommande l'abrogation du terme "obscénité" qu'il juge désuet. Il n'en demeure pas moins convaincu qu'une approche pénale peut porter des résultats positifs pour les femmes. Le Comité y consacre de longues pages et quelques 49 recommandations, dont principalement un système de réglementation à trois niveaux.

⁵⁴. id.: 71.

The ultimate result of the alliance of feminists and other social purity advocates was that the feminist dimension of the attack on prostitution was lost and only the attack on the prostitute herself survived. (...) In addition (...) social purity campaigns against obscenity in literature, art, and popular culture led by Josiah Leeds and Anthony Comstock created the legislation (1873) under which the Sanger were later prosecuted for sending women birth control information.⁶²

C'est pourquoi, au lieu de répression pénale, plusieurs féministes ont suggéré le développement d'un art érotique par et pour les femmes. Rejetant à la fois ce qu'elle appelle les modèles "assimilationiste" (où les femmes produisent de la porno pour femmes en imitant celle des hommes) et "ségrégationiste" (où les différences fondamentales entre hommes et femmes font qu'ils s'opposent nécessairement sur le terrain de la sexualité), Faust propose plutôt un modèle "hybride" qui intégrerait les caractéristiques de la pornographie pour femmes (qui est essentiellement écrite) et de celle pour hommes:

Erotica combines the visual appeal of pornography with the emotional appeal of romance, reducing the gap between performance and process. Erotica fits a hybrid model in which both dominant and subordinate groups change in the interests of common humanness, women learning to enjoy visual media and performance goals while men learn to touch and to enjoy process.⁶³

62. id.: 72.

63. Faust, 1980: 181.

serait relativement utile ("somewhat useful") pour restreindre la distribution de pornographie violente. Elle énonce encore sept critères qu'une approche législative en matière de pornographie devrait rencontrer: (1) traiter la pornographie en tant que pratique plutôt qu'images; (2) viser l'expérience que font les femmes des préjudices ("harm") qu'elle entraîne; (3) la centrer sur les femmes plutôt que la rendre également applicable aux deux sexes; (4) faire en sorte que la loi puisse être activée par les femmes; (5) compenser les victimes de la pornographie; (6) promouvoir l'égalité des femmes; et (7) permettre un dialogue artistique et éducatif sur la sexualité.⁵⁹

S'inscrivant en faux contre des solutions pénales, quelques féministes sont d'avis que ce genre d'approche ne peut que favoriser le maintien de distinctions bourgeoises entre l'art et la culture populaire, distinctions qui permettront simultanément que soient perpétuées les conditions de la subordination des femmes.⁶⁰ De même, ces solutions risquent de se retourner contre les féministes elles-mêmes, comme le montrent les conséquences du mouvement pour la pureté sociale de la fin du XIXe siècle, alors que la législation a entraîné la criminalisation de la prostituée et non pas la lutte contre les conditions qui mènent à la prostitution et l'encouragent.⁶¹

59. id.: 62-68.

60. Par exemple, Kappeler, 1986; Mannion, 1985; Brants et Kok, 1986.

61. Mannion, 1985.

The ultimate result of the alliance of feminists and other social purity advocates was that the feminist dimension of the attack on prostitution was lost and only the attack on the prostitute herself survived. (...) In addition (...) social purity campaigns against obscenity in literature, art, and popular culture led by Josiah Leeds and Anthony Comstock created the legislation (1873) under which the Sanger were later prosecuted for sending women birth control information.⁶²

C'est pourquoi, au lieu de répression pénale, plusieurs féministes ont suggéré le développement d'un art érotique par et pour les femmes. Rejetant à la fois ce qu'elle appelle les modèles "assimilationiste" (où les femmes produisent de la porno pour femmes en imitant celle des hommes) et "ségrégationiste" (où les différences fondamentales entre hommes et femmes font qu'ils s'opposent nécessairement sur le terrain de la sexualité), Faust propose plutôt un modèle "hybride" qui intégrerait les caractéristiques de la pornographie pour femmes (qui est essentiellement écrite) et de celle pour hommes:

Erotica combines the visual appeal of pornography with the emotional appeal of romance, reducing the gap between performance and process. Erotica fits a hybrid model in which both dominant and subordinate groups change in the interests of common humanness, women learning to enjoy visual media and performance goals while men learn to touch and to enjoy process.⁶³

62. *id.*: 72.

63. Faust, 1980: 181.

Le Comité Fraser a aussi exercé cette distinction entre l'érotique et le pornographique, permettant à peu près toutes les formes du premier - sous réserve du pouvoir municipal d'en contrôler la visibilité publique et l'accessibilité - et criminalisant le second genre. Dans cette perspective, l'érotique serait caractérisé par le consentement mutuel, l'égalité des partenaires, l'attachement émotionnel positif et affectueux.⁶⁴

Mais pour plusieurs autres auteurs, ces tentatives de différencier l'érotisme de la pornographie sont cependant vouées à l'échec. D'abord parce que le problème n'est pas de définir la pornographie, même par rapport à une autre forme de représentation, mais de se demander ce qu'elle dit, spécialement au sujet des femmes, et qui le dit.⁶⁵ Ensuite parce que l'histoire de l'érotisme révèle son ancrage dans la conception masculine de la sexualité. Comme l'amour ne se représente pas, sinon que symboliquement, l'érotique, au XXe siècle, est une représentation de l'éviction, de la négation de la femme et de sa domination par la virilité: c'est là ce que maintient Dardigna, au terme d'une analyse des récits "érotiques" de Bataille, Klossowski, Sade et Robe-Grillet.

⁶⁴. Canada, 1985, tome 1: 59-61. Il s'agit de la définition qu'en a donné le juge Shannon de la Cour du Banc de la Reine dans l'arrêt Wagner où le psychologue social James Check avait témoigné pour la Couronne concernant les effets néfastes de la pornographie.

⁶⁵. Voir Humm, 1988; Day, 1988; ainsi que Kaplan, 1978.

Sur la scène érotique, l'échange ne se produit pas entre un homme et une femme, mais entre deux hommes, et l'être féminin n'intervient qu'en instrument de cet échange.⁶⁶

En ce sens, la censure est le pendant nécessaire de cette représentation, l'élément qui rappelle que la dérive du désir demeure sous le contrôle de l'esprit.

Pourquoi est-il nécessaire de conserver la loi? C'est que le corps sexuel fait peur, une peur panique, et surtout le sexe des femmes. Aussi, pour faire taire l'angoisse, devant la perte de maîtrise que suppose tout désir et toute pratique sexuelle, il faut sans cesse réaffirmer obsessionnellement la maîtrise intellectuelle de la femme-sexe.⁶⁷

Et enfin, cette opposition au développement d'une érotique féminine ou féministe comme solution de rechange à la pornographie se bute à la "pathologisation" de la sexualité masculine. Dans maintes analyses féministes traditionnelles, tout se passe comme si la pornographie équivaldrait en relation d'homologie à la sexualité masculine; rien n'indique pourtant que ce doive nécessairement être le cas. La pornographie ne serait alors que l'expression de la "vraie nature" de la sexualité de l'homme. Or, comme cette expression a passé, jusqu'à présent, par une négation de la sexualité de la femme, une érotique féminine devrait tenter de découvrir et de

⁶⁶. Dardigna, 1981: 299.

⁶⁷. id.: 319.

développer cette "mystérieuse" sexualité des femmes.⁶⁸ Mais comme le souligne Mannion, il n'est aucune raison pour laquelle la sexualité de la femme serait raisonnable, non-problématique, douce et gentille, alors que celle de l'homme en serait le pôle inverse: "In feminist discourse on pornography, all dangerous, disruptive aspects of sexuality are projected unto men or "male culture""⁶⁹. Faust avait déjà montré d'ailleurs, que la littérature féminine populaire (les romans-savon) contient autant de scènes de violence et de domination que la pornographie dite "masculine"; elle serait toutefois moins visible parce que non visuelle et serait rachetée par l'introduction du processus de la conquête romantique.

De fait, selon quelques auteurs, érotisme comme pornographie introduisent les éléments nécessaires d'une "naturalisation" de la différenciation sexuelle, et de ce fait, d'une normalisation des rôles sexuels qui paraissent désormais comme allant de soi plutôt que toujours des produits socio-historiques changeants. Ainsi, Finn soutient que la pornographie relève d'un régime sexuel qui met en forme ces deux versants; une naturalisation des différences sexuelles, et une sexualisation de la nature. Le renversement de cette situation, si renversement il doit y avoir, devrait alors

⁶⁸. On peut interpréter certaines oeuvres romanesques, spécialement celles de Hélène Cixous, comme une tentative de définir cette sexualité féminine en soi.

⁶⁹. Mannion, 1985: 73.

passer par une déssexualisation des corps et des plaisirs, plutôt que par la censure ou la production d'un art érotique féminin.⁷⁰

La pornographie réside-t-elle dans l'objectivation de la femme que proposent les représentations visuelles de la sexualité? Dans l'introduction de la violence et de l'avilissement qu'elles ont amené? Ou plus largement est-elle inscrite dans le régime sexuel que la société moderne s'est donné en réponse à l'appauvrissement aussi bien des relations émotives, que de la sensualité de la vie urbaine et du ressourcement spirituel?⁷¹ Ou encore, la pornographie est-elle inscrite au coeur même de la loi, celle du Code et celle de la sexualité des hommes qui seraient identiques? Les analyses féministes ne fournissent aucune réponse claire à ces questions. Au-delà de l'argument massue de la société patriarcale - à laquelle il faudrait pourtant que la recherche finisse par donner un contenu spécifique pour rendre le terme utile - en vertu duquel la pornographie est une expression de la domination des hommes et le droit sur la pornographie une autre expression de cette même domination, les analyses divergent profondément, tant sur la nature de la chose que sur la solution.

Revenant à l'affaire Pelletier à la lumière des analyses féministes, lequel des deux juges aurait raison? Celui qui préfère

⁷⁰. Finn 1985.

⁷¹. Mannion, 1985: 76.

censurer les représentations de la sexualité au plumeau, ou celui qui croit que la communauté tolère ce genre de représentations? Que veulent dire chacun de ces pôles? Que représentent-ils vraiment? Que disent-ils sur la sexualité, sur ce "régime sexuel" qui sous-tendrait l'organisation sociale? Peut-on y retrouver les valeurs mâles en action? Le droit des féministes ne fait-il que traduire en quelque sorte des réalités sociales et sexuelles qui lui sont étrangères, tout comme celui des marxistes orthodoxes traduisait des réalités économiques? Que fait le droit sur la pornographie? Met-il en place les mécanismes d'une censure minimale, assurant la reproduction des conditions de la domination masculine? Ou au contraire vise-t-il un effet plus large, l'instauration d'un ordre (sexuel) qui ne soit ni celui des hommes ni celui des femmes? Le droit sur l'obscénité parle-t-il de l'ordre ou du désordre sexuel? Plus simplement, parle-t-il du sexuel?

Le débat sur la pornographie continue de soulever, chez les féministes comme chez les moralistes, celui de la loi. Que ce soit sous la forme de la censure administrative, sous la forme du contrôle pénal, ou sous celle de la protection du droit à l'égalité et de la lutte contre la discrimination, loi et pornographie semblent indissolubles. Et si de plus en plus d'intervenants semblent chercher d'autres solutions que juridiques, le recours à la loi, principalement à la loi pénale, demeure malgré tout, pour une grande majorité, une expression essentielle des valeurs sociales. Pourtant, si le juridique est devenu, comme nous le pensons, un médium assurant

l'intégration au système, instaurant une série de valeurs coupées d'une éthique, et exerçant un déplacement des débats où ses propres catégories deviennent l'enjeu plutôt que le véhicule permettant d'atteindre la coordination des agirs, il faut remettre en question l'utilité de toute solution juridique à ce problème. Peu importe ce que serait la "chose" pornographique, nous pensons que le droit est et demeure incapable d'en parler. Et de toute manière, toute conceptualisation de la chose pornographique repose nécessairement sur sa mise en forme juridique, que ce soit par effet discursif ou par effet de pratique (e.g., ce que permet la loi).

Les perspectives d'analyse féministe, en restaurant une dimension éthique au débat sur la pornographie, ce qui leur a parfois valu d'être taxées de collusion avec la majorité morale, ont eu le mérite de ranimer la réflexion sur les "confins" du droit pénal.⁷² D'une autre manière, c'est ce débat que nous poursuivons, indiquant sans hésitation à cet égard que le droit a atteint ses limites.

2.3 La fin de l'obscène?

Notre étude empirique portera donc sur la pratique discursive juridique dans sa constitution historique du sujet socio-juridique de l'obscénité. Notre méthode d'approche, décrite au prochain chapitre,

⁷². Car il ne faut pas oublier que l'un des tout premiers documents de la Commission canadienne de réforme du droit portait précisément sur l'examen des limites du droit pénal à partir du problème de l'obscénité. Canada, 1972.

sera une analyse intertextuelle, comme méthode permettant d'accéder à la complexité du symbolique à travers les formes discursives, et de saisir ce qui fait la spécificité du discours juridique et de ses mécanismes. Sans perdre de vue cependant que le juridique n'est pas que discours et qu'il faudrait toujours le resituer dans la formation sociale et au temps historique - synchronique - auxquels il appartient.

Insatisfait de l'état de la théorie sur la question de l'effectivité du juridique dans la société, constatant les difficultés que pose l'obscène au judiciaire, et notant les limites des analyses féministes de la pornographie et du droit sur l'obscénité, nous chercherons à saisir, à travers l'analyse de la pratique discursive juridique, à la fois les mécanismes de son effectivité - ce qui fait que le droit continue d'être perçu comme une solution nécessaire, évidente, au moins en partie - et la nature du discours qu'il tient sur la sexualité.

Depuis 1892, année de l'adoption du premier Code criminel au Canada, la jurisprudence en matière d'obscénité (car la pornographie n'existe pas en droit pénal) a changé significativement, ce qui ne surprendra personne. Pourtant, à notre connaissance, la nature, et plus encore les effets de ces changements, n'ont guère retenu l'attention des analystes. Le Comité Fraser (Canada, 1985) d'un côté, la toute récente étude de Cole (1989) de l'autre, passent du test Hicklin hérité de l'Angleterre de 1868 à la codification de 1959

comme si rien ne s'était passé entre les deux, du moins rien qui mérite l'analyse. Il en résulte une tendance à imputer, implicitement la plupart du temps, les modifications survenues dans la jurisprudence aux modifications législatives survenues au cours des années ou aux changements dans la nature des représentations obscènes. Pourtant, sans nier que ces facteurs aient un impact sur la jurisprudence, notre étude révélera que de 1959 à 1969 (ou de 1970 à 1980 comme le montrent le rapport Fraser et l'étude de Cole) la jurisprudence a changé profondément sans que la loi ne soit modifiée, et peut-être sans que la nature de la chose obscène ne change significativement.⁷³ Une autre tendance de ce type d'analyses consistera à énoncer des généralités du type: "Previously (avant 1983) only sexual explicitness was judged to have vexed the law"⁷⁴, alors que l'analyse de la jurisprudence révèle qu'il n'en est rien.

En somme, la caractérisation du juridique qui ressort des analyses sociologiques traditionnelles du droit sur l'obscénité autorise généralement peu de nuances: le droit met essentiellement en forme les mécanismes de la domination patriarcale (comme chez les marxistes orthodoxes il mettait en forme ceux de la domination de

⁷³. Cette affirmation peut sembler outrancière, mais signalons que sur l'indicateur de violence dans les revues à grand tirage, les auteurs ayant fait des études longitudinales n'ont guère enregistré de changement: Maranda, 1986; Slade, 1984; Scott, 1984. Si on se fie aux études de Palys, 1986 et de Taylor 1986, c'est plutôt l'introduction de nouveaux médiums (e.g., les vidéos) qui provoquent des craintes.

⁷⁴. Cole, loc.cit.: 73.

classe). Or, pour autant que le droit procède à une mise en forme de conflits sociaux, il le fait de manière spécifique, variable selon les enjeux, et qui ne répond pas immédiatement à des "logiques" externes.

Retournant alors à la différence entre la jurisprudence des diverses périodes, il sera possible d'observer qu'elle varie somme toute autant en fonction des visées stratégiques du judiciaire qu'en fonction des modifications législatives ou des "choses" visées. Faire fi de cette articulation différentielle du judiciaire par rapport au législatif en particulier nous semble en partie expliquer pourquoi tant d'auteurs continuent de chercher "la" solution juridique.

Examiner et comprendre les mécanismes de l'effectivité du juridique permet de mieux saisir en quoi le juridique fait autre chose que ce qu'il dit faire, et en quoi il ne peut s'avérer que difficilement sensible à des objectifs éthiques qui lui seraient imposés de l'extérieur. Cet examen devra passer par une analyse de la périodisation du discours juridique en matière d'obscénité que nous discutons au prochain chapitre.

Au thème contemporain de la "déshumanisation" du sexe, correspondraient antérieurement ceux de la liberté, de la responsabilité et de la moralité. Sur ces thèmes s'articulent des manières de voir la sexualité qui relient le juridique à des pratiques discursives spécifiques: le religieux d'abord, le socio-

scientifique ensuite, et finalement le libéralisme. Surtout, à chaque thème, à chaque période, se pose la même interrogation, la même négation: qu'est-ce que la sexualité sinon un rapport de pouvoir? Construite à partir de la distinction entre les sphères privée et publique, la gestion du sexuel exercée par le juridique avancera une représentation des rapports du féminin et du masculin axée successivement sur le sacrifice et la reproduction, la gestion responsable du corps individuel et social, et la liberté individuelle au corps-jouissance. Que cet ordonnancement des préoccupations, qui s'inscrit dans une dé-moralisation de la loi sexuelle, ait fait l'objet de dénonciations de plus en plus cinglantes et précises de la part d'analystes féministes ne surprend guère: au fur et à mesure de cette transformation du sujet socio-sexuel de l'obscène, le droit se dé-métaphorise, s'éloigne de plus en plus de la société civile, devient formel et gestionnaire, et finit par garantir des droits qui demeurent, pour une large part, sans substance. Quand le sentiment de sécurité personnel est en jeu, il est inévitable que ce vide soit dénoncé.

Cette transformation du sujet socio-juridique de l'obscène nous paraît procéder à un double niveau: d'abord au niveau du sexuel lui-même, et ensuite au niveau du discours. Dans le premier cas, le juridique ne vise pas tout simplement la confirmation de l'exploitation de la sexualité féminine par la pornographie, ni ne vise lui-même la répression de la sexualité de la femme (ou de l'homme). Pour autant qu'une telle répression se produit, elle se

produit ailleurs, bien avant et bien au-delà du juridique (au niveau de la socialisation primaire par exemple). Par contre, le juridique développe les mécanismes discursifs qui permettent de faire sens du champ sexuel par la redéfinition des sphères privée et publique et par la mise en place d'une vision de valeurs sexuelles à protéger. L'efficacité du juridique à réprimer l'obscène ou à affirmer les biens juridiques de la moralité publique, de la responsabilité sociale, ou de la liberté individuelle, demande d'être scindée en deux composantes. L'effectivité fonctionnelle, c'est-à-dire ce que d'autres nomment l'efficacité, nous laissons à d'autres le soin de l'étudier, tout en étant d'avis qu'elle demeure aléatoire et limitée. Or, la plupart des analyses, que ce soient celles du Comité Fraser ou celles de féministes comme Cole ou Carrier, jouent ici sur les deux tableaux: d'un côté, on y dénonce généralement l'incapacité du droit à réprimer efficacement les imprimés pornographiques, du moins quand il s'agit de protéger la sexualité des femmes, tandis que de l'autre on affirme que le droit réussit à réprimer la sexualité des femmes, spécifiquement leur pouvoir sur la conception. Pourtant, l'inefficacité du droit dans un cas devrait faire douter de son efficacité dans l'autre, d'autant plus qu'il n'est guère besoin du droit pour réprimer la sexualité féminine. L'effectivité discursive du juridique nous semble, quant à nous, résider à la fois dans la survie de la catégorie socio-juridique et surtout dans le rôle de référent obligatoire qu'elle joue pour tous les débats en la matière. C'est celle-là que nous étudierons.

Quant au second niveau de transformation, celui du discours, le juridique tient un discours sur le discours, c'est-à-dire qu'il parle des conditions dans lesquelles il intervient. Ici, le juridique propose véritablement les conditions de sa légitimité, qui varient selon les époques et les enjeux. En fait, comme l'analyse le montrera clairement, le juridique ne dépend pas de la législation pour intervenir, du moins dans le domaine de la moralité publique et en tradition de droit commun. Accuser l'imprécision de la législation ou suggérer qu'elle reflète les impératifs de la domination mâle omet de poser la question de savoir quand, et de quelle manière, le juridique décide d'intervenir. Coupé de son référent moral originel et de plus en plus formalisé, le droit n'en conserve pas moins une approche fondée sur des valeurs. Puisque ce sont certaines valeurs qu'il met en forme, et pas toujours ni nécessairement les mêmes, il s'ensuit que le discours juridique s'articule différemment en fonction des époques, entraînant ainsi des représentations différentielles des enjeux.

Enfin, le juridique ne constitue pas un bloc monolithique. Même si nous en parlons au singulier dans notre thèse, nous avons établi dès le début du premier chapitre que le juridique est en fait plusieurs. En ce sens, il procède à des degrés et des rythmes divers à l'intérieur même de sa pratique, et surtout, des visions différentes s'y affrontent. C'est ce qui se produit dans le domaine de l'obscénité, où la texture de l'intertextualité du judiciaire par rapport à lui-même et par rapport à d'autres pratiques discursives

(i.e., le religieux et le politique) change en cours de route, articulant différenciellement les impératifs de la loi-mesure à visée stratégique et de la Loi fondamentale à visée morale. Il s'ensuit que le juridique devient de plus en plus son propre enjeu, transformant ainsi le débat social en débat judiciaire, jusqu'à l'oblitérer.

Pour résumer, nous soutiendrons que le discours juridique sur la notion de l'obscénité a changé et continue de se modifier (1) non pas tant en fonction des modifications législatives dont au premier chef celles de 1959, ni (2) en fonction du caractère changeant du matériel visé par les dispositions, mais plutôt (3) en fonction d'une redéfinition fonctionnelle des rôles sexuels et de la nature de la sexualité, et (4) des rapports et enjeux sociaux impliqués dans la (re)définition des sphères publique et privée, qui manifestent conjointement le procès d'extension de l'intervention ainsi que le formalisme accru de la juridicisation des conflits sociaux. Il en résulte (5) que la modification législative, c'est-à-dire encore la transformation de la décision jurisprudentielle, devient l'enjeu stratégique, oblitérant ainsi les enjeux éthiques, c'est-à-dire les enjeux qui permettraient de concevoir les rapports sexuels comme rapports de pouvoir en quête d'une révolution qui n'a pas encore eu lieu.

Nous décrirons brièvement, au prochain chapitre, la méthode de notre démonstration.

TROISIEME CHAPITRE
METHODOLOGIE

Introduction

(...) la voix de la vérité est toujours accompagnée de parasites assez suspects mais ceux qui y sont le plus intéressés n'en veulent rien savoir. (Robert Musil, L'homme sans qualités)

Ce chapitre sera bref. Nous y préciserons les éléments essentiels de la démarche méthodologique qui a guidé notre travail. Il va sans dire qu'une méthodologie qualitative comme celle que nous avons suivie se doit d'être aussi rigoureuse que les méthodologies quantitatives. En ce sens, nous ne pouvons qu'être en accord avec Pires quand il rappelle que les exigences de rigueur et de systématisme ne devraient pas différencier les approches qualitatives et quantitatives, bien qu'historiquement les premières aient porté le flanc à la critique sur ces aspects.¹ Et pourtant, en même temps, il existe peu, en fait il n'existe pour ainsi dire pas, de guide méthodologique, de livre de recettes, pour l'approche qualitative, alors qu'ils fourmillent dans le domaine quantitatif. Nous tenterons donc de préciser le plus rigoureusement possible les étapes que nous avons suivies et la logique qui les a guidées, permettant ainsi à d'autres de pouvoir éventuellement reproduire l'examen, condition essentielle au développement du savoir scientifique.

¹. Pires, 1988.

Ce chapitre se divisera en deux sections. La première fournira quelques précisions sur les prémisses de notre démarche qualitative, spécialement quant à la lecture du discours. La suivante présentera le mode de sélection du corpus, sa division en périodes, et le cheminement analytique suivi.

3.1 Une épistémologie critique

Tout en admettant la nécessité de l'objectivation de la réalité sociale à l'étude² qui, seule, crée les conditions d'une connaissance-compréhension³ qui aille au-delà des acquis culturels,⁴ on ne doit cependant pas tomber dans le travers de l'opérationnalisme de la sociologie empirique logico-déductive dominante⁵. Il demeure trop fréquent, en effet, que les exigences d'objectivité et de systématité soient synonymes d'une approche empiriste où le problème principal du chercheur se réduit à la traduction la plus fidèle possible des concepts. Dans cette optique, il nous aurait alors fallu définir a priori le concept de l'effectivité du juridique, en identifier les indicateurs, et bâtir un test empirique compatible avec le problème théorique. Une telle approche suppose, entre autres, que le fait social se laisse ainsi mesurer et qu'il est

2. Durkheim, 1968; Gadet et Pécheux, 1981.

3. Weber, 1959; Pécheux, 1975; Althusser, 1971.

4. Bourdieu et.alii, 1969, Bachelard, 1961.

5. Pires, 1988; Bryman, 1986; Gadet et Pécheux, 1981.

possible au chercheur d'exercer ce passage du construit théorique à la mesure sans, au même moment, créer l'objet même de sa recherche. Autrement dit, que l'objet de la recherche existe indépendamment de la construction qui en est faite. Or, les critiques phénoménologiques d'abord, existentialistes ensuite et l'épistémologie critique maintenant, ont battu en brèche cette conception de la réalité sociale.

La connaissance du fait social, qui existe au dehors du chercheur, quoique pas indépendamment de lui,⁶ requiert sa construction à partir d'une plongée au coeur même de l'objet. C'est-à-dire que l'objet de recherche, approché rigoureusement et en fonction d'un cadre théorique donné, sera construit au fur et à mesure plutôt que comptabilisé. Ici, l'entrevue en profondeur,⁷ la biographie,⁸ ou l'analyse de la production discursive⁹ deviennent les moyens privilégiés d'accès à la compréhension de l'objet.

Or, l'objet en question ne deviendra "fait" d'étude que dans la mesure où le chercheur l'aura construit tel. Il en résulte que le "fait" ne se limite pas aux choses apparemment immédiatement observables, telles les institutions ou les productions de la société

6. Sartre, 1979; Latouche, 1984; Althusser, 1971.

7. Michelat, 1975; Robert et Faugeron, 1978.

8. Pires, 1983; Ferrarrotti, 1981.

9. Norris, 1988; Minson, 1985; Rose, 1984; Chevalier, 1983.

(e.g., le travail). De toute manière, il faudrait bien admettre que même ces "faits" observables ne se laissent pas observer si aisément: comment expliquer autrement la grande diversité des positions théoriques et analytiques sur des phénomènes aussi "simples" que le chômage?

Le "fait" d'observation inclura donc ces autres aspects de la structure sociale souvent considérés comme des qualités plutôt que des quantités et, pour cela, négligés. Nous incluons en particulier ici les pratiques discursives. Certes, le social ne se laisse par réduire au discours.¹⁰ Toutefois, depuis les travaux de Foucault¹¹ spécialement, l'analyse des pratiques sociales ne saurait plus faire l'économie du discours. Si nous admettons sans hésitation que le social est composé d'habitus¹² et de pratiques qui produisent du (discours) social¹³ à travers la médiation des appareils et des institutions, nous concevons aussi, par ailleurs, que le discours produit du social et, dans un certain sens, les institutions et appareils d'État eux-mêmes.¹⁴

10. Bourdieu, 1984; Bourque et Duchastal, 1984.

11. Foucault, 1969, 1971 et 1975 particulièrement.

12. Bourdieu, 1977.

13. Pécheux, 1976.

14. Bourdieu, 1986; Lévi-Strauss, 1958.

Ce n'est pas là faire du pandiscursivisme comme l'intimeraient certains théoriciens.¹⁵ Plutôt, c'est reconnaître la centralité du discours dans le procès de constitution-éclatement du sujet, qui n'est pas que le sujet historique des marxistes, les classes sociales, mais qui n'est pas non plus l'individu atomisé des sociologies fonctionalistes (e.g., le sujet des sondages d'opinion). Sans entrer dans la complexité du débat sur le "sujet", débat réactivé par les travaux de Foucault, soulignons que, dans cette perspective, le sujet c'est tout à la fois l'action et l'imaginaire sociaux, c'est-à-dire encore les lieux et modes d'interaction des faisceaux de pouvoir et de savoir. Ce sujet de la connaissance sociologique, on le voit, est bien éloigné du sujet individuel. Mais ce n'est pas davantage le "véritable" sujet historique révélé par la "science" marxiste-léniniste qui faisait, sous la plume des Althusser et Pêcheux par exemple, oeuvre d'idéalisme et de réductionnisme en le ramenant aux classes sociales.¹⁶

En somme, le discours social, qui ne se laisse pas réduire au couple saussurien langage-parole, est un lieu de réalisation de la société. En ce sens, le discours est pourvu d'une effectivité de création et de transmission du social qui est bien autre chose qu'une

15. Gadet et Pêcheux, 1981; Bourque et Duchastel, 1984.

16. Par exemple, Lénine, 1948.

grammaire (Saussure) ou qu'une parole.¹⁷ Le discours social n'est pas que texte: il est aussi iconique, voire imaginaire.¹⁸

La connaissance des mécanismes de l'effectivité du discours social dans la constitution de la société elle-même ne se laisse donc pas réduire à un décompte des fréquences des mots (à la Berelson) ou à un découpage thématique à partir de catégories pré-définies (à la Holsti). Elle ne se laisse pas davantage enfermer dans le formalisme logico-mathématique, même si elle n'exclut pas l'apport que peuvent constituer les approches quantitatives.¹⁹ Certes, le discours se compose d'une grammaire du surface, et à ce titre, il contient des régularités, des récurrences et des exclusions, des modes d'emphase et des effets de langage qui ne sont pas indifférents à une connaissance des mécanismes de l'effectivité puisqu'ils sont le moyen visible de transmission de ce discours. Mais cette grammaire de surface n'épuise pas la parole.²⁰ Il faut aller plus loin, saisir le sens là où il est agissant, jamais entièrement fixé mais plutôt mouvant, en particulier dans ses interrelations avec d'autres pratiques discursives avec lesquelles il peut entrer en compétition pour la définition, voire le monopole, du champ et/ou de ses effets sociaux. L'approche que nous avons retenue tentera précisément

17. Barthes, 1968 par exemple.

18. Lacan, 1966.

19. Pécheux, 1973; Bourque et Duchastel, 1984.

20. Lévi-Strauss, 1969; Lacan, 1966; Derrida, 1967.

d'aller puiser, au coeur même de l'intertextualité, le sens d'une pratique discursive, celle du judiciaire sur l'obscénité.

3.2 Approche du discours juridique sur l'obscénité

(a) La méthode de lecture

On se doute bien que le discours juridique, tout comme et pour autant qu'il fait partie d'une formation discursive, est lui aussi traversé de multiples champs de force, traversant à son tour les lieux de pouvoir et de savoir. Comment le juridique réussit à camoufler l'arbitraire,²¹ à être reconnu malgré qu'il soit connu²²

- et non pas à être méconnu - voilà bien en un mot le problème de recherche qui nous occupe et qui demande une approche particulière.

Or, comme on l'a vu dans l'exposé du cadre théorique, le juridique se présente comme un code, déjà donné, évident, définissant l'homme moyen rationnel, permettant calcul et prévision qui seraient essentiels au bon fonctionnement de la société. Le juridique serait donc "sans histoire".

Il se présente aussi comme un langage spécialisé, hermétique sauf (même) aux initiés. Langage naturel certes, puisqu'il a trait aux

²¹. Bourdieu, 1986.

²². Bourdieu, 1986; Arnaud, 1981.

normes fondamentales de l'ordre social, mais langage codé - dans l'autre sens - tout de même. D'où la fonction d'interprète qu'est appelé à jouer le juge, l'exégéticien.²³

Code immédiatement saisissable des normes fondamentales, mais codé et donc appelant interprétation. Il y aura déjà là une première piste à suivre pour l'approche du discours juridique: que dit le code lui-même? Comment présente-t-il cette réalité qu'il veut protéger, instituer, contrôler? Ici, nous sommes demeuré attentif au texte du code dans ses diverses variantes de 1892 à 1959, de la première codification de l'obscénité à la dernière en date. Quel texte? D'abord celui portant sur l'obscénité même. Mais ce n'est pas suffisant, l'obscène tenant de plusieurs autres catégories. Nous avons aussi suivi l'évolution, quoique plus superficiellement, de dispositions connexes: indécence, blasphème, libelle et avortement. De plus, les dispositions du Code ayant une histoire dont les racines remontent souvent à des tentatives infructueuses d'y apporter des modifications, nous avons relevé le texte de projets de loi lorsque c'était possible. L'annexe A fournit le libellé et la numérotation des articles sur l'obscénité selon les périodes que nous avons découpées.

Que faire du texte? Au minimum en chercher la connaissance la plus juste du sens explicite, ce qui implique la comparaison du

23. Lenoble et Ost, 1981; Kalinowski, 1980.

libellé avec d'autres corpus discursifs, tels les débats parlementaires et la jurisprudence. Puis, en chercher une compréhension plus intime par l'analyse comparative des dispositions connexes, ce que chacune inclut et exclut, selon et à travers les époques. Enfin, tenter de percer le sens du texte par la déconstruction du discours jurisprudentiel.

Car le code n'est pas complet, cohérent, clos sur lui-même. Il ouvre sur une fonction d'appréhension du social que réalise le travail de mise en forme juridique. Le travail exégétique a, bien sûr, ses règles propres: celles-là nous les laisserons aux juristes chargés de faire progresser la science juridique, n'y référant qu'au besoin, pour expliciter certains passages de la logique juridique (par exemple, au chapitre 5, pour saisir les dimensions du passage d'un mode de construction de l'argumentation juridique à un autre). Nous intéressant à la connaissance de cette science juridique, nous tenterons de découvrir les mécanismes socio-logiques de la construction du (sens) socio-juridique tel qu'il se donne à saisir dans la jurisprudence. A ce second niveau, nous avons recensé toute la jurisprudence canadienne en matière d'obscénité rapportée dans les recueils, quelques décisions étrangères qui ont marqué l'histoire judiciaire, ainsi que des arrêts canadiens entourant les dispositions connexes à l'obscénité; on trouvera à l'annexe B la liste des arrêts recensés par période. C'est donc d'un examen de la rhétorique

juridique²⁴ dont il s'agira en second lieu: construction-déconstruction de l'objet pris dans les mailles du filet juridique, en identifiant les argumentations.

Ne retenir que la jurisprudence rapportée a évidemment des implications dont nous sommes conscient. D'abord, cela signifie que seule une petite partie des cas judiciairisés nous est connue. Cela signifie aussi que, règle générale, seules les décisions des cours d'appel faisant l'objet de publication, notre population de cas est nécessairement particulière. Par contre, les décisions utilisées ont l'avantage de donner des motifs détaillés, souvent fouillés. De plus, on peut penser qu'elles contribuent significativement - bien que ce soit sans doute le cas davantage à notre époque que ce ne l'était au début du siècle - à la formation de l'"opinion" publique. Enfin, et surtout, il est certain que les décisions d'appel ont un effet d'entraînement sur les décisions des tribunaux inférieurs, même si l'amplitude de ce phénomène demeure affaire de spéculation.

Ces textes, lus attentivement à au moins deux reprises et résumés, ont été analysés individuellement, puis en regard d'autres textes de même époque, dans une tentative d'en faire ressortir les thèmes, la structure et le sens. Toute comparaison boîte toujours un peu, et c'est d'autant plus le cas ici que nous avons comparé des

24. Goodrich, 1986 et 1987.

textes portant sur des affaires dont les détails diffèrent nécessairement et ne se comparent que partiellement selon la stricte logique juridique. Il reste que ce que nous avons fait à ce niveau ne se différencie pas de ce qu'ont fait d'autres exégètes (e.g., le Comité Fraser) ni de ce que font les cours elles-mêmes.

Tout cela ne suffit cependant pas. Analyser le code et sa grammaire, décortiquer l'interprétation et ses arguments, nous laissent travailler à l'intérieur du juridique. Il faut aller au-delà, atteindre l'imaginaire social qui est parlé dans le droit. Ici, prend forme l'analyse du juridique dans ses rapports avec d'autres pratiques discursives pertinentes. Là s'y découvriront les éléments par rapport auxquels le juridique se différencie, ceux qu'il retient en les condensant et ceux qu'il refoule ou réprime.

C'est alors que nous avons repris le discours juridique en fonction de son "géniteur", ici le politique, tel qu'il se présente dans sa fonction de législateur. Ici, il devenait plus difficile, arbitraire même, de choisir, et ce, à deux points de vue. D'abord parce que nous aurions pu choisir d'autres discours que celui du législateur, celui de la pratique religieuse ou des médias d'information par exemple. Le choix du discours législatif nous a semblé un choix pragmatique en ce qu'il permet déjà un meilleur ancrage sur le texte du Code que les parlementaires ont tâche de

formuler et d'expliquer.²⁵ Ensuite, seconde difficulté, il a fallu sélectionner: pas question de lire tous les journaux des débats, pour tout ce qui a trait même au seul droit pénal pour cette période de soixante-quinze ans. Nous nous sommes limité à recenser les débats couvrant spécifiquement le domaine de l'obscénité, spécialement lorsque des projets de modification étaient identifiables. D'autres débats ont pu avoir lieu qui nous auront donc échappé. L'annexe C dresse la liste des Rapports des Débats consultés.

Ces textes, d'une grande richesse pour saisir le sens du Code et la dynamique du rapport du législatif au judiciaire, constituent ainsi un élément intertextuel précieux. Nous ne les avons pas analysé en soi, l'objectif étant de comprendre le juridique plutôt que le législatif. Mais ils ont fourni un référent essentiel, permettant de marquer les lieux et les modalités de la transformation du discours juridique sur l'obscénité.

L'analyse porte donc sur trois niveaux, sur trois plans: le texte législatif lui-même, tel qu'il apparaît dans le Code (et dans certains cas tel qu'il n'y apparaît pas, comme par exemple là où des tentatives de modifications ont pu être proposées mais sont demeurées infructueuses); ensuite, le texte judiciaire qui interprète le texte, qui lui donne vie, saisi dans ses rapports internes, avec lui-même, sur un plan diachronique, c'est-à-dire qui reste conscient de

²⁵. On pourrait aussi y voir un ancrage théorique en ce qu'il ramènerait au couple Loi-loi.

l'histoire; enfin, le texte juridique dans ses rapports avec d'autres discours, principalement dans notre cas le discours politique tel qu'il se développe dans les débats parlementaires, dans un rapport intertextuel davantage synchronique.

Nous n'avons pas cherché, à l'analyse des décisions, une logique et une cohérence là où elles n'existeraient pas, même si la tentation était souvent forte, et se présente sans doute encore à l'occasion dans notre analyse, de prendre le juridique en défaut de logique pour ainsi dire. Conformément avec notre corpus théorique, nous n'avons pas davantage cherché à expliquer le discours juridique en fonction de son contexte social, en fonction par exemple de changements dans la structure des représentations pornographiques ou de l'industrie qui les sous-tend. Notre analyse du discours juridique a plutôt tenté de découvrir la texture de l'intertextualité, c'est-à-dire à identifier les aspects socio-politiques et juridiques par rapport auxquels le discours juridique se pose. Nous avons identifié principalement deux axes d'organisation et de différenciation du discours juridique sur l'obscène et à travers lesquels se comprend la question de son effectivité: le sexuel et le langage. Le premier, on s'en doute bien, constitue la spécificité même de l'obscénité. Il faudra voir cependant que la nature du sexuel visé se modifie radicalement au cours des périodes et s'insère dans une visée socio-politique plus large, celle du libéralisme. L'autre axe, le langage, paraîtra à prime abord plus pointu, moins évident. Il est cependant tout aussi essentiel à la compréhension de l'obscène puisqu'il

s'agit de l'énonciation des tensions entre deux référents fondamentalement différents à l'intervention judiciaire: la loi morale et la loi mesure, la Loi et la loi.

L'examen des décisions sur ces deux dimensions nous aura parfois mené à privilégier des décisions qui paraissent mineures par rapport à la jurisprudence. C'est qu'il s'agissait d'identifier les points d'ancrage du discours, ses référents, ainsi que les tensions qui le forment, et non d'en faire une exégèse.

Nous présenterons le mode d'assemblage du corpus, avant de fournir les dernières précisions quant au mode d'analyse.

(b) Le corpus

Nous ne pouvons parler du corpus sans d'abord parler de la période que notre étude couvre et des raisons qui ont présidé à ces balises temporelles. La période d'étude s'étend de la première codification du droit pénal canadien en 1892, jusqu'en 1969. Nous avons fixé à 1892 notre point de départ du fait que le test judiciaire codifié à l'époque permettait l'identification d'un référent plus fixe que la common law antérieure. De plus, la codification canadienne représente à sa manière une approche unique dans les pays de tradition britannique et en ce sens créait les conditions permettant à l'institution judiciaire de se dissocier un tant soit peu par rapport à la mère-patrie. De façon plus importante

encore, il est permis de penser, quoiqu'aucune étude ne l'ait encore établi à notre connaissance, que la codification représente une étape importante pour le système judiciaire canadien, une étape qui lui aurait en quelque sorte conféré une pleine légitimité comme institution centrale à la jeune fédération.²⁶ Quant au point d'arrivée, 1969 nous a paru significatif du fait que le bill omnibus décriminalisant l'homosexualité entre adultes consentants avait été adopté deux ans plus tôt et que cette loi abrogeait une partie de la disposition du Code sur l'obscénité (i.e., le paragraphe portant sur la publicité des médicaments entraînant la contraception ou un avortement), que les dispositions législatives en matière d'obscénité avaient été modifiées en 1959, permettant le développement d'un corpus interprétatif suffisant, et que ces dispositions n'ont pas changé depuis. De plus, les décisions prises depuis 1969 ont fait l'objet de multiples commentaires et représentent un volume considérable. Par ailleurs, comme l'a révélé le chapitre précédent, nous nous sommes permis une comparaison entre les données de la troisième période (1959-1969) et une décision prise en 1985 qui nous semble résumer adéquatement l'état de la jurisprudence en ce moment. Mais au-delà de ces raisons théoriques, il y avait encore (surtout?) une raison pratique: soixante-quinze années de jurisprudence nous ont paru tout à la fois suffisamment vastes pour prétendre à l'exhaustivité et concises pour que la base d'information demeure "gérable".

26. La récente étude de Brown, 1989, demeure à cet égard très insatisfaisante.

Nous avons divisé cette longue période en trois temps, qui sont issus de l'examen de la législation et de la jurisprudence, et non pas en fonction de périodes historiques particulières. Ces trois époques sont 1892-1925, 1926-1958 et 1959-1969. Chacune fera l'objet d'un examen séparé, pour en faire ressortir la spécificité, en rapport avec d'autres discours sociaux, ainsi qu'en fonction d'un contexte social plus vaste. Nous mettrons toutefois l'emphase sur la période 1959-1969, période qui a permis de fixer le cadre juridique actuel, mais période aussi de nombreux bouleversements au plan de la morale publique et au plan du réagencement déjà entamé du rôle de l'État. Citons, pêle-mêle, les rapports Kinsey sur la sexualité des américains (1957, 1959), Wolfenden sur l'homosexualité et la prostitution en Angleterre (1957), Archambault (1958) et Ouimet (1968) sur l'administration de la justice pénale au Canada, Parent sur l'éducation au Québec (1962), et McRuer sur les délinquants sexuels dangereux (1957); en matière d'obscénité, les arrêts de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Lady Chatterley (1962) et ceux de la Cour suprême des États-Unis; la création des programmes d'assurance-chômage et d'assurance-santé; les mouvements de contestation et de contre-culture qui prennent forme; les suites de la Seconde Guerre mondiale et la guerre du Vietnam. Période qui, en matière d'obscénité au Canada, a été particulièrement féconde, les modifications législatives et les décisions des tribunaux se succédant à un rythme ininterrompu.

Comme nous l'avons déjà indiqué, le corpus qui a fait l'objet de notre étude est formé de trois ensembles: au coeur même de l'étude, l'ensemble le plus important par rapport à l'objet de notre recherche, c'est celui qui comprend les décisions judiciaires publiées en matière d'obscénité. Les Tableaux 1 et 2 aux pages suivantes montrent comment elles se répartissent d'abord selon la nature du litige et ensuite selon la province.

Ce sont ces décisions, dans leur rapport les unes aux autres et dans leurs rapports au discours législatif qui nous ont permis de mettre à jour les mécanismes discursifs en jeu dans la constitution du sujet socio-juridique de l'obscénité.

DEUXIEME PARTIE
ANALYSE INTERTEXTUELLE

3

MICROCOPY RESOLUTION TEST CHART
NATIONAL BUREAU OF STANDARDS
STANDARD REFERENCE MATERIAL 1010a
(ANSI and ISO TEST CHART No. 2)

TABLEAU 1

**NOMBRE D'ARRETS RECENSES
SELON LES PÉRIODES(1892-1969)¹**

	1892-1925	1926-1958	1959-1969
Choses obscènes			
- Livres, photos, films, etc.	10	8	23
- Drogues, médicaments	1	2	1
- Histoires de crime	s/o	4	1
- Spectacles/ représentations	3	3	3*
- Libelle blasphématoire	3	2**	0
TOTAL	17	19	28***
* dont 1 pour injures obscènes ** dont 1 pour une exposition d'oeuvres dans une galerie *** dont 5 seront portées en appel devant la Cour Suprême du Canada, pour un total de 33 décisions.			

¹ Nous avons construit ce tableau, et tous les autres d'ailleurs, à partir des informations contenues dans le texte des arrêts répertoriés et analysés.

TABLEAU 2
RÉPARTITION PROVINCIALE DES ARRETS
RECENSÉS (1892- 1969)

	1892-1925	1926-1958	1959-1969
Terre-Neuve	s/o	-	1
Nouvelle-Écosse	1	1	3
Nouveau-Brunswick	2	1	-
Québec	7	5	5
Ontario	5	8	7
Manitoba	-	1	4
Saskatchewan	1	-	2
Alberta	1	2	1
Colombie-Britannique	-	1	5
TOTAL	17	19	28

DEUXIEME PARTIE
ANALYSE INTERTEXTUELLE

PROLOGUE
HICKLIN ET LE TEST DE L'OBSCENITE

La lecture des principales décisions en matière d'obscénité publiées au Canada au début du 20^e siècle entraîne une première constatation: les matières visées concernaient alors principalement les choses ou comportements immoraux, proches du libelle et du blasphème. En Angleterre, jusqu'en 1727, les tribunaux ecclésiastiques jugeaient de ces accusations, et elle ne se donnera sa première législation en matière d'obscénité qu'en 1857. Quelques jugements contemporains ont rapporté l'évolution de cette situation; ainsi, dans *American News*, le juge en chef de la Cour d'appel de l'Ontario dit ce qui suit:

Obscenity appears in the literature of ancient Greece and Rome and in Anglo-Saxon manuscripts. (...) However, I have not found a record or reference in the common law prior to the 18th century to offences for obscenity. Offences of that kind were within the jurisdiction of the Ecclesiastical Courts until 1727. In that year, a case was presented in the Court of King's Bench for publishing a pornographic book and after much controversy, that Court assumed jurisdiction in the matter: *R. v. Curl* (1727) 2 Str. 788, 93 E.R. 849. It will be observed that the book in that case was "pornographic" and not a work of literary merit.¹

Dans la décision pour la majorité dans l'affaire *Dominion News and Gifts*, le Juge associé Schultz de la Cour d'appel du Manitoba se fait encore plus précis sur cette question:

¹. *R. c. American News* (1957) O.R. 145, 25 C.R. 369, 118 C.C.C. 152 (CA), à la page 154-155.

Originally, there was no such offence (l'obscénité - DS) under the common law of England. During the Tudor and Stuart periods government censorship was largely concerned with alleged religious and political malpractice. The first reported case in which an attempt was made to establish obscenity in literature as a legal offence was *Reg. v. Read* (1708) Fortes Rep 98, 11 Mod Rep 142, 92 ER 777. The accused had published a book the very title of which indicated it was obscene, but the offence was held not indictable and to be cognizable only in the ecclesiastical courts. But 19 years later, in *Rex v. Curl* (1727) ... the earlier case was overruled.²

Et le juge de poursuivre:

Ultimately the case of *Reg. v. Hicklin* ... crystallized the law into the form in which it was to remain for almost a century.³

Du fait de sa place centrale comme référent obligé à plus de cent ans de jurisprudence en matière d'obscénité, il est essentiel de situer le jugement *Hicklin*⁴ et d'en proposer une analyse, avant de faire l'examen de la jurisprudence canadienne.

2. *R. c. Dominion News and Gifts* (1963) 42 W.W.R. 65, à la page 68, 40 C.R. 109, 2 C.C.C. 103, renversée (1964) R.C.S. 251, 42 C.R. 209, (1964) 3 C.C.C. 1.

3. *ibid.*

4. *R. c. Hicklin* (1868) 3 Q.B. 360.

Malgré tout ce qui en a été dit et écrit⁵, nous rappellerons d'abord les faits et les motifs de cet arrêt.

Un certain Henry Scott a obtenu, devant le Recorder du "borough" de Wolverhampton, la cassation, sujette à l'avis de la "Court of Queen's Bench", d'une décision antérieure prise par deux magistrats. En vertu de cette décision, les copies d'un pamphlet trouvé en la possession dudit Scott devaient être saisies et détruites au titre qu'il constituait un livre obscène. Scott est membre d'une organisation, "The Protestant Electoral Union", qui vise entre autres à dénoncer les pratiques immorales, blasphématoires et non anglaises, à maintenir le protestantisme, et à révéler les machinations des jésuites et de l'Eglise catholique romaine. Il a acheté au bureau central de cette société à Londres et revendu deux à trois mille exemplaires d'un ouvrage intitulé "The Confessional Unmasked; shewing the depravity of the Roman priesthood, the iniquity of the confessional, and the questions put to females in confession". Voici comment le juge Schultz de la Cour d'appel du Manitoba présente le personnage:

This case arose out of the sale of a religious polemic by a man who was a metal broker by trade, with no pretensions to literary skill. However intolerant the viewpoint he expressed, he was a man

5. En particulier, St-John Stevas, 1956; Rolph, 1961; Lloyd, 1956; Mackay, 1958; et plus récemment Robertson, 1979, inter alia.

of pronounced religious convictions and not in any conceivable sense addicted to pornography.⁶

C'est la décision du Recorder d'acquitter Scott et de renverser le jugement de première instance qui fait l'objet de l'avis de la Court of Queen's Bench, en 1868.

Tous les intervenants judiciaires reconnaissent au préalable le caractère obscène du pamphlet, y incluant le Recorder, même si le représentant de l'appelant (Scott) préfère parler de livre "controversé". Le pamphlet en question comprend des extraits d'ouvrages de théologiens catholiques romains, accompagnés de leur "traduction" en anglais, et de commentaires exposant et commentant les principes énoncés.

About one half of the pamphlet relates to casuistical and controversial questions which are not obscene, but the remainder of the pamphlet is obscene in fact as relating to impure and filthy acts, words and ideas.⁷

Pour le Juge en chef Cockburn, il ne fait aucun doute que cette seconde partie au moins du pamphlet est obscène. La question en litige consiste alors à déterminer si Scott a vendu ces livres pour servir le bien public et, si tel est le cas, si cette intention justifie l'action accomplie. Unaniment, les juges renversent la

⁶. R. c. Dominion News and Gifts, loc.cit., à la page 69.

⁷. R. c. Hicklin, loc.cit., à la page 363.

décision du Recorder et réaffirment la décision des magistrats de première instance. Pour Cockburn, la publication d'une chose obscène, quels que soient les motifs de l'accusé, doit entraîner les conséquences de la loi, dès qu'il est établi que la chose visée - et c'est là le fameux test retenu dans la jurisprudence ultérieure - aura tendance à corrompre l'esprit des plus sensibles à ce genre d'influences.

I think the test of obscenity is this, whether the tendency of the matter charged as obscenity, is to deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral influence, and into whose hands a publication of this sort may fall.⁸

Or, il a été établi que le pamphlet litigieux représente précisément un exemple de ce genre d'obscénité:

(...) it is quite certain that it would suggest to the minds of the young of either sex, or even to persons of more advanced years, thoughts of a most impure and libidinous character.⁹

La rhétorique du jugement d'appel emprunte alors un chemin sinueux. Au moins la moitié du pamphlet a été déclarée obscène, du seul fait des pensées impures et libidineuses que la lecture de cette partie du texte risquerait de soulever. Selon les principes énoncés par le tribunal, et en particulier la maxime "nul ne commettra une

⁸. id., à la page 371.

⁹. ibid.

faute pour atteindre le bien", la publication doit de ce fait être considérée obscène. Pourtant, deux raisons semblent empêcher de disposer aussi sommairement de l'affaire. D'abord, il faudrait éventuellement pouvoir dire ce qui rend telle ou telle lecture apte à soulever des pensées impures et en quoi cela devrait entraîner la destruction du livre. Tâche fort délicate pour les tribunaux qui y ont longtemps résisté et qui y sont aujourd'hui confrontés directement sans pouvoir trouver de solution, comme le montreront les chapitres subséquents. Ensuite, tout en prenant en considération la question du bien public, il faudrait omettre de tenir compte des intentions de l'auteur de l'infraction, qui, pourtant, dans certains cas comme on le voit dans l'affaire qui nous occupe, n'est même pas le rédacteur du matériel visé. Or, un principe de droit pénal fort bien établi prévoit que, sauf dans les cas de responsabilité stricte, l'acte seul ne constitue pas le crime: il faut encore que l'auteur en ait eu l'intention. Toutefois, l'intention coupable sera présumée pour autant que la personne soit reconnue coupable de l'acte qui lui est reproché, et il lui appartiendra de démontrer qu'elle ne pouvait former une telle intention (e.g., défense d'intoxication ou d'état de choc).¹⁰ De plus, s'il s'agit d'une infraction punissable par voie de mise en accusation, la culpabilité doit être établie hors de tout doute raisonnable plutôt que sur la balance des probabilités comme ce sera le cas pour les infractions sommaires ou dans les procès civils.

10. "Actus non facit reum nisi mens sit rea" (L'acte ne fait pas l'accusé si l'esprit n'est pas accusé).

C'est pourquoi la question posée n'est pas de savoir si le pamphlet est obscène - ce qui a été "décidé" au préalable - ni en quoi il serait obscène - ce sur quoi la cour préfère en rester aux métaphores et analogies - mais s'il était justifiable de le publier et donc s'il y avait intention coupable. Or, à cet effet, le tribunal admet que Scott, en distribuant ce pamphlet, avait uniquement l'intention de montrer aux protestants, voire même aux catholiques, à quel point les pratiques de l'Eglise catholique sont erronées, visant ainsi à prévenir la conversion éventuelle de protestants à cette religion, encourageant au contraire la conversion éventuelle de catholiques au protestantisme. Ayant ramené la question sur le terrain des intentions de l'auteur de l'infraction et ayant accepté la thèse de Scott selon laquelle son intention était juste, le détour rhétorique ne sera pas simple.

This work, I am told, is sold at the corners of streets, and in all directions, and of course it falls into the hands of persons of all classes, young and old, and the minds of those hitherto pure are exposed to the danger of contamination and pollution from the impurity it contains. And for what? To prevent them, it is said, from becoming Roman Catholics, when the probability is, that nine hundred and ninety-nine out of every thousand into whose hands this work would fall would never be exposed to the chance of being converted to the Roman Catholic religion.¹¹

Observons la solidité apparente du jugement rendu: la loi interdit de publier une chose obscène, le pamphlet en question est

11. id., à la page 372.

obscène, donc sa publication contrevient à la loi. Or, la rhétorique tombe à plat dès lors qu'on constate que c'est cette décision qui définit ce qui est obscène pour la première fois en ces termes. Scott, et toute la société pour la préservation du protestantisme, savaient vraisemblablement que le pamphlet était injurieux envers le catholicisme, qu'il exposait ce qu'ils considéraient être son immoralité (le confessionnal en particulier¹²) et qu'il pouvait entraîner une dégradation de l'esprit catholique; c'est même là ce qu'ils visaient. Ce jugement ayant établi qu'est obscène ce qui a tendance à corrompre et à dépraver ceux qui peuvent y avoir accès, comment les auteurs et distributeurs pouvaient-ils savoir que le pamphlet en question était obscène, c'est-à-dire que le bien-fondé de leurs intentions ne suffirait pas à les exénerer? Comment pouvaient-ils former une intention coupable à cet effet, puisque (1) le test (i.e., la définition) n'existait pas encore, (2) le pamphlet ne visait pas en particulier les enfants ni les faibles d'esprit, et (3) il ne cherchait pas à encourager les pensées libidineuses mais à dénoncer leur stimulation par les pratiques de la religion catholique?

Si l'accusé ne pouvait former d'intention coupable, comment en arrive-t-on à ce prononcé de culpabilité? Le tribunal maintient que

12. Un siècle plus tard, quoique dans une toute autre perspective, Foucault ne nous renseigne-t-il pas abondamment là-dessus, montrant en particulier comment le confessionnal est un lieu privilégié de construction de la chose sexuelle, plutôt que lieu de sa répression comme il est d'usage de le penser; Foucault, 1978.

les auteurs auraient dû savoir que de telles descriptions pouvaient corrompre l'esprit des personnes pouvant avoir accès à ce pamphlet, même s'il ne s'agissait pas des personnes visées par les auteurs et les distributeurs. Corrompre non pas dans le sens souhaité par Scott et l'organisme auquel il appartient, c'est-à-dire démoraliser face aux pratiques de l'Église catholique, mais dans un sens opposé - que les juges ne discutent qu'à mots couverts - c'est-à-dire en émuissant, en stimulant le goût pour les actes révélés au confessionnal. Il aurait peut-être été légitime - légal même - de dénoncer les pratiques de l'Église en recourant aux arguments et controverses de l'esprit, c'est-à-dire par la métaphore; il devient inapproprié de le faire dès que les exemples rhétoriques utilisés par les auteurs portent sur la chair et se présentent en langage accessible.

Autrement dit, la Cour d'appel dit deux choses en même temps: d'une part elle refuse que la société civile condamne des pratiques religieuses, y voyant peut-être comme conséquence la séparation formelle de la moralité et des valeurs: s'il doit y avoir séparation, elle sera prononcée par les tribunaux; et d'autre part elle réprime la stimulation potentielle, par un document public, de pensées sexuelles qui entraîneraient éventuellement le développement d'une autre image du corps sexuel, dans la sphère publique, reconnaissant implicitement la distinction du public et du privé en ce domaine.

Il est possible que des antécédents propres à Scott ou à l'organisation-mère, voire d'autres motifs, par exemple des considérations électoralistes, fassent partie de la constellation des facteurs expliquant cette décision. A quoi il faut encore ajouter que, puisque nous n'avons pas eu le bénéfice de lire ledit pamphlet, rien ne nous permet de savoir quelle place y occupent les exemples libidineux, ni quelle est la forme de leur traitement. Mais si les juges, en raison de la teneur intrinsèque du pamphlet, avaient quelque raison de douter des motifs exprimés par l'accusé, que ne l'ont-ils pas exprimé clairement? Au contraire, ils multiplient les assurances à l'effet que les intentions de Scott ne sont pas en cause. Ce sont les circonstances qui ont fait l'obscénité, et tout spécialement les circonstances de la distribution du pamphlet, vendu au coin des rues à qui veut bien déboursier le prix de son acquisition. Si un pamphlet dénonçant les pratiques de l'Eglise catholique a peu de chance d'attirer les enfants ou autres faibles d'esprit, le même pamphlet peut retenir leur attention en suggérant la possibilité d'une corps différent, régi par d'autres normes.

Dans son Digest of the Criminal Law, sir James Fitzjames Stephen, souvent considéré comme le père du Code criminel canadien, et qui a fait partie de la commission britannique chargée de présenter un code pénal au gouvernement anglais, se sert de ce jugement pour expliquer le libellé de la disposition qu'il propose sur les publications obscènes. Voici ce qu'il en dit:

A, a bookseller, publishes the work of a casuist, which contains amongst other things obscene matter. The work is published in Latin and appears from the circumstances of its publication to be intended for bona fide students of casuistry only. A has not committed a misdemeanor.

B extracts the obscene matter from the work so published, translates it into English, and sells it as a pamphlet about the streets for the purpose of throwing odium upon casuists. B has committed a misdemeanor.¹³

Ce compte-rendu ne correspond pourtant pas aux circonstances de l'arrêt Hicklin puisque, pour autant qu'on sache à partir des informations fournies par la décision, le pamphlet ne contenait pas uniquement des passages obscènes, ni ne visait à dénigrer les casuistes comme le suggère le cas "B". Cette interprétation contribue tout de même à jeter quelque lumière sur certains éléments qui ont pu retenir l'attention des juges dans l'élaboration de leur décision. Premièrement, au lieu que d'être publié en latin, le pamphlet a été rédigé en langage vernaculaire, le rendant ainsi accessible "à toutes les classes de la société": il est sans doute certaines informations qu'il n'est pas bon de rendre aussi largement disponibles; lesquelles? Deuxièmement, au lieu que d'être destiné aux seuls membres de l'organisation pour la préservation du protestantisme ou, peut-être, aux adultes intéressés par le débat sur les religions et capables de faire la part des choses, le document a été distribué au grand public, risquant d'entraîner la corruption

13. Stephen, 1877: 172.

d'esprits insuffisamment formés; pourquoi, pour qui, cette préoccupation préventive?

Ce sont là des arguments qu'invoquent la plupart des commentateurs modernes de l'arrêt Hicklin pour tenter d'expliquer sa rhétorique: la montée d'une nouvelle classe moyenne ainsi que de la capacité de lire d'une proportion de plus en plus grande de la population, auraient entraîné la crainte que ces nouvelles classes ne soient pas aussi "civilisées" que les anciennes classes nobles qui, auparavant, avaient seules la capacité de lire. Ainsi, par exemple:

The rise of a new literate middle class, the product of the Industrial Revolution, stirred the public conscience and impelled the authorities to take some steps to suppress the trade in pornography. Many of the magistrates were sympathetic, although some of them exarcebated the danger.¹⁴

On ne peut nier que la capacité de lire nouvellement acquise par une majorité de la population ait pu provoquer des craintes, même les plus irrationnelles, au sein des classes traditionnellement privilégiées, d'autant plus qu'à cette faculté correspondaient des revendications sociales nouvelles et articulées politiquement de manière beaucoup plus efficace que par le passé. En ce sens, l'argument a sans doute une certaine validité. Cependant, il

¹⁴. Hyde, 1964: 165-166. Robertson, 1979, et avant lui, Rolph, 1961 ainsi que St-John Stevas, 1956, ont utilisé une argumentation similaire. Plus récemment, Cole, 1989.

n'explique rien de la spécificité de la rhétorique juridique de l'obscénité. Il postule en fait un certain nombre de choses, dont en premier lieu, qu'il aurait existé un commerce de pornographie quand rien n'est moins évident. Certes, l'Angleterre victorienne est réputée pour avoir vu croître un fort goût pour les publications licencieuses à l'intention des gentlemen de la bonne société. Mais qu'il se soit agi d'un commerce plus largement accessible n'a jamais été établi à notre connaissance. Au contraire, tout aurait été fait, par les consommateurs eux-mêmes, pour en limiter l'ampleur à quelques cercles d'initiés, généralement recrutés parmi la noblesse. En second lieu, l'argument présume aussi que c'est le commerce de la pornographie qui aurait conduit les autorités à légiférer. Les pressions exercées par des organisations telles la Société pour la suppression du vice ont certes été à l'origine du Lord Campbell's Act de 1857 qui constitue la première législation britannique en matière d'obscénité. De même, les pressions exercées par ces groupes ont souvent réussi à provoquer des poursuites, dont la grande majorité auraient été couronnées de succès.¹⁵ Mais rien n'indique que le volume ou la nature du commerce de pornographie auraient été déterminants dans l'adoption de la législation. En troisième lieu, cet argument postule que la jurisprudence répond en écho aux constructions législatives et aux pressions publiques (e.g., les juges se sont montrés sympathiques...), quand elle n'en fait, au

15. St-John Stevas, 1956. Là-dessus, voir aussi Goodrich, 1987, où l'auteur expose longuement le mode rhétorique de création du droit. Pour un examen de la situation en droit continental, Arnaud, 1973; Lenoble et Ost, 1980.

mieux, qu'une lecture attentive, ainsi que le montreront les chapitres subséquents.

Ni les règles du droit (le texte législatif et la jurisprudence), ni les facteurs sociologiques mentionnés dans la littérature (e.g., la capacité de lire), ne nous semblent permettre véritablement d'expliquer la logique de cette décision; mais peut-être n'a-t-on pas cherché au bon endroit, c'est-à-dire dans le texte même de la décision. Ce texte, il parle beaucoup, mais il dit peu de l'obscénité, du moins si on y cherche les manifestations d'une exploitation sans mérite du sexe. C'est ainsi qu'on observe qu'en une vingtaine de pages de jugement, pas une ligne ne décrit les caractéristiques ou la nature du contenu obscène, seuls les qualificatifs "immoral", "impur", "libidineux" permettant de saisir à mots (dé)couverts qu'il est bel et bien question, mais ailleurs qu'ici, de sexe. Ailleurs, car il ne se dit pas dans le droit. Et il ne s'agit pas de n'importe quel sexe.

Evidemment, il y est le sexe dans ce fameux pamphlet, de même qu'il se trouve aussi dans la décision; et autrement que comme pur symbole. En fait, le sexe, en particulier le sexe des femmes (rappelons que le pamphlet porte en sous-titre "l'iniquité des questions posées aux femmes au confessional"; nous observerons tout au long des développements ultérieurs de la jurisprudence ce rapport nécessaire au sexe féminin en matière d'obscénité), constitue la métaphore privilégiée de l'obscénité, en deviendra même la métonymie,

faisant prendre une chose pour une autre. Il en résultera, à l'époque moderne, une incapacité à saisir la pornographie autrement que comme représentation sinon mise en forme de la répression du sexe féminin quand, en fait, comme construit juridique, elle ne permet pas de réprimer grand'chose, surtout la sexualité. Ce que vise le droit de l'obscénité c'est bien autre chose que le sexe, du moins si on l'entend au sens de la représentation, en mots ou en images, des organes et rapports sexuels. La décision rendue dans l'affaire Hicklin est on ne peut plus claire là-dessus: l'obscène, ce que le droit dit réprimer, ce n'est pas tant le sexe, ni même le fait de le montrer ou de le décrire, que certaines circonstances: la chose "x" sera ou ne sera pas obscène selon la manière de la distribuer, selon la population à laquelle elle est destinée. La discussion publique des choses sexuelles doit prendre certaines formes, que l'autorité doit pouvoir approuver, même symboliquement, pour qu'elle demeure dans la légalité. Pour parler de sexe, l'Église a son confessionnal et ses sacrements, la société civile aura ses petits (et grands) moyens: médecine et psychiatrie, histoires populaires et littérature sérieuse; mais que l'on confonde les genres (Hicklin) ou que l'on dépasse les limites implicites admises, et c'est l'excommunication ou la sanction légale. L'obscénité n'est donc pas une qualité immanente qui s'attacherait au sexe dès qu'il est représenté. Comme le montrera l'analyse de la jurisprudence canadienne, il existe d'autres catégories juridiques pour traiter de la représentation publique des choses sexuelles, dont celle de l'indécence. De fait, à une autre population, dans d'autres lieux ou

sous une autre forme, la même chose, par exemple la description des fonction sexuelles, n'est plus obscène. Pourquoi?

Les juges siégeant en cette affaire établissent l'ordre (une nouvel ordre?) des choses, qui n'est plus un ordre divin, celui des catholiques par exemple, où le sexe est parfois considéré comme un péché en soi, (quoiqu'un péché qui se dit, qui doit se dire), mais un ordre qui sera temporel, celui de la loi, où le sexe est affaire privée. L'obscène, en ce qu'il est mis en scène, mis sur scène, exposé, dévoilé, fait partie de l'ordre du dicible, du nommable, c'est-à-dire des autorités constitutives de la société, et des rapports qu'ils instituent, société-sujet, public-privé, etc. Il découlera de l'arrêt Hicklin, que d'un côté, le juridique fera en sorte que l'obscène, saisi à travers le sexe, ne sera plus inscrit dans la nature humaine comme faute originelle, exerçant ainsi un passage par où le sexe devient affaire privée. De l'autre, il stipulera que l'obscène est à connaître à travers l'étude des lois de la nature (la psychanalyse et les sciences psy par exemple) et celles de la société (la séparation des sphères), exerçant un passage de la Loi à la loi.

Car le sujet socio-juridique de l'obscène instaure un type de rapports entre les sphères (et ultimement entre les genres) ou du moins une manière différente de les concevoir. Refusant d'approuver la condamnation des pratiques de l'Église catholique, fut-ce au nom d'une morale comme le veulent les auteurs du pamphlet, la Cour

n'entérine pas pour autant une visée proscriptive de la sexualité. Au contraire, le sexe en tant qu'affaire privée peut se dire, et même se dire publiquement, mais dans certaines conditions. Dans l'affaire Hicklin, les conditions semblent telles toutefois qu'il est aisé de conclure à une prohibition de toute parole publique sur le sexe.

Il faut déterminer deux éléments. Premièrement, comment le discours juridique exerce ce passage d'un ordre (divin) à un autre (temporel) - du sujet de Dieu au sujet de Droit, de la Loi à la loi. Et deuxièmement, comment ce passage réussit à renverser, sans le dire, le référent sur lequel il s'est bâti, celui d'une transgression prescrite. En effet, dans le discours religieux, le sexe est une transgression prescrite, c'est-à-dire une faute qu'il faut commettre pour que se réalise l'oeuvre de Dieu. Pour prendre conscience de l'humain, il faut pécher, pour prendre conscience de Dieu, il fallait déchoir. Réalisée, répétée, la transgression appelle aussitôt l'expiation, la confession, la parole adressée à Dieu. Le juridique renverse en quelque sorte ce référent, stipulant que le sexe, comme affaire privée, ne le regarde pas, qu'il ne veut pour ainsi dire rien entendre. C'est dans ses conséquences publiques que le sexe avoué, parlé, expliqué, prend valeur normative et retient son attention. Il s'agit de voir comment, dans sa mise en forme juridique, le renversement de la transgression s'ancre dans une volonté de gestion du social qui passe par le sexe, mais où le sexe est véhicule plus qu'enjeu. Car l'enjeu principal est ailleurs, au niveau du corps social plutôt que du corps individuel, dans

l'articulation du (bon et loyal) sujet socio-juridique c'est-à-dire d'un sujet privé ("privé" d'un référent moral), mais pourvu de droits et donc public.

La reconnaissance de l'obscène sous cette forme, et dans cette mise en scène, se réalise à travers deux mécanismes, celui du langage fondateur (la Loi) et celui de la gestion du social (la loi).

(1) La Loi comme langage fondateur - En premier lieu, et ce n'est rien de surprenant, le droit en donnant toutes sortes d'autres exemples, le mécanisme de la filiation (paternelle) Dieu-Loi est à nouveau mis-à-jour, ce que nous appellerons l'axe du langage fondateur. Le pamphlet, rappelons-le, traite de ce qui se passe au confessionnal, entre le prêtre (dévoté, immoral) et la femme qui se confesse (esprit pur, et non pas pur esprit, entraîné au mal par le prêtre). N'y a-t-il pas là une proximité spéculative trop flagrante avec le mythe de la genèse pour qu'elle ne fasse pas au moins partie de l'explication, non pas de la rhétorique proprement juridique de la décision, mais plutôt du renversement de son origine extra-judiciaire? Dans la Genèse, c'est la femme qui se laisse corrompre par le serpent et qui, par la suite, corrompt l'homme.¹⁶ Dans notre affaire, c'est l'homme, un prêtre, qui pervertit ses fidèles, ici une femme. Au second degré, c'est un autre homme, l'accusé, qui pervertit d'autres esprits purs en propageant la dénonciation de ces

¹⁶. Par exemple, Guiraud, 1978; aussi Dardigna, 1981.

obscénités. D'où il s'ensuit qu'à ce moment spécifique de la constitution du sujet socio-juridique de l'obscénité, la femme est doublement instrument: elle est l'instrument du "serpent" qui la pénètre de sa perfidie - comme elle sera celui de Père qui lui insufflera l'Esprit et en concevra ainsi le Verbe - faisant ainsi allusion à la corruption qu'elle subit; mais elle est en même temps instrument de libération du joug des dogmes de l'Église présidant alors à la constitution de la sphère publique.

Ainsi que l'a montré le deuxième chapitre, plusieurs analystes, principalement d'orientation féministe, soutiennent que la chose pornographique constitue une exploitation de la sexualité féminine et que le mécanisme de cette exploitation serait ancré dans les institutions de la société patriarcale, spécialement le droit, où la femme appartient à la sphère privée et l'homme à celle du public. Cole par exemple dira que la jurisprudence canadienne sur l'obscénité révèle que l'homme n'a pas de sexe qu'on veuille montrer, exhiber: son sexe est affaire privée, voire sacrée, ce qui expliquerait pourquoi cette jurisprudence aurait été toute entière centrée sur la protection du pénis.¹⁷ Ainsi:

According to the law, the penis is so sacred,
scary, profane, it must be hidden at all costs. The
costs wind up being paid by women whose vulvae and

17. Sur la jurisprudence canadienne, voir Cole, 1989. Dans cette veine, voir aussi Irigaray, 1977; Carrier, 1983 et 1984; Kappeler, 1986; Humm, 1988.

breasts can be displayed in detail without a singly legal sanction.¹⁸

Or, dans sa constitution juridique à partir de l'arrêt Hicklin, l'obscène ce n'est pas le contenu lui-même, ce ne sont pas les passages libidineux, que les juges auront tout au plus invoqué, sans les nommer, dans une sorte d'exorcisme rituel. Sauf à penser que la société de la révolution industrielle, voire les sociétés contemporaines, sont plus prudes que les sociétés de la Rome antique, de la Chine impériale, ou de l'Europe moyenâgeuse, (argument qui se retrouve chez de nombreux commentateurs de l'obscénité¹⁹), il faut en effet admettre que le sexe, y incluant le sexe masculin, sa représentation en dessin, en peinture, ou par l'écrit et les gestes, n'est pas en soi l'objet de la constitution de la catégorie juridique de l'obscénité. De tout temps, les sociétés humaines semblent avoir admis, encouragé même, des mécanismes permettant de parler publiquement de la chose sexuelle. Plus même, pour aller dans le sens des travaux de Godelier²⁰, la sexualité serait investie par l'ensemble des rapports sociaux pour parler et produire du social. Il serait pour le moins étonnant, et il est fort peu probable, que les sociétés contemporaines se refusent cette forme d'expression. En fait, tout donne plutôt à penser qu'elles en font un usage peut-être

18. Cole, 1989: 32.

19. Ainsi, par exemple, Hyde, 1964; Chandos, 1962; Loth, 1962; Ernst et Seagle, 1928.

20. Godelier, 1982.

encore plus effréné, probablement plus généralisé et plus diffus, que maintes sociétés traditionnelles.²¹

A travers l'affaire Hicklin se profile une Église où le sexe se dit et se parle, au confessionnal par exemple. L'exposition de ces choses "privées" y prend même un caractère apparemment public dans des formules rituelles telle se confesser "devant Dieu et devant les hommes". L'obscénité ne froisse pas les oreilles de Dieu, bien au contraire; car le péché, la transgression, ne tiennent pas de la parole publique - qui libère et lave de la faute - mais du geste lui-même, de l'acte (sexuel). La pratique religieuse ne distinguerait donc pas nécessairement une sphère privée d'une sphère publique: le fidèle doit tout dire à son pasteur, surtout ses "fautes".

Le judiciaire, lui, ne veut rien entendre, ne veut pas que ces actes soient rendus publics, la distinction entre les sphères lui étant essentielle. L'autorité publique, ouverte, que constitue le tribunal (par opposition au confessionnal qui serait, lui, une autorité privée, fermée) instaure donc une sphère privée, c'est-à-dire en particulier "privée" de sa possibilité de se dire, de s'exposer publiquement. C'est pourquoi le distributeur du pamphlet doit être trouvé coupable, puisqu'il a reproduit exactement ce qu'il dénonçait:

²¹. Là-dessus, par exemple, Heath 1982; mais aussi, bien sûr, Foucault, 1976, 1984a et 1984b.

The very reason why this work is put forward to expose the practices of the Roman catholic confessional is the tendency of questions, involving practices and propensities of a certain description, to do mischief to the minds of those to whom such questions are addressed, by suggesting thoughts and desires which otherwise would not have occurred to their minds. If that be the case as between the priest and the person confessing, it manifestly must equally be so when the whole is put in the shape of a series of paragraphs (...), each involving some impure practices, some of them of the most filthy and disgusting and unnatural description it is possible to imagine.²²

Pour le tribunal, la dénonciation faite par les auteurs du pamphlet des pratiques de l'Église catholique parce qu'elles ne respectent pas le caractère privé de la personne est obscène du fait qu'elle répète, surtout en public, les mêmes descriptions. La Cour ne veut rien entendre de ces choses privées, non parce qu'elle veut les réglementer, les réprimer, mais simplement parce qu'elles sont en-dehors de son champ qui est de déterminer les frontières du public et du privé et de gérer les droits dans la première de ces deux sphères. Autrement, comment l'institution juridique se distinguerait-elle de l'Église? Comment, en particulier, le tribunal de droit commun pourrait-il alors être autre chose qu'un tribunal ecclésiastique? Or, en créant l'infraction d'obscénité, le

²². R. c. Hicklin, loc.cit., à la page 371.

judiciaire s'est précisément distingué des tribunaux de droit canon, qui, auparavant, avaient seuls juridiction sur ces matières.²³

(2) La loi et la gestion du social - Le second mécanisme de la constitution de l'obscène, c'est celui de la gestion du sexuel dans la société à travers la loi. De façon apparemment secondaire et pour ainsi dire en retrait, voire en réfraction spéculaire par rapport au premier, mais pourtant caractéristique essentielle de l'obscène, le mécanisme de la relation à la chose sexuelle consiste en une relation contradictoire faite d'un double mouvement d'attraction-répulsion, de positivité-négation.

Dieu et la Loi, avons-nous dit, incarnent la filiation paternelle; à coup sûr, ils fondent le (pouvoir) masculin. La répression religieuse de tradition chrétienne de la sexualité, sinon que comme un "mal nécessaire" que l'on peut convertir en sacrifice, par la reproduction, témoigne amplement de la négation de la femme; doublement instrument de la chute avons-nous dit: pour avoir voulu connaître, elle fait désormais chuter l'homme. La répression juridique de l'obscénité dira, sur un autre mode, comment doit être gérée la sphère publique, qui est de son ressort, et demeurera silencieuse sur la gestion de la sphère privée, qui ne la regarde pas. Là où il y a confusion, c'est qu'à la source religieuse de la règle juridique de l'obscénité se trouve fondamentalement la

²³. Là-dessus, voir l'étude de la Commission de réforme du droit, Canada, 1972.

relation de l'homme à la femme - et non l'inverse - rappelant toujours le péché originel, sa déchéance à lui et sa faute à elle. Dénoncer explicitement comme le fait le jugement (coupable!), la dénonciation que faisait la pamphlet (c'est mauvais) des révélations faites au confessionnal au sujet d'une sexualité dévoyée, immorale, dégoûtante, en somme obscène (la faute), revient en apparence à affirmer la faute. On comprend ainsi que la jurisprudence sur l'obscénité ait pu se donner à voir comme mettant en forme juridique la répression (religieuse) de la sexualité. Mais pour le juridique, la "faute" n'a pas le même sens. Le juridique ne se prononce pas sur le sexe en tant qu'activité privée: la faute n'est pas dans l'acte privé mais dans ses conséquences publiques. Le juridique ne veut entendre parler du sexe que pour autant qu'il implique un autre sujet de droit, d'où son profond intérêt pour le sexe-reproduction. En ce sens, il condamne le pamphlétaire parce que son pamphlet, en dénonçant la dénonciation religieuse du sexe, pouvait ainsi contribuer à légitimer une sexualité non orientée vers une finalité. Dénoncer cette dénonciation équivaldrait alors à l'affirmation de la possibilité, sinon de la désirabilité de cette sexualité. Côté négatif, le juridique refuse de reconnaître l'existence d'une sexualité autre que privée. Côté positif, il cherche à établir la valeur sociale de la sexualité, empruntant au besoin à d'autres discours - comme nous le verrons plus loin - pour trouver la loi au sein de la société civile sous la forme d'un commun dénominateur, ici l'exigence de reproduction pour la gestion du corps social.

Le rapport du juridique à la chose sexuelle est tout aussi ambivalent que son rapport au religieux. Au creux de cette ambiguïté repose le corps féminin. C'est par lui, sur lui, que se réalise ce passage d'un ordre de signifiants à un autre: de la moralité religieuse à l'obscénité juridique, de l'interdit sacré à l'interdit profane. D'où la puissance significative de ce corps que l'interdiction de l'obscène permet de révéler par devers elle-même: c'est parce qu'elle permet de passer d'un ordre de sens - et des sens - à un autre, que la représentation de la femme gêne et dérange potentiellement l'ordre public.²⁴ C'est pour cette raison qu'il faut à la fois en permettre l'exposition, la mise à nu, et en contrôler les conséquences. S'il fallait que la société, le domaine public, le masculin, se laissent emporter par cet autre sens, tombent dans cet abîme, quelles conséquences néfastes, quelle dé-moralisation n'en sortiraient pas? Mais il sera alors bien difficile de déterminer quelles représentations de ce corps-signes devraient être interdites, et surtout en vertu de quel principe. C'est en ce sens que cette représentation et sa répression juridique parlent du social (et non de la moralité ou du sexuel): la représentation du corps de la femme permettant ce passage d'un ordre à un autre, il devient en quelque sorte un lieu d'investissement privilégié des pouvoirs

24. Ainsi, de dire Dardigna: "Ce qui est incrit dans ce troisième chapitre de la Genèse, c'est que les femmes ("la Femme") détruisent la Loi du Père et menacent directement les valeurs fondamentales de l'Ordre patriarcal en induisant tout un autre système de valeurs et en se faisant les initiatrices du désir, tout particulièrement du désir sexuel"; op.cit.: 176.

publics, pour la gestion de l'ordre public, savoir la (re)production (procréation ainsi que constitution socio-juridique) des citoyens.

A la fois anodin et capital, l'arrêt Hicklin contient en germe le terme de tout le discours juridique ultérieur sur l'obscénité en ce qu'il porte à la fois sur son endroit et sur son renversement. Côté clair, il révèle que l'obscène est bel et bien une catégorie juridique, c'est-à-dire une construction permettant de traduire (à travers le corps féminin) les impératifs d'un "ordre naturel" des choses sociales, c'est-à-dire encore d'une gestion rationnelle de la chose publique qui exige la distinction d'avec une chose privée.

Côté reflet, ce que renvoie le miroir mais qui demeure dans la pénombre, les impératifs d'un "ordre naturel" des choses sexuelles, où seuls les excès dans le ton et la manière de dire et de faire ces choses excèdent le juge et qu'il dénonce comme tels. Excès qui donnent à voir non seulement les puissances qui se trouvent dans - plutôt que derrière - l'ordre, mais aussi les (dés)ordres possibles; excès de vision de comportements humains - trop humains - qui font bander les sens. Et face auxquels la justice, comme on sait, préfère se bander les yeux, spécialement son rapport au corps féminin, contenu dans l'ordre des choses, mais qui demeure inaccessible au droit.

Peut-on savoir, à partir de Hicklin, ce qui sera obscène? Ce n'est ni l'affaire du juge de le révéler, ni davantage celle de

l'objet intimé. De toute façon, la tentative de le fixer à quelque réalité définie, délimitée par avance, qui le rendrait prédictible en lui accolant quelque qualificatif sans équivoque reste vouée à l'échec. Cela, le juridique, en véritable Humpty Dumpty, l'a bien saisi, lui qui demeure en tout temps maître des significations accordées aux signes. Ce qui n'empêche ni les législateurs, ni des féministes, de continuer à chercher cet introuvable Graal.

L'obscène, en effet, demeure une métaphore, une figure de style de la rhétorique juridique; en cela il est ineffable et inépuisable dans le mot; une image ne vaut-elle pas mille mots? Chercher l'ordre du sens et du signifié en ce domaine constitue une vaine entreprise, quand tout se joue véritablement au niveau des signifiants et que les sens changent selon les éléments mis en place; c'est sur les règles et les modalités de ces changements que devra plutôt porter l'examen. Puisque l'obscène n'est jamais que circonstance - atténuante? - d'un dérèglement civique tout aussi mouvant, ce sont les limites de ce mouvement que l'on voudra mettre à jour. Quant aux pulsions physiques qu'il sous-tend, elles appartiennent à l'ordre de l'infra-droit, ou mieux de l'avant-scène du droit, ne se prêtant pas à une mise en forme juridique, le droit ne sachant traiter que de signifiants et d'abstractions ou d'idées de lois.

Quand l'obscène est présenté - dans le droit et ailleurs - comme l'envers de l'ordre, du beau, du sain, du tolérable, il ne faut y voir, à notre sens, que pure métaphore: l'obscène, comme catégorie juridique, c'est l'endroit même de l'ordre, c'est-à-dire à la fois

son lieu (public et pudique), le corps de la femme en particulier, et son côté (visible, droit cum rectus): le produit du sexe, la procréation.

QUATRIEME CHAPITRE

**L'OBSCENTIE A L'EPOQUE CONSENSUELLE (1892-1925)
ou la loi du père est aussi la Loi du Père**

Introduction

Les premières décisions rendues au Canada en vertu du Code de 1892 se rapprochaient des circonstances de l'arrêt Hicklin, qui a fait jurisprudence au Canada jusqu'en 1959 et même ensuite, quoique dans une moindre mesure. Or, il n'est pas indifférent, loin de là, que ce test lui-même ait été développé à partir d'une publication ayant trait à la religion. C'est que, comme le révélera ce chapitre, il se dégage de cette première période une délimitation des frontières juridiques de l'obscénité par rapport à la tradition morale, principalement catholique.

D'un côté, la notion juridique de l'obscénité se constitue par rapport au libelle et au blasphème, qui étaient, à l'origine, des infractions de caractère religieux. Rappelons qu'au 18^e siècle le judiciaire s'est imposé par rapport aux tribunaux ecclésiastiques pour affirmer sa juridiction de droit sur la moralité publique. Au 19^e siècle canadien, quoique sans le dire explicitement pour ne pas menacer le fragile consensus sur lequel se fonde son intervention, le judiciaire s'oppose de facto à la tradition religieuse, spécialement celle de l'Église catholique, qui distinguait peu entre une sphère publique et une sphère privée. La différenciation qu'il opère en première période entre le blasphème et le libelle qui marquent pour ainsi dire les deux pôles de l'ordre social, soit le privé et le public, lui permet d'instituer la légitimité d'une sphère privée et d'un sujet (de Droit) public.

De l'autre côté, l'obscénité sera définie par rapport à l'immoralité et à l'indécence. Ici, les pôles correspondants sont ceux du profane et du sacré. Menant la logique des deux sphères à sa conclusion, la notion juridique de l'obscénité ne vise pas tant la répression du sexe en soi que le contrôle de certaines de ses manifestations dans l'ordre public. Mais la jurisprudence de première période ne se fait pas très claire là-dessus; il faudra attendre les époques subséquentes pour voir se dessiner plus ouvertement la nature de ces manifestations.

Notons que cette période, allant de la première codification du droit pénal au Canada à la veille de la refonte de 1927, sera particulièrement intense en modifications législatives tentées ou réussies (1900, 1903, 1906, 1909, et 1913 pour ne mentionner que les modifications réussies) témoignant d'une autre manière du procès de constitution de la légitimité de l'obscène comme catégorie juridique.

Si cette fébrile activité à la fois législative et judiciaire peut, à prime abord, laisser croire à la difficile recherche d'un consensus social autour de la nature et du sens de l'obscénité, l'examen des discours parlementaire et surtout juridique montrera qu'il n'en est rien. Il s'agit, au contraire, d'une période empreinte d'une sorte d'harmonie relative, du moins entre les élites dirigeantes. En effet, la hiérarchie religieuse et les politiciens, les bien-pensants et autres intellectuels aussi bien que les

magistrats, semblent tous y trouver leur compte. Chacun, bien sûr, laisse un peu de son autonomie - pour autant qu'elle ait existé - dans la gestion du discours sur l'immoralité et des pratiques de son contrôle. Par exemple, l'Église ne constitue plus le seul pouvoir en charge de ce domaine: elle avait déjà dû faire place au magistrat, elle doit désormais faire place au législateur. Le résultat paraît toutefois plus que satisfaisant pour les parties en cause, du moins dans la première moitié de cette période. Si on légifère, c'est pour assurer l'arsenal nécessaire à la répression (même symbolique) de formes nouvelles d'indécence (e.g., les représentations théâtrales). Mais c'est encore, d'une manière différente, pour réaffirmer certains principes défendus par l'Église. Si on juge, c'est que des lois existent et qu'elles sont invoquées pour répondre à des problèmes immédiats. Mais c'est aussi pour produire du droit, de l'obscénité. Simultanément, les acteurs se trouvent pris à leur propre jeu: les catégories juridiques créées prennent vie, s'animent, et deviendront bientôt la chose même qu'elles sont censées décrire. Créant du droit, et donc de l'obscénité, le judiciaire jette les bases d'une situation de mouvance qui fera sentir ses effets plus tard. Ce ne sera d'abord qu'un flottement, à peine des hésitations (à la fin de la première période et surtout durant la seconde), mais ce sera ensuite une véritable crise d'identité de la chose obscène elle-même, qui menacera alors de disparaître. Ou plutôt de réapparaître pour ce qu'elle était à ses débuts: un construit juridique forgé sur un consensus fragile et artificiel. Que ce consensus vole

en éclats et la notion ainsi que son traitement judiciaire perdent le sens ... et l'essence.

Dans les deux sections suivantes, nous reconstituerons d'abord brièvement le contexte socio-politique de cette première période, puis nous examinerons l'évolution de la législation. Enfin, la troisième section portera sur l'analyse de la jurisprudence relevée.

4.1 L'ordre des choses

Au début de cette période qui s'étend de 1892 à 1925, le Canada confédéré n'a qu'un quart de siècle d'existence. Pourquoi l'état fédéral aura senti le besoin, à ce moment précis de son histoire, de se doter d'un code de droit pénal, demeure, encore à ce jour, une question ouverte.²⁵ La Grande-Bretagne, quant à elle, n'avait pas donné suite aux travaux des commissaires chargés de la codification, préférant s'en tenir au régime strict de la common law. Par ailleurs, le Canada verra l'Alberta et la Saskatchewan se joindre au pacte fédératif en 1905 (tandis que Terre-Neuve, on le sait, deviendra la dixième et dernière province en 1949).

Cette période sera marquée, bien sûr, par la fin de la crise économique de la décennie 1890, par le premier conflit mondial, par

²⁵. Rappelons encore une fois que la récente étude de Brown, 1989, n'explique pas de manière satisfaisante pourquoi la jeune fédération s'est dotée d'un code de droit pénal, ni surtout pourquoi ce code.

la révolution d'Octobre, et par la confirmation de la domination américaine sur l'échiquier mondial.

Au plan des événements qui ont un rapport plus immédiat avec l'obscénité, le monde littéraire verra publiées, à la fin du XIXe siècle, les œuvres de Zola en langue anglaise, mais surtout l'arrivée d'une kyrielle d'écrivains qui marqueront la littérature du nouveau siècle: Joyce et Proust, Whitman et Hemingway, Dreiser et Lawrence, Wells, Huxley et Wilde, pour ne mentionner que ceux-là. Ce seront les débuts du cinéma animé, les désormais célèbres images de Charlie Chaplin aussi bien que la poésie d'avant-garde d'un Cocteau. Les arts graphiques atteindront de nouveaux sommets avec les post-impressionnistes, et surtout les Picasso, Gauguin, Chagall, etc. Cependant, c'est peut-être davantage au plan des développements scientifiques, particulièrement en médecine et en psychiatrie, que les événements les plus marquants se situent. Les travaux de Freud viennent évidemment au premier rang, particulièrement pour la place qu'y occupe la sexualité. Mais il ne faut pas oublier ceux des précurseurs qu'ont été Kraft-Ebing et Havelock Ellis.

Au plan judiciaire, la Grande-Bretagne sort tout juste du débat ayant entouré l'adoption puis l'abrogation du Contagious Diseases Act (1872) qui avait servi à camoufler la nature et l'étendue du problème de la prostitution, spécialement dans les rues de Londres. On sort aussi des procès Bradlaugh (1876) concernant le livre The Fruits of Philosophy, qui recommandait l'usage des moyens contraceptifs pour

limiter l'accroissement de la population. Ce seront encore les procès Vizetelly (1888), l'éditeur britannique des livres de Zola, et Ellis (1897) contre les oeuvres de Havelock Ellis, surtout son Sexual Inversion, traitant de l'homosexualité.

Aux États-Unis, c'est l'époque aujourd'hui surnommée "comstockery" du nom du fondateur des sociétés pour la suppression du vice, Anthony Comstock.²⁶ Ces sociétés, dont la première a été créée en 1873 à New York sous l'égide du YMCA, se retrouveront un peu partout aux États-Unis, et principalement à Cincinnati, Washington, et Boston. En 1923, le président américain Harding en sera même le président honoraire.²⁷ On ne compte plus le nombre de livres célèbres qui ont fait l'objet de poursuites judiciaires, la plupart commencées suite aux pressions exercées par les sociétés pour la suppression du vice. Mentionnons les cas de Wells (Mrs Warren's Profession), Hemingway (The Sun also Rises), Radclyffe Hall (The Well of Loneliness), Dreiser (The Genius, An American Tragedy), Huxley (Antic Hay), et même les oeuvres complètes de Trotsky ainsi que L'État et la révolution de Lénine.

Assez curieusement peut-être, le Canada n'aura pas ses causes célèbres. Rien qui rappelle les sociétés américaines pour la suppression du vice, même si le Moral Reform Council of Canada sera

26. Haney, 1960.

27. Ernst & Seagle, 1928 (1969): 15.

relativement actif dans la dénonciation du vice (prostitution, indécence, jeux, etc.) conduisant à quelques poursuites pénales²⁸. Rien non plus qui signalerait une volonté de répression populaire ou policière face à l'imprimé obscène. S'agit-il d'une situation témoignant de l'efficacité du douanier censeur qui, en vertu du Tarif sur les douanes peut intercepter et interdire d'accès toute publication jugée immorale, indécente ou obscène? S'agit-il plutôt de l'efficacité des élites, cléricales en particulier, à persuader les ouailles à éviter ces publications? Quoiqu'il en soit de la réponse à cette question, tous les procès connus et pour lesquels une décision a été rapportée impliquent des circonstances relativement mineures, et certainement pas d'oeuvres majeures.

C'est dans ce contexte que se situe la lecture des débats parlementaires et des décisions judiciaires, contexte qui laisse déjà planer l'image d'une harmonie relative entre les élites elles-mêmes, sinon entre les élites et la société civile, quant à ce qui constitue l'obscénité et aux moyens d'y faire face. Impression factice? Quelques arrêts, en particulier concernant des représentations théâtrales immorales, par des troupes venues de France ou par des acteurs d'ici qui reviennent "du vieux continent" chargés de nouveautés, donnent à penser que des luttes sourdent déjà qui prendront forme aux périodes ultérieures, au moment où la notion juridique se révélera pour ce qu'elle est.

²⁸. Par exemple, l'affaire R. c. St.Clair, discutée infra à la section 4.3.3.

4.2 Codification et boulimie législative

Bien que de régime de 'common law', le droit canadien a rompu partiellement avec la tradition britannique en adoptant, en 1892, son premier Code criminel.²⁹ Ce code s'inspirait directement des travaux de Sir James Fitzjames Stephen qui avait, en 1877, publié un Digest of English Criminal Law tentant de regrouper de façon cohérente toutes les règles développées en common law britannique en matière de droit pénal. Le Code criminel canadien de 1892 n'innovait à peu près en rien par rapport aux règles de la common law développées dans l'empire britannique, seuls quelques domaines relevant en propre de notre situation (par exemple le commerce charnel avec les femmes indiennes) ayant fait l'objet de dispositions inconnues en Angleterre. Comme le souligne Parker:

Thus, the 1892 Code was not a document of radical law reform. Given the resources of the Department of Justice, the Code admittedly showed remarkable industry but it could hardly be called a feat of imagination and intellectual ingenuity.³⁰

29. Il est à noter que l'Inde, bien avant le Canada, soit en 1835, avait adopté son premier Code criminel, considéré par certains analystes comme beaucoup plus innovateur et radical par rapport à la tradition britannique que ne le sera celui du Canada; voir Parker, 1981: 251. A contrario, voir Brown, 1989.

30. Parker, op.cit.: 264.

Au moment de la codification du droit pénal de 1892, le législateur a inséré au Code une disposition sur l'obscénité modelée d'après celle qu'avait suggérée Sir James Fitzjames Stephen dans son projet de code criminel britannique en 1864, disposition qui a subi de multiples modifications subséquemment. En outre, d'autres dispositions du Code criminel se rapportaient indirectement à l'obscénité, soit celles portant sur l'indécence et la grossière indécence, le blasphème et le libelle, l'envoi postal de choses immorales, obscènes ou indécentes et, ultérieurement, sur les représentations théâtrales immorales. A cet arsenal pénal s'ajoutent, dès la Confédération, les dispositions administratives du tarif prohibant l'importation de choses immorales ou indécentes prévu à la Loi sur les douanes et accises et qui permet aux agents des Douanes d'interdire d'accès en sol canadien toute chose qui est considérée, sans autre forme de jugement, comme étant obscène, immorale ou indécente. (Plus tard, soit à compter des années 1930, les règlements sur la radiodiffusion et les télécommunications viendront compléter la réglementation fédérale de l'expression publique. Quant aux gouvernements provinciaux, ce sera principalement par la mise sur pied d'organismes de censure à compter des années 1950, aujourd'hui appelés bureaux de vérification du cinéma, que les législateurs ont exprimé leurs préoccupations face à l'obscénité. Enfin, le gouvernement fédéral surtout, mais aussi certains gouvernements provinciaux, dont celui de l'Ontario, créeront, encore à compter des années 1950, diverses commissions chargées d'enquêter sur le matériel obscène, sa nature, ses effets.)

Dans le domaine de l'obscénité, le Code de 1892 reprenait les grandes lignes du test établi dans l'arrêt Hicklin. Inséré au titre IV du Code intitulé "Offences against religion, morals and public convenience" et à la partie XII "Offences against morality", l'article 179 du Code de 1892 établissait ce qui suit:

Every one is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who, knowingly, without lawful justification or excuse-

(a.) publicly sells, or exposes for public sale or to public view, any obscene book, or other printed or written matter, or any picture, photograph, model or other object tending to corrupt morals; or

(b.) publicly exhibits any disgusting object or any indecent show;

(c.) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of or has for sale or disposal any medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion.

2. No one shall be convicted of an offence in this section mentioned if he proves that the public good was served by the act alleged to have been done.

3. ...

4. The motives of the seller, publisher or exhibitor shall in all cases be irrelevant.³¹

³¹. 55-56 Vict., C. 29, art. 179; nous soulignons; il est à noter qu'il ne nous a pas toujours été possible de retracer les textes en langue française, et que dans d'autres cas, ils n'existent tout simplement pas. Lorsque c'était possible, nous avons préféré la version en langue originale, surtout pour l'anglais.

On peut comparer ce texte avec la proposition qu'avait faite Sir Stephen dans son Digest et qui se lisait comme suit:

Every one commits a misdemeanor who without justification,
 (a.) publicly sells, or exposes for public sale or to public view, any obscene book, print, picture, or other indecent exhibition; or any publication recommending sexual immorality, even if the recommendation is made in good faith and for what the publisher considers to be the public good; or
 (b.) publicly exhibits any disgusting object.
 Any person convicted of the offence defined in clause (a.) may be sentenced to hard labour.³²

Cette disposition s'insérait dans la Partie IV du Code de Stephen "Acts Injurious to the Public in General" au chapitre XVIII "Offences Against Morality". Dans les deux cas, ces parties comprennent les autres dispositions pénales généralement associées aux mœurs, telles la sodomie, l'inceste, et les actes indécents, tandis que les titres incluent les parties portant sur les maisons de débauche, le vagabondage, les infractions contre la religion et autres infractions mineures. Cette classification se retrouve encore aujourd'hui, dans la version refondue du Code de 1955.

Entre autres différences que l'analyse devra tenter d'éclaircir, on notera que la disposition suggérée par Stephen exclut explicitement la défense de l'intention de servir le bien public; qu'elle ne couvre pas la publicité des drogues ou médicaments pouvant

32. Stephen, 1877: 170-171.

servir à prévenir la conception ou entraîner un avortement (cette disposition est d'ailleurs unique au Canada et ne se retrouve dans aucun autre pays de l'empire britannique à l'époque); et que l'article du Code de Stephen n'utilise pas l'expression "tending to corrupt morals" que le gouvernement canadien a incluse, se basant en cela sur la formulation héritée de l'arrêt Hicklin.

Au moment des débats parlementaires entourant le projet de codification de 1892, un autre projet de loi sur la question des publications jugées obscènes avait été soumis par M. Charlton³³, un ardent défenseur des questions de moralité publique, et dont le nom reparaitra fréquemment au cours de la décennie suivante. Voici, au long, ses principaux arguments:

En proposant cette motion je m'expose peut-être aux railleries qu'on n'a pas épargné par le passé aux bills de cette nature; on dira probablement que c'est un bill moral, destiné à rendre les hommes meilleurs par acte du Parlement. Je suis tout disposé à admettre qu'il est inutile de faire des lois pour rendre les gens plus religieux et plus moraux; mais il est tout à fait du ressort d'une législature de mettre des entraves à l'immoralité et à l'irreligion par des lois appropriées, et d'adopter tels règlements et mesures propres à encourager la moralité et l'esprit de religion ou tout ce qui peut être avantageux à la société.

Il est vrai que les gouvernements s'occupent plus ordinairement des questions de finances, des questions fiscales, des questions relatives aux taxes et aux dépenses, des questions douanières,

33. Ce député proposera de nombreuses mesures sur la tempérance, la séduction des jeunes filles, l'observance du dimanche, etc.

des lois ayant pour but de protéger la vie et la propriété, que des questions de la nature de celle qui est actuellement soumise à la considération de la chambre.

Il est vrai aussi que le meilleur moyen d'encourager la moralité et l'esprit de religion est: premièrement l'éducation dans la famille; deuxièmement l'éducation dans les écoles; troisièmement l'enseignement de l'église. Le but de cette loi n'est pas d'usurper les fonctions de la famille, de l'école ou de l'église, mais elle contient des dispositions propres à enrayer le mal autant que le gouvernement peut le faire.

A chaque page de l'histoire nous avons la preuve que les nations deviennent plus grandes et puissantes par la pratique de la vertu, par le travail et par les qualités propres à fortifier un peuple. L'histoire nous fournit aussi la preuve que plus d'une nation est disparue de la scène du monde, ne laissant derrière elle comme trace de son existence que des temples en ruine, des pyramides ci et là et des pierres calcinées. (...) Les nations entrent dans la voie de la décadence par l'effinement qui résulte du vice, de la corruption ou du crime.

S'il en est ainsi, l'État n'a pas de plus haute fonction que de contribuer au bien être et à la stabilité de la nation en encourageant la vertu et en proscrivant tout ce qui s'en écarte. (...)

C'est un fait reconnu qu'il existe des influences de nature à abaisser le niveau moral de la population et une loi adoptée par le Parlement pourrait contrecarrer et faire disparaître ces influences.

Une littérature méprisable circule secrètement, mais abondamment au Canada; cette littérature est propre à détruire la moralité du peuple et à attirer les maux les plus graves sur la société. On importe dans le pays et l'on vend le plus ouvertement des livres inconvenants ou obscènes, ou à-demi obscènes. Des remèdes et instruments pour produire l'avortement sont annoncés secrètement et vendus par des agents et la loi, telle qu'elle existe aujourd'hui, peut difficilement les rendre coupables. On affiche des gravures indécentes sur les murs et la jeunesse est exposée à des

spectacles et des tentations que la loi ne devrait pas permettre.³⁴

Les arguments invoqués en faveur du bill gouvernemental reprennent essentiellement les mêmes thèmes, mais soulèvent aussi la question de l'incertitude entourant la définition de l'obscénité. De souligner Sir John Thompson, en réponse aux objections d'un député:

(...) il est très difficile d'adopter une législation bien définie au sujet d'une question aussi vague, quand il s'agit de punir des offenses contre la décence. On a déposé sur le bureau de la chambre une foule de requêtes demandant d'adopter une loi dans ce sens, et il n'y a pas de doute qu'une telle loi est nécessaire pour empêcher l'exposition de peintures ou de photographies indécentes. Il y a actuellement en vente des photographies qui ne sont certainement pas des oeuvres d'art, puisque tout leur mérite est d'être indécentes, et le but de cette loi est de mettre un terme à ce genre de commerce. (...) Je préfère avoir une protection de cette nature et courir le risque qu'on pousse les choses à l'excès, plutôt que de ne pas en avoir du tout.³⁵

Quoique dans des termes et avec un vocabulaire différents, les arguments invoqués pour lutter contre la pornographie - l'abaissement du niveau de la moralité publique, le devoir de l'État d'intervenir dans ce domaine pour confirmer et compléter les interventions de la famille ou de l'Église, la corruption de la jeunesse et l'exploitation d'une curiosité malsaine que la pornogra-

³⁴. Débats, Chambre des communes, 1892, col 2522-3, in Dandurand, 1982: 389-391; nous soulignons.

³⁵. *id.*, col. 3050.

phie encourage, etc. - ressemblent étrangement à ceux que législateurs et entrepreneurs moraux ont soulevé par la suite, aussi bien lors des débats de 1949 sur les crime comics, qu'en 1959 sur la définition de l'obscénité, ou qu'en 1985 et 1986, suite au dépôt des rapports des comités Badgley et Fraser et des projets de loi gouvernementaux visant à renforcer les dispositions pénales en la matière. A une exception près toutefois: à compter des années 1960, le législateur adoptera la position inverse quant au danger encouru, préférant préserver la liberté d'expression.

Et pourtant, ces ressemblances ne devraient pas occulter les différences majeures qui se font jour aussi bien dans les débats que dans les textes législatifs eux-mêmes. Le texte des dispositions sur l'obscénité diffère en trois points du libellé proposé par Stephen: à un niveau technique, il inclut la défense généralisée du bien public, tandis qu'au niveau substantif, il ajoute deux éléments, soit la "définition" de l'obscénité développée par le Juge en chef Cockburn, et la section sur les drogues et médicaments pouvant empêcher la conception ou causer un avortement.³⁶

Entre 1892 et 1925, les dispositions du Code portant sur l'obscénité ont été modifiées à plusieurs reprises, tandis que plusieurs propositions de modifications ont été avancées par les

³⁶. Pour ne pas encombrer inutilement le texte, nous désignerons cette section sous le vocable de "médicaments".

parlementaires qui n'ont eu aucune suite. Ainsi, Dandurand³⁷ a relevé près d'une dizaine de tentatives de modifications des dispositions sur l'obscénité et l'immoralité dans la seule période de 1892 à 1906 (sur un total d'une vingtaine de tentatives de modifications concernant l'ensemble des délits contre les moeurs pendant la même période). Par comparaison, on en comptera moins d'une dizaine pour la période de 1907 à 1959 inclusivement! Parmi les tentatives de modifications fructueuses, relevons les suivantes: celle de 1900 ajoutait à l'alinéa (a.) de l'article 179 définissant l'infraction d'obscénité la manufacture, la distribution et la circulation du matériel visé ainsi que le matériel dactylographié; modifiait l'alinéa (b.) en conséquence; et ajoutait à l'alinéa (c.) la fausse couche à l'avortement. De plus, la législation amendait l'article 180 sur le fait de déposer à la poste des publications immorales pour les désigner plutôt sous le vocable de publications "à caractère outrageant".³⁸ C'est à l'occasion des débats sur ces modifications qu'auront lieu les premiers échanges concernant la répression des représentations théâtrales immorales. Lors de l'étude finale du projet de loi par la Chambre des communes réunie en comité général, le député Davin opine que:

Dans tous les pays, et à toutes les époques, on a compris qu'il fallait préserver la société contre les influences pernicieuses des mauvais théâtres. Tous les gouvernements dignes de ce nom ont cherché

37. Dandurand, op.cit.

38. 63-64 Vict., C. 46, art. 3..

à préserver le théâtre de la contagion comme on préserve de la contagion le lait qui est distribué dans les familles. Les théâtres que fréquente la jeunesse doivent être surveillés tout particulièrement, car elle peut y puiser de nobles sentiments ou s'y corrompre. Un théâtre peut être un moyen d'édification aussi puissant que la chaire; mais d'un autre côté il peut aider à la démoralisation, à la décadence morale et physique d'un peuple, aussi efficacement que les moyens les plus immoraux que pourraient inventer les suppôts de l'enfer.³⁹

La proposition de modification de M. Davin sera rejetée, les députés de la majorité arguant qu'aucun exemple concret ne permet d'établir que la loi est insuffisante. Toutefois, à peine trois années plus tard, à l'instigation du gouvernement, le Code sera modifié en ce sens par l'adoption d'une nouvelle disposition prohibant les représentations théâtrales immorales, indécentes ou obscènes.⁴⁰ Cette profusion de terminologie peut laisser songeur: pourquoi ne pas avoir tout simplement visé les représentations obscènes, puisque c'est là le libellé de l'article 179, autour duquel on peut supposer qu'une jurisprudence se développera pour en préciser le sens? C'est même devant l'insistance d'un ancien ministre de la justice, Sir Charles Tupper, à dénoncer ce nouvel article, que le gouvernement aurait été amené à rajouter le terme obscène. Par ailleurs, lors de ces mêmes débats, un autre député propose que la loi définisse explicitement l'immoralité et avance la définition suivante:

39. Rapport des débats, *id.*, col. 4719-4720.

40. 3 Ed. VII, C. 13, art. 3.

Seront entachés d'immoralité pour les fins de la présente loi toute représentation, pièce ou scène ou tout spectacle qui ridiculiseront le lien ou les lois du mariage, ou le malheur d'un conjoint trompé, ou qui place (sic) sous un jour favorable le concubinage, l'adultère, l'amour adultère ou la vie du débauché ou de la fille publique entretenue, ou qui peindront sans flétrissure la vie ou le commerce des concubines ou de ceux qui sont habituellement dans l'amour défendu, le concubinage et la prostitution.⁴¹

Cette proposition ne recevra pas l'aval d'une majorité des députés. Serait-elle trop explicite sur ce qu'est "réellement" la notion juridique d'obscénité? Pourtant, chacun de ces thèmes fera l'objet d'accusation d'obscénité jusque dans les années 1940. A coup sûr, la formation de l'esprit des jeunes doit être aussi saine que le lait qui leur est distribué à la maison: le sexe, qui occupe une si grande place dans la vie des adolescents, doit être dirigé vers sa fonction ultime, vraie, articulée dans les lois du mariage: la reproduction. Dénoncer ces lois, les porter au ridicule, ou les enfreindre, constitueront autant d'exemples de l'obscénité, que la loi devra réprimer.

A l'occasion de la première refonte du Code criminel en 1906, la disposition telle qu'amendée en 1900 et la nouvelle disposition de 1903 étaient reprises telles quelles sous de nouveaux numéros.⁴² En

⁴¹. Débats, Chambre des communes, 1903, col. 606, in Dandurand, op.cit., à la page 439.

⁴². 55-56 Vict., C. 29, s. 1, art. 207 et 208.

1909, on ajoutait à la disposition contenue à l'article 207 le fait d'avoir en sa possession ou de prêter assistance à la manufacture, distribution ou circulation de matériel obscène.⁴³ En 1913, le Parlement modifiait l'alinéa (c) du paragraphe 207.1 qui, on s'en souviendra, portait sur les articles visant à prévenir la conception ou à entraîner l'avortement ou la fausse couche, de la façon suivante:

(c) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of, or has for sale or disposal any means or instructions or any medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or of causing abortion or miscarriage; or advertises or publishes an advertisement of any means, instructions medicine, drug or article for restoring sexual virility or curing venereal diseases or diseases of the generative organs.⁴⁴

Nous n'avons trouvé aucune décision judiciaire rapportée sur cette partie de la disposition jusqu'à son abrogation en 1969 et nous ne savons rien des motifs qui avaient mené à son adoption.

Il ressort de ce survol de l'arsenal législatif mis en place dans la première période pour lutter contre l'obscénité que le législateur aurait en quelque sorte "traduit" dans le texte les "lois" fondamentales de l'organisation sociale de la sexualité, telles qu'elles étaient établies par l'Église. En effet, les textes ainsi

⁴³. 8-9 Ed. VII, C. 9, art. 3.

⁴⁴. 3-4 Geo. V, C. 13, art. 8.

que les extraits de débats cités plus haut, révèlent amplement les liens étroits entre les préoccupations religieuses et les objectifs de protection de la moralité publique: il s'agit d'encourager la moralité et l'esprit de religion, de lutter contre l'irreligion et l'immoralité, de travailler de concert avec les autres institutions sociales que sont la famille, l'école et l'Église, pour contrecarrer les influences néfastes des livres obscènes sur la moralité publique, pour empêcher que ne se répandent les médicaments causant l'avortement, pour protéger la jeunesse. Voilà réunis en une cause commune les trois piliers de la société canadienne à l'époque, et les débats parlementaires laissent croire que tous trois s'entendent pour approuver l'intervention du gouvernement dans ce domaine.

Telles que formulées, les dispositions semblent répondre adéquatement aux préoccupations de chacun, protégeant leurs sphères d'influence et reflétant les intérêts qui les unissent. Pour l'Église, la définition d'une sphère publique par opposition à une sphère privée ("publicly sells or exposes to public view ...") lui laisse la possibilité de maintenir ses pratiques et de continuer à dénoncer, par la parole pastorale, la sexualité, surtout celle qui est poursuivie pour sa propre fin: d'où l'alinéa sur l'interdiction de la publicité des médicaments visant à empêcher la conception ou à causer l'avortement prend-il davantage de sens. Pour l'école, la prohibition de ce qui peut corrompre la moralité l'assure de sa place comme principale responsable de la formation des jeunes, les sources externes de formation, comme la littérature, les arts ou les média,

devenant autant de sujets possibles d'accusation de déformation d'esprits encore malléables, informes. De plus, la disposition sur le bien public permet que les livres "véritablement" éducatifs soient exemptés de cette loi: faut-il comprendre autrement l'ajout explicite de la disposition sur le bien public? Car, comme d'autres avant nous, et spécialement des juges perplexes, la question se pose de savoir comment l'obscénité, pour autant qu'une publication soit reconnue telle, pourrait jamais contribuer au bien public. Mais puisqu'elle n'existe que comme catégorie juridique circonstancielle et n'est pas attachée à un type particulier de signe, tout ce qui contribuera à la formation des jeunes esprits et qui ira dans le sens des intérêts des nations fortes plutôt que des nations jécadentes, ne peut que servir les projets éducatifs. Enfin, l'interdiction de la publicité des contraceptifs et des techniques pouvant entraîner un avortement, confirme la famille dans son rôle d'institution sociale de base, de noyau de l'organisation sociale et de la société civile.

Ultimement, pour autant qu'à cette époque l'Église exerçait un ascendant sur l'école et la famille, les dispositions législatives adoptées au Code sous le chef de l'obscénité, viendraient renforcer cette triple alliance chargée d'assurer la transmission de la foi religieuse et le maintien de l'ordre moral. En effet, serait obscène toute représentation de la sexualité qui n'aurait pas pour fin la procréation qui assure à l'homme une progéniture et lui permet de laisser des traces de l'existence autres que les temples et les ruines figées dans le temps. Une sexualité "propre" doit fortifier

les hommes et les nations, encourager la vertu et non l'impudeur. Le vice et la décadence sont à prendre au même sens que l'onanisme: une pratique vénale, tournée sur soi-même et donc morbide. Autant le Père est la figure centrale du dogme, autant le père fait figure centrale dans cette loi temporelle. Ne faut-il pas y voir l'explication de cette curieuse disposition ajoutée en 1913 sur la restauration de la virilité et la cure des maladies transmissibles sexuellement et des maladies des organes de la reproduction? La figure du père, menacée peut-être devant le fait qu'il apparaîtrait de plus en plus clairement que la législation ne réprime pas les représentations du sexe, principalement celui de la femme, aurait ainsi eu besoin d'être confirmée dans sa puissance: si ces médicaments sont interdits, c'est que l'homme n'en a pas besoin pour assurer sa virilité.

L'inscription législative des impératifs de l'Église, de l'école et de la famille, n'en constitue toutefois pas une simple transposition: le texte du Code, marqué par la recherche de la neutralité et de l'universalité ainsi que par d'autres influences, telles la jurisprudence et les pressions exercées par des groupes de lobby, ne saurait reproduire directement le discours religieux. De toute manière, il n'aurait guère besoin de le faire, pour autant que l'Église demeurerait une institution légitime et donc capable d'obtenir l'adhésion et l'assentiment de ses sujets. C'était bien là

le sens de l'intervention de M. Charlton⁴⁵ qui indiquait que le Parlement n'adopte pas des lois pour rendre les hommes plus moraux ou plus religieux mais pour promouvoir "ce qui est avantageux pour la société". Dans la foulée de l'arrêt Hicklin, les dispositions du Code en matière d'obscénité nous semblent déjà indiquer les lieux de différenciation par rapport au discours religieux: le sujet de l'obscénité n'est pas le sexe en soi mais seulement certaines circonstances de sa représentation publique, consacrant ainsi une sphère d'autonomie privée. Quant à ces circonstances qui feraient l'obscénité et qui préoccupent le législateur, elles semblent porter sur le sexe non-procréatif et hors-mariage, ce qui permet tout à la fois de gérer le procès de constitution du sujet du Droit, de réaffirmer le rôle du père, et de "passer" par (et sur?) le corps de la femme.

Si l'on peut chercher le sens de la mise en forme législative de ces dogmes en amont, dans les débats sociaux qui ont entouré leur histoire parlementaire, nous pensons qu'ils se trouvent surtout en aval, dans l'interprétation judiciaire du texte que le prétoire en fera. C'est de ce côté que nous nous tournerons maintenant.

⁴⁵. Voir plus haut, page 206-208.

4.3 La chose obscène: du libelle à la contraception

Au total, nous avons relevé dix-sept décisions publiées au cours de cette première période. Onze concernent immédiatement l'obscénité, trois concernent le libelle, et trois autres traitent d'indécence dans les représentations et spectacles. Notons que deux des arrêts portant sur l'obscénité ont des liens étroits avec les causes de libelle (il s'agit des arrêts Beaver et MacDougall), qu'un autre porte sur la publicité des médicaments (Karn) et qu'un autre encore (St-Clair) s'adresse à la question de la défense du bien public. Par ailleurs, sept de ces décisions ont été prises en vertu du premier Code, soit pour la période 1892-1906, tandis que les autres (10) relèvent du second Code (1907-1925).

Au Tableau 3, nous avons réparti les arrêts selon la province d'origine. Rappelons que les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan se sont jointes à la fédération en 1905. Par ailleurs, au Tableau 4, nous avons ventilé les décisions en fonction du niveau du tribunal, les répartissant en deux catégories: première instance et appel. Dans le premier cas, nous avons indiqué si l'accusé a été reconnu coupable ou non coupable (ce qui peut inclure le rejet des accusations ou l'arrêt des procédures). Dans le second cas, nous avons indiqué si la cour d'appel a confirmé ou infirmé la décision du tribunal de première instance, ainsi que, le cas échéant, la direction de ce renversement. Ces quelques données descriptives ne prennent tout leur sens qu'en comparaison des trois périodes entre

TABLEAU 3

**RÉPARTITION DES ARRETS SELON LA PROVINCE -
PREMIERE PÉRIODE (1892-1925)**

NOUVELLE-ÉCOSSE	1
NOUVEAU-BRUNSWICK	2
QUÉBEC	7
ONTARIO	5
MANITOBA	-
SASKATCHEWAN	1
ALBERTA	1
COLOMBIE-BRITANNIQUE	-
TOTAL	17

TABLEAU 4

**RÉPARTITION DES ARRETS SELON LE NIVEAU -
PREMIERE PÉRIODE (1892-1925)**

PREMIERE INSTANCE	
Coupable	5
Non coupable	3
APPEL	
Décision confirmée	4
Décision renversée*	
- accusé	4
- couronne	1
TOTAL	17

* Signifie en faveur de.

elles. Signalons à cet égard que c'est la seule période où le Québec domine en nombre absolu de décisions rapportées (voir le Tableau 2 au chapitre précédent) et que la proportion des causes portées en appel ira croissante au cours des trois périodes examinées (voir Tableau 1, au chapitre précédent). Quant à la proportion des décisions confirmées par rapport aux décisions renversées, elles restera relativement similaire au cours des trois périodes.

L'examen de ces arrêts laisse voir que, comme le présageait Hicklin, les décisions canadiennes en matière d'obscénité à la première époque ont largement porté sur ce qui distinguerait l'obscénité du blasphème (passage du privé au public) d'une part et de l'immoralité d'autre part (la nature du sexe). S'appuyant sur le consensus des élites, le judiciaire spécifie la notion socio-juridique de l'obscénité pour ainsi dire de l'intérieur, en s'exerçant à la distinctio plutôt qu'à la ratio (alors qu'à compter de la seconde période il privilégiera de plus en plus le développement d'une ratio, comme le montrera l'analyse de la jurisprudence à la section 5.3). Construisant sur ce rôle relativement nouveau dans le domaine de la moralité qu'il a acquis aux dépens de l'Église, le judiciaire procède à la mise en forme de l'obscénité en fonction de ce qu'il connaît déjà. Du libelle diffamatoire, l'obscène conserve le caractère d'une attaque indiscriminée, mais dans une dimension publique plutôt que privée puisque l'obscène ne vise personne en particulier. De sa différenciation par rapport au libelle blasphématoire, l'obscène

conserve la caractère d'une immoralité, la définition d'une certaine sexualité, qui est autre que celle de l'indécence. L'immoralité, c'est le vulgaire, le brutal, le rude, le grossier même, ainsi que ce qui est lascif, sale, ordurier. L'immoralité se rapporte donc à la fois à des comportements que la société peut désapprouver (e.g., un combat de boxe ou des injures à un passant) mais qui n'entraînent pas les rigueurs de la sanction pénale et à l'obscénité qui sera désapprouvée et pénalisée car elle attaque les fondements mêmes de l'ordre social, c'est-à-dire la reproduction et le contrôle de la sexualité, en donnant à voir une sexualité qui n'est régie par aucune norme, qui n'est pas balisée. En ce sens, l'obscénité est en quelque sorte une codification pénale de la morale sexuelle. C'est ce que montreront les deux premiers points de cette section.

Quelle est alors la spécificité de l'obscénité? Ou plutôt, que deviendra-t-elle, puisqu'à ses débuts l'obscène se distingue mal aussi bien du libelle blasphématoire que de l'immoralité? Loin de préexister à la différenciation ou d'appartenir à une classe spécifique de choses, les particularités de l'obscénité seront, petit à petit, créées par la jurisprudence. Le troisième point examinera la constitution de l'obscénité dans un certain nombre de décisions de cette première période.

4.3.1 Libelle et obscénité

Cinq arrêts de cette première période exposent les liens étroits qui unissent initialement les deux formes du libelle à l'obscénité: trois portent sur le libelle diffamatoire (Beaver, MacDougall et Cameron) et deux sur le libelle blasphématoire (Pelletier et Kinler).

Dans l'arrêt Beaver⁴⁶, décidé en 1904, l'accusée, Ledoma Beaver, a été reconnue coupable d'avoir publié un article obscène et la condamnation a été confirmée en Cour d'appel de l'Ontario, à laquelle la cour de première instance avait demandé de se pencher sur deux questions: (1) le matériel en question est-il obscène au sens du Code criminel et (2) l'accusée a-t-elle publié ce matériel en connaissance de cause et sans justification? Il s'agit d'une suite à peu près incompréhensible de trois textes intitulés "To the Public", "The Evil Exposed" et "The Plot against Prince Michael Revealed". Tellement incompréhensibles que le juge Osler, dans ses motifs, devra suggérer qu'ils révèlent plutôt les rêveries paranoïaques d'une lunatique, que quelque chose tendant à corrompre les mœurs. Par contre, de poursuivre le juge, le document fait allusion au nom de quelques personnes, et c'est cela, selon lui, qui laisse penser qu'il peut avoir tendance à corrompre les mœurs. Pourtant, tentant de définir l'obscénité, le juge avait souligné que celle-ci "is not aimed at merely libellous publications, nor at those couched in

⁴⁶. R. c. Beaver (1905) 4 C.C.C. 415.

merely coarse, vulgar and offensive language".⁴⁷ Le juge associé MacLaren abondera dans le même sens. Donnant deux définitions de l'obscénité, l'une qu'il qualifie de plutôt archaïque sinon poétique signifiant ce qui est "disgusting, repulsive, filthy, or foul", et l'autre, à son avis plus conforme au sens juridique de l'obscénité, soit ce qui est "offensive to modesty or decency, or expressing or suggesting unchaste or lustful ideas, or being impure, indecent or lewd"⁴⁸, le juge soutiendra que la plus grande partie des textes incriminés peut être rangée sous la première définition, laissant ainsi penser qu'ils ne sont pas obscènes mais "seulement" immoraux. Toutefois, "some of the references to the Chief of Police of Detroit, and to the Mayor of Windsor would clearly appear to fall within the latter of the above definitions"⁴⁹. Par surcroît, ajoute le juge, le langage utilisé par l'auteur de ces lignes est à ce point dégoûtant qu'il ne pourrait que répugner à la plupart des lecteurs et n'aurait ainsi que peu de chances de les corrompre. Il conclue néanmoins que: "unfortunately, there are others susceptible to lustful ideas upon whom it would have precisely the opposite effect".⁵⁰

47. id., à la page 421.

48. id., à la page 422.

49. ibid.

50. id., à la page 423. Notons au passage combien la rhétorique juridique aurait peu changé entre Beaver (1905) et Pelletier (1985, discuté au chapitre 2): dans les deux cas, l'obscène c'est plus que le lascif, c'est aussi, surtout, ce qui est dégoûtant.

On aura beau lire et relire le texte en question, nulle part les juges ne précisent-ils en quoi les allusions au Chef de police ou au Maire seraient susceptibles de faire naître des idées impures et de corrompre des esprits faibles. Il s'agit d'un texte effectivement incompréhensible - que l'arrêt reproduit en entier, ce qui est très rare dans les affaires d'obscénité et très révélateur de la confusion des genres - et qui ne semble posséder aucune des caractéristiques de l'obscénité telle que la définissent les juges. De sorte qu'à l'instar de la rhétorique empruntée à Hicklin, la condamnation reposerait sur le fait d'avoir rendu public un document dont le contenu appartient à la sphère privée et qui est immoral parce qu'il est révoltant.

Dans l'arrêt MacDougall⁵¹, la Cour suprême du Nouveau Brunswick rejette l'appel de l'accusé suite à la décision d'un tribunal inférieur qui l'avait reconnu coupable de trois accusations de libelle diffamatoire et d'un chef d'obscénité. L'accusé, Bruce MacDougall, est éditeur d'un journal de Saint-Jean, le "Free Speech", où il a publié les articles diffamatoires suivants: (1) qu'un dénommé A. MacRae faisait usage des services d'un bordel ("house of ill-fame"), (2) que le maire de St-John, T.M. Bullock, avait acheté son élection à la mairie, et (3) dans une caricature, que le juge de paix (police magistrate) n'avait pas de cervelle ("and that in that portion of his head in which brains are usually found there was only

⁵¹. R. c MacDougall (1909) 38 N.B.R. 388, 15 C.C.C. 466.

fecal matter"⁵²). Le chef d'obscénité consiste quant à lui à avoir publié les phrases suivantes:

What married woman lets the young man in through the side window when her husband is attending lodge meeting?

Who is the young woman who went to Saint John last Saturday with an ICR clerk and stopped at the hotel as clerk's wife?⁵³

La ressemblance entre les trois accusations de libelle et celle d'obscénité est pour le moins frappante: toutes les paroles incriminées réfèrent au comportement immoral (d'ordre sexuel) ou malhonnête de certaines personnes de la communauté, en dénoncent les abus ou la bêtise. Genre de journalisme auquel l'époque contemporaine nous a habitués mais qui n'était peut-être pas aussi prisé à cette époque. Une première différence est immédiatement visible: personne n'est nommé, identifié, dans le texte qualifié d'obscène. Alors qu'un ingrédient essentiel du libelle semble être la capacité d'associer le texte à une personne spécifique, on pourrait dire, en parallèle, qu'un élément essentiel de l'obscénité c'est que personne en particulier ne serait identifiable.

Ce n'est pourtant pas sur cette distinction que la cour fondera

52. id., à la page 472.

53. id., à la page 473.

son jugement. Elle adoptera plutôt le point de vue émis par la Couronne à l'effet que:

In regard to the count for obscenity, circumstances, intention, and environment affect the meaning of the words and the jury under the charge found that the words (...) were obscene. Words are obscene which suggest unchaste and lustful ideas (...). The words here are offensive to modesty and decency and as such have a tendency to corrupt morals. Indiscriminate charges of adultery and fornication certainly tend to corrupt morals.⁵⁴

Ainsi, des accusations spécifiques de débauche ou de pots-de-vin n'ont pas tendance à corrompre les mœurs parce qu'elle seraient spécifiques à une personne, parce que leur fausseté pourrait être démontrée, ce qui est le propre du libelle. Tandis que des accusations indiscriminées, qui ne visent personne en particulier, s'adressent au corps social et ne sont donc ni démontrables ni réfutables. La différence ne tiendrait pas qu'à la nature des choses mentionnées dans les textes, qui sont comparables, mais au fait que l'un nomme des personnes et l'autre pas, que l'un se prête à réfutation et l'autre pas. Le propre de l'obscène sera que les référents qui le sous-tendent (adultère, fornication) ne peuvent faire l'objet de débats publics, du fait qu'ils véhiculent un autre sens, comme le suggère le procureur de la Couronne. La défense a d'ailleurs vu la difficulté:

⁵⁴. R. c. MacDougall, loc.cit., à la page 470.

If you say that this article which states that a married woman went and registered as another man's wife has a tendency to corrupt morals, you must say that an item stating that a thief broke and entered has a tendency to corrupt morals.⁵⁵

L'avocat pose ici, bien avant son temps, la question des effets des représentations, que ce soit sous forme de texte ou d'images, sur le spectateur ou sur le lecteur. (En corollaire de ce thème, naîtra celui de l'imitation, selon lequel des personnes susceptibles de subir ce genre d'influences, pourront commettre les actes décrits dans la pornographie. Ce thème de la propension à l'imitation resurgira avec plus de force, pour ne plus disparaître depuis, à compter de la fin des années 1940 autour du débat sur les "crime comics". Plus tard, toute une génération d'activistes ainsi que de "scientifiques", en feront leur carrière.⁵⁶) A quoi le juge White, saisissant peut-être à son tour la difficulté, s'empresse de fermer toutes les portes en posant un test insurmontable qui ne se retrouve pas ailleurs dans la jurisprudence sur l'obscénité:

55. *id.*, à la page 468. Ce type de raisonnement sera d'ailleurs repris beaucoup plus tard dans *R. c. Stroll* (1951) 100 C.C.C. 171.

56. Nous avons discuté cette littérature au chapitre 2 quoique de manière incidente, puisqu'elle n'est qu'indirectement reliée à notre propos. Rappelons qu'on trouvera de bons exemples francophones de ce genre d'argumentation dans les travaux de Carrier, 1983 et 1984, ainsi que de Poulin et Coderre, 1987. Nous souhaitons noter, au passage, qu'à notre avis, le clou avait déjà été enfoncé dans le tombeau des recherches sur les effets de la pornographie et sur l'imitation par le rapport du professeur Williams en 1979. Des démonstrations tout aussi convaincantes allaient suivre, d'une part de Yaffe et Nelson, 1981 en Angleterre, et d'autre part, de MacKay et Dolff, 1984, pour le Canada.

The circumstances surrounding publication are what make the words obscene and the jury have found against you. You must show that under no circumstances could these words be held to be obscene.⁵⁷

Test insurmontable puisque toute expression concernant un comportement même privé, tel l'adultère, pourra, dans certaines circonstances - qui, rappelons-le, constituent l'obscénité - revêtir un caractère obscène selon les tribunaux. Test d'autant plus insurmontable qu'une telle expression, ne visant personne, visera aussi chacun (viz., la question rhétorique du juge Landry: "Are there no circumstances under which the accusation of adultery might be obscene?"⁵⁸). Tandis que le libelle constitue une attaque à l'intégrité de la personne visée, lui causant "dommage, scandale et disgrâce",⁵⁹ l'obscénité constituerait une attaque à l'intégrité du corps social, à la pureté de l'esprit et au sens de la décence des "autres":

No one has any sort of right to offend another's sense of decency and clean mind by placing in his hands, or bringing into his home, such a publication.⁶⁰

57. R. c. MacDougall, loc.cit., à la page 468; nous soulignons.

58. id., à la page 469.

59. Selon les mots du juge dans l'arrêt MacDougall, ibid., à la page 471.

60. R. c. St.Clair, (1913) 21 C.C.C. 350 à la page 352, nous soulignons.

Nous l'avions indiqué précédemment, il est inutile de chercher à enfermer l'obscène dans un mot ou une image, la métaphore ayant précisément pour caractéristique sa capacité de s'adapter à de multiples situations dont le déclencheur serait la combinaison d'un référent sexuel, dans un contexte public, et ayant un caractère "révoltant", "répugnant".

L'association de l'obscénité au libelle diffamatoire fonctionnerait sur le mode de la condensation: on y donne à voir que l'obscène, une fois qu'il aura été constitué, en aura certaines caractéristiques, spécialement celle de causer un tort (au) public par la mise à jour sans fondement d'un comportement privé et immoral. Cette publication eut-elle été spécifique, elle aurait alors pu faire l'objet d'une accusation de libelle diffamatoire, c'est-à-dire d'un procès en bonne et due forme; mais aussi vague et d'application générale que celle-ci, c'est la société toute entière qui risque de s'en trouver corrompue, et le procès portera sur les intentions et les circonstances de la publication et non sur le comportement sexuel lui-même.

L'arrêt Cameron⁶¹, longtemps considéré comme une autorité en matière de libelle diffamatoire, pose d'ailleurs de façon intéressante la distinction entre l'action civile et la poursuite pénale. De dire le juge Wurtele de la cour du Banc de la Reine, le

⁶¹. R. c. Cameron (1898) 2 C.C.C. 173.

libelle de nature civile est une infraction qui n'a causé que des dommages à la réputation de la personne visée, tandis que le libelle est criminel s'il risque d'entraîner un bris de la paix et de la tranquillité publiques.

If the publication of the defamatory libel was of a nature to inflict injury and cause loss and damage to the person libelled, without however exposing him to hatred, contempt or ridicule, or without insulting him, then it would only be a civil wrong for which the remedy would be before the civil courts.⁶²

Mais il faut bien voir la proximité entre cette définition du libelle diffamatoire pénal et celle qu'on donne du libelle blasphématoire. Il sera blasphématoire de ridiculiser ou dire du mal de Dieu, Jésus-Christ ou de la Chrétienté, parce que ces paroles risquent de causer une nuisance publique (e.g., entraîner une émeute) et parce qu'elles peuvent corrompre ceux qui les entendent.⁶³

Blasphemy is, of course, a sin as well as a crime; but with the sin the State has no concern. The arm of the law is not stretched out to protect the character of the Almighty; the Courts do not assume to be the protectors of our God but to protect the people from indecent language. A crime is an act which effects other men perniciously, which destroys the peace and harmony of the community. And it is only when the interests of society require that the repetition of any such act should

⁶². id., à la page 176.

⁶³. Murphy, 1925: 1.

be prevented that the Court intervenes to secure that end by punishing the offender.⁶⁴

Tout comme pour l'obscénité, la manière et les circonstances seront déterminantes: il ne sera pas blasphématoire de nier l'existence de Dieu ou de rejeter les dogmes de l'Eglise en usant des mécanismes de l'argumentation. Toutefois, l'usage indiscriminé du langage, sans le sérieux et la gravité nécessaires, créeront le blasphème.

"Vous avez plaidé coupable, déclare le juge Desnoyers dans l'arrêt Pelletier⁶⁵, à l'accusation d'avoir publié un libelle blasphématoire contre la Divinité, et plus particulièrement contre Notre-Seigneur Jésus-Christ, le Divin fondateur de la religion chrétienne. Ceux qui vous ont conseillé d'agir ainsi ont bien fait, car toute tentative de défense de votre part, à mon avis, n'eût pu qu'aggraver votre faute". Un peu à la manière du libelle diffamatoire, le libelle blasphématoire doit comporter des accusations erronées, injustes, à l'endroit d'une personne, ici, Dieu et le Christ. Cette conception plus étroite du libelle blasphématoire recevra confirmation dans l'arrêt Kinler⁶⁶, où il sera explicitement soutenu que les attaques contre le clergé ou contre les

⁶⁴. ibid.

⁶⁵. R. c. Pelletier et Pelletier (1900) 6 Rev.Leg. 116 à la page 117.

⁶⁶. R. c. Kinler (1925) 63 C.S. (Qué.) 483.

dogmes de l'Église catholique ne suffisent pas à constituer un libelle blasphématoire: elles doivent être dirigées contre la Divinité Elle-même. (L'arrêt St-Martin⁶⁷, prononcé au cours de la seconde période, adoptera un point de vue différent.)

Toutefois, le langage utilisé par le juge pour référer à l'infraction ainsi que pour discuter de ses conséquences diffère profondément de celui qui est propre au libelle diffamatoire. Premièrement, il se rapproche beaucoup plus de ce qui caractérisera le langage de l'obscénité. "Cet article, dit encore le juge Desnoyers, est capable de faire rougir tout homme respectable à quelque croyance qu'il appartienne. Les choses les plus sacrées y sont tournées en ridicule; le sarcasme apparaît à chaque phrase dans la forme la plus impie, et j'ajouterais la plus obscène." Et il ajoute: "En citer même une phrase me répugnerait; le seul titre que je ne veux pas reproduire est blasphématoire, et l'article entier (...) exhale le blasphème et l'immoralité"⁶⁸. Une telle pudeur ne semblait certes pas affecter les juges dans les affaires Beaver et MacDougall qui n'ont pas hésité à citer au long les textes incriminés. Dans un cas, il faut faire la démonstration par les textes des dommages qu'ils peuvent causer; dans l'autre cas, la démonstration passe au contraire par la censure même du texte. Pour le libelle diffamatoire, le juge semblait dire: le fait d'écrire ou

⁶⁷. R. c. St-Martin (1934) 40 Rev.Jur. 411.

⁶⁸. R. c. Pelletier, loc.cit., à la page 117.

de dire de telles choses qui, ainsi que l'auditoire peut en prendre connaissance, causent du tort à la personne visée (action civile, privée) ou à la communauté (action criminelle, publique) constitue l'infraction. Pour le libelle blasphématoire, et pour l'obscénité, le fait de ne pouvoir écrire ou répéter de telles choses, à tel point qu'elles ne peuvent être communiquées à l'auditoire qui risquerait lui-même de s'en trouver corrompu, témoigne de l'infraction commise.

Deuxième différence entre libelle blasphématoire et libelle diffamatoire, les effets du premier se font à la fois plus précis et plus diffus que ceux du second. Plus précis car ils ne menacent pas tant la communauté d'une vague possibilité de bris de la paix publique qu'ils n'attaquent la société en son cœur, au sein même des familles, spécialement les jeunes: "Songez au mal que de pareils écrits peuvent faire en pénétrant au milieu des familles, et surtout parmi la jeunesse." Effets qui sont aussi plus diffus car la nature du mal n'est plus une atteinte à la réputation, ou le fait d'exposer une personne à la haine ou au ridicule de ses concitoyens, mais d'attenter à la fibre morale: "Dans tous les cas, si j'en prends votre parole, c'est donc à des milliers de personnes, que chaque quinzaine, vous envoyez de sang-froid, et de gaieté de cœur, le poison capable de donner la mort à la foi et à la vertu."⁶⁹

⁶⁹. *id.*, à la page 118.

En somme, du libelle diffamatoire (attaque sans fondement d'une personne privée), l'obscène hérite la caractéristique de révéler en public des choses qui devraient demeurer privées, et qui ne visent pas une personne en particulier. Quant à son rapport au blasphème, l'obscène le fait plutôt sur le mode de la dissociation: ce n'est pas le caractère sacré de l'infraction qu'il retient, mais c'est plutôt son aspect profane et son lien avec l'immoralité. Par contre, la différenciation d'avec le libelle blasphématoire ne permet pas de préciser la spécificité de cette immoralité, puisqu'elle peut aussi bien référer au vulgaire et au grossier qu'au lascif et à l'impur. Il faudra saisir la nature de cette immoralité ailleurs, à travers l'indécence.

4.3.2 L'immoral et l'obscène

Dans son Digest of the Criminal Law of Canada, Burbridge⁷⁰, s'inspirant de Stephen, soutenait que l'immoralité et l'obscénité se distinguaient fondamentalement. Selon Burbridge, il est possible qu'une personne soit, aux yeux de ses concitoyens, immorale du fait des idées qu'elle maintient, sans qu'elle ne commette pour autant une infraction, sans se rendre coupable d'obscénité.

A man might, with perfect decency of expression, and in complete good faith, maintain doctrines as to marriage, the relation of the sexes, the obligation of truthfulness, the nature and limits

⁷⁰. Burbridge, 1890.

of the rights of property, etc., which would be regarded as highly immoral by most people, and yet (I think) commit no crime.⁷¹

Pour ce commentateur aussi bien que pour les juges de l'époque, l'immoralité serait ce qui va contre l'ordre naturel des choses, contre ce qui a été voulu par Dieu et le Roi, tandis l'obscène serait ce qui révèle trop la nature des choses. En ce sens, l'obscène relèverait de l'indécence, comme on peut dire de certains vêtements qu'ils sont indécents car ils laissent trop voir. Or, cette savante distinction, qu'on retrouve dans l'argumentation de plusieurs décisions canadiennes en matière d'obscénité à cette époque, dont l'arrêt Beaver qui est la première décision importante en la matière⁷², n'est pas très claire. D'ailleurs, si on s'en fie au seul titre de la partie du Code à laquelle appartient la disposition sur l'obscénité et qui s'intitule "conduct involving sexual immorality and indecency", il y aurait addition, complémentarité, plutôt que distinction fondamentale.

Deux séries de décisions permettent de saisir ce processus de différenciation. Il s'agit d'arrêts portant sur l'indécence (Jourdan, Meissonier, M'Auliffe) d'une part, et sur la vulgarité (L'Heureux, Ballantyne et Goyer) d'autre part, notions qui se présentent comme les deux pôles de l'immoralité.

⁷¹. id.: 164.

⁷². R. c. Beaver, loc.cit.

Dans Jourdan⁷³ le Recorder Poirier de Montréal prononce un verdict de culpabilité à l'endroit de Jourdan qui a chanté, dans un lieu public, une chanson obscène, en posant sur sa personne des gestes indécents. L'accusation reposait sur l'article 177 du Code de 1892, qui faisait une infraction sommaire du fait de poser un geste indécent dans un endroit public quelconque. Voici les motifs de la condamnation:

Considering that the words of the fourth stanza of the song contain an indecent description of the breasts of the young girls of Lezignan and of the women of St.Nazaire, and a kind of lascivious invitation;

Considering that three or four of the other stanzas, without being vicious, have no other merit than a tendency to equivocation, being very nearly so;

Considering that it is impossible to say that this song, taken all together, is good and moral (...);

Considering that the question to be determined is not the immorality of certain operas and the advisability of the toleration extended to certain establishments, but rather the indecency of the actions of the accused;

Considering that the gestures attributed to the accused are certainly contrary to propriety, good behaviour and modesty and, moreover, indecent;

Considering that these gestures, while natural in order to indicate the breasts, not less naturally are of a nature to scandalize:(...).⁷⁴

⁷³. R. c. Jourdan (1900) 8 C.C.C. 337, 6 Rev.Jur. 245.

⁷⁴. id., à la page 340.

Suit la condamnation et la sentence (\$50.00 ou six mois d'emprisonnement).

Pour le Recorder, le fait de poser de tels gestes ne saurait constituer une marque de progrès social, et ce n'est pas parce qu'ils sont importés des capitales d'Europe qu'ils acquièrent une quelconque justification: "Let us borrow what is good from the cities of the old continent, but let us not pervert our noble youth with ideas of art and freedom opposed to the beautiful and good, and productive of all sorts of evil"⁷⁵. Quelles sortes de conséquences néfastes ces idées entraînent-elles? D'une part, le désarroi des pères de famille qui ne savent comment immuniser leurs garçons contre de telles représentations qui constituent un véritable poison: "The abuses which occur to the great scandal of youth (...) have inspired unfortunate fathers of families with fears so great that they have come to us in confidence, and it is in order to protect them and save their sons from the influences of the poison of immorality that the aid of this tribunal has been accorded...".⁷⁶ D'autre part, ce poison, après s'être insidieusement introduit dans la famille et avoir corrompu les garçons, entraîne des conséquences sociales néfastes: "Crime is on the increase in Montréal, there are lost children to a greater number and at ages younger than formerly; it

⁷⁵. id., à la page 339-340.

⁷⁶. id., à la page 339.

behooves that good citizens should keep youth away from improper exhibitions and that we should protect them, by all possible efforts, from the danger of lascivious songs and immoral reading".⁷⁷

On aura noté au passage le parallèle entre le confessional et le tribunal: ces pères de famille qui viennent se confier au juge. Les liens qui unissaient le sacré au profane, le religieux au juridique, seraient peut-être plus tenaces, plus difficiles à trancher que ne le laissait supposer l'arrêt Hicklin...

L'immoralité de la chanson réside non seulement dans le fait qu'elle implique des références indécentes aux seins et que, pour accompagner ces références, l'accusé a posé des gestes obscènes, mais par surcroît dans le fait qu'elle ne propose pas d'élever l'âme par le beau, le bon, le noble. A ces images de ce qui est moral, s'opposent celles de cette chanson. Mais qu'ont-elles précisément ces images qui puissent mettre les pères de famille dans tous leurs états? Qui puissent encourager des pensées lascives, voire des comportements antisociaux chez les jeunes garçons? Se peut-il que le simple fait de référer, même de manière dérisoire, aux seins des jeunes femmes, constitue l'infraction?

C'est dans une autre décision que le même Recorder prononcera trois ans plus tard contre une troupe de théâtre interprétant deux

⁷⁷. ibid.

pièces, et où il fera référence à sa décision antérieure, qu'il précisera le sens de l'"immoralité" qu'il dénonce:

La profession que vous faites laisse supposer que vous possédez assez d'intelligence et d'instruction pour comprendre ce que vous faites, en violant les lois de la pudeur sur la scène et en cherchant à amuser votre public avec des compositions dépourvues de tout mérite littéraire, qui prônent l'adultère et le concubinage, et qui ridiculisent les institutions sur lesquelles notre société est basée.⁷⁸

Dans ce cas-ci, l'accusation avait été portée en vertu du nouvel article 179A du Code criminel adopté en 1903 pour prohiber spécifiquement les représentations théâtrales immorales, indécentes ou obscènes.

Les références aux caractéristiques sexuelles des femmes ne constituent pas en soi l'objet de l'accusation d'immoralité: elles sont obscènes parce qu'elles manquent de la modestie et de la pudeur nécessaires, c'est-à-dire qu'elles ont le pouvoir d'entraîner la formation d'images et d'idées chez d'autres, chez les jeunes garçons tout spécialement. Ce pouvoir leur proviendrait de la légèreté et du détachement (moral, éthique, social) avec lequel sont traitées les choses sexuelles. Concubinage, prostitution, adultère et profanation du mariage, sont autant de métaphores qui parlent d'une sexualité

⁷⁸. R. G. Dane, Meissonier et.al., (1903) 9 Rev.Jur. 157, à la page 158.

orientée vers sa propre fin, plutôt qu'une sexualité visant un projet social utile.

La troisième décision pertinente en donne d'ailleurs des indices plus précis. L'arrêt M'Auliffe porte aussi sur le cas d'une personne accusée d'avoir chanté une chanson immorale, indécente ou obscène en vertu de l'article 179A du Code. Or, selon le juge Wallace de la cour de comté de Halifax, cette chanson ne contenant pas en soi de paroles "objectionable", bien qu'elles puissent être "questionable". L'accusation ne peut être retenue et l'accusée sera acquittée. De préciser le juge, l'indécence, au contraire de l'obscénité, n'a pas de signification juridique fixe.

There is no fixed legal meaning to the word "indecent", but counsel for the prosecution in his argument has quoted several popular dictionary definitions of the general meaning of the word. In popular language however, such a word was used or misused according to the taste or training or point of view of the individual or the custom of the community. It was not a word of unvarying precision in definition.⁷⁹

Ce n'est cependant pas le cas du terme obscène, ajoute le juge, qui a reçu une définition juridique précise dans le test Hicklin: "if a similar test were applied to theatrical performances the question would be whether the tendency of the "representation" complained of was to deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral

⁷⁹. R. c. M'Auliffe (1904) 8 C.C.C. 21, à la page 23.

influences"⁸⁰. Quelles sortes de représentations pourraient alors tomber sous ce test? Le juge se permet d'extrapoler et suggère que:

(...) dramas which appear to have for their chief aim the purpose of artfully excusing "heroines" for having succumbed to temptation and committed sin and crime. Such plays in exciting the sympathy of young persons who witness them also insidiously make light of the crime itself, and thus undoubtedly tend to deprave and corrupt the minds of the young.⁸¹

Entendons bien ce que dit le juge ici: de telles pièces ne sont pas immorales, l'immoralité n'étant pas une infraction criminelle. Elles ne seront pas davantage indécentes, l'indécence n'étant pas suffisamment précise pour constituer l'infraction d'obscénité. L'indécence consiste à montrer, à exposer, à dévoiler le sexe; cela ne constitue pas pour autant une obscénité. C'est bien là ce que nous avait d'ailleurs suggéré l'arrêt Hicklin: l'obscénité ne tient pas à la représentation du sexe en soi. Des pièces seront obscènes en ce qu'elles traiteraient de manière légère, "excitante", sans discrimination (n'oublions pas la filiation de l'obscénité au libelle), sans projet social, le fait de succomber à la tentation de la chair, de représenter favorablement le péché en public.

Les décisions L'Heureux et Ballantyne viennent appuyer ces distinctions entre l'obscène, l'immoral et l'indécent. Dans l'arrêt

80. ibid.

81. id., à la page 24.

L'Heureux, l'accusation porte sur le fait d'avoir projeté une représentation cinématographique animée d'un combat de boxe entre deux américains, contrairement à l'article 207(a) du Code révisé de 1907, c'est-à-dire d'avoir enfreint la disposition sur l'obscénité. Cette disposition, de souligner le juge, doit s'interpréter en fonction de son contexte législatif, la partie V du Code sur les infractions contre la morale.

Cette partie de notre loi criminelle a pour but d'atteindre l'immoralité sexuelle, l'indécence et c'est (...) dans ce sens que le terme "obscène" employé dans l'article en question doit être interprété. Le dictionnaire d'Oxford donne une définition de ce mot: "Offensive to modesty or decency; expressing or suggesting unchaste or lustful ideas; impure, indecent, lewd."⁸²

Or, la représentation d'un combat de boxe ne tombe pas sous le coup de cette définition.

Sans doute, la représentation en question n'était pas de nature à élever les âmes ni les caractères; c'était une exposition de la force brutale; mais je suis obligé de dire qu'elle ne comportait rien d'obscène, de nature à corrompre les mœurs, tel que le veut la loi. C'était tout simplement un spectacle grotesque, barbare, répugnant, que de voir deux êtres humains s'abimer de la sorte; mais de là à déclarer qu'il était obscène, immoral, c'est autre chose. Comme il s'agit d'une offense criminelle, il faut interpréter la loi rigoureusement.⁸³

⁸². R. c. L'Heureux (1910) 17 Rev.Lég. 32, à la page 33-34.

⁸³. *id.*, à la page 35.

En somme, l'obscénité se définit par la brutalité, la grossièreté, ou la violence, et par la sexualité non utilitaire, amoralité: préfiguration de la définition de l'obscénité que le Parlement adoptera en 1959, qui liera le sexe à la violence, l'horreur ou la cruauté? La catégorie socio-juridique de l'obscène est en voie de transformer le référent sexuel en quelque chose de "sacré", c'est-à-dire qui est désormais régi par la loi civile plutôt que par la Loi divine et qui de ce fait appartient au domaine du privé, s'éloignant ainsi de son origine religieuse. Cette transformation n'est encore qu'annoncée et ne peut être réalisée dans cette première période, la dissociation du judiciaire par rapport au religieux étant trop récente, et la législation un compromis trop fragile. A tout le moins, le caractère sacré de la sphère privée peut-il, lui, recevoir cette confirmation comme en témoigne une toute petite décision, l'arrêt Goyer⁸⁴. Cet arrêt établit qu'une lettre, même indécente, n'est pas pour autant obscène, puisqu'il ne s'agit pas d'une publication. Autrement dit, l'indécence peut être privée; l'obscénité jamais.

A ce stade-ci, nous croyons avoir identifié les caractéristiques de la notion d'obscénité par rapport aux autres catégories juridiques et religieuses desquelles elle s'est différenciée au cours de cette première période. Dans la section précédente, nous avons vu

⁸⁴. R. c. Goyer (1916) 27 C.C.C. 10.

comment elle se distinguait des formes du libelle. Ici, nous avons vu en quoi elle s'est distinguée de l'indécence pour codifier l'immoralité, ou plus exactement une morale sexuelle non religieuse, profane, et qui naturalisera la sexualité humaine. Il reste maintenant à vérifier de quelle manière ces différenciations sont mises en oeuvre.

4.3.3 L'obscène: (mauvais) sexe et (bon) public

Deux décisions permettent de saisir l'articulation de ces caractéristiques de l'obscénité à l'époque de sa constitution. La première est l'arrêt Karn, décidé en tout début de période. Elle porte sur une accusation d'avoir fait la publicité d'un médicament pouvant prévenir la conception ou entraîner un avortement. L'autre, l'arrêt Descôtés, décidé en toute fin de période, porte sur quelques publications d'un certain Dr. Jaf.

Dans l'arrêt Karn⁸⁵, un fabricant de médicaments a été poursuivi pour avoir produit et distribué le médicament appelé "Female Regulator" qui aurait pour propriété de réguler le flot menstruel. Le juge de première instance de la cour des Sessions générales du comté de York observe que la boîte de médicaments montre clairement, à son endos, le message suivant: "Caution - Ladies are warned against using these tablets during pregnancy". Il note aussi qu'une

⁸⁵. R. c. Karn (1903) 6 C.C.C. 479, renv. (1901) 5 C.C.C. 543. .

circulaire explicative accompagnant le médicament avait été introduite comme élément de preuve. Au dire du juge, "the words used must be taken in their natural and primary sense, and could not in this view be treated as coming within the contemplation of sec. 179 (c) of the Code. The case must be dealt with as though the allegation had been the subject of a criminal libel".⁸⁶ Pourquoi comme libelle pénal? Rappelons que ce type de libelle se caractérise par sa tendance à entraîner un tort public, au-delà du tort subi par la personne (qui serait traité comme libelle civil). En l'absence d'autres explications du juge de première instance, il semble plausible que ce soit précisément pour cette raison: il faut se demander si la publicité de ce médicament risque d'occasionner un préjudice social, au-delà de tout préjudice individuel qui pourrait en résulter. Le juge conclut que, aucun élément de preuve ne permettant de penser que ce médicament a pour objet de prévenir la conception ou d'entraîner un avortement, l'accusé doit être déclaré innocent, sous réserve de l'opinion de la Cour d'appel.

Celle-ci ne l'entendra toutefois pas de la même manière, sans pour autant en arriver à une ordonnance claire: chose rare, le verdict sera "No Order", c'est-à-dire que la cour refuse de se prononcer. Ce faisant, les juges de la Cour d'appel indiqueront leur désapprobation devant la décision du juge de première instance, mais n'iront pas jusqu'à prononcer un verdict de culpabilité ni même à

⁸⁶. id., 5 C.C.C. 543 à la page 544; nous soulignons.

ordonner un nouveau procès, ce qu'ils auraient pu faire. Selon les deux juges, les instructions contenues sur la boîte de médicaments étaient de telle nature que le juge aurait dû déférer la matière à un jury. Référant à la doctrine qui prévaut pour les lettres de menace ou le libelle, les juges proposent que, s'il est du ressort du juge de déterminer si le document poursuivi peut avoir le sens qui lui est prêté, il est du ressort du jury de décider si, tenant compte des circonstances, il possède ou non ce sens. Parce que l'argumentation est assez complexe, nous la citerons au long, telle que l'émet le Juge Osler:

It is not contrary to law to sell, or advertise for sale, the drug or medicine in question. The Act strikes at the abuse, not the use of it, which may be perfectly legitimate. From the nature of its action, however, it is a drug extremely susceptible of being used for an improper purpose, or at a period when it might produce a result which ought not to be sought for; and it cannot, therefore, be wrong to warn against its use for such purposes, or at such a period. In the absence of evidence that the warning on the outside of the box was intended to be read as an invitation to do the very thing warned against, in other words, that it was not an honest warning, I should have thought the learned chairman of the sessions was right in saying that the jury would not be justified in inferring from the warning alone that the drug was intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion. There is, however, a paragraph in the "directions" which is of more doubtful character, viz.: "Thousands of married ladies are using these tablets monthly. Ladies who have reason to suspect pregnancy are cautioned against using these tablets." I think the learned chairman should have held that this language, read of course with the rest of the printed matter, was capable of the obnoxious meaning, and that the jury could have legitimately inferred from it that the tablets were thereby represented, at least, as a means of

preventing conception. Their object and operation in promoting and ensuring the regularity of the menstrual flow, which is, popularly at all events, supposed to be interrupted by conception, is so clearly and explicitly stated, that it might well be asked for what other purpose married ladies, or others who might desire to prevent pregnancy, would be likely to use them monthly. I think, therefore, it would have been right to have left the case to the jury; and that, if they had taken an unfavourable view of the meaning of the paragraph referred to, a conviction might have been supported.⁸⁷

En deux mots, l'argument du juge est le suivant: le médicament peut causer l'avortement ou prévenir la conception, donc son fabricant et distributeur aurait pu (aurait dû?) faire l'objet d'une condamnation. Toutefois, l'article du Code, qui, précise le juge, ne trouve son équivalent dans aucun pays de l'empire britannique à l'époque, ne cherche pas à prohiber ces médicaments mais seulement à en empêcher la publicité. Selon ce jugement, la distribution de ce médicament doit être proscrite parce que ses mises-en-garde peuvent laisser croire qu'il risque d'empêcher la conception ou de causer un avortement. Si tel est le cas, sa circulation peut constituer un préjudice social suffisamment grand pour en justifier l'interdiction. Autrement dit, l'intérêt social pour la reproduction doit primer sur les intérêts des femmes à contrôler leurs grossesses. Il n'est pas besoin d'établir si le médicament en question est efficace à cette fin ou non, simplement qu'il soit présenté comme tel.

87. id., 6 C.C.C. à la page 483-484.

Le public à protéger, ce ne sont pas les femmes qui pourraient subir un préjudice physique suite à l'absorption de ce médicament, mais c'est la société toute entière qui subirait un préjudice moral si la sexualité - telle qu'elle se dit publiquement - devait servir des fins autres que sociales, autres que tournées vers la (re)production.

C'est du "bon et loyal citoyen" dont parle déjà la jurisprudence en matière d'obscénité, c'est-à-dire du citoyen intégré à sa communauté et à l'ordre social, davantage qu'à l'ordre divin des choses, un citoyen qui devra renoncer à une partie de lui-même, à certains plaisirs, pour le bien de la société, un citoyen dont la sexualité, pour n'être plus un péché, demande encore d'être réglée. C'est ce qui ressort de l'arrêt Descôtés.⁸⁸ Condamnant la publication et la distribution de quelques livres d'un certain Dr. Jaf ("La virginité", "La pédérastie", "La prostitution"), le juge conclut de la façon suivante:

Je suis certain qu'il n'y a pas un seul père de famille dans la cité de Montréal qui autoriserait la lecture des livres produits dans cette cause, par ses enfants, fussent-ils âgés de 20 ans et plus. Nous avons constaté, à la Cour Juvénile, que la lecture faite par un grand nombre de jeunes filles et de jeunes garçons n'est pas assez sévèrement surveillée. En quoi la lecture de semblables livres peut-elle être utile à notre jeunesse? Pourquoi leur enseigner des choses qu'ils n'ont pas besoin de connaître pour être de bons et loyaux citoyens? Pourquoi, en d'autres termes, leur

⁸⁸. R. c. Descôtés (1924) 63 C.S. (Qué) 52.

enseigner les affineries du vice, de l'immoralité et de l'existence de la perversion sexuelle, soit entre l'homme et la femme ou entre femmes entre elles, ou entre les hommes entre eux? Je ne suis pas appelé à condamner l'auteur qui a écrit ces livres, mais je ne puis admettre que ces livres ont été écrits uniquement dans un but de médecine, car ces livres contiennent des histoires, des détails absolument inutiles pour comprendre et connaître les principes de médecine qui y sont traités.⁸⁹

Relevons au passage l'affirmation voulant que pas un seul père n'autoriserait la lecture de ce genre de livres. Si la lecture des jeunes n'est pas suffisamment surveillée, c'est donc soit que les pères ne sont pas du même avis que le juge quant à ce qui doit être ainsi surveillé, soit que les enfants leur cachent leurs lectures. Relevons encore que la Cour se permet une expertise du contenu de ces livres (ils contiennent des détails inutiles dans un livre de médecine) alors qu'elle ne s'en permettrait pas dans une affaire de médicaments. De manière plus importante, qu'entend le juge par un bon et loyal citoyen? S'agit-il d'un bout de phrase anodin ou au contraire du coeur même de l'argumentation?

Pour répondre à cette question, nous ferons un détour du côté de la dimension publique de la notion de l'obscénité, qui, rappelons-le, se distingue du libelle par la précision et la diffusion de ses effets. Précision dans l'identification des effets qui sont susceptibles d'en découler, et diffusion de ces effets au niveau de la communauté sociale plutôt qu'au seul niveau de l'individu.

⁸⁹. id., à la page 56; nous soulignons.

Au niveau des effets, le jugement fait allusion différemment à la démoralisation des familles, particulièrement des pères et des garçons, ainsi qu'à la criminalité accrue qui s'ensuit. Autre conséquence néfaste, qui passe par le corps des femmes celle-là: la tentation de succomber à la chair, voire de le faire sans avoir pour objectif la procréation à travers le mariage. Plus généralement, les effets de ce genre de publications sont d'inspirer "des désirs lascifs" de suggérer "à la jeunesse des moyens de cacher leurs fautes ou leur état physique ou moral, corrompant le sens moral de ces mêmes individus"⁹⁰, c'est-à-dire leur suggérant une sexualité qui ne soit pas normative.

Au niveau de groupes particulièrement susceptibles de subir ces effets, la Cour place les enfants et les adolescents d'abord, dont la formation reste à compléter et qui, de ce fait, sont un groupe dont la "protection" importe au plus haut point. Par quoi le juge s'exerce à l'art de la distinctio, c'est-à-dire non seulement la différenciation des autorités, mais aussi la distinction entre les groupes et classes auxquels la légalité s'applique différemment selon les circonstances:

Les statistiques des différents pays montrent que les jeunes gens et les jeunes filles en bas de 21 ans en forment la majorité de la population. La jeunesse est donc un élément très important de

⁹⁰. ibid.

cette masse que nous appelons le public, et cet élément, comme les autres, a droit d'être protégé contre la lecture des livres qui peuvent mettre en danger sa morale et même sa probité.⁹¹

Et il poursuit en précisant quels groupes risqueraient moins d'être affectés par ces publications:

Il est vrai que si ce volume eût été vendu ou mis en vente par certains collèges ou universités à certains élèves de ce collège ou université, comme par exemple les étudiants en médecine, il pourrait arriver que la vente de ce livre, dans ces cas spéciaux, ne constituerait pas une violation de l'article 207 du Code criminel.

(..) il est fort probable que pour les gens mariés et un grand nombre d'autres personnes, hommes et femmes, des livres ne puissent en aucune manière affecter leur sens moral ou provoquer en eux des désirs ou des pensées obscènes.⁹²

Ayant isolé un segment du public auquel il aurait pu être admissible de vendre tel livre, et ayant identifié subséquemment d'autres groupes auxquels cette vente ne saurait être admissible, le juge n'en maintient pas moins que cette masse est indivisible.

(...) mais en face des faits dévoilés dans cette cause, il est difficile de maintenir les prétentions de la défense sur ce point. Le public est une masse indivisible, composée non seulement

91. id., à la page 55.

92. ibid.

de différentes classes d'individus, mais aussi d'individus de différents âges.⁹³

Mais, nous le répétons, il ne faut pas se méprendre sur la signification du mot "public" qui est composé de tous les êtres humains vivant ensemble sous la direction, les bienfaits et les rigueurs de la loi commune.⁹⁴

Ou bien le public est indivisible, auquel cas l'énumération des sous-groupes n'avait guère de sens, ou il est divisible en sous-groupes mais alors pourquoi tant tenir à affirmer qu'il ne l'est pas? Ce recours à la notion du public permet à la Cour d'accomplir l'articulation et la distinction entre la légalité et l'égalité. Les publications que le juge condamne risquent peu de polluer la morale de citoyens matures, adultes, d'hommes et de femmes qui sont mariés ou d'étudiants de médecine, parce qu'ils sont intégrés à la société, qu'ils sont pleinement sujets du Droit et des droits. Par contre, en suscitant une vision hors-norme de la sexualité, en informant sur d'autres manières de vivre la sexualité, ces livres risquent d'entraîner les jeunes à remettre en cause les dogmes sociaux de la bonne sexualité, celle qui est contrôlée, investie d'une finalité sociale. Il s'ensuit que le public est bien une masse indivisible au sens de la légalité, chacun devant se reconnaître Sujet du Droit, mais qu'il est divisible en autant de groupes selon que les Sujets ne sont pas tous égaux, n'ont pas tous les mêmes

93. ibid.

94. ibid.

droits. En somme, si la légalité s'applique à tous, l'égalité se réalise différenciellement.

D'autres groupes encore appelleront une attention spéciale du judiciaire. Dans l'arrêt *Britnell*,⁹⁵ la protection d'un autre segment du public se fait jour, soit le commerçant honnête. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario renverse une décision de première instance où un libraire de Toronto avait été condamné de possession aux fins de circulation de livres obscènes. Au premier paragraphe de ses motifs, le juge associé Meredith vient à la défense du commerçant:

The convicted man is a reputable book-seller, who carries on business, in an extensive way, in one of the business centres of Toronto. Although neither his reputation, nor the character and extent of his business, is a reason why he should not be convicted, and punished, if guilty, yet there are not things without weight, and very considerable weight, in considering the probabilities of the truth of the charge against him (...).⁹⁶

La vérité de l'acte d'accusation? Depuis quand les tribunaux se penchent-ils sur la "vérité" de l'acte d'accusation? La détermination de la culpabilité se fait, comme on sait, soit sur la base de la prépondérance de la preuve, soit sur le critère plus strict du doute raisonnable. Ni l'un ni l'autre de ces standards ne

⁹⁵. R. c. *Britnell* (1912) 20 C.C.C. 85.

⁹⁶. *id.*, à la page 87; nous soulignons.

repose sur la détermination de la vérité. De plus, depuis quand une condamnation dépend-elle de la réputation de l'accusé? Bien sûr, chacun sait aussi, et les criminologues l'ont établi, que des facteurs "externes" (tels l'apparence, le statut socio-économique, la profession, etc.) viennent moduler les décisions des tribunaux, indépendamment de la preuve. D'ailleurs, ces critères agissent le plus souvent avant procès, au niveau même de la décision d'enquêter (police) ou de déposer une accusation (Couronne). Mais règle générale, les Cours de justice font tout pour ne pas le reconnaître, tandis que ce jugement semble y trouver sa ratio. C'est que le juge ne peut guère formuler autrement que les libraires dans ce cas-ci, éventuellement les écrivains voire les distributeurs de littérature, doivent faire l'objet d'une protection spéciale de la justice dans le domaine de l'obscénité. En effet, s'il importe que chacun puisse s'intégrer à l'ordre socio-juridique (i.e., la protection des enfants), il faut aussi éviter que des sujets intégrés ne viennent le remettre en question (les commerçants honnêtes par exemple).

Une autre décision permet d'ailleurs de constater que l'intervention judiciaire elle-même constitue un bien socio-juridique à protéger. Dans une décision dont il est impossible de mesurer l'impact au niveau des activités des groupes de pureté morale qui ont existé au Canada, l'arrêt St-Clair, la Cour d'appel de l'Ontario confirme la condamnation d'un membre du Moral Reform Council of Canada qui avait rédigé et distribué 1,000 exemplaires d'un bulletin spécial du Conseil condamnant une certaine représentation théâtrale

présentée à Toronto. Dans ses motifs, le juge associé Meredith souligne à quel point la publication d'un compte-rendu plus obscène encore que la pièce elle-même ne saurait se justifier, même pour stimuler la réprobation des citoyens et les encourager à exercer des pressions sur les autorités policières.

That the publication of such disgusting details is an invasion of decency tending to degrade morality seems to me very evident; and the more so because, if the defendant has the right to employ such methods, everyone else - including those he attacked - has an equal right to do so (...).⁹⁷

Et le juge souligne qu'il aurait été cent fois préférable que l'accusé s'en remît au système de justice pour obtenir la condamnation recherchée:

An ounce of ordinary every-day legal methods, ready at the hand of every one willing to put them in force, is far more effectual than a ton of hysterics. If the performance were as bad as the learned trial Judge (...) declares it to have been, an ounce of ordinary methods ought to have, and doubtless would have, resulted in speedy Police Court trial and a speedy conviction and imprisonment of the offenders, the surest of cures for such offences, and the surest of preventives also; all done perhaps almost without letting the one hand know that which the other had accomplished.⁹⁸

97. R. c. St-Clair (1913) 21 C.C.C. 350, à la page 353.

98. id., à la page 355.

Retour très net sur Hicklin, le dénonciateur de la perversion et de l'obscénité étant condamné pour obscénité, c'est-à-dire pour ne pas s'en être remis aux procédures admises. Dans Hicklin, le pamphlet aurait pu être sauvé par un recours aux règles de l'argumentation; dans St-Clair, il aurait pu être sauvé par une mise en forme judiciaire, sous l'aspect d'un acte d'accusation. La détermination judiciaire de l'obscénité en sera la seule forme légitime: tout ce qui pourrait concourir à une articulation différente des sphères publique et privée risquera d'entraîner l'opprobre judiciaire.

Sommaire

Reprenons notre question. Qu'est-ce qui est obscène? C'est ce qui dérange l'ordre public en attaquant la décence et en corrompant les esprits. Qu'est-ce qui corrompt les esprits? C'est ce qui suscite des pensées lubriques, impures et libidineuses. Qu'est-ce qui suscite de telles pensées? Ce qui est obscène bien sûr! La circularité du raisonnement judiciaire (souvenons-nous de l'arrêt Pelletier, analysé au chapitre 2) apparaît on ne peut plus clairement. L'obscène sera révoltant, "unprintable", "disgusting", au point que, contrairement au blasphème avec lequel il partage pourtant une origine commune, la Cour se refuse explicitement à faire étalage des détails de ce qui est intimé. Ce qui est bien une autre manière d'affirmer que le sexe est enjeu et véhicule dans la construction socio-juridique de l'obscène. Du comportement sexuel,

le judiciaire ne veut entendre que le moins possible, puisqu'il s'agit là d'une affaire privée. Ce qui se dit dans le juridique c'est le sujet socio-juridique et la gestion de sa "nature" en fonction des lois de la société et de la socialité.

Fondée sur un consensus apparent des élites, la notion socio-juridique de l'obscène permet non pas tant de proscrire la sexualité que d'en prescrire une certaine forme, celle qui définit le bon et loyal citoyen, c'est-à-dire une sexualité productive (socialement) et préférentiellement reproductrice, celle d'une personne elle-même productive et intégrée à l'ordre des choses. Que le citoyen privé pratique d'autres formes de sexe ne regarde pas la Cour; sa discussion sur la place publique doit toutefois se faire dans les règles. C'est en ce sens que nous avons pu dire, à l'examen de l'arrêt Hicklin, que la catégorie juridique de l'obscène renverse en quelque sorte son référent de la transgression prescrite dans la tradition judéo-chrétienne, ce qui lui permet de passer d'un ordre divin à un ordre temporel dans la gestion du social et du sexuel.

On voit mieux en quoi l'obscène ne se laisse pas définir par une forme ou l'autre de représentation, puisqu'il est d'abord métaphore et ensuite métonymie, et qu'il se joue des mots, joue avec les mots, en prenant un pour un autre, ce que nul dictionnaire, nulle énumération ne saurait tolérer. Pas davantage qu'Alice ne pouvait accepter l'attitude d'Humpty Dumpty qui, du haut de sa muraille, où il était apparemment solidement ancré (mais combien fragile), se

permettait de (lui) changer les sens puisque seuls les signes et les signifiants en avaient, ne nous est-il possible de prendre le droit au pied de la lettre quand il dit chercher une définition juste de l'obscénité. Déjà, au XVIIIe siècle, l'arrêt *Curl*, renversant la position adoptée dans *Read*, avait consommé cette situation, soutenant que la cour pouvait agir comme custos morum, c'est-à-dire qu'en l'absence d'une législation explicite, le tribunal se devait tout de même d'intervenir pour protéger l'ordre public.⁹⁹ Près de deux cent cinquante ans plus tard, la Chambre des Lords, dans l'arrêt *Shaw v. DPP*¹⁰⁰ confirmera de façon éclatante qu'il n'est nullement besoin ni d'une définition de l'obscénité ni même d'une législation créant spécifiquement l'infraction, puisque le crime peut éventuellement résider tout entier dans le fait de tendre à déranger l'ordre des choses publiques et l'ordre moral de la nation.

99. *Rex v. Curl* (1727) 2 Stra. 788. L'argumentation de la poursuite devait l'emporter pour de bon et former la base des législations ultérieures sur l'obscénité: "What I insist upon is that this is an offence at common law, as it tends to corrupt the morals of the King's subjects, and is against the peace of the King..." in *Shaw v. DPP*, 1960 A.C. 220 à la page 232. C'était la première fois qu'une accusation de comportement obscène faisait l'objet d'une poursuite dans les cours temporelles. Sur ce sujet, voir les commentaires de Robertson, 1979: 15 *passim*.

100. *Shaw v. DPP*, *loc.cit.*, per Viscount Simonds: "In the sphere of criminal law I entertain no doubt that there remains in the courts of law a residual power to enforce the supreme and fundamental purpose of the law, to conserve not only the safety and order but also the moral welfare of the State, and that it is their duty to guard it against attacks which may be the more insidious because they are novel and unprepared for." à la page 267.

A resolution test chart featuring various patterns of horizontal and vertical lines of increasing frequency. Each pattern is accompanied by a numerical value indicating its resolution. The values include 1.0, 1.1, 1.25, 1.4, 1.6, 1.8, 2.0, 2.2, 2.5, 2.8, 3.2, 3.6, 4.0, 4.5, 5.0, 5.6, 6.3, 7.1, 8.0, 9.0, 10, 11.2, 12.5, 14, 16, 18, 20, 22.5, 25, 28, 32, 36, 40, 45, 50, 56, 63, 71, 80, 90, 100, 112, 125, 140, 160, 180, 200, 225, 250, 280, 320, 360, 400, 450, 500, 560, 630, 710, 800, 900, 1000, 1120, 1250, 1400, 1600, 1800, 2000, 2250, 2500, 2800, 3200, 3600, 4000, 4500, 5000, 5600, 6300, 7100, 8000, 9000, 10000.

MICROCOPY RESOLUTION TEST CHART

NATIONAL BUREAU OF STANDARDS

(A:VSI and ISO TEST CHART No 2)

Inévitablement, si c'est bien un processus de constitution de la chose obscène que nous pouvons voir en cette première période, processus qui passe nécessairement par l'opposition à, et le piratage d'autres notions socio-juridiques, et qui débouche sur la constitution non seulement de la chose obscène mais surtout, à travers elle, d'un sujet juridique, alors tout aussi nécessairement il devra être question de censure. En effet, le sujet juridique ainsi constitué sera "esprit pur", moral, élevé, niant tout ce qui en lui est "bas", vil, corporel, charnel. Ce sujet doit apprendre à s'auto-censurer, pour le plus grand respect de l'ordre social, il devra aimer non seulement le censeur, pour reprendre l'expression de Legendre¹⁰¹, mais aussi la censure, voire désirer sa propre castration. N'est-ce pas là, dans toute sa noblesse rhétorique, ce que nous disait le juge dans l'affaire Descôtés: "En quoi la lecture de semblables livres peut-elle être utile à notre jeunesse? Pourquoi leur enseigner des choses qu'ils n'ont pas besoin de connaître pour être de bons et loyaux citoyens?"¹⁰²

Dans la foulée du jugement Hicklin et dans le contexte d'une codification qui vise à distinguer le jeune Canada de l'Empire, la première période des jugements canadiens en matière d'obscénité semble bel et bien avoir réussi à constituer la métaphore juridique qui contient à la fois les mécanismes du sujet juridique et ceux de

101. Legendre, 1974.

102. R. c. Descôtés, loc.cit., à la page 56.

son incomplétude. Ce sujet juridique témoigne d'une dialectique de rationalisation et de désacralisation des procès de gestion du social (à travers le sexuel) en même temps que d'une centration sur le sujet individuel, privé, qui débouchera ultimement, à la troisième période, sur sa "sacralisation". Ayant rejeté les mécanismes de la parole morale et purificatrice de l'Église qui permettait au sujet de laver ses fautes (par la confession), le judiciaire crée les règles du discours publique sur le sexe (et le social) où le sexe n'est pas péché mais doit être productif. Toutefois, au même moment où le sujet (et son sexe) devient sa propre fin, il lui faudra intégrer sa propre censure, puisque la Cour ne saurait permettre toute forme d'expression ni protéger chacun également. On perçoit déjà certaines difficultés que connaîtra le juridique à mettre en oeuvre ce rapport dialectique.

**CINQUIEME CHAPITRE - L'OBSCENITE A L'EPOQUE
DE LA REVOLUTION CULTURELLE (1926-1958)
ou la sexualité responsable**

Introduction

Si les décisions judiciaires publiées au cours de la première période ont montré le procès de constitution de la notion juridique de l'obscénité, qui s'est exercée à partir d'une différenciation entre le libelle d'une part et l'immoralité d'autre part, la seconde période en révèle la fragilité. Là où l'élite cléricale dominante faisait du sexe un mal en soi, une image du péché originel, sinon l'image par excellence du péché, (ce qui ne correspondait pas nécessairement aux dogmes de l'Église elle-même) et voulait en réprimer toutes les manifestations publiques, le judiciaire a désacralisé la sexualité et, à travers la métaphore du "bon et loyal citoyen", en a fait un comportement revêtant la double dimension privée et publique. Côté privé, le droit pose le sexe comme un bien non-juridique, tenant de l'infra-droit: il ne lui appartient pas d'en juger. Côté public, le juridique établit une normativité sexuelle en fonction de l'utilitarisme reproducteur et de la gestion du corps sexué.

Mais l'évolution des média de communication et des formes d'expression artistique d'une part, et des arrêts judiciaires et du rôle du juridique dans la constitution du champ de l'obscénité d'autre part, concourront à la montée des critiques sociales face à ce "libéralisme" de la pratique juridique ainsi qu'à faire apparaître des luttes avec d'autres pratiques discursives, d'abord le religieux et ensuite le politique, autour de la définition de l'obscène. Il en

résultera une mise à nu du sujet socio-juridique de l'obscène et un déplacement des tensions constitutives du discours juridique, débouchant entre autres sur une tentative ratée d'élargir la notion de l'obscène à la violence par le biais de la criminalisation des histoires illustrées de crime. Il faut bien voir que le juridique confirme ainsi doublement sa "victoire": en plus d'avoir exercé la division des sphères privée et publique (face à certaine pratique religieuse qui aurait préféré conserver une plus grande identité des projets individuel et collectif), le juridique réussit à conserver, face au politique, un large pouvoir d'interprétation de la loi, recourant pour ce faire à sa fonction de gardien de la Loi.

Ce chapitre s'ouvrira d'abord sur une brève mise en contexte de la période 1925-1958, à laquelle succéderont une description et une analyse des discours politique et juridique respectivement.

5.1 Une révolution culturelle: du cinéma parlant à Miller

Le contexte socio-politique de cette seconde période fourmille d'événements empreints de signification pour l'analyse de l'obscénité. Au niveau macro-sociologique, la période débute avec la grande crise économique qui marque la fin des années 1920, et se ferme sur la vague de prospérité économique que connaît le monde occidental en Europe aussi bien qu'en Amérique du Nord. Aux "années folles" succédera le second grand conflit mondial, cette juxtaposition de grands bouleversements de l'ordre social facilitant

la création d'œuvres artistiques pour lesquelles la critique sociale devient un objectif premier. Les développements technologiques rapides mettront la radio, puis le phono, et en fin de période la télé, à la portée d'à peu près tout le monde. Il n'est sans doute pas exagéré de parler, avec MacLuhan, d'une véritable révolution par l'image qui ne fait que commencer et se poursuivra, en s'intensifiant, au cours des années 1960. La "chose" pornographique en sera profondément affectée, même si les effets les plus dramatiques ne se feront sentir qu'en troisième période.

La fédération canadienne sera parachevée en 1949 par l'adjonction de la province de Terre-Neuve, tandis que l'indépendance par rapport à la Grande-Bretagne sera consacrée dans diverses décisions: la Loi sur la Cour suprême de 1949 fera de ce tribunal le plus haut tribunal du pays, et le litige Québec-Terre-Neuve sera le dernier porté au Conseil privé de Londres, en 1951. Confirmant son intégration continentale et sa dépendance économique envers les États-Unis, le Canada s'oriente résolument sur l'axe nord-sud, rendant nécessairement plus précaires les équilibres est-ouest sur lesquels le pays a été fondé. Il en résultera un certain nombre de tensions entre le gouvernement central et les provinces, qui prendront de plus en plus régulièrement une forme juridique pour déterminer la validité constitutionnelle de telle ou telle loi. Par ailleurs, pendant une large portion de cette période, le gouvernement central sera dominé par les libéraux, tandis que les gouvernements des provinces de l'Ontario et du Québec seront majoritairement

conservateurs. Toutefois, en fin de période, au moment où les modifications législatives de 1959 s'annoncent déjà, les conservateurs prennent le pouvoir à Ottawa, tandis que Duplessis décline et s'embourbe jusqu'à la défaite aux mains des libéraux en 1960.

Sur le plan des nombreux événements ayant un rapport direct avec l'obscénité, quelques uns se démarquent. Au niveau de la littérature, la popularité des "paperbacks", ces éditions de poche des grands et petits romans, ira grandissante et deviendra le premier médium en importance pour la circulation de la littérature imprimée. C'est sous ce format que les oeuvres de D.H. Lawrence, par exemple, connaîtront à la fois leurs retentissants succès et leurs procès célèbres aux États-Unis, en Angleterre et au Canada. De même, l'oeuvre magistrale de James Joyce, Ulysse, sera largement diffusée, et traînée devant les tribunaux, du fait de son édition en "paperback". D'ailleurs, Ellis¹, entre autres, montre comment l'industrie du livre a subi, à cette époque, une transformation importante: sous les pressions exercées par les autres médias, pour faire face à la vague des fusions et des prises de contrôle, et pour être en mesure de suivre l'évolution des technologies, les éditeurs de "paperback" ont choisi de livrer, en publiant les oeuvres les plus "risquées" à compter des années 1950, une véritable campagne anti-

¹. Ellis, 1988.

censure, augmentant leurs ventes grâce à la publicité gratuite que les procès pour obscénité fournissaient.

D'autres événements majeurs ont aussi marqué le monde artistique, dont au premier chef le cinéma de masse et la commercialisation à grande échelle des vedettes qui allait s'ensuivre. Si ce n'est pas encore la période de Brigitte Bardot, c'est déjà celle de Marilyn Monroe. La fin de cette période verra aussi la diffusion du téléviseur, dont l'impact sur la vie sociale n'a peut-être pas encore été véritablement estimé. Au total, il ressort de cette période une popularisation des diverses formes d'expression artistique, au sens où elles sont de plus en plus accessibles à un plus grand nombre de personnes, plutôt que d'être réservées à des élites.

Au niveau judiciaire, cette période connaîtra certaines des grandes décisions en matière d'obscénité, dont les effets se font encore sentir. Surtout, ce sera la fin du test Hicklin. L'arrêt américain de 1934 sur le livre Ulysse² en marquera la fin pour les États-Unis, mais il faudra attendre l'arrêt Roth³ en 1957 pour que lui soit substitué un nouveau test. C'est dire qu'il s'en est suivi une période de flottement judiciaire de plus de vingt ans qui ne sera pas sans avoir de conséquences sur les tribunaux canadiens. Toujours

². United States v. One Book Called "Ulysses" (1934) 72F (2d) 705.

³. Roth v. United States (1957) 354 U.S. 476, 77 S.Ct. 1304.

aux États-Unis, ce sera le début de la série des grandes commissions d'enquête en matière d'obscénité, avec la rapport d'une commission du Congrès sur les crime comics en 1954. En Grande-Bretagne, la principale décision sera l'arrêt *Martin Secker & Warburg*⁴ en 1954 dont les instructions données par le juge Stable au jury feront couler beaucoup d'encre pour leur libéralité. Enfin, en Nouvelle Zélande, l'arrêt *Close*⁵ datant de 1948 constitue véritablement l'origine jurisprudentielle du test des standards communautaires que le Canada se donnera au cours de la troisième période.

Le Canada n'est pas en reste. Les provinces, l'Ontario la première, se doteront de commissions chargées de la censure des films. Tant le gouvernement central que certains gouvernements provinciaux se montreront suffisamment préoccupés par l'évolution des publications de nature obscène qu'ils mettront sur pied divers groupes de travail ou commissions chargés de faire rapport. A Ottawa, le Sénat créera le premier, en 1952, une telle commission, sur la littérature indécente et licentieuse, tandis que l'Ontario en mettra une sur pied en 1957. Quant à la scène judiciaire, ce ne sera toujours pas l'ère des causes célèbres: aucune décision ne sera portée en Cour suprême du Canada, aucune oeuvre littéraire ou cinématographique majeure ne fera l'objet de poursuites. Elle sera

4. *R. v. Martin Secker & Warburg* (1954) W.L.R. 1138, (1954) 2 All E.R. 446.

5. *R. v. Close* (1948) Vict. L.R. 445.

toutefois marquée par de profondes contradictions et par une volonté d'affirmer sa préséance dans la délimitation du champ de l'obscénité.

C'est dans ce contexte que se situe notre lecture des débats parlementaires et des décisions judiciaires de cette période, contexte qui verra en quelque sorte l'éclatement de la notion d'obscénité qui avait été patiemment élaborée au cours de la première période.

5.2 D'une accalmie à une panique sur les "comics"

Pendant un long moment, la situation législative demeurera relativement inchangée par rapport à la première période. La recodification de 1927 n'a apporté aucune modification législative aux dispositions sur l'obscénité, seule la numérotation des articles ayant changé. On y retrouve les mêmes articles: 205 concerne les actions indécentes, 206 la grossière indécence, 207 la publication de choses obscènes (incluant la publicité de ce qui a pour but de prévenir les grossesses, de causer l'avortement ou la fausse couche (modifié en 1907), ou de restaurer la virilité, de guérir les maladies vénériennes ou des organes de la reproduction (ajouté en 1913)), 208 les représentations théâtrales immorales, indécentes ou obscènes et 209 le fait de mettre à la poste des choses indécentes, immorales ou obscènes.

En 1931, le Parlement ajoutait par l'article 205A une disposition sur la nudité qui la définit comme suit: "For the purposes of this subsection, any one shall be deemed to be nude who is so scantily clad as to offend against public decency or order".⁶ En vertu de cette disposition, toute personne ainsi trouvée "nue" dans un endroit public, ou sur une propriété privée autre que la sienne sans excuse légitime, sera l'objet de poursuites sommaires, à condition que le Procureur général de la province où a eu lieu l'infraction y consente.

Par ailleurs, en 1951 on ajoutait à l'article 209 sur les représentations théâtrales immorales, indécentes ou obscènes, les qualificatifs de grossier et injurieux.⁷

Mais c'est sans doute le débat sur les "crime comics" qui résultera en une modification de l'article 207 en 1949 qui retient principalement l'attention, en ce qu'il condense l'ensemble des préoccupations qui résultent des difficultés d'application de la loi en matière d'obscénité.

De la même manière que le député Charlton, dans la période 1892-1925, avait été reconnu pour son acharnement à proposer des législations concernant les mœurs, Davie Fulton allait bâtir sa

⁶. 21-22 Geo. V, c. 28, art. 2.

⁷. 15 Geo. VI, C. 47, art. 12.

carrière politique sur la même question, se concentrant sur deux aspects étroitement reliés soit les histoires illustrées de crimes ("crime comics") qu'il allait réussir à faire adopter à titre de député de l'opposition, puis l'obscénité (1959) qu'il allait modifier profondément à titre de ministre de la Justice sous le gouvernement Diefenbaker et dont il sera question au chapitre suivant. A maints égards, la saga parlementaire des "crime comics" devient celle de M. Fulton. Entamé en février 1948, le débat dure près de deux ans, pour se terminer en décembre 1949.

C'est à l'occasion des débats sur la législation sur les opérations financières canadiennes et le taux de change du dollar (le projet de loi 3 "Foreign Exchange Conservation Act") en 1947 et 1948 que la question des "crime comics" allait d'abord être soulevée. Cette loi, qui venait suppléer temporairement et de manière urgente aux carences de la Loi sur les douanes pour préserver la stabilité financière du pays, contenait une disposition sur les publications importées, principalement les oeuvres de fiction, "including detective, sex, western, and alleged true or confession stories, and publication, unbound or paper bound, commonly known as comics(...)"⁸. Tout en admettant que l'item 1201 du tarif de la Loi sur les douanes interdit, depuis la confédération, l'importation au Canada de publications à caractère immoral ou indécent, les députés ont profité de l'occasion pour s'interroger sur le système de censure. Ce

⁸. Hansards, 11-12 Geo. VI, 20 février 1948, à la page 1436.

système prévoit que des agents des douanes décident des publications interdites d'accès au pays (sans pour autant, de dire un parlementaire, qu'ils n'aient "any great education or any particular qualification (...) for the performance of duties of censorship - imagine that!"⁹), tandis qu'au même moment les publications les plus "inadmissibles", les plus immorales, se retrouveraient sur les rayons des kiosques à journaux et magasins de tabac.

Ces débats dévoilent la première cristallisation des deux positions qui seront désormais associées à tous les débats subséquents sur l'obscénité, soit la protection du public et la préservation des libertés civiles. D'un côté, des députés, tel M. Hansell, s'inquiètent devant la fréquence des publications obscènes et leurs effets nocifs sur les jeunes et la moralité publique.

Recently I have been quite alarmed at the tremendous flood of certain types of pulp and comics that have been on sale on most of our news stands. They seem to have multiplied in recent years. (..)

(Après avoir fourni à la députation une liste de titres de publications de ce genre que l'honorable député a pu recenser dans un magasin à rayons:) That is the sort of thing flooding the country today and, I suggest, polluting the minds of our young people. I am not going to read a lot of other names of comic magazines, but if I had my way I would not permit one comic strip to be published that had a gun in it.¹⁰

9. id., à la page 1437.

10. id., à la page 1438.

Pour ces députés, il ne fait aucun doute que ce genre de publications devrait être interdit d'importation.

De l'autre côté, ceux qui, tel M. Knight, se préoccupent des pouvoirs des agents de douanes de déterminer ce qui sera admis au Canada sans qu'ils n'aient la formation leur permettant de distinguer ce qui est purement pornographique de ce qui ne l'est pas, posent l'argumentation en termes de la protection des libertés civiles ainsi que de la création artistique.

I am almost in total agreement with what the hon. member has just said with respect to pornographic material. But I must point out that, on the other hand, I believe many legitimate books are refused entry into this country because of the ignorance of the people who have the censoring of them. There is a great difference between certain novels and certain books which, through their very nature, if they are to be true to life, are bound to be realistic. There is a difference however between the genuinely written and realistic novel and one that is deliberately pornographic for the purpose of making sales, by appealing to depraved tastes. I believe that inefficiency in censorship works both ways. Not only does it allow to come in material which should be kept out, but it also keeps out much material which should be allowed to come in.¹¹

Le débat sur les histoires illustrées de crime porte largement sur cette distinction entre l'immoralité sexuelle et les autres aspects de l'immoralité (violence, grossièreté, etc.). Alors que M.

¹¹. id., à la page 1439.

Hansell situe le problème au niveau des représentations d'armes à feu et de beuveries et demande la prohibition spécifique, M. Knight met dans un même paquet histoires de bandits, histoires de sexe et consommation de drogue ou d'alcool, mais demande une prohibition générale qui respecterait la liberté de création artistique. L'ajout de la disposition sur les "crime comics" en 1949 préfigure, de manière plus spécifique encore que l'interprétation de l'obscénité en première période, la codification de la définition de l'obscénité de 1959 qui liera explicitement sexe et violence.

Il faut bien voir en effet que, dans la foulée des décisions de première période, l'obscène se précise comme codification de l'immoralité qui, on le sait, comprend ces deux éléments. Dans les débats parlementaires, il devient soudainement nécessaire de référer à la quantité de matériel disponible et au quantum de violence et de sexe dans ces publications, pour justifier l'intervention de l'État et éviter qu'elle ne soit assimilée à une censure. Si, à la période précédente, la gestion de la chose sexuelle signifiait encore que certaines populations devaient toujours être protégées, elle signifie maintenant que les effets des publications sont relatifs, que chacun n'en sera pas affecté de la même manière.

Quelques mois plus tard, soit en juin 1948, M. Fulton fait ses premières armes sur cette question, lors des discussions entourant les propositions de modifications à la Loi sur la preuve et au Code criminel, ainsi que sur l'administration des ministères des Postes et

de la Justice. A cette occasion, il développera la plupart des arguments qu'il réusinerà au cours de l'année 1949 quand il réussira à faire adopter son projet de loi sur les "crime comics". Au cours des débats entourant les modifications à la Loi sur la preuve il présente la question de la manière suivante:

I have been furnished with a sample of so-called crime comics which, under the guise of "Crime does not pay" appeal to children to read them. They portray crimes of sexual and other violence in picture form. (...) I am told that the circulation of these crime comics, even in Kamloops, (une ville de 12,000 habitants à l'époque -DS) reaches 15,000 a month. Perhaps proceedings could be had under the criminal code to put a stop to this tendency. It is doing an act producing or contributing to a child's becoming a juvenile delinquant.¹²

M. Fulton posera à nouveau la question lors des débats sur l'administration du ministère des Postes et du ministère de la Justice. S'il avait été, jusqu'alors, relativement timide, ne demandant pas explicitement au ministre de la Justice de prendre des mesures spécifiques, il se fait plus exigeant.

I brought this matter up under the general item so that I might suggest to the minister certain measures to combat the increasing number of crimes by juveniles and to halt the increase of juvenile delinquency. Recently I have had brought to my attention a number of so-called crime comics which are widely circulated throughout Canada. This fact, coupled with the evidence of increasing juvenile delinquency, seems to me to demand that this House

12. Hansards, 11-12 Geo VI, 1947-48, 3 juin 1948, à la page 4754.

of Commons should request the minister to take certain steps to lessen the tendencies and to combat the causes. This is one of the active causes of juvenile delinquency. (...) The minister will remember that quite a number of shocking crimes have been committed in recent months. One of the most shocking was in Montréal recently, where a boy twelve years of age beat his mother to death with a baseball bat. He simply found her sleeping, lying there defenceless, picked up a bat and beat in her head for no apparent reason, except that when being tried, he said he had seen that sort of thing in the comics.

This question has also been raised by the council of women who met recently in Ottawa. (...) they said this question was vexing their minds to a great extent.

I have spoken to people who have had experience in this type of thing and in dealing with juvenile delinquents in magistrates courts and so on, and they say that, without any doubt, this type of magazine is printed in a form which is calculated to make the maximum impression on juvenile minds.

(...)

As I say, it is difficult to prove that these magazines do actually increase juvenile delinquency, but one can say at least that two coincidences go together, that there is an increase in juvenile delinquency, and an increase in the circulation of this type of magazine in Canada.¹³

Quant aux remèdes suggérés, ils sont au nombre de trois: la censure directe par les Douanes pour ce qui est du matériel importé (en ce qui a trait aux magazines imprimés au Canada, M. Fulton demeure imprécis); l'interdiction de mettre ce type de magazines à la poste; et la modification de la Loi sur les jeunes délinquants pour ajouter à l'article 46 sur la contribution à la délinquance juvénile

¹³. id., 8 juin 1948, à la page 4932-4933.

une précision à l'effet que les magazines consacrés exclusivement ou principalement à la représentation de scènes de crimes violents seraient considérés comme contribuant à la délinquance.

Le Chef de l'opposition, M. Diefenbaker, ne laisse pas filer l'occasion que lui fournit son député de Kamloops d'embarasser le gouvernement quant à son inaction face à la révision du Code, soulignant que, dans ce dossier, le gouvernement n'aura guère le choix que d'agir.

Mr. Chairman, what has just occurred indicates the contribution a private member of the opposition can make to the better government of this country. The hon. member for Kamloops brought this question before the house the other day and again last evening. The cogency of his arguments in bringing the matter to the attention of the house has resulted in the press taking it up and in public opinion causing the government to act where action was long overdue.¹⁴

De fait, lors des discussions entourant le projet de loi 337 modifiant le Code criminel (libelle diffamatoire, homicide volontaire, etc.), le ministre de la Justice, M. Iuley, ira à la pêche si on peut dire, soumettant à la Chambre le libellé provisoire d'une disposition qui répondrait à cette "crise", tout en exprimant ses doutes quant à l'efficacité d'une telle législation.

14. id., 9 juin 1949, à la page 4939.

Mr Chairman, naturally I expected to deal with that, and to deal with it fully, before the discussion on this bill was completed. (...) My hon. friend asks that we legislate against that kind of publication. I told him that I was drafting legislation with a view to discussing it with council (...). I should like to read to the committee the section which was drafted for consideration and which is the best the Department of Justice can do in meeting the situation. I want to say that I am not going to introduce it, but I shall give my reasons. For the purpose of discussion and as I assume there is some public interest in the matter, perhaps it should be placed before the committee. The section that was drafted for consideration reads:

Subsection 1 of section 207 of the said act is amended by adding thereto the following:

"(d) prints, publishes, sells or distributes any magazine, periodical or book which exclusively or substantially comprises matter depicting pictorially the commission of crimes, real or fictitious, and thereby tending or likely to induce or influence youthful persons to violate the law or to corrupt the morals of such persons."

(...) It will be seen that if that section were to be passed, and I cannot think of any other kind of section that would be suitable, there would be several objections to it.

In the first place, it is somewhat uncertain. It would be difficult for any person to know when he published a magazine whether he was violating the law. In the second place, there would be considerable possibility of evasion under that section, because it provides for a publication which is exclusively or substantially devoted to the pictorial depiction of the commission of crime.

(...)

I am not making a strong case against the principle of the legislation itself, but I wanted to find out whether it was thought these crime comics actually induced the commission of crime.

(...) However I am not satisfied that the matter is at the stage that would justify legislation at the

present time particularly, because many persons interested in this matter say there is no evidence, or practically no evidence that the publication of this material does induce the commission of crime.

A cet effet, le ministre cite les avis qu'il a obtenus de divers experts, dont le directeur de la recherche et le directeur général du comité national sur la santé mentale, un ex sous-commissaire et un inspecteur de la GRC, et trois juges des cours juvéniles. Il conclut:

I would not feel like sponsoring any such legislation now. I should like to see it given further consideration between now and next session. If it can be established that crime comics are having the effect of an inducement to crime (...) they ought to be banned entirely (..) but in the absence of some agreement among those who have had an opportunity of judging this matter I do not consider that I would be justified in introducing legislation.¹⁵

Evidemment déçu que le ministre ne prenne aucune mesure immédiate pour faire face à ce problème devant lequel "parents et éducateurs se sentent complètement dépourvus", M. Fulton hausse le ton et fait monter les enjeux. Premièrement, s'il est vrai, dit-il, qu'il est difficile de prouver que les "crime comics" sont directement reliés à l'augmentation de la délinquance juvénile, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'un problème réel, où de nombreux enfants "succombent totalement à ces histoires de crime", et où des experts

15. id., 14 juin 1948, pages 5200 à 5202.

tel le Dr. Wertham¹⁶ fournissent "the substantial proof that children do try the same things they have seen pictured in these crime comics"¹⁷. Deuxièmement, tout en admettant que la définition des "crime comics" demeurera plutôt vague, la situation ne diffère guère de celle qui prévaut en matière de pornographie et d'obscénité: il n'y aura qu'à laisser aux tribunaux et aux jurys de décider ce qui sera ou ne sera pas compris dans cet article.

Le débat en restera là, la quatrième session du 20e Parlement étant prorogée à l'été 1948. A la nouvelle session, M. Fulton présentera un premier projet de loi privé, le Bill no 9, le 2 février 1949, proposant de modifier l'article 207 du Code pour ajouter la catégorie des histoires illustrées de crime. Le Parlement sera dissous au printemps lors des élections nationales qui reporteront le gouvernement Saint-Laurent au pouvoir. C'est lors de la rentrée du 21e Parlement que M. Fulton redéposera son projet de loi, portant numéro 10, qui deviendra loi en décembre de la même année. Les débats autour de ce bill, qui occuperont six jours, totalisant près de cinquante pages du journal des Débats, se termineront le 5 décembre par l'adoption en troisième lecture du projet de loi tel qu'amendé. Cependant, une proposition introduite par le ministre de la Justice l'honorable S. Garson, modifiera considérablement la

¹⁶. Ce psychiatre a publié, au plus fort d'une "crise" similaire aux États-Unis, un livre marquant sur la relation entre les "comics" et la délinquance juvénile.

¹⁷. Hansards, loc.cit., 14 juin 1948, à la page 5202.

définition des "crime comics" (initialement proposée par l'ancien ministre libéral de la Justice et que M. Fulton avait reprise en totalité), en soustrayant toute la dernière partie concernant les effets présumés de ces magazines sur les jeunes. La définition adoptée, qui se retrouve à peu de choses près dans le Code actuel, se lit donc comme suit:

"(3) "Crime Comics" means in this section any magazine, periodical or book which exclusively or substantially comprises matters depicting pictorially the commission of crimes, real or fictitious.¹⁸

Considérant qu'il s'agissait d'une initiative d'un membre de l'opposition, l'adoption de cette loi constitue quelque chose de tout à fait exceptionnel.

Dans l'ensemble, les arguments invoqués restent sensiblement les mêmes que lors des débats sur les projets précédents. Ainsi, la quantité de magazines disponibles partout au Canada, l'opinion publique qui demande une action de la part du gouvernement et qui exprime sa réprobation devant ce type de publications, le lien entre ces histoires illustrées de crime et la délinquance juvénile, la grande sensibilité des mineurs à ce genre d'influences, sont autant d'arguments qui reviendront. Certains aspects des débats soit se cristallisent et prennent leur forme définitive, soit apparaissent

¹⁸. Hansards, 5 décembre 1949, à la page 2689-2690.

pour la première fois, du moins en termes clairs, et pour cette raison méritent considération. Nous en relevons tout particulièrement trois:

(1) La tentation d'imiter les gestes représentés dans ces magazines qui caractérise les enfants, est présentée comme une tendance naturelle: (Fulton:) "children are natural imitators", "they frequently copy what they have seen others do without any thought of the moral aspect involved"¹⁹. On reconnaît que tous les enfants ne seront pas victimes de ces influences, et encore moins passeront à l'acte. Cependant, les parents qui ne réagissent pas, qui ne censurent pas ce que lisent leurs enfants, qui ne prennent pas une position intelligente face à ces magazines²⁰, contribuent à laisser leurs enfants affronter seuls ces influences déplorables. De même, les enfants qui sont moins favorisés par la "nature" (ceux qui, dit un député, sont "moronic type of mind, that type of mind that would get satisfaction or perhaps some bolstering up of an inferior complex from them and, as we know, the inferiority complex is one of the greatest factors in the make-up of criminals"²¹), seront plus sujets à ces influences. Il en ressort un portrait confus, où seuls les plus sensibles parmi les jeunes seraient susceptibles de ces

19. id., 4 octobre, 1949, à la page 513.

20. "I do not believe that crime comics will ever hurt the child whose mother or father take an intelligent view of these comics..." M. Goode, id., 6 octobre 1949, à la page 583.

21. id., (M. Knight) 6 octobre 1949, à la page 586.

influences, alors que, dans le but de justifier l'intervention de l'État, il avait d'abord fallu invoquer la loi des grands nombres.

(2) D'ailleurs, une méfiance quasi instinctive envers toute forme de censure gouvernementale demeure marquée.

(Fulton) I am unalterably opposed to the idea of government censorship of the press in any form whatsoever in peace time. There are too many dangers involved in that type of solution.

I have the utmost confidence in proper legal processes which have been worked out in this country over the years; I have the utmost confidence in our courts and jury system and my suggestion is that the proper approach is along these lines.²²

Pourtant, cette prétention ne convainc pas, certains décelant bien que si la censure ne provient pas des gouvernements elle originera des tribunaux:

I do not think the question of censorship really enters this debate. This particular bill does not call for censorship as such. As I understand it, it asks that the circulation of a certain type of book be made illegal, and then it will be left to someone to originate court action. (...) Whether you are thinking of censorship or not, you are making the judge and jury into censors. The question is whether the judge and jury of twelve honest men and true are competent to carry out the censorship.²³

22. id., 4 octobre 1949, à la page 514.

23. id., 6 octobre 1948, à la page 585.

S'il s'agissait de limiter les droits de la presse ou ceux des artistes et des créateurs, le Parlement y penserait à plus d'une reprise avant de décider d'une telle mesure; mais tel n'est pas le cas ici puisqu'il s'agit tout simplement de "déchets", de "cochonneries" de souligner le ministre Garson, et que la cible visée est composée d'entrepreneurs qui n'ont pour objectif que d'amasser de l'argent facilement. Idéalement, on pourrait sans doute préférer des mesures éducatives et positives à la répression: encourager les lectures saines, fournir aux bibliothèques publiques un financement adéquat pour faire compétition aux vendeurs de littérature néfaste. La situation est cependant telle que des mesures répressives s'imposent, même si elles doivent de préférence s'accompagner d'autres actions. On ne peut plus lésiner:

If I may refer again to his satanic majesty, if he finds that not only the Church in Canada, not only our public schools and Sunday schools but also the members of the House of Commons are lined up against him, then he will think the thing over and back out.²⁴

(3) D'autant plus que le problème vient essentiellement de l'extérieur, des USA, qui produisent la très grande majorité de ces magazines et les exportent au Canada et ailleurs: (Knight:) "This comic book and comic strip business originated in the United

²⁴. id., (McIvor) 4 octobre 1949, à la page 517.

States"²⁵ ; (Murray:) "This country is deluged with filth from the publishers of the United States and no effort is made to stop the material coming past the border"²⁶. Même l'ennemi intérieur, l'imprimeur de Toronto par exemple, reçoit les plaques d'impression des USA et les imprime parfois sans en vérifier le contenu: (Garson:) "I am credibly informed that a good deal of the publishing of this kind of literature in Canada consists in printing it in Canada from plates made in the United States and it is conceivable (...) that the Canadian publisher may run off this print job (..) without informing himself of its text".²⁷

Les débats donnent l'impression que le problème des histoires illustrées de crime se présente comme un virus importé de l'étranger qui, s'il risque de toucher chaque citoyen, affecte principalement les mineurs dont le système immunitaire serait moins bien développé, et tout spécialement ceux d'entre eux qui sont, par leurs caractéristiques personnelles ou leur environnement, plus susceptibles de contamination. Pour le combattre, une mesure répressive s'impose, même si la vaccination à grande échelle risque de s'avérer trop peu discriminante et constamment réactive.

25. id., 6 octobre 1949, à la page 586.

26. id., 21 octobre 1949, à la page 1042.

27. id., 21 octobre 1949, à la page 1038.

Parmi toutes les interventions, celle du ministre de la Justice, M. Garson, est remarquable à plus d'un point de vue. C'est lui qui a introduit la modification substantielle à la définition contenue dans le projet de loi de M. Fulton²⁸, assurant ainsi au gouvernement qu'il ne perdrait pas totalement la face et qu'il reprendrait l'initiative dans cette affaire. Mais surtout, il est le premier à soulever aussi explicitement le lien étroit qui unit "crime comics" et "pornographie" et les carences de la disposition du Code en cette matière.

The amendment we are discussing now, sir, deals only with crime comics, but I think it may be said that the debate has made it quite clear, as it has developed, that at least equally offensive and equally injurious to the morals of our youth is the rising tide of pornography which has flooded the bookstands of this country for some time past. The few samples of this which have come to my attention (...) have no redeeming features of any kind; no distinction of conception or style, no humour; no sentiment; certainly no idealism; not even any genuine realism; nothing but hack-work filth seeking filthy lucre.

While no judge of these matters I should have thought, sir, that the influence of these obscene books and magazines would probably be worse than the crime comics. Yet these obscene books and magazines are now covered by section 207 of the Criminal Code and have been covered by that section for over half a century. (...) Yet, sir, judging by the mass of evidence which the members of this house have brought forward in this debate alone, section 207 does not now seem to have been any great deterrent to the production or sale of this obscene literature.

²⁸. Voir plus haut, page 280.

(...) It is significant, I think, that in reply to an inquiry recently made by our department, Nova Scotia could not recall any prosecutions within the last ten years; Ontario a few prosecutions which usually failed because of the word "knowingly" or because the jury ruled against the obscenity element. Manitoba had no general statistics, but there were eight prosecutions in Winnipeg since the beginning of 1946 and none at all from 1944 to 1946 inclusive. In Alberta, there were about ten prosecutions in the last five years, while British Columbia recalled only one conviction within five years in respect of moving pictures. Prosecution considered in other cases was dropped because of this word "knowingly" and also a feeling that the persons who should be prosecuted were the publishers in eastern Canada. Of all the provinces of which we made inquiry and which I have named Quebec, with one hundred prosecutions in the last five years, is the only one in which there has been prosecution on that scale which would seem to be warranted by the observations which have been made in this debate (...).²⁹

Pour ces motifs, en plus de réviser la définition des "crime comics", la modification avancée par le ministre Garson entraînera aussi l'abrogation de la défense jusqu'alors disponible autant au producteur, imprimeur, distributeur, etc., qu'au vendeur et à l'exposant de "pornographie", de n'avoir pas su que le matériel en question était obscène; seul celui qui vend, expose ou possède du matériel obscène pourra désormais proclamer qu'il ne connaissait pas la teneur du matériel.

L'intervention de M. Garson l'amènera aussi à rétablir ce qu'il

²⁹. id., 21 octobre 1949, à la page 1036-1037.

considère être la distinction fondamentale entre les rôles respectifs du Parlement et des tribunaux.

Parliament has always prohibited the publication of obscene matter, and in so doing it leaves to the courts the question whether a given matter is obscene or not. It does not set itself up as a judge.³⁰

Enfin, dans un mémoire qu'il soumettra quelques années plus tard, le ministre soutiendra que la définition de l'obscénité lui apparaît entièrement satisfaisante.

This sensible definition is one which now applies in the Canadian courts. Everyone recognizes that there is difficulty in a democratic society in administering any law which has the effect of limiting freedom of publication. Yet surely having Chief Justice Cockburn's definition in mind, the present law is neither vague nor uncertain, but is quite enforceable if there is a will to enforce it.³¹

Nous sommes d'avis que ces interventions du ministre de la Justice, révèlent à quel point la situation lui apparaît nettement: (1) les tribunaux ont interprété les dispositions sur l'obscénité d'une manière claire, selon laquelle le sexe ne suffit pas à constituer l'obscénité; (2) de plus, il n'y a à l'évidence pas de volonté politique d'appliquer cette loi, du moins de manière stricte

30. id., 5 décembre 1948, à la page 2691.

31. Sénat, 1952-1953, à la page 251; voir aussi 246. Nous en discutons plus loin à la page 290.

(à l'exception du Québec), de la part des autorités compétentes (i.e., les procureurs provinciaux); (3) en ce sens, afin de prévenir des confrontations avec les autorités morales et les groupes de pression, le législateur fédéral ne peut que combler certaines lacunes, spécialement au niveau des défenses disponibles; (4) quant à la définition de l'obscénité, elle paraît satisfaisante en l'état, sauf à vouloir faire du Parlement un censeur.

Ce rapprochement inévitable entre "crime comics" et obscénité n'ira pas sans occasionner des interrogations supplémentaires. Ainsi, M. White, rapportant la question rhétorique d'un juge: "Qui suis-je pour décider que tel ou tel livre est obscène?"³² souligne combien l'incertitude entourant la définition de l'obscénité entraîne des situations où un tribunal innocente un livre qui n'est, à son dire, que collection d'obscénités. En conséquence, M. White est d'avis que la modification à la disposition sur l'obscénité n'est guère qu'un coup d'épée dans l'eau.

A en juger par la poursuite des débats au cours des années suivantes, M. White n'avait pas tort de mettre en doute l'efficacité de la mesure. Les débats s'éloigneront rapidement de la question des "comics" - qui ne donnera d'ailleurs lieu qu'à quelques décisions judiciaires - et porteront de plus en plus soit sur une

³². R. c. American News (1941) 76 C.C.C. 151, discuté infra, section 3.

multiplicité de publications inacceptables, soit sur la littérature "pornographique" seulement.

Ainsi, en 1952, le Sénat mandatera un comité pour faire l'étude des publications licentieuses et indécentes, des "crime comics" et autres périodiques et pamphlets de nature séditionnaire ou subversive, ainsi que des dessins, photos et autres articles licentieux présentés comme productions artistiques. Ce Comité spécial de 20 membres examinera entre autres la provenance de ce matériel, les moyens de sa distribution, les responsabilités des divers ministères concernés, la formulation de la législation, ainsi que le rôle des agents responsables de l'application de la loi. Son rapport de cinq pages, déposé en avril 1953, se divise en quatre sections décrivant la nature du problème, le rôle du ministère des Postes, celui du ministère du Revenu national (Douanes et accises), l'état de la législation, et se termine sur un appel aux Canadiens.³³ Dans sa description du problème, le rapport sénatorial n'ajoute rien aux arguments invoqués précédemment sinon qu'il se fait peut-être plus alarmiste et par surcroît qu'il confirme les pires craintes qui avaient été exprimées face à la législation de 1949.

This problem is not isolated to Canada; in fact, it is world-wide in scope and has been in existence for a great many years. (...) But for the past few years, owing to a new and very popular type of

33. Sénat, 1952-1953, Rapport du Comité sur la vente et la distribution de littérature licentieuse et indécente, fascicule no 8, pages 242-246.

presentation and the extension of distributing agencies, this type of literature has flooded Canada from one ocean to the other. It comes in many forms: The soft-covered book selling at a small price; numerous periodicals and magazines; and a more recently threatened immense influx of the digest type of sex literature.³⁴

Le rapport explique que les actions entreprises par les ministères concernés, les Postes et les Douanes, sont conformes aux attentes et à leurs capacités. Quant à la loi telle qu'elle a été établie dans la jurisprudence et par la législation, le Comité est d'avis qu'elle ne saurait guère être améliorée, reprenant en cela textuellement l'analyse que le ministre de la Justice lui a fait parvenir.³⁵ Il s'agit pourtant du même ministre qui avait, quelques mois plus tôt, alerté la Chambre devant le flot incontrôlable de pornographie et l'insatisfaction de la législation actuelle.³⁶

Devant ce constat, le Comité sénatorial ne trouve d'autre solution que de lancer un cri d'alarme au peuple:

(...) your Committee hopes that the Canadian people will back it up with all the force of public opinion, and that those who print, import, distribute or exhibit for sale salacious and indecent publications will feel the force of this public opinion and be made to realize that they are doing a filthy, immoral and nasty thing to the detriment of Canada (...). Might your Committee be

34. id., à la page 243.

35. Voir citation supra, à la page 287.

36. cf. citation du ministre Garson, supra, page 285-286.

permitted to point out that in the world-wide struggle between the force of darkness and evil and those of good, the freedom-loving democratic countries have need of all the strength in their moral fibre to combat the evil threat, and anything that undermines the morals of our citizens, and particularly of the young, is a direct un-Canadian act.³⁷

Pourquoi ne pouvons-nous nous empêcher de sentir ici que ce ne sont plus uniquement les magazines pornographiques et les "crime comics" qui sont visés, mais que ce sont aussi, surtout peut-être même, les publications dites subversives, spécialement communistes? Évidemment, on se trouve en pleine chasse aux sorcières aux États-Unis. De plus, le mandat du Comité incluait spécifiquement les publications subversives. Mais pourquoi, si l'on vise les publications "rouges", demeurer aussi métaphorique et s'attaquer aux magazines obscènes (bientôt qualifiés de "bleus")? Serait-ce qu'un gouvernement "rouge" ne peut risquer de soutenir la comparaison avec les "bleus" côté répression et conservatisme moral?

Quoiqu'il en soit, il est clair que le problème retourne vers la définition de la littérature obscène. Un peu plus tôt cette même année, M. Fulton toujours, avait recommandé que soit formé un comité conjoint des deux Chambres ayant pour mandat d'étudier et de faire des recommandations sur la littérature obscène, sans mettre en

37. id., à la page 246.

danger la liberté artistique.³⁸ La motion sera battue aux voix, mais, une fois de plus, le débat aura retenu l'attention des médias et fait des remous au sein du public. Surtout, des précisions additionnelles s'ajoutent qui permettent de mieux saisir certains des enjeux que le débat sur les "crime comics" n'a fait qu'effleurer, et en particulier la question de savoir qui doit exercer la censure, sur quelles bases, et à l'endroit de quel type de publications. Pour Fulton, il ne fait aucun doute désormais que les juges ne se sentent pas en mesure de décider de ce qui est obscène ou non et que le test Hicklin ne les aide nullement dans cette tâche. Il est d'avis que le Parlement a la responsabilité de fournir aux tribunaux une définition plus claire de l'obscénité, une définition qui ne reposerait pas sur les circonstances de la publication mais qui déterminerait si ce matériel est, en soi, obscène ou non.³⁹ Entretemps, lors de l'examen du nouveau Code criminel en 1954, M. Fulton proposera un amendement qui, sans modifier la définition de l'obscénité, aurait eu pour but d'augmenter radicalement la pénalité imposée par les tribunaux. Cette proposition sera rejetée par la Chambre et l'article portant numéro 150 tel que proposé par le ministre, qui n'entraîne que des modifications de forme à l'article 207, sera approuvé.

Notons aussi que la question de la censure gouvernementale a fait l'objet de discussions en de multiples occasions entre 1949 et 1958:

38. Hansards, 7e session, 21e Parlement, 21 janvier 1953, à la page 1193.

39. id., à la page 1198.

les débats entourant les activités du ministère du Revenu national (1951, 1952), du ministère des Postes (1950, 1951), la Loi sur les mesures d'urgence (1951), la Loi sur la radiodiffusion canadienne (1951, 1952), la Déclaration canadienne des droits (1955, 1957, 1959), le discours du trône de 1956, ou même la construction de nouveaux locaux pour la Société nationale du film (1954 et 1955). Il n'appartient donc pas en propre aux débats sur l'obscénité de soulever cette question. Par contre, c'est assurément autour des débats sur la loi pénale que le problème de l'obscénité et de ses rapports avec la censure s'est joué au Canada.

Enfin, au niveau provincial, le Procureur général de l'Ontario créait en 1956 un Comité sur la littérature indécente et obscène, sous la direction de M. W. B. Common, c.r.. Ce Comité a fait rapport en 1958, s'inspirant largement des résultats d'une analyse de la situation menée par le Dr. J. W. Mohr. Quelques aspects de cette étude méritent d'être rapportés ici. Le rapport relate entre autres que la décision du ministre ontarien de créer ce comité a résulté, en partie, d'une campagne bien orchestrée d'envoi de lettres par des citoyens et surtout des groupes dénonçant la situation. En 1956-57, 393 lettres sont parvenues au bureau du ministre, dont 266 pour le seul mois de février 1956 - c'est le 29 février de cette année qu'il a annoncé la création du Comité d'étude - 90% environ d'entre elles étant des lettres collectives plutôt qu'individuelles. Pour en savoir davantage sur les préoccupations du public face aux imprimés obscènes, l'étude du Dr. Mohr a inclus l'envoi de trois exemplaires

d'un questionnaire à 1,500 associations de la "Home and School Federation", espérant que chaque association le ferait parvenir à trois membres. Un total de 236 réponses est parvenu au Comité, soit 5% de l'échantillon de 4,500 répondants potentiels. Parmi ces répondants, 70% ont indiqué qu'ils n'avaient pas vu récemment de publication qu'ils jugeaient offensive pour eux-mêmes, 82% n'en avaient pas vu qu'ils jugeaient offensive pour les enfants, et 94% n'en avaient pas vu aux mains de leurs propres enfants. De conclure le Dr. Mohr:

The study clearly indicates that there is no major concern in regard to obscene and indecent literature in the Province of Ontario at the present time. However, the survey of the publications listed as offensive by the citizens who participated in this study indicated that there are a number of publications which are on a marginal level in regard to obscenity and indecency. It seems therefore appropriate to think of preventive action and not to wait until the situation deteriorated again, leading to emotionally laden public reaction.⁴⁰

Il est aussi intéressant de prendre note des réponses que Mohr a reçues des provinces auxquelles il a demandé de décrire l'état de la situation eu égard aux publications obscènes - il a écrit à chacune sauf le Québec. La Colombie-Britannique, la Saskatchewan, l'Alberta, le Nouveau Brunswick, l'Ile du Prince Édouard et Terre-Neuve indiquent n'avoir aucun problème ou l'avoir résolu par une législation récente créant un comité de censure (e.g., l'Alberta),

⁴⁰. Mohr, 1958: 48.

tandis que seuls le Manitoba et la Nouvelle Ecosse font état d'un problème.

Telle est la situation au moment où le gouvernement libéral de St-Laurent est renversé en 1957 et remplacé par le conservateur Diefenbaker, qui fera adopter une définition de l'obscénité en 1959.

5.3 Une obscénité à géométrie variable

Au total, nous avons recensé, au cours de cette seconde période (1926-1958), dix-huit décisions rapportées en matière d'obscénité et une cause de libelle blasphématoire (St.Martin). Parmi les dix-huit arrêts sur l'obscénité, deux portent sur la publicité des médicaments visant à prévenir la conception ou à entraîner la fausse couche ou l'avortement (Davidson et Palmer), trois sur des représentations immorales (Conway, Hellier et Marro), quatre sur les "crime comics" (Alberta News, Roher, Kitchener News et Superior Publishing), et une pour avoir lancé des injures obscènes (Murray). Les huit autres portent sur des publications obscènes, principalement des livres et des magazines.

Comme au chapitre précédent, nous avons réparti les arrêts recensés selon la province d'origine et selon le niveau de décision. On trouvera ces données aux tableaux 5 et 6 à la page suivante. On constate au tableau 5 que l'Ontario prend la relève du Québec pour le nombre de décisions rapportées. Pourtant, si l'on s'en fie aux

données du rapport Mohr discuté à la section précédente, aussi bien qu'aux chiffres fournis par le ministre de la Justice lors du débat sur les modifications de 1949, c'est au Québec qu'on enregistre le plus grand nombre de poursuites (une centaine, dit-on) , toutes les autres provinces , l'Ontario incluse, figurant loin derrière.

La période débute relativement lentement, seulement trois décisions étant rapportées pour la décennie des années 1930 (Davidson, Palmer et St-Martin, celle-ci portant sur le blasphème plutôt que sur l'obscénité) et trois encore pour la décennie suivante (Koynok, American News et Conway), toutes les autres, soit 13, ayant paru entre 1950 et 1959! Il est probable que certains facteurs externes, tels la crise de 1929 et le conflit de 1939-1945, rendent partiellement compte de cette situation. Mais il ne fait aucun doute que des facteurs internes jouent un rôle significatif, principalement les ambiguïtés de la notion juridique elle-même telle que la créent les tribunaux. Ces ambiguïtés ressortent de plus en plus au cours de la période et entraînent une crise autour de la définition de l'obscène comme en témoignent les débats de 1949 et l'intensité de l'activité socio-politique au cours de la décennie 1949-1959.

Il s'agit là d'un renversement de perspective théorique puisque les analyses sociologiques présentent généralement le droit comme une institution essentiellement réactive, retardant le plus souvent sur la société civile. Dans ce cas-ci, le droit apparaît aussi comme une

TABLEAU 5

RÉPARTITION DES ARRETS SELON LA PROVINCE -
SECONDE PÉRIODE (1926-1958)

TERRE-NEUVE	-
NOUVELLE-ÉCOSSE	1
NOUVEAU BRUNSWICK	1
QUÉBEC	5
ONTARIO	8
MANITOBA	1
SASKATCHEWAN	-
ALBERTA	2
COLOMBIE-BRITANNIQUE	1
TOTAL	19

TABLEAU 6

RÉPARTITION DES ARRETS SELON LE NIVEAU -
SECONDE PÉRIODE (1926-1958)

PREMIERE INSTANCE		
	Coupable	3
	Non coupable	4
	Autre	1*
APPEL		
	Décision confirmée	5
	Décision renversée**	6
	- accusé	4
	- couronne	2
	TOTAL	17

* Rejet de la demande d'injonction du Procureur général de l'Ontario qui demandait d'empêcher la publication de magazines.

** Signifie en faveur de.

pratique proactive, au sens où il contribue significativement à la construction du discours social sur l'obscène et des modes de le concevoir, à tel point qu'il finit par oblitérer les enjeux sous-jacents et d'autres préoccupations que soulèvent les représentations obscènes. Nous ne nous attarderons pas davantage pour l'instant sur ces considérations théoriques, sur lesquelles nous reviendrons en conclusion.

Le consensus apparent des élites sur lequel s'est constitué l'obscène en première période éclatera en deuxième période comme en témoignent le flottement judiciaire et les luttes que se livreront les diverses pratiques discursives concernées, principalement les discours clérical, politique et judiciaire. De plus en plus dé-métaphorisé pour reprendre l'expression de Legendre⁴¹, c'est-à-dire coupé de ses origines sacrées et de la Loi-morale, le droit s'engage dans la gestion du socio-sexuel, spécialement à travers une politique des familles.⁴² Ce faisant, il laisse transparaître une vision du sujet individuel qui devient son propre centre, un sujet du Droit investi de droits, libre de ses faits et gestes dans la sphère privée, tandis que dans la sphère publique, ce sujet apparaît sous une forme déjà censurée, coupé d'une partie de lui-même, et en particulier coupé d'un lieu et d'un mode de discours sur une partie

⁴¹. Legendre, 1989: 44.

⁴². De même que se découvre une autre articulation de ce champ à travers la police des familles (voir Donzelot, 1979) et une autre encore dans la place de la folie et du psychiatre (Legendre, 1989).

de lui-même, sur sa partie privée. Ce rapport dialectique du privé et du public devient l'enjeu primordial de cette seconde période.

Percevant ce changement et ses conséquences sur la "dé-moralisation" du sujet individuel la lutte que les élites cléricales et les groupes de pression morale organisent débouche ultimement sur le débat moralité-liberté.⁴³ C'est ce que montrent clairement quelques exemples d'interventionnisme des autorités religieuses, surtout catholiques, telle cette déclaration des évêques québécois, publiée en 1955, et que nous nous permettons de citer ici, en marge de la jurisprudence que nous analyserons.

Son Éminence le Cardinal et leurs Excellences (...) constatent avec une grande douleur que la littérature obscène et sensuelle continue d'exercer ses ravages (...).

Pour ne pas forfaire à leur mandat divin ils doivent élever la voix et condamner cette presse malsaine et scandaleuse. Une notion fausse et fallacieuse de la liberté ne peut rien changer à la nature des choses: la luxure souille les cœurs et elle exclut du Royaume des cieux. Ceux qui rédigent cette littérature comme ceux qui la répandent sont coupables devant Dieu et devant la société. Ils tombent dans la catégorie de ceux que l'Évangile considère comme des scandaleux et que le Maître condamne aux supplices éternels.

Ils demandent donc à tous les fidèles une entière et fidèle collaboration afin que, par cet effort conjugué, le climat social soit purifié. Dans ce

⁴³. Dans la mesure où ce type d'analyse pourrait s'appliquer, mutatis mutandis à d'autres pays, par exemple les États-Unis, ces conflits deviennent encore plus évidents, les groupes de pression ayant été ouvertement beaucoup plus actifs; cf. Gardiner, 1961, pour un exposé de la position du clergé catholique.

domaine, l'autorité civile et les parents ont une très lourde responsabilité: ils doivent en prendre conscience. Enfin, tous les mouvements d'Action catholique et les diverses associations doivent se joindre à leurs chefs spirituels pour entreprendre l'une des croisades les plus urgentes qui soient.⁴⁴

Pour l'Église, il est clair que la situation, telle que l'autorité civile, inconsciente de ses responsabilités, l'a laissée évoluer, est intolérable de luxure et de sensualité. Il faut lutter non seulement pour purifier le climat social, mais aussi pour rétablir une notion juste de la liberté.

C'est que la notion socio-juridique de l'obscénité "vient en quelque sorte au monde" en cette seconde période, se révélant plus "libérale" (i.e., relevant de la loi sociale plutôt que de la Loi morale) que ne le souhaitaient les élites morales. Entendue comme la gestion de la chose sexuelle, l'obscénité concerne tout le monde, mais pas de la même manière. Il en ressort une notion du public qu'on voudrait tout à la fois indivisible et décomposée en catégories, une conception "à géométrie variable". Ainsi, les enfants n'auraient pas les mêmes droits et responsabilités, que les adultes, les femmes que les hommes, les individus que la communauté. Renversement (non avoué mais perçu⁴⁵) de Hicklin, pour lequel les circonstances déterminaient l'obscénité, les populations sensibles à ces influences demeurant toujours les mêmes. Comment gérer le sexe?

44. Cité in Tessier, 1955: 18-19.

45. Entre autres par Laskin, 1944, avant qu'il ne soit nommé juge.

De quelle manière? Dans quelles circonstances? Et surtout, comment le faire sans révéler les dimensions ou la nature de cette gestion, puisque le droit, contrairement à l'Eglise, n'est pas censé s'occuper de ces "choses"-là, sauf lorsqu'il y a abus? Quant à elles, les pratiques discursives en lutte avec le judiciaire lanceront ouvertement la question qui occupe encore aujourd'hui la place centrale des débats publics sur l'obscénité: (que) faut-il censurer?

C'est à l'analyse de ces transformations de la jurisprudence que seront consacrées les pages suivantes. Nous commencerons par un examen de la question de la gestion des représentations de la sexualité, pour ensuite passer à celle des publics protégés. Il apparaîtra au passage que les deux aspects se concentrent souvent dans les mêmes décisions et s'interpellent de manière étroite, de sorte que la séparation que nous exerçons sert plutôt des fins explicatives qu'elle ne témoigne de la situation de fait. Nous constaterons en troisième lieu que cette mutation de la notion de l'obscénité débouche sur une affirmation nouvelle du rôle du judiciaire face aux autres pratiques discursives. Il restera alors à dresser le bilan de cette période, bilan d'autant plus significatif que la troisième période s'ouvrira sur des modifications législatives importantes, dont l'un des objectifs avoués sera de contrer les carences de l'interprétation judiciaire de la notion.

5.3.1 Le sexe et la raison

Parmi les dix-neuf décisions recensées, huit portent, en tout ou en partie, sur la question du sexuel. Ce sont: Davidson et Palmer sur la publicité des contraceptifs et de la planification des naissances, et American News (1941), Conway, Stroll, Hellier, Marro, et Couture sur les publications obscènes.

Dans l'arrêt Davidson⁴⁶, décidé en 1931, Harvey, Juge en chef associé de la Cour suprême de l'Alberta, maintient le jugement de première instance condamnant le Dr. Davidson pour avoir rendu disponibles, lors de conférences sur la contraception, deux livrets sur la sexualité et le contrôle des naissances dont il est l'auteur, et qui s'intitulent "1001 Sex Questions Answered" et "The Secrets of Birth Control". Pour son grand malheur, l'accusé est diplômé non pas d'une faculté de médecine d'ici, mais plutôt d'une école d'homéopathie d'Inde, qui, de préciser le juge n'est toutefois pas reconnue en Amérique.⁴⁷

Conformément à la jurisprudence de la première période héritée du test Hicklin, c'est le caractère même des livrets et leurs effets qui retiennent l'attention de la Cour, à quoi se conjuguent les circonstances de leur publication/distribution.

⁴⁶. R. c. Davidson (1931) 55 C.C.C. 203.

⁴⁷. "... which, however, is not recognized in America." *id.*, à la page 206.

Le juge est prêt à admettre que, transmises dans une faculté de médecine, la plupart des informations contenues dans les conférences et les livrets auraient pu être acceptables - à condition bien sûr d'être factuelles - c'est-à-dire véridiques. (Allusion évidente à la formation, non-reconnue en Amérique, de l'accusé, suggérant que cette carence pourrait invalider les informations que ce "docteur" prétend fournir, voire en faire un charlatan. Mais aussi reconnaissance implicite de l'incapacité de la Cour de juger sur le fond.) Toutefois, d'autres encore sont tout simplement dégoûtantes et obscènes, à tel point qu'elles n'auraient pu légitimement figurer même dans un traité de médecine.

Naturally, some of the contents are unexceptionable, some also would be quite proper, if correct, in medical treatises, but there are portions too disgusting and obscene to be detailed, which whatever their purpose, could not fail to have a tendency to excite "unchaste and lustful ideas and tend to corrupt those whose minds are open to such immoral influences and into whose hands the publication may fall" to use the words of the decision relied on by Mr. Helman (...).⁴⁸

Conformément à la tradition, le juge ne précise pas quels sont ces passages ni leurs caractéristiques. Mais peu importe, puisque ce que le jugement expose c'est plutôt une préoccupation pour le public: en effet, c'est parce que ces livrets, disséminés à l'aide de

48. ibid, nous soulignons.

conférences, s'adressent à un public ouvert à ces influences, qu'ils sont obscènes.

The method adopted for the distribution of the books, through and by the aid of lectures appealing to "persons open to such immoral influences" created a strong suspicion that purpose and tendency in this case are identical.⁴⁹

Qui est ce public? Des adultes, des couples, consentants, qui se sont volontairement rendus à ces conférences et qui ont déboursé un dollar pour se procurer chacun des livrets; qui sont donc manifestement intéressés à la contraception. Qui y sont peut-être intéressés sans aucune autre raison que la mise en pratique de la contraception elle-même. Voilà ce qui fait l'obscénité. S'intéresser à la décomposition anatomique, mécanique, de la conception et de la contraception se justifie dans une école de médecine (car on pourrait soupçonner les autres de s'y intéresser pour satisfaire d'autres besoins que celui de la connaissance), et ne saurait les corrompre (les étudiants seraient en quelque sorte immunisés⁵⁰), du moins pour autant que les informations soient adéquates. Mais une présentation même techniquement correcte de ces

49. ibid.

50. Le même commentaire s'appliquera, avec plus d'acuité encore, aux psychologues sociaux qui feront des recherches en laboratoire sur les effets de la pornographie dans les années 1970 et 1980: si la pornographie, consommée régulièrement, entraîne des attitudes négatives envers les femmes, le machisme, voire la violence, pourquoi ces chercheurs n'en sont-ils pas les premiers affectés? Voir, entre autres, MacKay et Dolff, 1985.

faits à des hommes et des femmes qui veulent en savoir davantage sur le contrôle des naissances et sur la sexualité humaine, présumément pour en faire la pratique, ne peut être qu'obscène, viser à corrompre ces personnes, c'est-à-dire exprimer publiquement la possibilité d'une telle sexualité, les amener à faire ce qui ne doit pas être fait.

Quelle forme de corruption le juge envisage-t-il donc ces adultes susceptibles de subir? A le prendre au pied de la lettre, nous sommes tentés de dire, avec une pincée d'humour, que c'est cela même. Quoi encore? Mais cela même qui se donne à voir quand il devrait rester caché. A la question "qu'est-ce qui est là?", il est tentant de répondre "c'est"⁵¹ Cela est, c'est-à-dire un sujet qui n'aurait pas été déjà censuré, mis en forme par le juridique. Un sujet, la femme, dont la sexualité ne servirait pas qu'à la reproduction; un sujet, l'homme, dont la sexualité serait représentation, spectacle de celle de l'Autre, spectacle offert aussi bien à l'investissement commercial et mercantile, qu'à l'investissement juridique. Mais cela, le juge ne peut pas le voir, ne peut lui accorder d'existence, puisque le vocabulaire à partir duquel il juge est déjà piégé, a déjà

51. On aura reconnu ici la fameuse interrogation de Freud "Was is der?" (qu'est-ce qui est là?) à laquelle la seule réponse possible, tel que le démontre Lacan, est "Das is" (cela est). Par laquelle la formule freudienne "Wo es war' soll Ich werden" devient, selon Lacan, "là où c'était, peut-on dire, là où s'était, voudrions-nous faire qu'on entendit c'est mon devoir que je vienne à être". Lacan, 1966:227. Par quoi nous verrons que la notion d'obscénité développée en première période devait "venir à être" en cette seconde période.

une histoire qu'il n'a pas déconstruite. S'il s'agit d'une censure, ce n'est pas à proprement parler une censure juridique, légale. Il s'agit plutôt d'une censure discursive qui a des effets juridiques. Dans la métaphore juridique héritée de la première période, l'obscène ce serait l'"homme" moyen sensuel, charnel tout autant que spirituel, qui regarde le juge et lui permet de dire que "ça" le regarde parce que c'est public. Et comme "ça" le regarde, le juge peut faire en sorte que "ça" soit prohibé, c'est-à-dire que ce qui en ressortira se reconnaisse autre. Il ne s'agit donc pas d'une censure au sens contemporain, puisque les parties honteuses, dégoûtantes, ne sont pas excisées. C'est plutôt un refoulement, jusqu'à l'exclusion totale, qui pourra passer par le feu qui brûle et réduit en cendre la mémoire de "ça": alors qu'aujourd'hui le censeur camoufle l'inacceptable derrière des points blancs ou noirs ou découpe les bandes cinématographiques, hier le tribunal rejetait tout simplement en bloc l'oeuvre qu'il pouvait condamner à pourrir dans les coffres de l'État ou, auparavant, au bûcher.

Cette censure discursive s'exerce sans que le juge ne sache sur quel pied danser: puisque la catégorie socio-juridique de l'obscène ne vise pas à réprimer la sexualité privée en soi, et que la sexualité devient de plus en plus une chose privée, que vise-t-elle donc? Surtout, comment le dire et le faire sans le dire?

En première période, l'arrêt Karn avait fourni des indices d'analyse de cette question: la notion juridique de l'obscénité y

apparaissait nettement comme une prescription plutôt qu'une proscription de la sexualité, prescription qui passait par la centralité de la famille, et donc de la reproduction. L'arrêt Davidson, tout en participant largement de la même conception, se fait moins assuré, moins clair. Surtout, il signifie une transformation de la notion du public sur laquelle nous reviendrons en deuxième section. L'arrêt Palmer, portant sur un sujet similaire, révélera davantage cette transformation.

Décidé en 1937 par la Cour d'appel de l'Ontario, l'arrêt Palmer⁵² maintient l'acquittement de Dorothea Palmer, employée du Parents Information Bureau de Kitchener, qui était accusée d'avoir contrevenu à l'alinéa 207(c) du Code criminel en rendant disponibles les brochures "Birth Control and some of it's (sic) Simplest Methods" et sa version française "Le contrôle de la natalité et quelques-unes de ses méthodes les plus simple (sic)". Contrairement à l'affaire Davidson, la question centrale que soulève le juge n'est pas de savoir si ce fait était obscène, mais plutôt de déterminer si l'accusée a agi dans le bien public.

The broad question of whether the use of contraceptives is or is not for the public good is not for the Court to decide. What the Court has to decide is whether Mrs. Palmer in advertising

⁵². R. c. Palmer, (1937) 68 C.C.C. 20, 3 D.L.R. 493, O.W.W. 371, confirmant C.C.C. loc.cit., (1937) 2 D.L.R. 609.

contraceptives was acting for the public good and whether there was any excess in her acts.⁵³

Rappelons qu'il s'agit de la deuxième affaire rapportée à porter explicitement sur la défense du bien public, la première étant l'arrêt St.Clair⁵⁴, discuté au chapitre précédent. Ici, l'argumentation retenue par le tribunal prend la forme suivante: le quart de la population de Eastview (aujourd'hui Vanier, ville francophone sur le flanc est d'Ottawa) est pauvre et, si les classes supérieure et moyenne ont aisément accès aux contraceptifs, ce n'est pas le cas des classes défavorisées qui n'ont ni l'information ni les ressources pour se procurer des contraceptifs. De fait, les statistiques consultées révèlent que les familles pauvres ont de nombreux enfants, que les mères y sont plus souvent en mauvaise santé, et que ces enfants sont plus fréquemment sujets à la malnutrition ou à une éducation inadéquate. Il en résulte que ces poches de pauvreté produisent des délinquants et des chômeurs. Et le juge de poser la question rhétorique: "What chance have these children to be properly fed, clothed and educated?", à laquelle il donne la réponse suivante:

They are a burden on the taxpayer. They crowd the Juvenile Court. They glut the competitive labour

53. id., à la page 28.

54. R c. St-Clair, loc.cit..

market. They are reared in conditions which impair their health.⁵⁵

Devant ces faits, que conclure sinon qu'il est dans l'intérêt général que ces familles aient accès à une information et à des moyens adéquats pour prévenir les grossesses répétitives et les conséquences qui s'ensuivent?

What argument is there from a humanitarian point of view, from the point of view of the public good of humanity that will deny these people the knowledge and means of properly spacing these children so that the mother and child can enjoy good health, and so that the parents can control the number of children to the number they can support in a manner above the mere level of starvation subsistence?⁵⁶

En conclusion, et malgré qu'il ait affirmé qu'il n'était pas du ressort de la Cour de se prononcer sur la question de savoir si la contraception sert ou non le bien public, le juge soutient:

(...) should not any Court of Law in an honest effort to interpret the law for the well-being of the community, come to the conclusion that Miss Palmer's acts were for the public good and that the excess in one or two cases was so small compared to the good in other cases as to amount to no excess at all.⁵⁷

55. ibid.

56. ibid.

57. id., à la page 31.

Nous reviendrons sur certains aspects techno-juridiques de cette phrase. A ce stade, il importe surtout de noter l'ambiguïté: en se prononçant de la sorte sur les gestes posés par Miss Palmer, la Cour n'apporte-t-elle pas en même temps son soutien à une politique de l'accessibilité à la contraception, politique qui ne paraît pas alignée sur celle des gouvernements de l'époque? Le juridique délaisserait-il la visée prescriptive d'une sexualité orientée vers la procréation pour s'orienter de plus en plus vers une conception selon laquelle toute sexualité serait affaire privée? Quel serait alors l'élément visé par l'obscénité, un support sexuel lui demeurant nécessaire?

En fait, même si l'argumentation de la Cour d'appel poursuit généralement sur la voie empruntée par Davidson, il nous semble qu'elle indique déjà la direction inévitable que doit prendre une logique juridique gestionnaire, formalisée, centrée sur des personnes formellement libres et égales. L'obscénité n'existe pas en soi, ni même en fonction des seules circonstances de la publication - sinon Miss Palmer aurait été trouvée coupable - mais en fonction de la population visée (qu'on retrouvera sous le terme de la "communauté" en troisième période). Dans cette affaire, les circonstances particulières de la population justifient les gestes posés et rendent acceptables les informations transmises. Alors que dans Davidson la Cour n'avait pas - n'aurait pu - trouver des conditions "objectives" permettant de justifier les gestes de l'accusé parce que les conférences s'adressaient à tout le monde sans

distinction, ici, la Cour d'appel a pu en identifier: visant à prévenir des problèmes sociaux dans certaines classes de la population plutôt qu'à encourager en soi la prévention des naissances pour tous (même si on sait que chacun peut s'y adonner), les informations du Parents Information Bureau deviennent légitimes. Quoiqu'embryonnaire, le déplacement nous paraît fort significatif au vu des développements de la période subséquente.

D'autres décisions viennent confirmer que les modalités de gestion et la conception des biens socio-sexuels à protéger sont en train de changer. Dans l'arrêt Conway⁵⁸, datant de 1943, la Cour du Banc du Roi de la Province de Québec renverse le verdict de culpabilité qu'avait prononcé le tribunal de première instance à l'endroit de l'accusé, gérant du théâtre "Gayety" de Montréal. Le juge Cloutier, de la Cour des Sessions de la paix avait reconnu Conway coupable d'avoir présenté une pièce de vaudeville, pendant laquelle se produisait la scène suivante:

(...) exhibiting, at the back of the stage, twice during 5 or 6 minutes, three girls, nude from the shoulders to the waist, and motionless in the midst of a vaudeville programme of song and dance.⁵⁹

⁵⁸. Conway c. R. (1944) 81 C.C.C. 189, 2 D.L.R. 530.

⁵⁹. *id.*, à la page 191.

Selon Cloutier J., même si la loi ne définit pas ce qui constitue une représentation immorale, indécente ou obscène, la jurisprudence établit que chaque affaire sera décidée selon les circonstances particulières et que celles-ci détermineront si la pièce était de nature artistique ou non. Citant les autorités pertinentes ainsi que les définitions du dictionnaire, le juge souligne qu'une pièce indécente "has as its object corrupting the mind, stirring up base instincts and exercising an immoral influence"⁶⁰, et que la jurisprudence "seems to be a faithful interpretation of the true spirit of our law which looks to the protection of public morality and good morals"⁶¹. Or, ce qui fait que la pièce est immorale, indécente ou obscène c'est la nudité des trois "filles". S'appuyant sur l'article 205A(1) qui définit la nudité, le juge conclut que "the performance in question boldly displayed persons of the fair sex so scantily clothed that it was immoral, indecent or obscene"⁶². La nudité présentée à des adultes dans un espace public mais limité aux seuls ayant droit - ceux qui ont payé leur entrée - aurait donc tendance à corrompre les mœurs, peu important finalement les circonstances.

Contrastant avec cette interprétation, celle du juge Iazure de la Cour du Banc du Roi qui cassera le verdict, note les contradictions

60. id., à la page 193.

61. ibid.

62. id., à la page 194.

entre les témoins quant à la question de déterminer si les seins étaient dénudés ou non - "I do not believe at any rate that this contradiction is of importance for the decision in this case"⁶³. Il s'arrêtera davantage aux intentions de l'accusé qu'à la nature de la représentation elle-même, cherchant en cela à éluder la difficile question des intentions du législateur.

Section 208 of the Criminal Code does not specifically define what is meant by an immoral, indecent or obscene show, although to my mind it is easy to conclude what the Legislature meant by these words; at all events, at the basis of every criminal offence there must be a criminal intent or mens rea.

It is clear that the manager of the theatre wished to show a beautiful scene, some kind of an artistic background. I do not say that he succeeded; he perhaps completely missed the effect he was after, but nevertheless the object sought by the appellant was to create a beautiful background and not an immoral scene. Since the actresses could neither move nor speak, but sought to represent statues, it seems quite evident to me that the object was not to suggest obscenity but rather something beautiful and artistic.⁶⁴

Puisque l'immoralité ne se définit pas par l'indécence, encore moins par la nudité, la scène ne pouvait viser un effet immoral. Quant à être indécente, cette scène ne pouvait l'être puisque la poursuite n'a pas réussi à établir que les seins étaient suffisamment nus pour constituer une infraction à l'article 205A. Enfin, la scène

⁶³. id., à la page 195.

⁶⁴. id., à la page 195.

ne pouvait être obscène puisqu'elle n'avait pas pour intention de représenter la sexualité, mais quelque chose d'artistique, d'idéal. L'obscénité est sauvée, mais le critère judiciaire pour en décider n'est déjà plus le même. Commentant cet arrêt, Laskin, futur Juge en chef de la Cour suprême du Canada, observera que Conway est une décision étrange, "for it purports to rest on Regina v. Hicklin and yet its effect is to free the law from the strictures of the Hicklin case".⁶⁵ Quelques années plus tard, résumant les récents développements canadiens, britanniques et américains en matière d'obscénité, MacKay conclut que Conway a signalé, au Canada, la fin du test Hicklin et a marqué une nouvelle philosophie pénale en la matière:

The new philosophy that is implied is clearly anti-authoritarian. The courts now conceive themselves as primarily interested in the defence of individual liberty of action, freedom to write and freedom to enjoy what is written.⁶⁶

Le seul fait de montrer les parties génitales, même de manière explicite et vivide, ne constitue pas une obscénité.⁶⁷ Ne constitue plus, puisqu'on se souviendra qu'à la première période, des gestes indiquant les seins ou laissant deviner une intention lascive et donc

⁶⁵. Laskin, 1944: 553.

⁶⁶. Mackay, 1954: 1018.

⁶⁷. D'autres décisions encore en témoignent: R. c. American News (1941) 76 C.C.C. 151 concernant des photos d'une exposition artistique dans le magazine "Life" et Couture c. R. (1956) 114 C.C.C. 303, au sujet de photos prises dans un camp de nudistes.

révélant une sexualité hors-norme, pouvaient entraîner une condamnation pour obscénité. A la lumière de ces décisions, l'ajout de la disposition sur la nudité en 1931 prend davantage de sens: faire de la nudité une infraction distincte confirme que l'obscénité c'est autre chose que le corps sexuel: ce sera le corps sexué, c'est-à-dire les rapport entre les genres.

Même chose dans l'arrêt Stroll,⁶⁸ où le juge Proulx de la Cour des Sessions de la paix de Montréal soutient que des cravates représentant des femmes dont les seins sont nus ne sont pas obscènes au motif qu'elles ne sont pas "suggestives". Maintenir le contraire, selon le juge, obligerait à "faire porter des brassières aux vaches et des couches aux chiens" (notre traduction), et il ajoute que "the law is made to protect the modesty of normal persons, not to bridle the imagination of the hot-blooded, vicious or overly-scrupulous person"⁶⁹. La discussion de ce que sont ces personnes normales occupera notre prochaine section.

Confirmant que l'obscénité est en mutation, deux arrêts de la fin de cette période révèlent les ambiguïtés du judiciaire par rapport à son support sexuel, ambiguïtés qui seront au coeur même des débats quelques années plus tard. L'arrêt Hellier⁷⁰, décidé en 1953

68. R. c. Stroll, (1951) 100 C.C.C. 171.

69. id., à la page 171; nous soulignons.

70. R. c. Hellier (1953) 106 C.C.C. 145.

en Colombie-Britannique met en scène la pièce de théâtre américaine "Tobacco Road" dont la présentation, sur une scène de Vancouver, était accompagnée de langage qualifié de "vulgar and profane", de scènes considérées comme étant "very objectionable", dont principalement celle de "sexual intimacy" entre deux comédiens. Dans les termes du jugement:

The details of her approach to him were undoubtedly raw, and highly suggestive. I do not think there could be anything more objectionably lower than the antics indulged in by that young couple. That was the first part of the scene, and then follows the action where she falls upon her back and (...) there was an act of simulated copulation on the stage, and then the representation of Ellie May simulating a woman who had just completed an act of copulation.⁷¹

Quoique la défense prétende que ces scènes étaient nécessaires à la pièce et qu'elles représentaient des scènes "true to life", le juge souligne qu'il ne s'agit là aucunement d'une excuse "for the presentation of filth on any stage". D'autant plus que les témoins de la défense appartiennent à deux catégories, les "intellectuels" et les "incorruptibles" qui, de ce fait, ne pourraient en aucune façon se voir influencés par une telle pièce. (Et pourtant, le juge note sa surprise de constater que plusieurs des témoins de la défense étaient des adolescents: "I knew that our modern education system was wonderful and modern, but I did not know it could justify teenagers coming into court in a case of this kind and advising the court

71. id., à la page 147.

what to do"⁷².) Le juge ne doute pas que ceux qui ont vu cette pièce ont été attirés par la publicité faite autour de telles scènes.

(...) while there may have been a sprinkling of incorruptibles present, the vast majority of the audience went there on account of the filth of the play, to enjoy the filth of the play; that was the attraction.

(...) the people that went there expected to see that type of performance and undoubtedly it must have had a corruptible effect upon them. In a large city like Vancouver, there is a large element in the community that lives in filth and enjoys filth, and this play undoubtedly carried to the lower element of the community.⁷³

Le juge de la Cour de comté qui entendra l'appel renversera cette décision, soulignant qu'une telle décision ne peut qu'être affaire d'opinion, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rétablira le jugement de première instance et en endossera les motifs.

Une autre affaire, l'arrêt Marro⁷⁴ décidé en 1956 par le juge Fontaine de la Cour des Sessions de la paix de Montréal, trouve coupable d'avoir donné une représentation indécente une danseuse de cabaret qui a posé les gestes suivants:

In my humble opinion, the suggestive and provocative dance to which the name "Temptation"

⁷². id., à la page 148.

⁷³. ibid.

⁷⁴. R. c. Marro (1956) 113 C.C.C. 297.

was given or which, according to the defence, was allegedly a character dance, could not in any way constitute a dance properly called and, need it be added, still less a ballet dance. (...) It is proved that at the time the accused made these suggestive and provocative movements towards the spectators she was not dancing at all and we must not forget that the constables described these suggestive and provocative movements as representing "the act of marriage with a man, with the lower part of her body" and that these movements represented sexual movements.⁷⁵

Dans Marro, c'est la représentation simulée de "l'acte du mariage" qui attire la condamnation. Même si les gestes sont tout au plus une simulation qui, par surcroît, est exercée par une danseuse seule, ils sont provocants en soi. Dans Hellier, les gestes posés attirent d'autant plus sûrement la condamnation qu'ils sont "true to life". La "saleté" de la pièce tient à son effet d'attraction sur le public, effet qui s'explique par la réalité des gestes produits par le couple.

Il est difficile d'admettre que le public peut avoir une préférence pour "le sexe pour le sexe", que le sexe peut être situé hors des cadres du mariage et de la reproduction. Le discours juridique réalise lentement que la reproduction symbolique, qui passe par la naturalisation de la sexualité et l'abandon de ses référents moraux, est aussi efficace que la reproduction concrète. Confrontés à Stroll, Conway ou Palmer, les tribunaux hésitent et la rationalité juridique vacille un instant. Comment justifier en effet cette

⁷⁵. id., à la page 301-302.

transformation, quand le texte législatif n'a pas changé? Comment appeler les modifications législatives de 1959?

La notion du "public", préfigurant le rôle de censeur qui sera prêté à la communauté au cours de la période subséquente, sera l'ancrage de cette modification majeure dans l'approche juridique face à l'obscène: c'est le public qui mettra le sujet à sa place, faisant que l'obscène deviendra l'affaire d'un public formé de personnes différentes mais égales.

5.3.2 Les publics: différenciation de la protection

Précédemment, (viz, l'arrêt Descôtés, discuté au chapitre précédent), la personne juridique n'avait besoin que d'être un "bon et loyal" citoyen. Désormais, le Sujet du droit semble s'être reconnu dans la catégorie de l'obscénité: que le public soit susceptible aux influences néfastes (Davidson), ou déjà corrompu (Hellier), le test de l'obscénité change significativement puisqu'il ne s'adresse plus uniquement à ceux qui sont toujours susceptibles de corruption, tels les enfants. Sera susceptible de corruption toute personne, jeune ou vieille, normale ou anormale.

Dans l'arrêt National News,⁷⁶ le Juge en chef Pickup de la Cour d'appel de l'Ontario développe cette reformulation du test que le

⁷⁶. R. c. National News (1953) 106 C.C.C. 26

juge Fontaine de la Cour des Sessions de Montréal avait proposée dans Marro. Rejetant l'appel de l'accusé, il dit:

What the (Hicklin) test requires to be considered is the tendency to deprave and corrupt. It may be that what would tend to deprave and corrupt in one generation may not in another generation, but that is a question of fact. It does not require the formulation or adoption of some new or different test because the test laid down by Cockburn C.J. always involves consideration of the tendency to deprave and corrupt which must, no doubt, be related to the time when the test should be applied.⁷⁷

Assurément: le test Hicklin ne s'attachait pas aux caractéristiques de l'objet mais aux circonstances et à la manière de la publication. Il va de soi que ces circonstances changent selon les objets en cause et qu'il s'agit là d'une question de fait et non de droit. Si le Juge en chef a senti le besoin de préciser, c'est qu'il se prépare à introduire une modification.

Counsel contends that the tendency to deprave and corrupt should be related to normal persons only. If this means persons who are immune from obscenity, the legislation under consideration would not be necessary at all.

Arrêtons-nous un instant pour prendre note du changement: la personne normale, sous Hicklin, n'était pas visée par le test: c'étaient les enfants ou les faibles d'esprit, aux mains de qui la

⁷⁷. id., à la page 29-30.

publication pouvait tomber et, de ce fait, en subir les influences corruptibles. Mais au dire du juge Pickup, ce sont les personnes normales que vise le test: tout le monde est susceptible de ces mauvaises influences, pas seulement les enfants ou les anormaux. Et il ajoute:

On the other hand, I am not holding that matter is obscene which tends to corrupt and deprave only persons who are corrupted and depraved. Between these extremes there must be a large section of the public, young and old, whose minds are not corrupt and depraved but are open to immoral influences.⁷⁸

Dans l'arrêt *American News* (1957), le juge Laidlaw, de la Cour d'appel de l'Ontario, confirmant cette nouvelle approche, introduit ses remarques de façon tout aussi cryptique:

The words "deprave and corrupt" as contained in the test of obscenity are indefinite and uncertain in meaning. It is not sufficient in law that a matter charged as obscenity should merely be disgusting or repulsive. Conversely, it is not necessary that the matter be salacious or unsavory to be obscene.⁷⁹

Si l'obscénité est autre que l'immoralité, si le vulgaire ("disgusting", "repulsive") et le sexuel ("salacious") ne suffisent plus, qu'est-elle donc? A moins que l'obscène ait changé de lieu,

⁷⁸. *id.*, à la page 30.

⁷⁹. R. c. *American News* (1957) O.R. 145, 25 C.R. 369, 25 C.R. 374 (C.A.), 118 C.C.C. 152 à la page 157.

c'est-à-dire que le code de la moralité sexuelle ne s'applique pas également selon les publics. Laidlaw poursuit:

I have no doubt that the object of the law is to protect the youth of the nation and to guard them against the danger of their morals from exposure to impure matter.

However, the test of obscenity is stated explicitly to be applicable to persons "whose minds are open to such immoral influences and into whose hands a publication of this sort may fall". Thus, the test embraces both adults and youth, and persons who might be described as "normal" as well as "abnormal".

The class (of persons) depends to some extent on such matters as the manner of publication, distribution and circulation.⁸⁰

Contrairement à la situation prévalant en première période, l'obscénité ne dépend plus des seules circonstances de la publication/distribution mais aussi du groupe de personnes qui peut être visé par ces publications. Dans certains cas, ce seront les clients des cabarets ou des représentations théâtrales (Marro et Hellier, plus haut). Dans d'autres cas, ce seront les enfants, comme le révèlent quelques décisions sur les "crime comics". Ainsi, dans *Alberta News*⁸¹, la revue "Underworld Detective" n'est pas trouvée obscène au sens du Code parce que son prix (\$0.25), la quantité de mots, la présentation des histoires, et le fait que les journaux à grand tirage publient des histoires du même type en font une revue

⁸⁰. *id.*, à la page 157-158.

⁸¹. R. c. *Alberta News* (1951) 101 C.C.C. 219 (Calgary Police Ct.).

"évidemment" destinée aux adultes qui aurait peu de chances de tomber aux mains d'enfants "of a tender age". Par contre, dans l'arrêt Roher⁸² la Cour d'appel du Manitoba rejette l'appel de l'accusé qui avait été trouvé coupable d'avoir publié le no 62 de la revue "Dick Tracey". Ayant fait une description des scènes de crime et de violence digne d'un coronaire tant elle est détaillée, le tribunal se distingue de l'argumentation développée dans Alberta News et indique qu'à son avis:

(...) the Legislature wished to enact laws to protect the children of this country from the evil effects of being subjected to publications dealing with crime (...).⁸³

Le tribunal albertain serait fort probablement en parfait accord avec cette formulation. Les deux jugements se distinguent ailleurs, dans l'appréciation des circonstances en fonction du groupe de lecteurs: les adultes ont accès à ce genre de scènes dans les quotidiens d'information, pas les enfants. Or, les tribunaux sont d'avis que les adultes, contrairement aux enfants, n'ont pas tendance à imiter les scènes de crime - quoiqu'ils seraient susceptibles de reproduire des scènes de sexe.

Dans un autre arrêt, la protection judiciaire s'adresse aux femmes. Dans cette décision, une cour du magistrat de Nouveau

82. Roher c. R. (1953) 107 C.C.C. 103 (Man C.C.).

83. id., à la page 106.

Brunswick trouve coupable d'obscénité un homme qui a lancé une injure ("Get the hell off the road you cocksucker!") à une femme:

I cannot see that the question of the effect on the morals of the informant has much bearing on the charge. It is true that a child with its inquisitive mind, or a person of unstable mentality or low morality, hearing such a word and inquiring as to what it meant might then be tempted to try the act (...) but to a person of normal intellect and respectability, the thought of such an act must, I believe, produce a feeling of disgust and to be called such a name could reasonably disturb the tranquillity of any respectable woman (...).⁸⁴

Notons ici les ressemblances entre cette argumentation et le libelle pénal, dont l'une des caractéristiques qui le distingue du libelle civil tient précisément au fait qu'il aura tendance à causer un bris de la paix publique.

Dans une dernière affaire, ce sont des hommes adultes que la loi voudra protéger, même s'il s'agit d'une transaction privée. Dans l'arrêt Berringer, la Cour d'appel de la Nouvelle Écosse reçoit à une majorité de trois contre deux l'appel par la Couronne d'un acquittement prononcé en faveur d'un homme qui était en possession de photographies obscènes pour les montrer à un ami.⁸⁵

⁸⁴. R. ex rel. Murray v. Murray (1958) 123 C.C.C. 20.

⁸⁵. R. c. Berringer (1959) 122 C.C.C. 350, 42 M.P.R. 213, 29 C.R. 394 (C.A. N.E.).

En somme, les effets de l'obscénité se mesurent de façon variable selon le public. Les enfants, les femmes aussi bien que les hommes peuvent, tour à tour, faire l'objet de la protection judiciaire. Quelle protection?

Le "bon et loyal" citoyen ne peut plus se limiter à cette attitude de respect envers la loi (qui le constitue) mais doit encore contribuer à la réalisation du bien commun, à ce que règne un ordre social juste et adéquat; pour cela, il doit mettre sa nature sous surveillance. Cette contribution peut signifier qu'il doive éviter de créer des sources de dépenses inutiles pour l'État et ses concitoyens et d'engendrer des enfants qui viendront bloquer l'accès au marché du travail compétitif ou hausser les coûts des soins de santé (Palmer), ou qu'il accepte certaines restrictions à ses comportements pour le bien-être de la communauté (Hellier, Marro), ou encore qu'il respecte certaines règles de décence publique (Murray).

Il sera légitime, dans certaines limites, d'informer ce citoyen et de l'encourager à s'informer. Alors que le sujet juridique de la première période pouvait aisément être corrompu par les publications, il devient désormais capable de discernement, d'en faire un usage raisonné, justifié, sous réserve qu'elles soient véridiques, voire scientifiques, et que des raisons en justifient la distribution. L'obscénité devient en quelque sorte une forme d'"information", de "connaissance" qui sera justifiable selon son contexte et qui cesse d'être obscène lorsqu'elle est justifiée.

I cannot see the harm of giving scientific truth and knowledge to the people. What they do with that knowledge is their own affair. If their religion forbids it and they accept the tenets of their religion, they will not use the knowledge.⁸⁶

Le sujet juridique mis en place à travers le discours sur l'obscénité doit, dans cette seconde période, trouver sa place, tout spécialement par rapport aux autres sujets sociaux qui existent et qui le confrontent désormais dans leur altruité. A la question "qui suis-je?" il n'est plus possible de répondre "cela", puisque d'une part la loi avait déjà nié "cela", l'avait rejeté comme indicible, innomable, dégoûtant, mais que d'autre part, "cela" est exposé comme étant autre chose que certains, telle l'Église, auraient voulu qu'il soit. C'est pourquoi cette question entraîne la réponse "ce que je fais" et, qu'en un (juste) retour des choses, la question se transforme en "que fais-tu?". En effet, la jurisprudence nous met ici devant des faits empiriques, devant les comportements concrets d'acteurs sociaux. C'est pourquoi l'information qui, en première période, pouvait corrompre, devient ici presque acceptable: il faut donner au citoyen les moyens de contribuer au bien-être général. Ce qu'il fera par la suite de cette information ne regarde que sa conscience; au moins, la loi doit-elle favoriser plutôt que décourager cette prise de responsabilité du sujet. D'une exégèse orientée vers la préservation de la tradition et du bon et loyal

86. R. C. Palmer, 68 C.C.C. 20, loc.cit., à la page 29.

sujet, le discours juridique de l'obscénité est devenu une rhétorique axée sur le savoir et la connaissance, manifestant on ne peut plus clairement le passage d'une mise en forme religieuse conservatrice à une mise en forme libérale et rationaliste de l'ordre socio-sexuel. Nous en observerons les effets dans la conception différente qui ressort du rôle même du juridique.

5.3.3 L'obscénité revue ou: quelle est la place du sujet?

Dans la période antérieure, le juridique s'exerçait principalement à l'art de la distinctio, c'est-à-dire de la distinction de l'obscène à partir de ses référents internes qui étaient le libelle et l'immoralité. Par le biais de la métaphore et de la métonymie juridiques, l'obscène, qui s'était d'abord présenté sous la forme d'autre chose, le blasphème, l'immoral, l'indécent, le vil, etc., était devenu cette chose elle-même, avait fait prendre le ça pour le je, la prescription pour une proscription. Cette distinction avait permis au juridique de se débarrasser de "cela" (qui ne regarde) et, dans le processus, de le transformer: ce qui est rejeté, ce n'est pas le sexe en général mais la prédominance du péché du sexe, du péché sur le sexe. A cet art, le juridique faisait principalement usage de l'autorité que confère la toge ainsi que des mécanismes de l'exégèse de la tradition (les précédents) et de la rhétorique de l'obéissance à la loi, puisant sa ratio à l'extérieur, usant en particulier de celle que lui fournissait le discours religieux pour fonder cette intervention.

En seconde période, le juridique se donne plutôt à saisir dans l'art de sa ratio, c'est-à-dire de la motivation de sa distinctio. La distinctio passe en quelque sorte au second rang par rapport à l'établissement de motifs juridiques fondés empiriquement et surtout, elle devient externe, c'est-à-dire qu'elle ne s'exerce plus sur des catégories juridiques mais par rapport à d'autres pratiques et d'autres construits sociaux. Dans ce double mouvement, le juridique se retourne sur lui-même pour développer la ratio (les arguments), mais en même temps il sort pour ainsi dire de lui-même pour fonder la légitimité de son (mode d') intervention (distinctio): il en résultera, à la troisième période, une affirmation nette du juridique comme custos mores de la bonne socialité.

Pour mieux saisir la dynamique et les conséquences de cette modification, il sera utile de rappeler les principes fondamentaux de l'interprétation développés dans la common law. L'interprète de la loi, le juge, qui agit comme garant de la (bonne) juridicité, fondera son travail sur les quatre règles suivantes: (1) l'interprétation doit d'abord être littérale, c'est-à-dire que les mots recevront leur sens naturel; (2) face à une absurdité ou à une incohérence découlant éventuellement d'une interprétation littérale, l'interprète appliquera la "Règle d'Or" en vertu de laquelle il pourra donner aux mots un sens plus large que leur sens naturel; (3) si une ambiguïté persiste, l'interprète usera de la règle dite "Mischief Rule" en vertu de laquelle il est admis que l'interprétation doit viser l'atteinte de

l'objectif premier de la loi qui est la correction d'une injustice; et (4) en dernier recours, l'interprétation doit viser l'atteinte des objectifs fondamentaux poursuivis par le droit en société.⁸⁷

En général, la jurisprudence de première période s'est employée à différencier la chose obscène à l'aide des trois premières règles: définition usuelle de l'obscénité (e.g., tirée du dictionnaire), extension aux situations particulières sub judice (e.g., l'obscène saisi dans la publication d'une brochure s'attaquant aux pratiques de l'Église catholique), et usage de la règle "Mischief" pour corriger une situation qui ne saurait être tolérée (l'axiome énoncé dans Hicklin et repris dans Beaver, "nul ne commettra le mal pour atteindre le bien"). L'arrêt Palmer (1937) en particulier, tout en usant des trois premières règles, repose davantage sur un recours à la quatrième, le juge ne se préoccupant plus tant de la définition de l'obscénité - chose "régulée"? - que du rôle de la loi dans la gestion des comportements sociaux. Dans cette décision, le juge a fourni de nombreux exemples de cette modification de l'emphase interprétative.

The court is given the discretion to interpret wisely s.-s. 2 (le paragraphe créant la défense du bien public -DS).⁸⁸

⁸⁷. Là-dessus, voir Goodrich, 1986: 154-156.

⁸⁸. Rex c. Palmer, loc.cit., à la page 30.

Sagement? La Cour aurait-elle donc fait autrement dans le passé que d'interpréter la loi avec sagacité? Ou le juge voudrait-il plutôt dire "widely", largement, l'alternative se posant peut-être mieux entre une interprétation large et libérale ou une interprétation stricte et conservatrice, qu'entre une interprétation sage et non-sage? (Ce qui nous poserait d'ailleurs la question de savoir ce que serait l'envers d'une interprétation sage et comment les tribunaux auraient pu s'en rendre coupables.) Le sens du terme "wisely" est-il à découvrir dans la phrase suivante?

Here is an opportunity for the Courts of Law to keep abreast of the social development of the community and to break from the criticism that the law is rigid and at times obsolete.⁸⁹

La Cour ne se contente plus de son rôle de gardienne du phare mais devient éclaïreure; elle n'a plus à conserver, elle doit libérer. Elle se fait non seulement l'interprète de la loi en assurant la transmission fidèle du sens (exégèse et herméneutique), mais par surcroît elle se charge d'interpréter ce sens, créant ainsi du droit et de la loi (rhétorique), lui donnant un sens (et une direction) qui ne préexiste pas au travail interprétatif. Plus encore, il serait "sage", c'est-à-dire approprié, que le juridique travaille maintenant sur ce mode. C'est ainsi, par exemple, que la Cour, toujours dans l'arrêt Palmer, soutient que l'alinéa 207(c) du Code est une extension et non pas une codification de la common law,

⁸⁹. ibid.

ce qui l'autorise de facto à une interprétation large. De plus, la Cour soutient que le législateur, en établissant au paragraphe 4 que les motifs du "manufacturer, seller, exposer, publisher or exhibitor" du document obscène, ne seront pas pris en considération, et notant qu'il n'a pas jugé bon d'inclure à cette liste l'"advertiser" - dans ce cas-ci l'accusée - la Cour donc soutient que les motifs de celui-ci seront pertinents. Et bien sûr, les motifs de Miss Palmer, une infirmière précise-t-on, ne peuvent être que bien intentionnés.

(...) should not any Court of Law in an honest effort to interpret the law for the well-being of the community come to the conclusion that Miss Palmer's acts were for the public good and that the excess in one or two cases was so small compared to the good in other cases as to amount to no excess at all.⁹⁰

Cet argument appelle un certain nombre de commentaires. D'abord, s'observe à nouveau cette opposition apparente entre un effort d'interprétation honnête et un autre qui ne le serait pas, de même qu'entre une interprétation qui viserait le bien de la communauté et une autre qui ne le viserait pas. Evidemment, ce juge serait le premier à reconnaître que toute Cour de justice cherche à produire des jugements honnêtes et visant au bien de la communauté. C'est que l'opposition ne se situe pas à ce niveau, mais bien au niveau de l'approche interprétative retenue. Les Cours ne varient pas selon qu'elles produisent des jugements honnêtes ou pas, visant le bien

90. id. à la page 31.

public or non. Elles se différencient, entre autres, selon qu'elles font oeuvre d'exégèse ou d'herméneutique dans le but de maintenir la tradition juridique en fonction des balises qui leur sont tracées par les précédents, par le législateur et par les conditions socio-culturelles, ou selon qu'elles cherchent plutôt un rôle activiste, créateur de droit, usant alors des mécanismes de la rhétorique qui doit persuader du bien-fondé de cette approche et non des mécanismes de la stricte construction juridique. Second commentaire que cette rhétorique soulève, il faut se rappeler le précepte des juges dans *Hicklin*, suivi ultérieurement dans maintes décisions, à savoir que la perpétration d'une infraction ne saurait s'excuser parce que le but visé était le bien. Sur quelles bases le juge peut-il affirmer que les "excès" commis par Miss Palmer sont si petits qu'ils pâlisent devant les autres gestes posés par l'accusée? Qu'est-ce qui a tant changé que ce tribunal adopte une approche foncièrement différente de la tradition établie en matière d'obscénité, tout aussi critiquable soit-elle?

De fait, la Cour sent le besoin de tenter une réponse à cette question. Reconnaisant que l'"opinion" est divisée sur ce sujet, le juge soutient néanmoins que:

The development of public opinion in this matter (la contraception - DS) during the past 10 years has been tremendous. Religious bodies even are declaring, in guarded tones, in favour. Social welfare organizations have declared themselves in favour. In Australia, 50 years ago (...) Mr. Justice Windeyer expressed opinions wholly in

accord with mine as outlined above. Is Canada 50 years later still to be wandering in the intellectual and social wilderness of this vital subject?⁹¹

Par-delà les arguments invoqués (la pauvreté et ses liens avec la surabondance d'enfants et leurs conditions de vie défavorables, ou le marché du travail et la trop grande présence de pauvres aux portes des usines) et sans que le texte législatif ou la rationalité juridique n'aient changé, la catégorie socio-juridique de l'obscène est en voie de se révéler pour ce qu'elle est: une construction juridique qui s'est autonomisée, qui a pris vie et a engendré. Elle n'a engendré ni une conception différente de ce que serait l'obscénité dans la sexualité, conception qui existe déjà aussi bien dans le juridique qu'en d'autres discours sociaux, ni une machinerie de censure, qui existe elle aussi ailleurs, dans l'appareil gouvernemental et dans la tradition de l'Église catholique. Ce qu'elle a plutôt engendré, c'est un sujet juridique en quête de définition, de dé-limitation: le sujet socio-sexuel public. C'est ainsi que le judiciaire est entré en compétition avec les autres discours sur lesquels il avait initialement pris appui, tout particulièrement le discours clérical. Et c'est pour cette même raison que la rhétorique jurisprudentielle de seconde période met en place les conditions de son conflit avec le discours politique.

⁹¹. *id.*, à la page 31.

Créatrice d'une légalité différente, soutenant son argumentation à partir de données empiriques, sensible à la nécessité de disposer d'information adéquate pour poser des gestes socialement responsables, la Cour s'adresse, en seconde période, à un auditoire formé du grand public et des autres discours qui interviennent en la matière, autant qu'au public juridique lui-même. Ce faisant, le judiciaire tente de reléguer le religieux au rôle de guide de la conscience individuelle et les services sociaux à celui de pourvoyeurs de l'information et de l'aide nécessaires, le juridique se gardant le rôle principal de constituer le sujet socio-juridique, c'est-à-dire la définition de la place de l'ordre sexuel dans l'ordre social.

A quelques reprises, le judiciaire démontre cependant une conscience aigüe de quelques conséquences possibles de cette approche nouvelle dans la constitution du sujet juridique. Toujours dans l'arrêt Palmer, le Juge en chef, dans les motifs justifiant son accord avec la décision du juge associé qui a rendu les grandes lignes du jugement, semble avoir senti le besoin, quant à lui, de rétablir les principes juridiques pertinents. Il est effectivement remarquable que, dans les motifs exhaustifs qu'il donne à son accord avec la décision rendue par son confrère - et qu'il n'était pas tenu de fournir - le Juge en chef ne fasse aucun usage des données empiriques ni ne s'aventure sur le terrain du rôle du droit. Il lui suffit de rappeler les deux principes juridiques en cause à savoir (1) que la Couronne, en faisant appel du verdict d'acquittement ne

peut en appeler que sur des questions de droit et non sur des points de fait, et (2) que le magistrat de première instance portait le double chapeau de juge quant à la prépondérance et à la validité de la preuve, et de jury quant aux questions de fait. A moins qu'ils n'aient été guidés par des principes juridiques erronés, les motifs du magistrat cum jury sur des questions de fait ne seront donc pas reconsidérés en appel. Quant à la preuve, le Juge en chef Rowell soutient qu'ayant examiné les motifs du magistrat qui a prononcé le verdict de première instance, il en conclut qu'ils reposent (correctement) sur une interprétation (tout aussi correcte) des règles de droit, et non pas sur les "faits" qu'il a accepté de recevoir comme représentant du jury.⁹²

Il en va ici comme de l'obscénité elle-même qui peut désormais, dans certaines limites, être vue, lue ou entendue sans qu'elle ne constitue une menace. Le magistrat, en entendant ces éléments de "preuves", même impropres au regard des règles admises de la recevabilité, n'a ni commis une erreur de droit, ni surtout - et d'une certaine manière en conséquence - n'en aura subi l'influence lors de la rédaction de son jugement. S'il n'y a pas d'erreur de droit, donc du premier chapeau, des faits même inadéquats entendus par le magistrat-jury, donc du second chapeau, ne l'affecteront pas quand il remettra son premier chapeau et rendra sa décision. Les voies de l'art juridique seraient bien impénétrables au commun...

⁹². R c. Palmer, 68 C.C.C. loc.cit., à la page 32.

Par contre, de poursuivre le Juge en chef, il y avait quelques éléments de preuve pertinents, et, de là, il s'ensuit que le Magistrat cum jury pouvait décider si, de fait, les gestes de l'accusée avaient servi le bien public. C'est à cette conclusion qu'il en est arrivé et la Cour d'appel ne saurait renverser sa décision sur un point de fait. Même chose pour la preuve ayant trait aux "excès" commis par l'accusée: sa conclusion à l'effet qu'il n'y a pas eu d'excès au-delà de ce que le bien public exige étant une conclusion de fait, elle ne peut être renversée.

Ce jugement révèle l'usage des mécanismes différentiels de la rhétorique juridique qui résulte du changement d'approche nécessité par le devenir du sujet juridique de l'obscénité. Le jugement du juge associé usait principalement d'arguments de nature socio-juridique, celui du juge en chef d'arguments techno-juridiques. Cette emphase différente permet, entre autres, d'atteindre une audience différente, le juge associé voulant d'abord et avant tout convaincre le public que le droit en matière d'obscénité, au moins en ce qui a trait à l'information sur les contraceptifs, ne retarde pas par rapport aux autres discours sociaux, et qu'en fait il peut même être à l'avant-garde, tandis que le Juge en chef développe des motifs qui, tout empreints de formalisme juridique, visent à convaincre l'audience des professionnels du droit, et spécialement les représentants du ministère public qui pourraient être tentés d'interjeter appel en Cour suprême du Canada, que les motifs socio-

politiques et juridiques qui ont conduit la Cour à cette décision ne sont pas le fruit du hasard ni ne constituent du mauvais droit. S'il réussit à cette double tâche, le jugement aura établi la primauté du juridique dans la définition du sujet juridique de l'obscénité, primauté qui lui est contestée par les discours religieux et sociaux, et de plus en plus, par le politique lui-même. D'ailleurs, le déplacement de la lutte se révèle de plus en plus clairement au cours de cette période, comme en témoigne l'arrêt Koynok.

En 1940, la Cour suprême de l'Ontario rejette une demande d'injonction interlocutoire du gouvernement ontarien qui voulait empêcher la publication de certains documents prétendument obscènes en vertu d'une loi provinciale.⁹³ Le Juge en chef Kelly, rendant les motifs de cette décision unanime, souligne que tout acte punissable par la voie pénale est un acte criminel et que le Parlement fédéral a juridiction exclusive en ce domaine. Or, d'une part, la moralité publique ne fait pas partie des objets énumérés à l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique qui dresse la liste des champs de compétence législative des provinces, et d'autre part, des décisions antérieures ont établi que seul le Parlement peut définir des actes criminels dans l'intérêt de la moralité publique. Selon le juge:

It seems to me that the question whether a law is criminal is not an ethical question; any law that

⁹³. Attorney General for Ontario *c.* Koynok (1940) 74 C.C.C. 100.

prohibits the doing of an act subject to penalties
for breach of the prohibition is criminal law.

(...)

The protection of public morals is not a matter of
local or private matter.⁹⁴

Outre les questions constitutionnelles plus larges que soulève cette affaire, il en ressort une confirmation de la volonté d'autonomisation du droit par rapport aux autres modes discursifs, quant au sujet juridique de l'obscénité. Dans ce cas-ci, il semble que le judiciaire règle définitivement son compte au discours moral de facture religieuse sur l'obscène. En effet, le Judicature Act prévoit qu'une action en arrêt de publication peut être invoquée pour toute publication qui fait injure à la moralité publique. S'il est ultra vires et empiète sur les pouvoirs du Parlement fédéral en matière de droit pénal, c'est que la Cour juge suffisantes les dispositions du Code criminel et considère qu'aller au-delà constituerait une extension indue de la notion de moralité publique, et par conséquent une reconnaissance de l'interpénétration des sphères publique et privée.

D'ailleurs, une quinzaine d'années plus tard, soit en 1956, le Procureur général de l'Ontario retournera à cette décision pour justifier la création d'une commission d'enquête sur l'obscénité et la littérature indécente.

94. id., à la page 107; nous soulignons.

In 1940, (...) the then Attorney General instituted an action under this section, known as the Koynok case, and the late Mr Justice Gerald Kelly held that in that particular case, where morals were involved, the provincial statute invaded the federal field of criminal law. (...)

In doing that, he went counter to a much more senior judge, the late Chief Justice Rose, who had held shortly before that the section was intra vires (...).

Since 1940, no proceedings have been instituted under that section; however, I feel that the case (Koynok - DS) would not hold at a higher level, and I refer particularly to the fact that we have in our daily practices, many instances of this sort of thing (...)

Therefore, if occasion should arise where a situation might require under the Judicature Act by way of injunction, it would, on advice of the Crown legal officers, be another means of proceeding to correct the situation.⁹⁵

Pourtant, à notre connaissance, cette disposition ne sera pas invoquée et tombera en désuétude.

Sommaire

Ainsi, en plus d'une conception différente du sujet juridique, la jurisprudence de seconde période recèle une vision différente du rôle du juridique. Aucune décision de la première période ne s'était préoccupée d'établir les motifs du jugement à partir de statistiques, de données empiriques et autres faits dits scientifiques. Aucune

⁹⁵. Statement of Hon. A.G. R. Kelso, Wednesday, February 29, 1956, cité dans Mohr, 1957, à la page 81-82.

n'avait distingué entre les audiences visées. Aucune n'avait dû délimiter le champ du juridique face au politique. Ce n'est pas le cas en cette seconde période; les effets s'en mesureront au cours de la période suivante.

Ayant reconnu son sujet - cela - au cours de la première période, le juridique était pour ainsi dire condamné à le devenir. La chose juridique obscène, d'abord constituée sous la forme d'une transformation du champ de la sexualité-reproduction en domaine qui n'appartient plus en propre à la morale religieuse ou individuelle mais qui est aussi un champ d'investissement public et judiciaire, "devient", c'est-à-dire qu'elle s'autonomise et prend valeur (symbolique). A l'intérieur, il lui faut dès lors continuellement lutter contre la reconnaissance du manque, de la carence, de la dette qui marquent son origine même, à savoir la négation de "cela", les autres dimensions de la sexualité, du sujet socio-sexuel. Et à l'extérieur, il lui faut lutter contre d'autres discours, le religieux d'abord (et plus tard le politique) qui n'ont pas perdu leur prétention constitutive de ce sujet, voire même, comme dans le cas du politique, qui vont désormais l'affirmer avec plus de force. Il s'ensuit une ambiguïté profonde au niveau de la définition de l'objet que constitue l'obscène, ambiguïté qui ne tient pas tant à la jurisprudence elle-même qu'à ses rapports à la fois conflictuels et de dépendance, avec d'autres pratiques discursives, au premier chef, celle de l'Église. Délaissant de plus en plus sa visée prescriptive d'une sexualité orientée sur la reproduction au sein du mariage, la

notion socio-juridique de l'obscène se centre davantage sur l'individu libre et rationnel. Cette recentration fait en sorte que la sphère privée (et privée de la sexualité c'est-à-dire d'une vision éthique des rapports des hommes et des femmes comme êtres sexués) s'étend un peu plus, tandis que la sphère publique du sujet socio-sexuel juridique s'étend encore plus: celle-ci ne se préoccupe plus uniquement de la protection des plus faibles mais du bien-être de la société toute entière.

S'affirmant aux dépens de ce qu'il est, le sujet "barre tout ce qu'il signifie"⁹⁶, c'est-à-dire qu'il évacue l'objet même de son désir. Plus de place pour cela, qui pouvait, qui devait, être à la fois le pur et l'impur, le décent et l'indécent, le spirituel et le charnel. Ne lui reste plus que l'Autre, au travers duquel il se crée et contre lequel il lutte pour ne pas perdre ce qu'il n'a pas et croit avoir. C'est en ce sens que le centre de la jurisprudence de seconde période se déplace vers la dimension du public. Un public à géométrie variable, où chacun pourra à son tour être interpellé pour sa protection et celle de l'ordre social. Don Quichottisme "d'un monde où le désir de l'Autre fait la loi"⁹⁷, savoir le double fait de désirer l'Autre et de faire face au désir de l'Autre, par lequel risque constamment de s'annuler la fonction du moi. Telle est la Loi, inscrite dans et en quelque sorte identique à la loi juridique:

⁹⁶. Lacan, 1971: 112.

⁹⁷. id., 131.

"cela" doit devenir autre chose pour que le regard soit purifié, s'aveugle de son désir pour l'Autre qui n'est jamais que ce qu'on a (n'a pas) déjà. Nul doute que cette loi ne soit condamnée (comme le montrera le chapitre suivant) à s'éveiller à son impuissance, puisqu'elle constitue une symbolique toujours extérieure à l'homme. Devant ce constat d'impuissance, le sujet se règlera sur la dérive mythologique que lui fournit l'autorité de l'Autre; ni Dieu ni Roi, mais l'Autre, fondu dans la multitude de la communauté sociale.⁹⁸ D'où le report du sujet socio-sexuel de l'obscénité sur la communauté: laisser à l'Autre juger de ce que je suis, en sachant que l'Autre n'existe que par et à travers moi. Ce sera là, le sens de la troisième période.

⁹⁸. cf., sur cette question de la dérive mythologique du droit l'ouvrage de Lenoble et Ost, 1981.

**SIXIEME CHAPITRE - L'OBSCENITE
A L'EPOQUE MODERNE (1959-1969)
ou la communauté é(est)perdue**

Introduction

A la boulimie législative de la première période, correspond, d'une certaine manière, une boulimie judiciaire en cette troisième période. Les modifications législatives de 1959 n'auront peut-être finalement pas eu les conséquences souhaitées par le législateur, du moins si elles devaient clarifier la définition de l'obscénité et pallier aux "carences" que posait le test Hicklin. Jamais autant d'affaires n'ont été portées devant les tribunaux ni donné lieu à tant de contestation, jusqu'en Cour suprême. Or, cette période est d'autant plus importante que la situation juridique actuelle en est largement tributaire, ainsi que l'ont montré aussi bien le rapport du Comité Fraser que le cas de figure que nous avons développé au deuxième chapitre. La majorité des décisions-critère provient d'affaires entendues et décidées durant cette décennie, et les récentes tentatives de modification législative se posent nécessairement par rapport à cet état de fait. Par contre, cette période se poursuivant encore, il est évident que nous n'aurons pas tenu compte des transformations récentes du discours puisque nous avons limité l'analyse à une période de dix années (1959-1969).

Si la seconde période (1926-1958) a été marquée par la fin du consensus apparent des élites en matière d'obscénité, à tel point que le judiciaire y tient désormais un discours axé sur la différenciation externe, cette tendance se voit amplifiée au cours de la troisième période. Remplaçant le religieux, le politique se

confirme comme pratique discursive de référence. Alors que la relation au discours religieux s'était jouée sur le thème de la morale sexuelle, celle qui oppose le juridique au politique passera par la communauté dans son rapport à la liberté sexuelle et à son contrôle. Dans ce processus, le judiciaire se fera la source de la représentativité et de la légitimité de ses décisions.

A cet égard, la période se divise en deux parties distinctes. La première moitié voit la majorité des décisions porter sur la définition de l'obscénité. Par contre, dans la seconde, le juridique se retourne pour ainsi dire sur lui-même, tenant un discours technique, sur les définitions de la possession et de la publication. Pris ensemble, ces deux moments constituent la réponse du juridique à la mise en forme politique de la question de l'obscénité sous l'angle de l'opposition liberté-censure: liberté de faire quoi et censure de quoi? Loins de s'opposer comme on le pense trop souvent, ces deux pratiques s'appellent dans un rapport nécessaire que l'examen de la jurisprudence mettra à jour. En conséquence, la mise en oeuvre juridique d'une moralité séculaire et libérale est gommée sous les apparences d'une dogmatique de la liberté et de l'égalité.

Ce chapitre se divise en trois sections. La première propose un bref survol des principaux événements socio-culturels et politiques qui contribuent à une meilleure compréhension du contexte dans lequel se développe l'obscénité. Les deux suivantes s'adressent respectivement au discours politique et au juridique.

6.1 Une boulimie culturelle: de l'obscénité à la pornographie

La décennie 1959-1969 a sans doute été le théâtre de plus de bouleversements culturels que les deux périodes précédentes réunies. La télévision, qui avait fait une entrée relativement timide au début des années 1950, devient désormais un acquis, une évidence: de plus en plus de foyers ont au moins un téléviseur, que de plus en plus de gens regardent de plus en plus longtemps. Simultanément, la popularité du cinéma ne se dément pas, et les succès, américains bien sûr mais aussi européens, se succèdent. L'écrit se ressent déjà de cette compétition, mais qu'importe, diront les chantres des communications de masse, puisque les chefs d'oeuvre de la fiction seront le plus souvent portés au grand écran. Par contre, les revues d'information et de consommation générale, qui combinent l'image et le texte, gagnent en popularité. C'est dans ce contexte qu'il faut voir l'apparition de Playboy en 1956, de Penthouse, en 1965.

Mais c'est aussi l'époque de la contre-culture. Les enfants du baby-boom d'après-guerre ont grandi, ils ne se contentent pas de la satisfaction des aînés, ils expriment un refus des modes traditionnels de faire et de penser, des valeurs reçues. De manifestations étudiantes en sit-in et musique pop, la décennie 1960 voit éclore une contestation tous azimuts de l'ordre des choses, contestation qui passe, entre autres, par une vague de "libéral-

sation" sexuelle. Des communes hippies aux slogans qui proclament "faites l'amour pas la guerre", cette libéralisation des comportements sexuels trouve des assises dans les rapports Kinsey sur les comportements sexuels de l'homme et de la femme (1957 et 1959), dans la popularisation de la pilule anti-conceptionnelle, et dans les travaux de théoriciens tels Reich et Marcuse. Libéralisation qui n'en est peut-être pas une pour tout le monde: nombreuses sont les femmes à penser aujourd'hui que les intérêts de la cause féminine ont alors subi un recul. Mais au même moment, cette éclosion d'une conscience différente, cette remise en question des valeurs, accompagnées par des changements profonds dans la structure de production économique, ont servi de lit de fertilisation à la renaissance du mouvement féministe qui allait se concrétiser au cours de la décennie suivante.

La structure de production économique montre en effet déjà des signes des changements à venir. Le secteur de la transformation industrielle perd de son importance au profit du secteur tertiaire, celui des services, qui ne cesse de dominer depuis. De plus, les indicateurs économiques montrent un ralentissement de la période ininterrompue de croissance qui a suivi la seconde guerre mondiale. Si la consommation de biens manufacturés et de services continue de croître, c'est qu'il devient de plus en plus fréquent que les deux partenaires travaillent. Il s'ensuit une modification de certaines habitudes, de certains réflexes, dans les rapports des hommes aux femmes, mais la condition générale des femmes ne s'en améliore pas

pour autant. Leurs revenus sont généralement considérés comme revenu d'appoint, leurs occupations, concentrées dans le secteur des services (enseignement primaire, services sociaux, secrétariat, infirmières, etc.) sont moins bien rémunérées que celles des hommes, et d'un statut inférieur. D'autre part, les nouvelles réalités du travail des femmes ne signifient pas nécessairement que la répartition des tâches domestiques change.

Il en résulte une situation pleine de contradictions: les femmes occupent une place de plus en plus importante à l'extérieur de la maison, leur revenu devenant souvent essentiel pour que la famille conserve le même "standing" social, leur image se modifie et devient davantage publique alors qu'elle était essentiellement privée jusqu'alors, mais leur statut ne s'améliore guère et surtout, l'image des femmes transmise par les média tient plus de l'objet de consommation que du citoyen actif, responsable des grandes décisions, rôle encore réservé à l'homme. C'est aussi dans ce contexte qu'il faut comprendre la naissance et la popularité de revues comme Playboy et Penthouse, qui, plus tard, deviendront le référent des croisades anti-pornographie.

La décennie abonde d'événements riches en signification pour saisir l'évolution de l'obscénité, dont ce sera d'ailleurs la fin: en effet, à la fin de cette période, la pornographie aura remplacé l'obscénité, sinon dans le discours juridique, du moins dans le discours socio-culturel et politique. Aux États-Unis, le test

développé par la Cour suprême dans l'arrêt Roth¹ sera appliqué dans les décisions Jacobellis² et Ginzburg³. Ce test prévaudra jusqu'à sa reformulation en 1973 dans Miller⁴ qui demeure l'arrêt principal de la Cour suprême des États Unis en la matière.⁵ Le nombre d'études d'exégèse juridique, d'articles de recherche, de rapports de commissions d'enquête mises sur pied par les États de la fédération américaine aussi bien que par le gouvernement central, produits pendant cette période sur la question de l'obscénité dépasse l'entendement. Nous n'avons pas tenté une recension exhaustive, qui pourrait en soi faire l'objet d'un travail de recherche. Il suffira de référer à quelques "classiques": Ernst et Schwartz (1965), Haney (1960), Gardiner (1961), Kilpatrick (1960), Loth (1962), Hyde (1964), Legman (1963). De même, c'est en 1967 que le président Johnson crée la commission américaine sur la pornographie, dont le rapport, publié en 1970, allait produire, au dire de plusieurs analystes contemporains "a clean bill of health for pornography". Peu importe ce qu'on pense de la validité des conclusions de ce rapport, il demeure que les travaux de cette commission ont permis de légitimer la recherche scientifique sur la pornographie et ont ouvert la porte aux travaux ultérieurs qui allaient tenter de contredire les

1. Roth v. United States, loc.cit.

2. Jacobellis v. Ohio (1964) 378 U.S. 184, 84 S.Ct. 1676.

3. Ginzburg v. United States (1966) 86 S.Ct. 942.

4. Miller v. California (1973) 413 U.S. 15.

5. Voir le commentaire de Schur, 1988: 129-130. Pour une analyse juridique fouillée, voir Schauer, 1976.

résultats obtenus alors. Regarder ce qui s'est passé aux USA sur ce sujet au cours de cette décennie donne l'impression d'un vent de panique morale, qui n'est sans doute pas sans liens avec les bouleversements qui se produisent au niveau des valeurs et de la structure sociale des sociétés occidentales. Pourtant, ce ne serait là qu'une explication bien partielle puisque les sociétés d'Europe continentale, tout aussi frappées par ces contestations, n'ont guère semblé préoccupées par la pornographie jusqu'au milieu des années 1970.

L'Angleterre, d'où originent les traditions centenaires en matière de contrôle judiciaire de l'obscénité, semble participer du même vent de panique, bien qu'à un moindre degré. En 1959, le Parlement apportera des modifications importantes à la législation sur l'obscénité (le "Obscene Publications Act"). Cette décennie est marquée en aval par le rapport Wolfenden (1957) sur l'homosexualité et la prostitution, et en amont par le rapport Longford (1972) sur l'échec des modifications de 1959 pour faire face adéquatement au problème des publications obscènes. Comme aux USA, plusieurs décisions judiciaires importantes sont rendues au cours de cette période, principalement les arrêts *Penguin Books*⁶, *Shaw*⁷, *Calder v. Powell*⁸ et *Calder et Boyars*⁹.

⁶. *R. v Penguin Books Ltd.* (1961) Crim. L.R. 176. Sur ce procès du roman "L'amant de Lady Chatterley", voir Rolph, 1961.

⁷. *Shaw v D.P.P.* (1962) A.C. 220, 2 All E.R. 446.

⁸. *Calder v. Powell* (1965) 2 Q.B. 327.

Cette fois-ci, le Canada n'est pas en reste. Après les modifications de 1949 sur les "crime comics", les préoccupations pour l'imprimé obscène n'ont pas diminué, comme en ont témoigné les rapports du Comité sénatorial et du Comité ontarien, ainsi que les débats parlementaires et extra-parlementaires. La décennie s'ouvre sur une modification législative qui ne trouve pas, à ce moment-là, son équivalent dans les pays de système juridique britannique, soit une définition codifiée de l'obscénité. C'est grâce à cette définition que les dix années suivantes verront les premiers procès d'oeuvres célèbres: L'amant de Lady Chatterley (1961), Fanny Hill (1965), The Last Exit to Brooklyn (1967) et que la Cour suprême sera appelée à se prononcer à cinq reprises sur des affaires en matière d'obscénité. Et si le pays ne verra pas de commission d'enquête d'envergure nationale sur ce sujet, les travaux de la Commission royale d'enquête sur le statut de la femme (1969) ou de la Commission royale d'enquête sur la radio et la télévision (Rowell-Sirois, 1967), en traiteront de manière incidente.

C'est dans ce contexte que nous abordons ces dix années intenses: un vent de panique semble souffler sur les pays anglo-saxons aux prises avec un fort mouvement de remise en question des valeurs traditionnelles, qui s'exprime par un activisme judiciaire véhiculé, entre autres, par le rapport à la représentation publique de la

⁹. R. v. Calder and Boyars (1968) 52 C.A.R. 706 (l'affaire "The Last Exit to Brooklyn").

sexualité. L'analyse des discours politique et surtout judiciaire devrait permettre de révéler quelle forme cette réaction a prise.

6.2 Législation et censure: qui gagne perd?

Suite à la refonte du Code criminel en 1955, les articles sur l'obscénité n'ont changé que de numérotation. Mais en 1959, le ministère de la Justice a fait adopter des amendements significatifs aux dispositions sur l'obscénité et en particulier une définition de l'obscénité, sans toutefois modifier profondément aucun des autres articles pertinents (e.g., sur l'envoi de documents par la poste ou sur les représentations théâtrales). Ces nouvelles dispositions ont pavé la voie au remplacement du test Hicklin par un test présenté comme moins subjectif, plus clair et moins arbitraire. En voici le libellé, tel qu'il peut toujours se lire:

11. L'article 150 de ladite loi est modifié par l'adjonction du paragraphe suivant, immédiatement après le paragraphe (7):

(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.¹⁰

¹⁰. 7-8 Eliz. II, C. 41, art. 11.

Selon le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable D. Fulton,

(...) we have produced a definition which will be capable of application with speed and certainty, by providing a series of simple objective tests in addition to the somewhat vague subjective test which was the only one formerly available. The tests will be: does the publication complained of deal with sex, or sex and one or more of the other subjects named? If so, is this a dominant characteristic? Again, if so, does it exploit these subjects in an undue manner?¹¹

Ainsi, selon le ministre de la Justice, le test Hicklin, quoique vague et subjectif,¹² ne devait pas disparaître. Il s'agissait plutôt de créer un système à deux niveaux, permettant de protéger certaines productions ayant une valeur sociale et culturelle. Pour l'évaluation de l'obscénité du matériel visé, seul le nouveau test devait s'appliquer. Toutefois, pour évaluer dans quelle mesure des publications peuvent avoir un caractère littéraire ou scientifique, le test Hicklin continuait, selon le ministre, de s'appliquer.

We have been careful in working out this definition not to produce a net so wide that it sweeps in borderline cases or cases about which there may be genuine differences of opinion. In our efforts we have deliberately stopped short of any attempt to outlaw publications concerning which there may be any contention that they have genuine literary,

11. Hansards, 7-8 Eliz. II, vol V, juillet 1959, à la page 5517.

12. Opinion qui tranche nettement sur celle du ministre précédent, le libéral Garson, tel que l'a rapporté le chapitre précédent.

artistic or scientific merit. These works remain to be dealt with under the Hicklin definition which is not superseded by the new statutory definition.¹³

On verra, à l'analyse de la jurisprudence à la prochaine partie, que cette interprétation du ministre n'a pas sauté aux yeux des juges des tribunaux du pays, une majorité considérant que la définition codifiée avait aboli la règle de common law. Ce n'est que beaucoup plus tard, dans l'arrêt Dechow décidé par la Cour suprême en 1977,¹⁴ que cette question a finalement été réglée, contre l'opinion alors exprimée par le ministre.

En plus de modifier profondément le test pour juger de l'obscénité, la nouvelle disposition a créé une procédure spéciale de saisie du matériel visé, procédure qui n'est qu'exceptionnellement employée en droit pénal canadien, et qui a été l'objet de débats acrimonieux entre le gouvernement et l'opposition. Voici le libellé de cette disposition:

12. Ladite loi est de plus modifiée par l'insertion immédiatement après l'article 150, des articles suivants:

150A. (1) Un juge, convaincu, par une dénonciation sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une publication dont des exemplaires sont tenus aux fins de vente ou distribution dans un local du ressort de la cour, est obscène ou est

13. *id.*, à la page 5517.

14. Dechow c R. (1977) 1 R.C.S. 951.

une histoire illustrée de crime (crime comic), doit émettre, sous son seing, un mandat autorisant la saisie des exemplaires.¹⁵

Le ministre de la Justice justifie ces dispositions en soulignant que le Canada fait face à un problème sérieux qui requiert des mesures urgentes.

I can assure hon. members that anyone who may have had occasion to inspect the sort of material taken from Canadian newsstands where it is being sold with impunity, which has come into the possession of my department, largely as the result of unsolicited correspondence, would agree when I say that it is high time we devised a method of dealing with this type of publication.¹⁶

D'un commun accord, les députés s'entendent pour admettre qu'il importe au plus haut point de doter le pays d'une législation qui lutte efficacement contre ce genre de matériel. Certains vont même jusqu'à affirmer qu'il s'agit là de l'un des projets de loi les plus importants qu'ils aient eu à débattre récemment.

Les débats sur le projet de loi C-58, introduit par M. Fulton au printemps 1959, dureront jusqu'à la fin de la session avant que le projet ne soit référé en troisième lecture. Il sera finalement adopté, après examen au Sénat, à l'automne 1959 sous le chapitre 41.

15. 7-8 Eliz. II, C. 41, ar. 12.

16. Hansards, loc.cit., à la page 5518.

establishment of a bureau of censorship, certainly not in peacetime.¹⁹

Pourquoi se préoccuper de censure s'il s'agit de publications qui n'ont aucune valeur? Pourquoi tenir à convaincre que le gouvernement ne veut pas imposer ses vues en matière de création intellectuelle, artistique ou scientifique, quand ces catégories d'oeuvres ne sont pas visées? Pourquoi créer une procédure de saisie qui ne cadre pas dans les procédures ordinaires de la législation pénale au Canada? Ultimement, pourquoi même prévoir à la législation une défense de bien public quand les publications visées seraient irrémédiablement mauvaises et sans qualités? D'ailleurs, la définition même de l'obscénité, telle qu'interprétée par le ministre, se veut claire là-dessus: sont indues ces publications que "toute personne de bonne volonté et de bon sens" ne pourrait normalement tolérer.

Est-ce à dire que la mauvaise volonté et le "mauvais sens" - si on veut bien nous passer cette expression - pourraient, dans certaines situations, prévaloir, rendant nécessaire l'adoption de cette définition? Que les policiers, les procureurs de la Couronne, voire même les tribunaux, pourraient s'en prendre à des publications qui devraient normalement être tolérées, expliquant ainsi la nécessité de la défense du bien public? Mais la volonté de qui au juste? Qui demande que certaines publications soient l'objet de l'opprobre sociale? A prime abord, la réponse paraît évidente: la

19. id., à la page 5535.

MICROCOPY RESOLUTION TEST CHART
NATIONAL BUREAU OF STANDARDS
STANDARD REFERENCE MATERIAL 1010a
(ANSI and ISO TEST CHART No. 2)

Ces débats partagent de nombreuses ressemblances avec ceux qui ont entouré la législation sur les "crime comics". Par exemple, les députés sont encore préoccupés par la "vaste quantité" de ce matériel qui inonde les rayons des kiosques à journaux et des tabagies ainsi que par sa nature "immonde", "vile", "dégradante", etc. Mais les débats ne feront guère avancer l'état des connaissances quant à la quantité de matériel en jeu ou à son contenu. Qu'est-ce que les parlementaires incluent sous ces qualificatifs? Un seul député, M. Fisher, fournit un exemple concret de publications qu'il a examinées pour se faire une idée sur cette législation. Il souligne qu'il a lu à trois reprises le roman Lolita de Nabokov pour tenter de cerner les implications éventuelles de ce genre de législation, et que ce n'est qu'à compter de la seconde lecture qu'il a commencé à se faire l'opinion qu'il s'agissait peut-être là de l'un des meilleurs romans de son genre, une analyse critique de la société américaine. Il observe encore que le roman The Naked and the Dead de Mailer peut se prêter à des lectures profondément divergentes: tandis que certains n'y ont vu que du sexe et de la violence, il s'agit, quant à lui, d'une réflexion grandiose sur les horreurs de la guerre. Ce député constitue cependant une exception, tous les autres, se contentant de désigner les publications visées sous les vocables les plus vagues: il s'agit de "muck", de "pulp trash type of stuff" qui n'a rien de "meritorious", qui n'est pas "honest" (Fulton), de littérature infâmante et dégoûtante (Pigeon) ou "filthy and salacious" (Baldwin).

De l'avis de plusieurs députés, il ne saurait y avoir rien de plus ignoble que ce commerce qui a vu croître non seulement la quantité de matériel produit et vendu mais encore sa perversité:

The steep increase in the sale of salacious and depraved periodicals, of corrupt and rotten publications is a threat to our established national standards of conduct and decency.¹⁷

Tout comme à l'occasion du débat sur les "crime comics", les parlementaires se montrent préoccupés par les effets de ce genre de publications sur la moralité publique et tout spécialement sur les mineurs; mais ici non plus, aucun élément additionnel d'information ne vient s'ajouter. Aucune étude, aucun rapport n'est mentionné qui viendrait appuyer cette affirmation. Au contraire, on prend cette question pour acquise et on n'en débat aucunement. Une telle unanimité apparente ne laisse pas de préoccuper, d'autant que plusieurs parlementaires assimilent cette législation à une forme de censure et y voient une modification importante des pratiques en matière de justice pénale au Canada.

Dans l'ensemble, ces préoccupations n'occupent cependant qu'une place somme toute secondaire par rapport à un nouvel ordre de considérations touchant d'une part aux rôles relatifs et respectifs des pouvoirs politique et judiciaire dans la détermination de l'obscénité et son contrôle, et d'autre part à la place de la

¹⁷. Hansards, loc.cit., à la page 5537.

sexualité dans l'ordre du sujet social. Ce sont ces deux points que les pages suivantes examineront.

6.2.1 La censure? Quelle censure?

Ayant admis le principe de la nécessité de l'intervention pénale dans le domaine de l'obscénité, les parlementaires débattent de la localisation appropriée du contrôle qui doit être exercé: dans quelle mesure les citoyens, les organismes populaires, communautaires et religieux, garderont-ils un contrôle quelconque sur la détermination de ce qui est obscène face au pouvoir judiciaire? Cette question sera abordée sous trois aspects. D'abord, dans la discussion portant sur le principe de la législation, les députés se font fort de distinguer entre la censure et le contrôle judiciaire de l'obscénité. Puis, critiquant la définition substantive de l'obscénité proposée dans le projet de loi, les députés soulignent que ses carences et ses ambiguïtés permettront aux avocats de s'en donner à cœur joie. Enfin, quant à la procédure in rem prévue à l'article 150A, les parlementaires observent qu'il s'agit là d'une procédure nouvelle en droit pénal canadien, procédure qui s'apparente à un renversement du fardeau de la preuve puisque le défenseur de la publication - car selon cette procédure c'est la publication et non son auteur ou le vendeur qui est accusé - doit établir hors de tout doute raisonnable que celle-ci n'est pas obscène.

Tout comme au moment du débat sur les "crime comics" la question de la censure n'a été soulevée qu'indirectement, chacun s'empressant de noter qu'il ne saurait y avoir empiètement sur le droit à la liberté d'expression quand la publication incriminée n'a aucune valeur, quand il ne s'agit pas d'une forme d'expression que la société veut protéger. Pourtant, même si la question de la censure n'occupe ni la place principale ni même une place majeure, elle se lit en filigrane au travers de maintes interventions des parlementaires, à commencer, et de manière explicite, par celle du ministre de la Justice qui donne le ton.

I do not believe we need to be fearful that here in Canada, by providing this objective test and this objective method of procedure, we are doing anything unduly restrictive of freedom of speech, properly understood.¹⁸

Plus loin, répondant à l'attaque d'un député de l'opposition qui prétend que la procédure prévue à l'article 150A constitue une forme de censure, le ministre soutient:

(...) but there is no censorship here. This is one of the things I should perhaps emphasize at this point. We have set our faces against censorship so far as publications are concerned in the dominion parliament and we are seeking, under the ordinary legal principles applicable in Canada, to provide a method of dealing with publications which are offensive. I personally, as Minister of Justice, have said (...) that I could visualize no circumstances under which I would countenance the

¹⁸. Hansards, loc.cit., à la page 5518.

establishment of a bureau of censorship, certainly not in peacetime.¹⁹

Pourquoi se préoccuper de censure s'il s'agit de publications qui n'ont aucune valeur? Pourquoi tenir à convaincre que le gouvernement ne veut pas imposer ses vues en matière de création intellectuelle, artistique ou scientifique, quand ces catégories d'œuvres ne sont pas visées? Pourquoi créer une procédure de saisie qui ne cadre pas dans les procédures ordinaires de la législation pénale au Canada? Ultimement, pourquoi même prévoir à la législation une défense de bien public quand les publications visées seraient irrémédiablement mauvaises et sans qualités? D'ailleurs, la définition même de l'obscénité, telle qu'interprétée par le ministre, se veut claire là-dessus: sont indues ces publications que "toute personne de bonne volonté et de bon sens" ne pourrait normalement tolérer.

Est-ce à dire que la mauvaise volonté et le "mauvais sens" - si on veut bien nous passer cette expression - pourraient, dans certaines situations, prévaloir, rendant nécessaire l'adoption de cette définition? Que les policiers, les procureurs de la Couronne, voire même les tribunaux, pourraient s'en prendre à des publications qui devraient normalement être tolérées, expliquant ainsi la nécessité de la défense du bien public? Mais la volonté de qui au juste? Qui demande que certaines publications soient l'objet de l'opprobre sociale? A prime abord, la réponse paraît évidente: la

19. id., à la page 5535.

majorité morale, ces groupes mêmes qui réclament la législation. Cette législation viendrait répondre à leurs demandes et pallier aux carences du test Hicklin, tout en offrant des protections contre les abus toujours possibles. Mais puisque cette loi crée des incertitudes et ouvre la porte à des conflits d'interprétation judiciaire, puisqu'elle crée un test "objectif" en vertu duquel seront exonérées de nombreuses publications qui pourraient faire l'objet de condamnation en vertu du test Hicklin, s'agit-il bel et bien d'une loi répressive conforme aux vœux de la majorité morale? Nous pensons que ce n'est pas le cas, comme l'expliquent les paragraphes suivants.

Que ce soit à l'occasion des audiences du Comité sénatorial de 1952-1953 ou des présents débats de la Chambre, certains intervenants demeurent relativement, et curieusement, silencieux. Ainsi, les propriétaires d'entreprises de presse, les imprimeurs, les distributeurs, et même les "artistes" ou plus généralement les producteurs d'obscénité, se font somme toute peu entendre. Certes, les agences de presse ont d'autres moyens, tout aussi efficaces que les témoignages devant un comité parlementaire: les éditoriaux publiés dans les quotidiens par exemple (que quelques députés citent), ou encore les communications privées avec ministres et députés, moyens qui peuvent faire défaut au commun des mortels. Certes, quelques représentants de ces divers groupes transmettent les vues de l'industrie ou de la communauté artistique; pourtant, jusqu'à un certain point du moins, on semble le faire pour la forme. Les

opposants "naturels" à ce genre de restrictions demeurent étrangement absents, presque extérieurs, face à ce débat.²⁰

M. Fisher, un critique de la mesure débattue, soulève l'absence des membres de l'industrie du livre dans ce débat:

I should like to know from the minister whether he has had any representations from the publishers in regard to this definition. Have they had the opportunity and the time to consider it? I should like to ask him what he thinks of the representations that I hope he received from the Canadian library association.²¹

Silence ministériel: il avait déjà prévenu le coup, indiquant plus tôt qu'il n'avait assurément pas empêché qui que ce soit de se faire entendre. L'intervention du député restera sans réponse.

Les plus vocaux, ceux qui occupent le devant de la scène, écrivant lettre sur lettre, dénonciation sur dénonciation, sont les tenants d'un contrôle plus sévère de l'imprimé obscène, voire de la censure: lobbys de parents-enseignants, groupes religieux et organismes communautaires et de services sociaux font part de leurs

20. On pourrait tracer un parallèle tout à fait intéressant avec les audiences du Comité Fraser qui, pour avoir attiré plusieurs opposants à toute forme de contrôle (associations de défense des libertés civiles, artistes, producteurs et autres membres de l'industrie, et membres des communautés marginales tels les gais) n'en a pas moins attiré en nombre plus important les opposants à la "pornographie", depuis des féministes jusqu'à des fondamentalistes religieux.

21. id., à la page 5526.

peurs face à ce matériel, dénoncent les abus, fournissent maints exemples de cas où des enfants sont passés à l'acte après avoir lu des livres et revues impropres, suggèrent des recours et des modifications législatives. Chevaliers de Colomb, clubs Kiwanis, ordres religieux de tous genres, prélats des églises catholique et protestante, rabbis juifs, d'est en ouest et du nord au sud, on ne compte pas le nombre de groupes et d'individus qui s'expriment publiquement sur la question.

M. Pigeon, un ardent supporteur des modifications proposées par le ministre, souligne d'ailleurs que, dans ce combat contre l'obscénité, nombreux sont les organismes et groupes religieux qui ont exprimé leur soutien aux mesures proposées, si imparfaites soient-elles:

We are committing the serious mistake of believing that the fight against obscenity or immorality is the doing of a mere handful of bilious and scrupulous minds. On the contrary, the Minister of Justice has received testimonies of encouragement from all quarters in Canada, from workers, professionals, students and even from the clergy. Whether we are Catholics, Protestants or Jews, we are not alone. Cardinals and other Bishops are not alone, the protestant hierarchy is not alone, the rabbis, the most prominent members of the clergy want to see the end of this plague gnawing at the heart of our society.²²

22. Hansards, loc.cit., à la page 5523.

Même les critiques des dispositions du projet de loi invoquent l'opposition provenant de sources religieuses et communautaires pour supporter leur argumentation. Dans un cas, s'appuyant sur les critiques émises par des membres du clergé protestant et catholique, le député Caron considère que le projet de loi ne va pas assez loin, laisse la porte ouverte à toutes sortes d'abus, et ne répond pas aux attentes que le ministre avait créées:

(...) the Minister of Justice had promised to find a way to cause the arrest of the printer of such literature, and to take him to court, so as to prevent the publication of obscene works. It was not the first time that the Minister of Justice came out in favour of taking court action against printers or publishers. (...)

(...)

He had promised us the moon; now it is just a case of the elephant bringing forth a mouse.²³

Dans un autre cas, sur la base de cette même critique exprimée par des membres du clergé protestant - critique qui, en passant, condamnait le projet de loi parce que trop répressif et non parce que pas assez - le député Herridge suggère d'amender la législation proposée pour protéger davantage la liberté de la presse et la libre expression, tout en contrôlant mieux "this vermin of free enterprise which seeks to make a profit regardless of the welfare of our young people"²⁴.

23. id., à la page 5520-5521.

24. id., à la page 5529.

En fait, s'il n'est à peu près jamais question du contenu des documents visés, s'il n'est pas davantage question de la protection des libertés des créateurs, producteurs, imprimeurs, et autres artisans de ces publications, si l'on ne les entend guère se plaindre ni de la législation actuelle ni de la législation proposée, c'est peut-être que ce projet de loi met en place les mécanismes du contrôle non pas tant des publications immorales, indécentes, ou obscènes elles-mêmes, que ceux d'un contrôle des pressions exercées par les groupes et organismes impliqués dans ce débat.

Il n'est pas de meilleur exemple d'une perception limpide de cette situation que cet essai sur la censure et le rôle de l'Église écrit par un membre de la hiérarchie catholique newyorkaise et publié à la même époque.²⁵ Gardiner ne doute pas que, loin d'être le point de départ nécessaire à tout contrôle, voire à toute censure, de l'obscénité, le judiciaire ne doit en être que le point ultime d'arrivée, quand les autres canaux ont été épuisés. Or, selon l'auteur, une analyse des positions prises par des organismes tels l'American Civil Liberties Association dans leur campagne contre la censure de l'obscénité, mène à la conclusion que leur objection à toute forme de censure, autre que formellement exercée par les tribunaux et sans interférence extérieure, manifeste bien plus une volonté de se débarrasser de toute forme de contrôle (et non seulement

²⁵. Gardiner, 1961 pour la première publication, mais le livre avait reçu l'imprimatur en 1957 et le copyright en 1958.

de la censure) sur les publications, qu'une volonté de légalisation (c'est-à-dire de mise en forme juridique) de la censure.²⁶

Les parlementaires canadiens savent que la législation actuelle remet le pouvoir décisionnel en matière d'obscénité aux mains des magistrats. Ils reconnaissent aussi que les standards déterminant les décisions des magistrats varieront d'une localité à l'autre, de sorte que des publications déclarées obscènes ici seront peut-être tolérées là; le ministre lui-même ne peut que l'admettre, s'en remettant à l'argument constitutionnel pour expliquer cet état de fait: la loi pénale, bien qu'adoptée par le gouvernement fédéral, est appliquée par les provinces. Les députés comprennent encore que la procédure in rem établie par l'article 150A obligera chaque groupe intéressé à la suppression d'un livre quelconque à reprendre les poursuites contre chaque magasin qui l'offrirait, à moins de convaincre le procureur général de la province d'entreprendre des poursuites en vertu de l'article 150 contre le producteur et/ou le distributeur, ce qui ne sera évidemment jamais aisé.

Dans leurs interventions sur ces difficultés, MM. Fulton et Pearson se montrent prêts d'identifier les objectifs sous-jacents à cette législation.

(Fulton) (...) it would be up to the crown attorney or the police officers who have knowledge of these

²⁶. Gardiner, op.cit., à la page 30-32.

things (i.e., qu'un tribunal de la province a trouvé une certaine publication obscène - DS) to warn persons who are found selling them that there has been a decision of the court that they are obscene and that they had better get them off their shelves. After all, in this matter I should also say that we rely - and I am sure that all law enforcement officers must do so - upon the assistance of well-intentioned individuals, service clubs, religious organizations and others who will be, I am quite satisfied, very watchful of developments in this sphere. They will be watching to see what are the decisions of the courts in various parts of the country or, in particular, in their own province, and they will bring to the attention of the responsible officials, if the responsible officials miss it, the knowledge of such verdicts.

S'agit-il d'un cas de naïveté, d'ignorance de ce qui se passe hors les murs du Parlement, ou de rhétorique politique? Le ministre doit savoir que, contrairement aux associations nationales d'imprimeurs, distributeurs ou propriétaires de journaux, revues et livres, ni les organisations de volontaires, ni même les ordres religieux, n'ont les ressources leur permettant de suivre les développements judiciaires partout au pays. D'ailleurs, ce sera là l'un des arguments ultérieurs pour expliquer l'évolution de la pornographie: les producteurs sont restés à l'affût des décisions pour, d'une part, ajuster leurs productions en conséquence, et d'autre part, mettre en marché des publications toujours un peu plus osées pour faire reculer les standards.²⁷

27. Là-dessus, voir le rapport du Comité Fraser, Canada, 1985, tome 1, chapitre 6.

Et le ministre poursuit:

Then, as I say, they can warn the persons who may be continuing to sell these articles and give them a chance to withdraw them. The reason we put in clause 7 is, however, to permit a warning being given and to provide that the attorney general must consent to a prosecution in the expectation that he would not consent to a prosecution unless a warning had been given but would authorize a prosecution when the warning was disregarded.²⁸

Mais il sait aussi fort pertinemment que la poursuite, si poursuite il y a, peut se solder par un verdict de non-culpabilité, puisque le tribunal ne serait pas tenu de prendre en compte la décision obtenue suite à la procédure in rem. Il sait aussi que les producteurs ont intérêt à ce que des poursuites aient lieu: c'est une façon pour des oeuvres de devenir des "best-sellers", et c'est aussi de cette manière que les standards sont définis. Mais surtout, il sait qu'un tribunal n'est pas tenu à la décision d'un autre de même niveau. De sorte que la même procédure devrait être répétée dans chaque juridiction d'une même province pour la même publication.

De toute manière, reconnaît M. Pearson, ces dispositions législatives, en soi, n'auront pas pour effet de "geler" la production littéraire, artistique, ou même pornographique:

What it does of course, (i.e., la législation - DS)
is tighten up legal sanctions against what we all

²⁸ Hansards, loc.cit., à la page 5545-5546.

recognize to be wrong and evil, obscenity; but these legal sanctions, even though they are tightened by this clause, will not have the effect we would like them to have if they do not have behind them perhaps the even more important moral sanction of public opinion.

(...)

We also hope, Mr. Chairman, that this tightening up can be brought about without interference - I know the minister hopes this also - with our traditional freedoms, freedom of expression, which we cherish and which we do not want to see weakened. I am sure that by leaving this matter as it is intended in the hands of the courts we will get the kind of protection for our freedoms that we have the right to expect.²⁹

Pour être efficaces, ces mesures demanderont un public vigilant, qui forcera en quelque sorte la main aux tribunaux. D'une part, c'est reconnaître implicitement l'échec de la définition à saisir l'essence de l'obscénité. Et d'autre part, en s'en remettant aux tribunaux qui veilleront à la protection des libertés, c'est admettre que le public concerné sera effectivement muselé, les tribunaux se montrant traditionnellement réfractaires aux lobbys d'organismes publics.

Ainsi, les mesures de 1959 venaient plutôt contrôler (censurer?) ceux-là même qui disaient s'opposer à l'obscénité et se montraient satisfaits de la législation. Ironie ultime de cette "panique morale" puisque les "moralistes" seront plus ou moins réduits au silence pendant plus de vingt ans, jusqu'au débat des années 1980,

29. Hansards, loc.cit., à la page 5530.

tandis que la "pornographie" ne cessera de se modifier, de croître, de se diversifier.

Certains députés, qui s'opposaient au contrôle exercé par le judiciaire dans la détermination de l'obscénité percevaient déjà ce résultat. Poursuivant sa critique de la définition de l'obscénité proposée par le ministre, le député Caron dit ce qui suit:

That definition he gave, which includes the words "dominant characteristic" constitutes the dominant part of his bill. Those words are not sufficient to ensure the elimination of those things. We believe that all they do is to enable defence counsels to find easier ways to secure acquittals of the persons charged.

Et citant une lettre qu'il avait adressée à monseigneur Gelineau du diocèse d'Ottawa, il poursuit:

As a matter of fact, section 150A confers the whole responsibility upon the judge who will decide whether the publication or illustrated story is to be classified as obscene or not. Everything is therefore left to the discretion of the judge who may, sincerely or not, have opinions very different from those of the Catholic religious authorities.³⁰

A l'autre extrémité, craignant que des livres sérieux ne soient l'objet de poursuites vexatoires, M. Fisher souligne le danger de donner trop de pouvoirs aux juges:

³⁰. Hansards, loc.cit., à la page 5520.

The standards of magistrates will vary from person to person and place to place. I always remember one of the conclusions that Kinsey came to in his study of the sexual habits of the American male, which was I think a very relevant one, that magistrates and lawyers tend to come from a more sophisticated level of society, and certainly a more educated level, than the ordinary working man. They have different mores in regard to certain sexual aberrations. For example, the magistrates and lawyers and the crown counsels tended to take a much more serious view of rape than the working man or the working class people tended to take. On the other hand, the working class people tended to take a much more serious view of homosexuality than the magistrates and the middle class did.³¹

Et pendant que ses collègues débattent de la question de savoir si la définition de l'obscénité doit se limiter à la caractéristique dominante de la publication ou à une caractéristique dominante - ce qui sera, on le sait, la version finale - un autre député, M. Godin, se montre particulièrement clairvoyant, observant que le terme "publication" lui-même soulèvera des problèmes intractables pour les juges, faisant le plaisir des avocats et spécialement de la défense qui pourra ainsi s'en servir pour obtenir des acquittements; de fait, ce n'est qu'en 1977 que la question de ce qui constitue une publication aux fins de cette législation sera résolue par la Cour suprême du Canada³² tandis que la question du caractère dominant, si elle soulèvera certaines interrogations parmi les juges, ne sera

31. id., à la page 5526.

32. Dans l'arrêt Dechow, loc.cit.. Voir là-dessus l'analyse du rapport du Comité Fraser, in Canada, 1985, tome 1, ch.7.

l'objet d'aucun problème sérieux. Pour ce député, il ne fait aucun doute que le libellé de cette législation constitue une abdication de ses pouvoirs par le Parlement au profit des tribunaux:

We are trying to bring about in our Criminal Code of Canada a definition of what we consider a crime so that the judges of this country, in each of the provinces, will decide what is the evil we are trying to prevent. We cannot assume in this regard that we are both the legislative and administrative body in this country. It is very wrong for this parliament to bring in a piece of legislation feeling that judges will necessarily take the opinions or interpretations which we have today placed upon them; therefore it is our duty to be accurate when we define this crime we are trying to prevent.

Et il poursuit, citant un passage d'un commentaire éditorial de la revue Relations, publication de l'ordre des Jésuites, qui souligne les dangers d'une législation prêtant à interprétation en ce domaine:

In order to be effective, the law must conform to the exacting standards of natural ethics, and define them so clearly that no amount of pettyfogery can distort their meaning or impair their scope.³³

Resteraient alors aux opposants de la pornographie les protections contre ce genre de matériel que représente la "censure" exercée par les Douanes. Mais là encore, il faut se rendre à l'évidence: cette forme d'intervention gouvernementale est de plus en

³³. Hansards, loc.cit., à la page 5538; nous soulignons.

plus critiquée par plusieurs parlementaires et autres intervenants qui la considèrent trop inéquitable et trop secrète. Il était prévisible que les agents des douanes devraient tôt ou tard se soumettre aux décisions des tribunaux dans la définition et l'application de critères pour restreindre la circulation de publications.³⁴

(M. Fisher) Can I ask the minister what effect these magistrates' decisions on books might have on the customs people, and what considerations they are to take into account?

(M. Fulton) That would be a matter of administrative policy on which I have not had any discussions with my colleague the Minister of National Revenue to find out what instructions he would give, but I would assume it would be the normal thing that, if a certain publication were found by a magistrate's court or any other court in Canada to be obscene under the new provision, the Minister of National Revenue would so instruct his customs officers and they would tend to give effect to that decision where they were called upon to do so to prevent it from entering the country.³⁵

Où pour en permettre l'entrée selon le cas. Mais ce qui importe, c'est que, selon le ministre, les douaniers ne seront plus laissés

³⁴. De fait, même s'il faudra attendre l'arrêt *Luscher*, prononcé en 1984 par la cour fédérale, pour régler définitivement cette question, les agents des Douanes sont effectivement soumis au processus judiciaire puisque la définition de l'obscénité contenue à l'item 1201 du Tarif est maintenant conforme à la définition du Code criminel. Voir *Re Luscher and Deputy Minister, National Revenue (Customs and Excise)* (1983) 149 D.L.R. (3d) 243, 45 C.R. (3d) (Fed. Ct.), ainsi que la discussion au rapport du Comité Fraser, 1985, tome 1, chapitre 9.

³⁵. Hansards, 6 juillet 1959, à la page 5532.

sans autre guide que les règles internes du ministère, et qu'ils devront désormais se plier aux décisions des tribunaux en matière d'application de l'item 1201 du tarif sur les douanes et accises.

L'exemple le plus vivide de ces attaques contre la censure gouvernementale provient des débats qui ont entouré la Déclaration canadienne des droits. Ces débats ont commencé en 1947, au lendemain de la seconde guerre mondiale, sous l'égide de John Diefenbaker. Trois projets plus tard et ayant passé de l'opposition au gouvernement, M. Diefenbaker allait enfin, en 1959, voir adopter la Déclaration. Si le libellé des dispositions est resté sensiblement le même, la nature de la législation avait changé profondément entre temps: il ne s'agissait plus en effet d'un amendement constitutionnel qui en aurait fait une loi régissant tous les niveaux de gouvernement du pays, mais d'une loi fédérale ne s'appliquant qu'aux champs de compétence fédérale. Mais quelle que soit la portée de la Déclaration, la question de la censure gouvernementale, entre autres sous l'angle du contrôle de l'obscénité, refera surface à maintes reprises à titre d'exemple des libertés qui seraient protégées. Inversement, certains, dont M. Garson, ministre de la Justice jusqu'à la défaite du gouvernement St-Laurent en 1957, soutiennent que les limites imposées par une telle Déclaration à la capacité des gouvernements de réprimer ce genre de littérature, constituent un exemple des raisons pour lesquelles le Parlement, élu démocratiquement par le peuple et soumis au peuple, doit demeurer

entièrement souverain et ne doit pas se soumettre au gouvernement des tribunaux.³⁶

My hon. friend wants to guarantee freedom of the press. Well, sir, I should like him to tell us, if he will, what freedom of the press it is that is not now available to the newspapers and other publishers of newspapers of this country. During the last Parliament his colleague, the hon. member for Kamloops (Mr. Fulton), introduced a bill which we all supported to interfere with the freedom of the press with regard to obscene publications and crime comics. Was it not proper that we should have done so? If we had a constitutional amendment guaranteeing freedom of the press, there might be some question although I think properly interpreted there would not be. But I think at least this is a case in which we can trust the good judgement of parliament.³⁷

Alors qu'ils sont restés largement silencieux lors des débats sur les modifications aux dispositions du Code sur l'obscénité, les grandes chaînes de journaux et autres membres de l'industrie de la production de biens culturels seront très actifs, et joueront même un rôle déterminant dans l'évolution du débat sur la Déclaration des droits qui assure la protection de la liberté de presse. Raison de plus pour s'interroger sur la nature du "tigre" créé en 1959 pour répondre à la "crise" des publications licentieuses: si elle avait véritablement eu des dents, la disposition n'aurait-elle pas provoqué

36. On retrouvera des parallèles tout à fait fascinants avec les débats qui ont fait rage en 1982 lors des discussions autour de la Charte des droits et libertés et de façon peut-être encore plus révélatrice depuis la signature de l'entente constitutionnelle de 1986 dite entente du Lac Meech.

37. Hansards, 7 février 1955, à la page 912.

dans l'industrie de la presse, du livre et de la culture, une intervention similaire à celle qu'ils ont orchestrée en faveur de la Déclaration?

Articulant le débat sur les modifications de 1959 en termes de censure gouvernementale versus contrôle judiciaire, les parlementaires semblent avoir davantage créé les conditions du muselage des opposants à l'obscénité, qu'ils n'auraient mis en place les mesures du contrôle de certaines formes de représentations de la sexualité. Rejetant la censure gouvernementale comme une forme inacceptable, pour une société démocratique, de s'opposer aux publications obscènes - alors qu'au même moment les provinces se dotent de bureaux de censure du cinéma et que l'Église catholique continue de mettre des livres à l'Index - les parlementaires fédéraux préfèrent en déléguer la responsabilité aux tribunaux qui, en sus du test Hicklin, pourront désormais recourir à un test objectif. Ce faisant, le politique renonçait à son rôle de lieu de condensation des débats publics et des conflits sociaux autour de la question, et créait par le fait même les conditions de la délégitimation de son intervention législative. En effet, et plusieurs députés l'ont perçu dès ce moment, les tribunaux appliquent leur interprétation du test, non pas en fonction des revendications sociales et des rapports de force qui se nouent dans le politique, mais en fonction de leur logique propre (dont nous ferons l'analyse à la section suivante), sur laquelle le politique a peu de contrôle. Il en résultera au moins deux séries de conséquences. D'abord, les

groupes sociaux, tant ceux qui s'opposent à l'obscénité pour des raisons morales que ceux qui veulent protéger la liberté d'expression ou les droits des femmes, devront se plier à la mise en forme judiciaire du problème, au moins jusqu'à ce que les conditions d'une révision parlementaire soient à nouveau réunies (et trente ans plus tard le libellé du texte demeure toujours le même). Ensuite, la nature même du problème en sera modifiée selon l'orientation de l'intervention judiciaire, plutôt qu'en fonction des intérêts des groupes en conflit ou de la nature changeante du référent obscène. Il sera utile, en ce sens, de tenter de saisir la formulation politique de l'enjeu à travers son référent sexuel, avant de passer à l'examen de la jurisprudence.

6.2.2 Un certain sexe

La plus grande ironie résultant de cette présentation du problème de l'obscénité en termes de liberté-censure (au-delà du fait que la première devait nécessairement recevoir la faveur publique sur la seconde) tient à l'évacuation discursive de l'immoralité (et de la moralité). Cette conséquence deviendra plus évidente à l'analyse du discours juridique. Les débats parlementaires révèlent déjà cependant la difficulté à préciser la nature du référent sexuel visé par l'obscène à la période moderne.

Ce qui semble en jeu, en effet, ce n'est pas tant un trop-plein de sexualité, sa profanation ou sa mise-en-scène, que la mise en

place de la sexualité dans la définition du sujet social, et sa diffusion au niveau du corps social en général comme élément essentiel du citoyen. Car au fond, comme le soulignent plusieurs auteurs contemporains³⁸, l'enjeu de la sexualité c'est celui du type de citoyen, de sujet social, auquel les institutions sociales auront affaire. A une époque où la rationalité instrumentale domine de plus en plus nettement sur un rapport communicationnel ou sur un projet éthique, le sujet socio-juridique s'individualise, se distingue de la communauté, devient porteur de droit et de la prétention à la liberté et à l'égalité. Il devient en quelque sorte "l'unité d'analyse" comme dans les sondages d'opinion publique par exemple. Dé-moralisé, c'est-à-dire de plus en plus coupé des référents moraux que représentaient l'Église et certains modes d'échange communautaire, le sujet socio-juridique devient en somme son propre centre. Le passage par la sexualité confirme ce sujet dans son individualité.

Alors qu'en première période était obscène la sexualité qui ne passait pas par l'axe mariage-reproduction, tandis qu'en seconde période elle était devenue affaire de responsabilité individuelle en fonction des intérêts de la communauté, elle devient ici (avec la raison instrumentale et la technique) l'expression essentielle de l'humanité du sujet, saisi dans son droit fondamental à la liberté. Auparavant, le sujet trouvait support et confirmation dans la

38. Entre autres, Heath, 1982; Weeks, 1985; et bien sûr Foucault, 1976, 1984a et 1984b.

communauté, dans la garantie de jure de la légitimité de la nation et des autorités. Dans sa variante moderne, il sera nanti de droits individuels mais coupé de ses supports collectifs, se verra offrir une panoplie de services destinés à canaliser ses revendications mais sera isolé devant les appareils et structures bureaucratiques qu'ils soient publics ou privés, et une certaine pratique discursive scientifique et culturelle se concentrera sur la mise à nu de ses préoccupations personnelles et individuelles - l'orgasme devenu le mot-clef du bien-être - le découpant en morceaux, atomes d'une totalité qui n'est plus qu'un rêve lointain, nietzschéen.³⁹ A travers la sexualité, se joue la compétition de diverses pratiques discursives pour la spécification d'un sujet social. La sexualité du sujet, la division des genres et la recherche de leurs caractères propres, devient alors un terrain qui permet d'exprimer, de traduire, des débats qui se produisent simultanément dans la société à maints autres endroits, depuis l'adoption d'une déclaration pour protéger les droits fondamentaux, jusqu'à la réforme de l'appareil scolaire, voire même à la démocratisation du processus électoral. Car il s'agira désormais d'assurer juridiquement l'intégration de ce sujet individuel à l'ordre (et au désordre) du système, ce qui signifie en particulier qu'à la "naturalisation" du sexe correspond une négation du sexe comme rapport de pouvoir parce qu'inscrit dans une société civile axée sur l'agir stratégique.

39. Pour une formulation élaborée de ces divers aspects de la modernité, voir Sloterdijk, 1985.

Les parlementaires font nécessairement peu d'interventions sur la nature des représentations sexuelles que la législation viserait, et elles demeurent cryptiques. Une intervention cependant se remarque tout spécialement, celle de M. Pigeon. Ardent supporteur de la mesure annoncée par le ministre, M. Pigeon ne se fait pas moins fin lecteur de certains enjeux que ce débat implique. Ayant souligné que le combat contre l'obscénité n'est pas le fait de quelques personnes trop prudes, mais regroupe des personnes de toutes les dénominations religieuses et de toutes les professions, il rappelle que cette lutte ne vise pas uniquement l'obscénité des publications ou des représentations théâtrales: elle concerne plus largement la dégradation générale de la société, l'immoralité publique qui prend des formes multiples. La solution, bien sûr, exige des mesures draconiennes: "Quid leges sine moribus?" demande M. Pigeon rhétoriquement. Certes, à elles seules, des lois ne peuvent rendre les hommes meilleurs. Elles demeurent cependant nécessaires aussi bien pour réprimer les délinquants que pour réaffirmer les valeurs auxquelles la société adhère.

However, what really counts is the training of individual conscience and of peoples'minds. I shall take the liberty of reporting a fact that is perhaps little known but significant. Some time ago, when the Montreal police decided to clean up shows in night clubs, the chief of police called in night club owners and representatives of their employees and told them in substance: "In future, dancing girls will have to conform to the following rules: they must always wear such and such garments; and they must actually dance, and refrain from speaking to patrons. If they can't do that,

let them get off the stage and go wash the dishes".⁴⁰

Il n'est pas dans l'ordre des choses de remettre en question les raisons pour lesquelles ces "filles" dansent: soit elles dansent, soit elles lavent la vaisselle; ce sont bien là les deux rôles auxquels les "filles" - avant qu'elles ne deviennent femmes - sont préparées. Il ne saurait davantage être question de restreindre les plaisirs des clients: que des hommes aient le loisir de se faire servir, une bière, un repas, ou quoi encore, par des "filles" plus ou moins nues est de l'ordre des choses. Il s'agit plutôt de délimiter les frontières du tolérable, c'est-à-dire de ce qui ne dérangera pas l'ordre des choses.

And do you know, Mr. Chairman, that many of those club owners, employees and even dancers commended the chief of police for doing his utmost to raise the standards of entertainment? Even people directly concerned feel there is nothing to be gained in immorality, and detective lieutenant Lucien Quintal, who is in charge of the squad responsible for keeping watch on the decency of shows and publications, has very much less trouble now. Why? Because the police have decided, not to discuss the quality of shows, but to close those which are not up to the standards set and adopted both by the police and the show promoters.⁴¹

Voilà le genre de mesure qui permet précisément de satisfaire chacun. Voilà ce qu'il faut en matière d'obscénité. On ne ferme pas

⁴⁰. Hansards, loc.cit., à la page 5522; nous soulignons.

⁴¹. ibid., nous soulignons.

boutique, on ne dépose pas d'accusation, on ne se demande pas si ces "filles" sont exploitées ni encore moins quel serait le sens de ces pratiques pour le femmes comme pour les hommes, on ne discute pas de la qualité des spectacles: on discute des conditions d'une bonne civilité. Que le client soit satisfait, sans pour autant exciter outre mesure des passions incontrôlées, voire incontrôlables, dangereuses pour l'ordre social.

Mr. Chairman, we should do the same thing about obscenity. Untold harm is being done to our young people by books and publications, magazines, films, photographs, etc.

Obscenity, violence, unbridled passions, glorification of crime and criminals, those are the many problems leading some of our people to prison. We talk about the rehabilitation of criminals, but it would be much better if we prevented them from becoming criminals.⁴²

L'obscénité, les passions, la violence, le crime: la notion socio-juridique de l'obscénité n'a plus guère en commun avec le test Hicklin que la volonté de protéger les enfants.

D'où viennent ces problèmes que dénonce M. Pigeon? Ils ne viennent plus d'un ennemi extérieur, le communiste ennemi de la démocratie ou l'américain avide de profits faciles, mais d'un ennemi intérieur, l'artiste, l'intellectuel, le scientifique, qui trivialisent, en les expliquant, en les dépeignant, en les

⁴². ibid., nous soulignons.

transformant, les caractères profonds de la nature humaine, et qui questionnent la rationalité libérale.

All the pompous terms used by self-styled artists and art critics, the obscure and ambiguous vocabulary of so-called psychiatrists often have but a single carefully disguised purpose: allow immorality to display itself under its more pernicious and degrading forms. That is what we have to fight against.⁴³

Ces temps troubles, dira plus loin le député Godin dont nous avons déjà relevé la clairvoyance quant aux effets de cette législation, sont marqués par la technique et la science, ou ce qui passe pour de la science mais n'est souvent rien d'autre qu'obscénité.

I am fully aware that the amendment does not satisfy the need of this country to condemn false scientific works. A lot of books on the shelves today are being sold for no other reason than to arouse interest in obscene literature and so on and there is absolutely nothing brought forward to take care of that difficulty where people will hide behind the fact that it is an effort to put out a scientific book.⁴⁴

De quelle immoralité publique s'agit-il? Ce n'est ni celle qu'entraînerait la nudité de la "fille", ni davantage celle de l'homme qui la regarde. Bien gérées, bien policées, donc vidées de

43. ibid.; nous soulignons.

44. id., à la page 5539.

leur contenu politique, ces situations ne posent problème que pour bien peu de personnes.

Mais certains discours médicaux obscurs, des traités scientifiques douteux et des artistes au vocabulaire pompeux, permettent, sinon encouragent, l'immoralité publique, ils disent et veulent autre chose qu'une loi bien faite. S'ils ne sont pas la cible première de la législation, ils sont directement visés par le discours des parlementaires. N'est-il pas tout-à-fait révélateur à cet égard que la première cause qu'entendra la Cour suprême en vertu des nouvelles dispositions concernera précisément le roman de D.H. Lawrence, L'amant de Lady Chatterley, roman qui a été annoncé et défendu en Cour comme une dénonciation des tabous entourant la sexualité humaine et qui la place au pinacle de ce qui ferait véritablement l'humain, ou du moins l'homme?

6.3 Le sujet est la chose: la communauté en question

Nous avons recensé pas moins de 33 décisions judiciaires pendant cette courte période de dix ans, dont cinq appels à la Cour suprême du Canada. Sur les 28 décisions prises par des tribunaux de juridiction provinciale, 23 portent sur l'obscénité dans les livres, les magazines, les films et les photographies, une seule sur les "crime comics" (Mueller), une sur les articles visant à prévenir la conception (Keystone), deux sur des spectacles indécents (Smith et Sequin) et une sur une exposition d'oeuvres d'art (Cameron).

Il est particulièrement intéressant d'observer que, parmi les vingt-trois décisions portant sur les publications obscènes, deux périodes se distinguent nettement. Entre 1959 et 1965, sept décisions publiées ont porté sur la définition de l'obscénité et sur le test des standards communautaires, tandis que quatre portaient sur la question de la possession et de la publication. A l'inverse, dans la période 1966-1969, trois seulement portent sur la définition de l'obscénité, tandis que les neuf autres portent sur la possession/publication. Cette division formera d'ailleurs la base de notre examen des arrêts.

Les deux tableaux suivants présentent les informations pertinentes à la province d'origine de l'arrêt et au niveau de tribunal. La prédominance de l'Ontario se confirme, tandis que la Colombie-Britannique rejoint le Québec quant au nombre de décisions rapportées. Quant au rapport des décisions de première instance à celles qui sont portées en appel, il continue de s'accroître, 23 arrêts provenant des niveaux d'appel (18 si on exclut ceux de la Cour suprême). Contrairement aux tribunaux de première instance, les cours d'appel ont davantage tendance à confirmer ou à renverser en faveur des accusés: 6 verdicts de culpabilité sur 10 décisions du premier niveau, 9 sur 22 en appel.

L'examen de ces décisions montre que la troisième période s'ouvre, pour ainsi dire, sur une mise en scène du conflit entre le

TABLEAU 7

**RÉPARTITION DES ARRETS SELON LA PROVINCE -
TROISIEME PÉRIODE (1959-1969)**

TERRE-NEUVE	1
NOUVELLE-ÉCOSSE	3
NOUVEAU BRUNSWICK	1
QUÉBEC	5
ONTARIO	7
MANITOBA	4
SASKATCHEWAN	2
ALBERTA	1
COLOMBIE-BRITANNIQUE	5
TOTAL	28

TABLEAU 8

**RÉPARTITION DES ARRETS SELON LE NIVEAU -
TROISIEME PÉRIODE (1959-1969)**

PREMIERE INSTANCE		
	Coupable	6
	Non coupable	4
	Autre	-
APPEL		
	Décision confirmée	15
	Décision renversée*	8
	- accusé	6
	- couronne	2
	TOTAL	17

* Signifie en faveur de.

juridique et le politique, qui se pose sous l'angle de l'exclusivité de la définition de l'obscénité codifiée en 1959: dans quelle mesure les règles établies par la common law depuis Hicklin continuent-elles de s'appliquer? Plus profondément, la question consiste à déterminer quel sera le critère pour décider de ce qui est obscène ou non. Une transformation a pu s'observer dans la seconde période où la détermination de l'obscène ne reposait plus sur des catégories fixes de la population (les faibles d'esprit ou les sensibles du test Hicklin) mais s'adressait à chacun, selon les circonstances. A la troisième période, le juridique procède à une nouvelle transformation, où la communauté devient la source et le but de la protection contre l'obscénité. L'obscène ne se juge plus à l'aune de l'individu, mais en regard de la communauté qui est désormais seule habilitée à décider de ce qui est ou n'est pas tolérable. Or, il deviendra rapidement évident, même aux juges, que la communauté est une "quantité insaisissable". Pourquoi fallait-il d'abord la créer? Il s'agit de tenter de cerner de quelle manière le juridique exerce cette modification et pourquoi.

6.3.1 Le (non) lieu de l'obscénité

Les deux premiers arrêts portés en appel suite aux modifications de 1959 sont les décisions Munster⁴⁵ de la Cour suprême de Nouvelle-

⁴⁵. R. c. Munster (1961) 34 C.R. 47, 129 C.C.C. 277.

Écosse, et Brodie⁴⁶ de la Cour du Banc de la Reine du Québec. Dans l'arrêt Munster, la Cour décide que le tribunal de première instance, qui avait acquitté l'accusé d'avoir pris des photographies de ses garçons nus, a erré en adoptant la perspective que la définition contenue à l'article 159(8) constitue une définition exhaustive de l'obscénité au Canada et que le test Hicklin ne s'appliquerait plus. En conséquence, la Cour ordonne un nouveau procès. Pour des motifs similaires, la Cour du Banc de la Reine du Québec confirme le jugement de la Cour des Sessions qui avait trouvé obscène le livre L'amant de Lady Chatterley, en ordonnant la confiscation conformément à la procédure in rem instituée en vertu de l'article 150A. Cette décision sera portée en appel à la Cour suprême du Canada la même année, et celle-ci rendra son jugement en 1962. Les arrêts des tribunaux d'appel des provinces suivent essentiellement la même logique, mais Brodie ayant été finalement décidé en Cour suprême, c'est sur ce jugement que nous nous arrêterons en détail.

6.3.1.1 Lady Chatterley en Cour du Banc de la Reine du Québec

En juin 1960, la Cour des sessions de la paix de Montréal, ayant été saisie du livre L'amant de Lady Chatterley du britannique D.H. Lawrence, trouve qu'il s'agit d'une publication obscène et en ordonne la confiscation. Larry Brodie, chez qui on avait trouvé les copies de ce livre, porte le jugement en appel devant la Cour du Banc de la

⁴⁶. Brodie c. R. (1961) B.R. 610.

Reine, et, en avril 1961, l'appel est rejeté unanimement par les Juges Casey, Choquette et Larouche. Tous trois proposent des motifs distincts, les deux derniers partageant un point de vue similaire, tandis que le juge Casey rejoint, à maints égards, la logique que développeront les juges majoritaires de la Cour suprême. Les arguments de la Cour se présentent sous trois aspects interreliés: (1) la nature du nouveau test de l'obscénité; (2) les valeurs qui sous-tendent le travail judiciaire en la matière; et (3) le rôle du judiciaire.

(1) La nature du test. - En codifiant une définition de l'obscénité, qu'a voulu accomplir le législateur? Le juge Casey n'hésite pas à affirmer que le Parlement a voulu s'éloigner de l'approche subjective qui prévalait antérieurement et adopter un test objectif qui réponde davantage aux exigences de la société contemporaine ("the demand to be convinced that seems to characterize this generation"⁴⁷). En quoi ce test est-il objectif? En exigeant du juge qu'il ne fonde pas sa décision sur son opinion personnelle (sous-entendre: comme c'était le cas auparavant) mais sur les caractéristiques internes de l'oeuvre et sur les standards (sous-entendre: de la communauté) à appliquer en l'occurrence. Comment doit-il en arriver à déterminer les caractéristiques internes de l'oeuvre pour savoir s'il y a exploitation et si elle est indue? La question de l'exploitation s'avère relativement aisée: les

47. id., à la page 612.

caractéristiques internes de l'oeuvre elle-même, prise en totalité, le révèlent généralement clairement. La seconde question cependant pose problème: qu'est-ce qui est indu? Pour qui et dans quelles circonstances? Le juge se fait ici beaucoup plus vague.

As already suggested, on the literary merits of this book, there is room for an honest difference of opinion. Fortunately however it is not necessary to take sides for as I understand the law these are not factors. No matter how great its merits, how high its purpose or how lofty its message, if sex is utilized in a manner that violated our self-imposed restraints, then the publication is obscene.

And it is here that we run into the subjective element that is necessarily present in every judgement ... 48

Autrement dit, le caractère indu d'une oeuvre repose sur les limites que nous nous sommes fixées par rapport au sexe. Quelles limites? Qui, nous? Que veut dire une utilisation du sexe qui outre passe ces limites? Nous reviendrons sur ces questions aux points (2) et (3).

Les juges Choquette et Larouche, se montrent beaucoup plus hésitants que leur confrère Casey à vouloir qualifier d'objectif le nouveau test et à élaborer une rhétorique qui permettrait de rejeter le test Hicklin. Moins prosaïque, davantage conscient peut-être de certaines implications du jugement - en particulier de ses

48. id., à la page 618.

conséquences pour le respect de la spécificité du Québec - le juge Larouche ramène cette question à sa plus simple expression, à partir de la définition que donne le dictionnaire Quillet du terme indu:

(...) si dans notre civilisation la tendance à "dépraver et à corrompre les moeurs" est encore quelque chose que nous considérons comme anormal, néfaste, comme pouvant opposer et mettre en danger les normes, les "règles" prédominantes dans notre milieu social, de la moralité publique et privée, l'expression "indue" doit signifier certainement bien qu'implicitement, entre autres choses, "ce qui tend à dépraver et à corrompre les moeurs".⁴⁹

Comme son confrère Choquette, le juge Larouche maintiendra, pour cette raison, que le test Hicklin n'est pas obsolète, et que l'exploitation indue des choses sexuelles doit revêtir deux acceptions: la pornographie pure (autrement appelée "dirt for dirt's sake") qui sera jugée d'après la nouvelle définition, et les oeuvres artistiques ou autres qui seront jugées d'après leur tendance à corrompre les moeurs, spécialement de la jeunesse, en fonction du test Hicklin.

Dès le début de son argumentation, le juge Choquette note que le législateur a inséré la nouvelle disposition sous le titre des "Infractions tendant à corrompre les moeurs", ce qui n'est pas sans rappeler le test Hicklin. Or, quant à lui, c'est sous cet angle qu'il faut analyser l'oeuvre, selon sa tendance à corrompre les

⁴⁹. id., à la page 628.

mœurs, spécialement celles de certains groupes de la population, telle la jeunesse, qui peuvent être plus susceptibles à ce genre d'influences. Toujours dans ses remarques initiales, il souligne que, si l'article 150(8) avait pour objectif de rendre plus clair et plus objectif le test de l'obscénité, il n'aura que partiellement réussi, puisque la définition que donne le dictionnaire du mot indu est "illégitime", "exagéré" ou "excessif". Le juge se demande alors comment déterminer qu'une publication a pour caractéristique dominante "l'exploitation illégitime, excessive ou exagérée des choses sexuelles..."⁵⁰ C'est bien là la question centrale: puisque le test Hicklin avait été jugé insatisfaisant par le législateur - quoique selon le juge, les tribunaux canadiens, à la différence de leurs voisins américains, s'en accommodaient fort bien⁵¹ - et qu'il avait été remplacé par une définition codifiée de l'obscénité devant fournir une base plus rationnelle aux décisions en la matière, il faut bien lui donner une assise au moins discursive. (Inversement, nous pourrions dire que la censure discursive ayant des effets juridiques, entre autres la création du sujet socio-sexuel de l'obscénité, il faut bien lui donner des assises juridiques. En effet, le refus d'analyser la construction des rapports sexuels comme rapports de pouvoir et le refus de débattre politiquement de la

50. id., à la page 620.

51. Pourtant, le juge doit avoir pris connaissance de l'arrêt Conway (1944) du Banc de la Reine du Québec que nous avons discuté au chapitre précédent et qui avait fait l'objet de commentaires exégétiques élogieux de la part de défenseurs de la liberté d'expression parce qu'il "libérait le droit de la camisole de force qu'avait imposée Hicklin".

question, débouchent sur la constitution de cette catégorie.) Or, si l'indu est ce qui est illégal, il est tout aussi vrai de dire qu'est illégal ce qui est indu. D'où le choix entre un retour à Hicklin, solution que favorisent Larouche et Choquette, ou trouver une autre façon de déterminer ce qui est indu. Mais laquelle?

Car à en croire les parlementaires, et spécialement le ministre, le nouveau test oblige désormais à faire une évaluation objective de l'obscénité de l'oeuvre en litige. Ce qui revient à dire que le test doit répondre à certains critères qui ne seront pas ceux du tribunal, puisque la magistrature ne doit plus décider de l'obscénité sur une base subjective. Pourtant, qu'il s'agisse d'obscénité ou d'autres actes criminels, relevant des moeurs ou non, il entre nécessairement une part de subjectivité dans toute décision judiciaire, la preuve n'étant que très rarement certaine; la plupart du temps circonstancielle, sa valeur probative sera déterminée en fonction des enjeux et de la qualité des témoignages. D'ailleurs, les critères d'évaluation de la culpabilité, qu'il s'agisse de la balance des probabilités ou du doute raisonnable, établissent on ne peut plus nettement le caractère subjectif de cette pratique. Ainsi, malgré la rhétorique qui demande que les juges rejettent comme trop subjectif ce que leurs confrères faisaient anciennement (ce que d'aucuns se refusent à faire), l'enjeu est ailleurs que dans l'objectivité. Ou plutôt il est compris dans le terme mais n'y réside pas. Car ce que à quoi cette exigence renvoie c'est bien à l'obligation désormais

faite au judiciaire de trouver des justifications externes, des justifications qui paraîtront objectives.

(2) Les valeurs - Or, même le juge Casey, qui accepte pourtant la nouvelle définition de l'obscénité comme étant une définition exhaustive, ne semble, au départ, trouver d'autre justification concrète à cette limite à la liberté d'expression que la protection des valeurs qui sont au fondement de notre civilisation:

Ours is a Christian civilization; we have inherited, and our laws reflect, its traditions. Moreover when it comes to the virtues that are universally acknowledged as forming part of that background: truthfulness, respect for the person and property of others, restraint in the field of morals, we as a people have spoken. We have formally recognized these virtues as duties and we enforce their observance by prohibiting certain acts among which are the publication and distribution of obscene matter.⁵²

Honnêteté, respect de la personne et de la propriété privée, mais aussi réserve morale, le tout dans un contexte chrétien. Que veut dire le juge ici? Comment doit-on comprendre cet appel aux valeurs chrétiennes, pour restreindre la liberté dans une société de plus en plus laicisée, quand le débat parlementaire sur les modifications aux dispositions sur l'obscénité s'est surtout posé sur la base de l'opposition liberté/censure?

⁵². Brodie c R., loc.cit., à la page 615.

Le juge révèle d'ailleurs ses ambiguïtés quand d'un côté il nous ramène au test Hicklin en observant qu'il importe de protéger les jeunes contre la pollution morale et intellectuelle que de telles oeuvres peuvent représenter.

... it would be naiveté beyond what is required for our doctrine of judicial notice to assume that Lady Chatterley's Lover will be put forward or sought out for its literary merit or its sociological significance or as a text book, or to pretend that the majority of its readers will not be found among the young and the impressionable, those very persons with whose moral stability Parliament is primarily concerned.⁵³

Mais de l'autre, il pointe déjà dans la direction que prendront ultérieurement les tribunaux canadiens, en observant que la disposition vise beaucoup plus largement la protection de la majorité des lecteurs, puisqu'ils n'ont pas la faculté de juger une oeuvre selon ses mérites artistiques ni ne bénéficient de conseils d'experts, mais y recherchent la satisfaction de leurs besoins, de leur plaisir.

These thoughts, coupled with my appreciation of the text bring the conviction that the vast majority of readers will not buy this edition for nor will they find in it the high moral quality claimed by appellant. They will buy it for its now well-advertised eroticism and for no other reason.

Which of course brings me to the descriptive passages; I can do no more than say that in my opinion they violate the restraints which we as a

53. id., à la page 618.

people have voluntarily imposed on our freedom of expression.⁵⁴

Plus précisément, ces limites se présentent sous la forme de droits garantis dans les codes et mis en oeuvre par le juridique pour préserver la stabilité de la communauté.

In this case the yardstick is the restraint of word or action that we the people hold necessary for the preservation of our morals and of the civilization that we have inherited. We have the right to insist that these restraints be respected and this right is greater than that of the individual to say what he thinks should be said or what he wants to say. When these rights clash the greater of the two, the one directly related to the common good, the moral stability of the people, must prevail and judicial censorship, if the machinery is set into motion, must be exercised.⁵⁵

On aura sans doute remarqué l'équation établie entre le bien public, la stabilité morale du peuple et la restreinte. A ce sujet, Laskin, dans une décision minoritaire dont il sera question plus loin (Cameron), parlera de "liberté disciplinée". Mettre en péril cette stabilité morale, que ce soit au nom de la liberté d'expression, ou que ce soit pour indiquer la possibilité d'un ordre social (et sexuel) différent, appellera la censure judiciaire. C'est la communauté qui en a décidé ainsi, le juge ne s'en fait que le fidèle rapporteur. En ce sens, la Cour se refuse d'être le censeur que le

54. *id.*, à la page 619.

55. *id.*, à la page 616.

Parlement ne voulait pas être ("if the machinery is set into motion"), justifiant qu'elle ne fait que mettre en oeuvre la volonté du peuple. Ce refus de la censure deviendra plus clair avec la jugement de la Cour suprême.

(3) Le rôle du juridique. - Il semble bien que la clef du nouveau test réside dans l'équivalence établie entre le terme indu et la notion des standards communautaires, entre le juge et le peuple. Assez curieusement, la Cour paraît faire preuve d'une certaine réticence à reconnaître l'origine de cette expression dans une décision australienne datant de 1948⁵⁶; à moins que ce ne soit par ignorance, ce qui étonnerait encore davantage. Mais qu'importe, la formulation du "nouveau" test passe par la loi des grands nombres et la démonstration: cette génération qui demande d'être convaincue de tout, notait le juge Casey.

Si le terme "indu" tel qu'il apparaît dans la législation ne renvoie pas nécessairement à celui des standards communautaires, il était par contre inévitable que les tribunaux s'y renvoient. Ce n'était pas là le sens obligé des instructions reçues du législateur. Celui-ci avait décidé, en effet, que la définition judiciaire de l'obscénité n'était plus satisfaisante et qu'il fallait en donner une

⁵⁶. Il s'agit de R. v. Close (1948) V.L.R. 445 per Fullagar J.: "There does exist in any community at all times - however the standard may vary from time to time - a general instinctive sense of what is decent and what is indecent, of what is clean and what is dirty, and, when the distinction has to be drawn." à la page 465.

nouvelle qui soit objective. "Le peuple" avait donc parlé, du moins tel qu'il parle à travers le Parlement qu'il se donne démocratiquement. Il s'agissait dès lors que les tribunaux prennent connaissance des débats parlementaires, du genre de documents cités en exemple pour justifier les nouvelles dispositions, et qu'ils développent sur cette base une série de critères de ce qui serait "indu". Toutefois, comme l'analyse de ces débats l'a montré, ils ne révèlent ni les fondements de l'opposition à l'obscénité ni la nature des représentations ainsi visées. Comment le judiciaire en est-il arrivé à fonder la détermination de ce qui est indu sur une illusoire "communauté nationale" qui n'est jamais qu'une "quantité qui se dérobe" pour paraphraser le juge Laskin dans l'arrêt Cameron discuté infra? Comme le juge Choquette l'aura saisi rapidement, est-on plus avancé? La nouvelle définition de l'obscénité reposant sur "l'exploitation indue des choses sexuelles..." permettait-elle une détermination plus certaine, plus claire, de l'obscénité parce qu'elle reposait sur la communauté?

Tout tribunal, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, se refuse à prétendre que le Parlement a erré. Il en irait de la règle de la séparation des pouvoirs qui fonde l'indépendance du judiciaire. Qu'il s'agisse d'obscénité ou d'un autre domaine législatif, les tribunaux ne soutiendront jamais, lors d'un arrêt, que le Parlement a commis une erreur lors de l'adoption d'une loi; tout au plus dira-t-on que telle loi est ultra vires conformément à la séparation constitutionnelle des pouvoirs, ou qu'elle contrevient aux

dispositions d'une loi qui lui est supérieure: ainsi, de nos jours, une disposition du Code criminel pourrait-elle contrevenir aux dispositions de la loi suprême du Canada, la Loi constitutionnelle ou aux dispositions de la deuxième loi en importance, la Charte des droits et libertés, et être déclarée invalide pour ce motif.

Il n'empêche que le juge Choquette en particulier, n'est pas loin de dire que le libellé adopté par le Parlement, s'il devait améliorer la situation et faciliter le travail d'interprétation judiciaire, "n'a pas fait disparaître tout à fait la difficulté qu'il éta't destiné à résoudre"⁵⁷. Le juge Casey se fait plus précis à cet égard: il appartient au Parlement de décider ce qui est loi, il appartient au tribunal d'interpréter et de mettre en application cette législation; si les tribunaux inférieurs se trompent, les juges des cours supérieures les corrigeront, de la même manière que le peuple demandera au Parlement de modifier la loi s'il n'en est pas satisfait. (Mais qui corrigera les juges de la Cour suprême. Ou ne se trompent-ils jamais?)

(...) it is the Criminal Code by the use of the word "undue" that gives us the yardstick of "contemporary public opinion" and it is for the judiciary to say what that opinion is. If we, members of an intermediate Court of Appeal are wrong we will be corrected; if the people feel that the test should no longer be applied, Parliament will make the necessary changes.⁵⁸

57. Brodie c. R., loc.cit., à la page 620.

58. id., à la page 617.

Peut-être des "experts" pourraient-ils parler au nom de la communauté, aidant ainsi le juge dans cette difficile tâche? Mais, la communauté ne se donne qu'une série de représentants, les parlementaires. Les autres experts, n'en sont jamais que des ersatz. De ce fait, accorder la décision sur une oeuvre particulière aux témoignages d'experts qui viendraient expliquer, chiffres et démonstrations scientifiques à l'appui, l'état des choses dans la communauté serait une oeuvre bien périlleuse et le judiciaire ne peut remettre à d'autres l'obligation qui lui est faite de décider.

...this is not a case for opinion evidence. If the issues involved matters of science or skill, or if the ability to form an opinion presupposed special learning or experience, the evidence of experts would be admissible. But our problem is not of that type.⁵⁹

L'"objectivité" du nouveau test, si elle ne repose pas sur l'évaluation d'experts, est donc ailleurs, dans la "loi des grands nombres" s'il nous est permis d'emprunter cette expression à la théorie des probabilités. C'est là la première reformulation de la législation à laquelle les tribunaux s'exercent au cours de cette décennie. Si le tribunal n'a pas à fonder sa décision sur les témoignages d'experts, que ce soit quant à la valeur littéraire ou artistique de l'oeuvre, ou quant à l'état des standards communautaires, c'est que le tribunal et le peuple ne font qu'un: "we

⁵⁹. Brodie c. R., loc.cit., à la page 614.

the people" disait le juge Casey. Le tribunal entendra bien les experts mais ne se tiendra aucunement obligé de prendre en compte leurs opinions...puisque'il ne s'agit pas de laisser une minorité d'intellectuels ("an articulate minority") imposer ses vues sur le tolérable et l'intolérable à la majorité de la population. Quelles sont les vues de cette majorité? Et comment sait-on qu'elles se distinguent de celles des experts? Faut-il, en matière d'art, ou de discours politique, se laisser guider par la majorité?⁶⁰

Toutefois, le juge Casey observe que la Cour fait face à un problème du fait que le Parlement reçoit le plébiscite du peuple lui conférant supposément le monopole de la représentation légitime: "we must not forget that the voice of Parliament is the voice of the Canadian people. In criminal matters Parliament does not speak for groups nor do the standards that it sets up vary with the areas in which they are applied. It speaks for all the people...".⁶¹ Mais qui donc est en danger de l'oublier sinon la magistrature elle-même en faisant fi des différences fondamentales qui séparent les juges dans leur appréciation de ce qui leur est soumis? En prétendant que ces différences seraient gommées par une sorte de raison judiciaire

⁶⁰. On sait la réponse qu'avait apportée D.H. Lawrence à cette question: "Vox populi, vox Dei. (...) The mass is forever vulgar because it can't distinguish between its own original feelings and feelings which are diddled into existence by the exploiter. The public is always profane because it is controlled from the outside, by the trickster, and never from the inside, by its own sincerity. The mob is always obscene because it is always second-hand." Lawrence, 1929: 9.

⁶¹. Brodie c. R., loc.cit., à la page 615.

supra individuelle? "It speaks for all the people and because of this, because of the differences of opinion that exist and that must be respected, one must assume, as has been stated elsewhere, that "the moral aspirations of the law are minimal"".62 Des différences d'opinion existeraient donc, mais pas pour les juges qui, participant de Dieu sait quel esprit commun, les réconcilieraient en une sorte de "minima moralia".

Ce qui semble être la seconde brèche ouverte dans la législation par sa lecture judiciaire: le bien public ne sera pas celui qui permet les plus hautes aspirations, morales ou autres, et qui, pour cette raison, demeure toujours inaccessible, fragile, sinon conflictuel, et nous nous permettrons d'ajouter qui relèverait d'une éthique; plutôt, ce sera celui, minimal, de la légalité, telle que la disent les juges, un bien public apparemment non conflictuel, consensuel, et nous dirons gestionnaire, stratégique.

En somme, cette décision permet de distinguer deux niveaux d'argumentation selon l'auditoire visé. L'un s'adresse à la magistrature qui serait tentée de rejeter le test Hicklin aux oubliettes. Par leurs motifs, les juges souhaitent faire voir quelles seraient certaines des conséquences qui en découleraient ultérieurement, en particulier une plus grande difficulté à moduler l'application de la loi pour faire face à des circonstances

62. id., à la page 615-616.

particulières. A ce même niveau, et usant du même argument, les juges Larouche et Choquette veulent faire ressortir un autre aspect, soit la spécificité du Québec, et que les lois du Parlement fédéral, quoiqu'on en dise, doivent respecter cette spécificité. Alors que le juge Casey tient à établir explicitement, ce qu'il n'était pas tenu de faire, que les lois du Parlement doivent être interprétées pour l'ensemble du peuple et non pour un groupe en particulier, le juge Choquette souligne que le tribunal doit décider de ce qui peut corrompre les mœurs "compte tenu du climat moral de l'époque dans la province où les procédures sont engagées"⁶³. Or, il semble que le juge s'est permis une interprétation fort libérale du paragraphe 7 de l'article 150A⁶⁴ qui stipule que l'ordre de confiscation doit prendre effet dans la province où les procédures ont été engagées, puisque cela ne signifie nullement que le reste de l'article, et en particulier la définition ou les défenses prévues, doivent recevoir des acceptions différentes selon la province où ont lieu les procédures. Cette question constitutionnelle ne sera d'ailleurs jamais véritablement résolue, puisque les décisions prises en matière d'obscénité continuent de varier largement d'une province à l'autre, malgré les prises de position de la Cour suprême à l'effet que les dispositions du Code criminel s'appliquent de la même manière dans

⁶³. id., à la page 621.

⁶⁴. Aujourd'hui le paragraphe 7 de l'article 160. Noter que le paragraphe 4 du même article stipule aussi que la confiscation doit avoir lieu auprès du Procureur général de la province où les poursuites ont été entamées.

toutes les provinces.⁶⁵ Cette incursion en territoire constitutionnel pourrait fort bien expliquer, mieux que tout autre motif, pourquoi les deux juges francophones du banc, tout comme le juge Taschereau de la Cour suprême, se sont faits des défenseurs ardents du test Hicklin, tandis que le juge Casey ne le supporte que de la main droite, le rejetant de la gauche. Dans quelle mesure est-il possible que l'argument de la protection de la jeunesse, invoqué par ces deux juges, ne soit qu'une autre manière, par voie de métaphore, de parler du Québec et de ses conditions particulières, qui font que les lois fédérales demandent d'être interprétées avec flexibilité? En effet, l'importance de l'Église catholique, la centralité de la cellule familiale et le baby-boom qui a donné au Québec un fort pourcentage de jeunes dans la population, ne sont-ils pas autant de facteurs qui militent, aux yeux des juges, en faveur d'une interprétation flexible de la législation, de sorte à protéger cette jeunesse?

L'autre auditoire, c'est celui des éditeurs, imprimeurs et autres personnes impliquées dans la production et le commerce de publications, ainsi que la communauté des intellectuels, dont les oeuvres feraient éventuellement l'objet de poursuites: il faut les rassurer à l'effet que les standards appliqués ne correspondront pas à ce qu'il serait approprié pour une jeune fille de quatorze ans de

⁶⁵. Là-dessus, voir le rapport du Comité Fraser, 1985, vol. 1, chapitres 3, 8 et 15.

lire, comme l'avait intimé le juge Stabile dans un arrêt britannique datant de 1954.⁶⁶

Ménager la chèvre et le chou, ne pas décider mais plutôt trancher la poire en deux. Pourtant, les trois juges partagent un point de départ explicite: le fait que le Parlement a jugé bon d'adopter une nouvelle définition de l'obscénité qui devait résoudre les problèmes rencontrés.

6.3.1.2 Lady Chatterley en Cour suprême du Canada

La Cour suprême, à une faible majorité de cinq (les juges Judson, Martland, Abbott, Ritchie et Cartwright) contre quatre (le juge en chef Kirwin, et les juges Taschereau, Fautoux et Locke), a considéré que le roman n'était pas obscène et a donc renversé⁶⁷ la décision de la Cour du Banc de la Reine. La question de fond, rappelons-le, s'origine du test décidant de l'obscénité: la définition adoptée par le Parlement en 1959 est-elle oui ou non une définition exhaustive de l'obscénité? Les juges Judson (qui écrit pour Abbott et Martland), Cartwright, Taschereau et Kirwin sont d'avis que la définition contenue au Code doit prévaloir sur le test appliqué auparavant, ce qui ne signifie cependant pas que tous s'accordent pour reconnaître

⁶⁶. R. v. Martin Secker Warburg Ltd and Others, (1954) W.L.R. 1138, 2 All E.R. 683: "Are we to take our literary standards as being the level of something that is suitable for the decently brought up young femal aged fourteen?" à la page 686.

⁶⁷. Brodie, Dansky et Rubin c. R. (1962) R.C.S. 681.

l'exclusivité de la nouvelle définition. Par ailleurs, tous les juges semblent admettre que l'article 150 constitue une extension de la définition de l'obscénité, et non pas une restriction, peu importe que le test Hicklin soit encore valide ou non.

Au-delà de la question, que ce jugement ne résout pas, de savoir si la codification a aboli de facto le test utilisé depuis Hicklin, la majorité des juges - au moins ceux qui motivent leur jugement, ce qui n'est pas le cas de Locke qui se contente d'affirmer de manière lapidaire que le livre est obscène - s'accorde sur le fait que le test appliqué doit être objectif. Ainsi, Taschereau, tout en trouvant que ce livre est obscène, et sans vouloir décider si la définition du Code est exhaustive ou non, souligne que le test qui s'applique ne doit pas donner préséance aux goûts personnels, à la subjectivité de témoins-experts, aussi compétents puissent-ils être pour juger de la valeur d'une oeuvre littéraire. Il ne précise pas en quoi consiste ce test objectif mais, présumément, la description qu'il fournit du contenu du livre en tient place, description qui se termine, trois pages plus loin, par la conclusion suivante:

Over three-quarters of the book, or 250 pages deal with filthy, obscene descriptions that are offensive to decency, and entirely unnecessary for what we have been told is the purpose of the book. Nobody would seriously think that this novel could be shown on television or that any respectable publisher would make available to the public in a newspaper or magazine the complete story ... without shocking the feelings of normal citizens. I am not aware that obscenity is, under the law, the

exclusive prerogative of novelists, whatever may be their outstanding talent.⁶⁸

Ce test "objectif" n'empêche pas le juge Taschereau d'émettre ses opinions à plusieurs reprises, usant de qualificatifs tels "unholy satisfaction", "brutally described"; "conversation of a low and vulgar character"; "I believe this book has been overglorified"; etc. S'il précise qu'à son avis le terme indu signifie déraisonnable, injustifiable, il ne donne aucune indication sur la manière de rendre le test objectif.

De même, les motifs du Juge en chef Kerwin, s'apparentent étroitement à ceux de Taschereau. Il rejette les prétentions des critiques littéraires appelés par la défense à établir que l'auteur voulait dénoncer les maux causés par l'industrialisation, et opine que le peu d'espace consacré à ce thème comparativement aux scènes de sexe témoigne que telle n'est pas l'intention du livre: "...it is sufficient to state that all (episodes) are set forth in great detail that might have been expected in the Greece and Rome of ancient times"⁶⁹. De même, il observe que la jaquette du livre, qui rappelle qu'il s'agit de la seule édition complète non censurée du roman, indique assez les intentions de l'éditeur, même en ne tenant pas compte du (faible) prix de vente du livre.

⁶⁸. id. à la page 692.

⁶⁹. id., à la page 688.

Quant à Fauteux, il maintient que le test Hicklin continue de s'appliquer. Il est d'avis que le terme indu ne signifie rien d'autre qu'illégal, c'est-à-dire ce qui a tendance à corrompre ceux qui sont susceptibles à de telles influences. En d'autres termes, il n'accepte pas que le seul test de l'obscénité soit un test objectif, au sens où l'entendraient ses confrères, et il soutient que le livre parle de lui-même: l'exploitation du sexe, qui en est une caractéristique dominante, atteint un point qu'il qualifie de "shocking and disturbing". Pourtant, les juges de la Cour du Banc de la Reine avaient déjà perçu, et tenté d'éviter, la circularité de l'argument: est indu ce qui est illégal et est illégal ce qui est indu...

Les juges de la majorité cherchent davantage à préciser le caractère objectif du test. Reconnaisant que l'application du test Hicklin a été vague, difficile et insatisfaisante, le juge Judson suggère que les nouveaux critères de détermination de l'obscénité:

... have some certainty of meaning and are capable of objective application and ... do not so much depend as before upon the idiosyncrasies and sensitivities of the tribunal of fact, whether judge or jury.⁷⁰

Selon cette perspective, le test qui doit désormais s'appliquer exige (1) que le livre soit pris dans son entier plutôt que de

⁷⁰. *id.*, à la page 702.

considérer des passages isolés; (2) d'évaluer les intentions de l'auteur, à l'aide, au besoin, de témoignages d'experts; et (3) de déterminer si le livre, tenant compte des deux premières exigences, n'outrepasse pas les standards de tolérance de la communauté. Dans ce contexte, le terme indu signifiera "excessive emphasis on the theme for a base purpose"⁷¹. C'est dire que le test aura deux volets: dans un premier temps, il porte sur l'oeuvre elle-même et pose la question de savoir si le traitement réservé au thème sexuel, dans son fonds et dans sa manière, est nécessaire à la cohérence interne de l'oeuvre; dans un second temps, le tribunal doit se demander si la communauté tolère ce traitement. Sur le fonds et la manière, le juge peut se faire aider, comme dans le cas présent, par les témoignages d'experts:

I can read and understand but at the same time I recognize that my training and experience have been, not in literature, but in law and I readily acknowledge that the evidence of the witnesses who gave evidence in this case is of real assistance to me in reaching a conclusion.⁷²

Contrairement à la Cour du Banc de la Reine, le plus haut tribunal du pays entrebaille une porte, celle du témoignage d'experts quant aux qualités intrinsèques de l'oeuvre, qui n'aura de cesse de s'ouvrir davantage au cours des décennies suivantes. Cette ouverture

⁷¹. *id.*, à la page 704.

⁷². *id.*, à la page 703.

était d'autant plus nécessaire que la détermination des standards de la communauté devait demeurer, elle, la prérogative du juge.

Mais alors, comment déterminer si l'œuvre outrepassé les standards communautaires? Ici, point d'experts pour en témoigner, du moins pas encore. Le juge Judson recourt à une série de termes mettant d'un côté le tolérable et de l'autre ce qui ne le serait pas: le développement du thème doit être "serious" et non pas "base", il doit refléter une préoccupation honnête, "upright", et non pas une recherche de ce que le juge qualifie de "dirt for dirt's sake", "leer of the sensualist", "depravity in the mind of an author with an obsession for dirt, pornography", "an appeal to prurient interest"; en somme, il s'agit d'éviter toutes choses qui s'opposent à un motif artistique sérieux, véritable, pertinent, de qualité littéraire démontrable. Cette liste de termes deviendra synonyme du test de l'obscénité au Canada, et sera citée dans maints arrêts. Or, seul le juge Ritchie l'admet explicitement, la décision demeurera, en dernière instance, subjective, ce qui, ajoute-t-il, n'est pas particulier aux affaires d'obscénité. Ce faisant, et reconnaissant que ses prédispositions personnelles interviendront dans une certaine mesure dans sa décision, le juge doit se souvenir, de conclure Ritchie, que la détermination de l'obscénité ne consiste pas à se demander si la publication offenserá les prudes ou excitera les frustrés: soit elle contrevient aux standards communautaires, soit elle a tendance à corrompre et à dépraver un segment identifiable du public.

Du reste, l'opposition des juges sur la question de l'exclusivité du critère sert davantage de métaphore pour discuter des enjeux de la décision qui sont de deux ordres: fournir à la magistrature des indications sur l'approche à adopter pour décider de l'obscénité, et surtout délimiter l'ordre des responsabilités. Ce qui prédomine dans ce dialogue des juges entre eux c'est la question de savoir qui du parlement ou du judiciaire détient la responsabilité de délimiter le sujet juridique de l'obscénité, et par conséquent les biens juridiques et sociaux qui seront protégés.

Taschereau et Fautoux pour la dissidence, Judson (Abbott et Martland) et Ritchie pour la majorité, en appellent explicitement aux rôles respectifs du Souverain et du judiciaire pour fonder leur interprétation des dispositions pertinentes. "This Court does not make the law but its duty is to apply it as enacted by Parliament"⁷³ de dire le juge Taschereau. Pourquoi la plus haute Cour du pays doit-elle rappeler ce truisme? L'argument sert, d'une part, à rejeter la pertinence de décisions judiciaires prises dans d'autres pays, y incluant celles qui concernent le même livre, sous prétexte que la loi canadienne n'a pas d'équivalent ailleurs. D'autre part, l'argument permet de rappeler que le Parlement a voulu corriger les abus que l'application du test Hicklin avaient permis ("subtle distinctions, fine niceties that too often allowed publishers to

⁷³. id., à la page 689.

continue a wide diffusion of obscene and immoral literature"⁷⁴) et qui l'ont amené à vouloir mettre un frein à cet "assaut légalisé" contre la moralité publique.

Dans le cas du juge Fauteux, l'argument sert à rappeler que les motifs du Parlement n'étaient pas de restreindre la portée de la loi sur l'obscénité mais, au contraire, de l'étendre. Selon lui, le test Hicklin ne servait véritablement qu'à juger d'oeuvres ayant déjà certaines qualités littéraires reconnues. L'addition de la définition contenue à l'article 150(8) visait à élargir le filet de la justice qui risquait de laisser s'échapper les productions les plus immondes. Cette modification manifeste "the well publicized and commonly known intention of Parliament to strike more effectively at the corruption of public morals by obscene publications"⁷⁵. Ce faisant, le législateur "reconnait" évidemment que, dans certaines limites, l'exploitation de la sexualité dans des publications sera permise. C'est l'addition du mot indu qui permet cette tolérance, d'ajouter le juge. Quant à l'article 150A, il s'agit d'une mesure préventive, permettant d'assurer qu'une publication obscène ne pourra faire l'objet d'une large distribution avant que ne soit réglée la poursuite devant les tribunaux. Or, l'une des raisons majeures pour lesquelles le Parlement aurait jugé essentiel de s'attaquer à l'obscénité, était de veiller à la protection des mineurs qui n'ont

⁷⁴. id., à la page 689.

⁷⁵. id., à la page 695.

qu'un "dim interest in the literary merits, motives or purposes of the writer"⁷⁶ et qui sont susceptibles de corruption. Dans cette lutte contre la corruption, le Parlement ne fait toutefois que fournir les instruments législatifs qui habilitent les tribunaux à intervenir efficacement: les cours de justice, et non pas les critiques littéraires ou les écrivains eux-mêmes, demeurant le "custos mores" de la société.

Il est remarquable que, tout en arrivant à un résultat opposé, le juge Ritchie exprime des arguments tout à fait similaires à ceux de Fautaux. A son avis, le fait que le législateur ait inséré ces dispositions dans la partie du Code sur les infractions tendant à corrompre les mœurs révèle amplement qu'il voulait protéger la société contre la corruption des mœurs engendrée par la publication de choses obscènes. Il en résulte que la Cour n'a pas à choisir entre deux tests exclusifs, mais doit utiliser celui qui s'applique dans la situation particulière. Là où les deux juges semblent différer, c'est sur la nature des effets des qualités artistiques d'une oeuvre et sur les intentions du Parlement à cet égard. Pour Fautaux, il ne fait aucun doute que plus grandes seront les qualités artistiques d'une oeuvre, plus élevée sera sa propension à corrompre si elle exploite un thème sexuel. Pour Ritchie, les qualités artistiques de l'oeuvre viendront au contraire l'exonérer de blâme, même si elle exploite un thème sexuel.

76. id., à la page 693.

Quelle était l'intention du Parlement en adoptant la défense du bien public? Dans quelle mesure la préservation de la liberté artistique de créer tient-elle du bien public? Qui doit faire la détermination de ce qui constitue un bien public: le Parlement ou les tribunaux? Les motifs ne fournissent aucune réponse spécifique à ces questions. Comme le souligne Fautaux, "criminal law is not meant to operate in the abstract field of speculation but in the field of concrete factual realities"⁷⁷. Il ne s'agit pas de régler un débat philosophique sur la liberté et ses limites dans une société démocratique, mais de protéger les valeurs fondamentales de cette société, de protéger les communautés elles-mêmes. Reformulée, la question devient: dans quelle mesure, et de quelle manière, les tribunaux peuvent-ils demeurer le "custos mores" de la société sans le dire? Ou encore, dans quelle mesure le Juge est-il soumis au Roi (ou à la Reine?) dans la détermination du bien public, dans la constitution du sujet socio-juridique?

Deux éléments, provenant de source extérieure à la décision de la Cour suprême, permettent de mieux éclairer cette formulation de la question centrale qui occupe l'essentiel de l'argumentation du tribunal dans cette affaire. Le premier de ces éléments avait été soulevé par le juge Casey de la Cour du Banc de la Reine, quand il

⁷⁷. id., à la page 698-699.

avait mentionné que la détermination de l'obscénité appartient au judiciaire.

(...) it is the Criminal Code by the use of "undue" that gives us the yardstick of "contemporary community opinion" and it is for us the judiciary to say what that opinion is. If we, members of an intermediate Court of Appeal, are wrong we will be corrected; if the people feel that the test should no longer be applied, Parliament will make the necessary changes. This method of operating undoubtedly creates a lag between public opinion and the law; but it is our system and until we are given another we must put aside our personal views and remain within it.⁷⁸

L'écart entre la loi et l'opinion publique se situe non pas au niveau du tribunal, qui, selon cette logique, ne forme qu'un avec la communauté, mais au niveau du Parlement. Il arrivera que le Parlement ne réagisse pas, ou pas assez rapidement aux demandes de changement provenant de l'opinion publique. Malgré cela, les juges n'ont pas à se prononcer sur la valeur de ce système, rappelle Casey. En effet, comme la Cour suprême le lui rappellera à son tour, les tribunaux disposent des moyens nécessaires pour suppléer aux "carences" du législateur: à preuve, l'équivalence établie par les tribunaux entre le terme indu et les standards de la communauté, équivalence qui ne se trouve inscrite d'aucune manière au libellé du texte législatif.

⁷⁸. Brodie c. R. loc.cit., (B.R.Qué.), à la page 617.

Le second élément de réponse à la question de l'articulation des rôles du judiciaire et du législateur provient de la décision britannique *Shaw v D.P.P.*⁷⁹ prononcée par la Chambre des Lords en 1962, donc la même année que l'arrêt *Brodie*. Dans cette décision, la Chambre, soutient, à la majorité, que les tribunaux ont un pouvoir résiduel d'intervenir même en l'absence d'une législation habilitante explicite.

(Viscount Simonds:) In the sphere of criminal law, I entertain no doubt that there remains in the courts of law a residual power to enforce the supreme and fundamental purpose of the law, to conserve not only the safety and order but also the moral welfare of the State, and that it is their duty to guard it against attacks which may be the more insidious because they are novel and unprepared for.⁸⁰

Et le vicomte poursuit son analyse en observant que, malgré que le Parlement n'a généralement pas tardé à légiférer lorsque les pressions populaires se sont montrées suffisantes, il n'en demeure pas moins que des carences existeront toujours et que, sans ce pouvoir résiduel, les cours de justice ne pourraient contribuer efficacement à maintenir la "loi commune".

Le jugement de la Cour suprême ne participe pas explicitement des motifs de l'arrêt de la Chambre des Lords, d'autant plus qu'il a été

⁷⁹. *Shaw v. D.P.P.*, loc.cit.

⁸⁰. id., à la page 267.

prononcé quelques mois plus tôt. Pourtant, les ressemblances ne manquent pas, quoique la Cour suprême du Canada ne débatten pas explicitement de ce rôle de "custos mores". L'examen des principes de différenciation entre les audiences visées et entre les sources de l'autorité contenus dans la décision de la Cour suprême permet toutefois de saisir cette rhétorique en action.

Les audiences visées par les motifs des juges sont de deux ordres: la magistrature et le public. Dans le premier cas, il s'agit principalement de transmettre aux juges des tribunaux inférieurs des instructions quant à l'interprétation de la législation, tandis que dans le second cas il s'agit surtout de justifier au public la décision prise. Six juges, dont deux des juges dissidents s'adressent principalement à la magistrature tandis que Fautoux (dissident) et Ritchie de la majorité, s'adressent principalement au public. Par ailleurs, la source de l'autorité permettant de décider en ce domaine se distingue entre le Parlement et le judiciaire. Six juges situent la source de l'autorité au niveau du juridique, dont quatre de la majorité (Judson, Abbott, Martland et Cartwright).

Parlant des populations à protéger, des effets néfastes de la diffusion de matériel obscène, des avatars de la situation judiciaire antérieure, aussi bien que des qualités de l'oeuvre en litige, Fautoux et Ritchie s'adressent en priorité au public. Tous deux se préoccupent d'identifier les valeurs qui doivent être protégées et avec lesquelles ils se sentent en communion: prévenir la dépravation

et la corruption des moeurs spécialement chez les jeunes (Fauteux), empêcher la diminution des standards de décence de la communauté et l'érosion de la fibre morale de la jeunesse (Fauteux et Ritchie), et préserver la liberté créatrice des écrivains de talent (Ritchie). Le public doit savoir que les juges ne sont pas retranchés derrière leur toge, insensibles à l'état de la nation, mais qu'ils sont, tout autant que les politiciens, quoique de manière différente, en symbiose avec leur communauté. De plus, tentant de justifier pourquoi il faut retenir le test Hicklin, les deux juges donnent l'impression qu'ils considèrent le Parlement comme la source de l'autorité, reflétant en cela les intentions exprimées par les parlementaires, et au premier chef celles du ministre de la Justice qui, on s'en souviendra, avait explicitement mentionné que le test Hicklin devait continuer de s'appliquer.

Soutenant que la nouvelle définition est exclusive et abolit le test Hicklin, les juges Kirwin et Taschereau localisent plutôt la source de l'autorité décisionnelle au sein du juridique. Tous deux tentent de démontrer en quoi l'oeuvre est obscène: le peu d'espace accordé au prétendu thème de l'industrialisme, la prépondérance de scènes de sexe qui ne laissent rien à l'imagination, la distinction entre les représentations telle la nudité qui n'ont rien d'immodeste et les passages suggestifs de l'oeuvre de Lawrence, sont autant d'éléments qui ressortent de leurs motifs. On pourrait résumer leur position en disant qu'ils sont d'avis que l'obscénité se mesure en fonction de la cohérence interne de l'oeuvre. Pour autant que le

critère Hicklin ne s'appliquerait plus, c'est à partir des nécessités internes de l'oeuvre elle-même que le juge se prononcera; s'il se convainc que l'oeuvre n'a pas de mérite suffisant pour racheter l'exploitation du thème sexuel, il n'aura pas à se questionner sur les standards communautaires. En ce sens, ces juges semblent s'adresser principalement à la magistrature.

Enfin, quatre des cinq juges de la majorité s'adressent à la magistrature, soit Judson (Abbott et Martland) ainsi que Cartwright. Pour eux, la question centrale est de déterminer ce qui pourrait le mieux aider les magistrats à rendre leurs décisions dans le futur. De plus, ils font du juridique et non du Parlement la source de l'autorité décisionnelle. La description du test occupe la place centrale: d'abord rejeter Hicklin aux oubliettes et, en passant, désavouer l'arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans *Munster*, discuté *supra*; ensuite, expliciter les dimensions du test qui doit être appliqué de manière objective (l'oeuvre dans sa totalité, l'intention de l'auteur, et surtout les standards communautaires); et enfin, fournir quelques critères que les juges peuvent utiliser (le sérieux du traitement, le but élevé, l'honnêteté des intentions, etc.) pour éviter la solution insatisfaisante de s'en remettre à une évaluation personnelle. A l'opposé de leurs confrères Kerwin et Taschereau, ils privilégient donc les standards communautaires aux nécessités internes de l'oeuvre, reconnaissant néanmoins que c'est là le critère le plus difficile d'application.

Pour résumer la situation qui nous semble ressortir de cette décision, il nous paraît utile de proposer au Tableau 9 une répartition des juges selon les deux grands axes: sur l'horizontale, la source de l'autorité des décisions de la cour (juridique ou Parlement) et sur la verticale l'audience visée dans les motifs (la magistrature ou le public).

Les deux juges localisant la source de l'autorité du judiciaire au niveau du Parlement ont plutôt rendu des motifs s'adressant en priorité au public, comme s'il importait avant tout de lui signifier qu'ils ne sont pas responsables des incohérences qui pourraient découler de cette législation et rappeler que le Parlement constitue l'autorité démocratique et représentative. Cette approche rappelle ainsi que la loi a été pensée, débattue et adoptée par le Parlement, et que les tribunaux ne font que l'interpréter. Il devient alors plus important de tenter de convaincre le public que lui seul peut modifier la donne s'il exerce des pressions sur les parlementaires.

Inversement, les juges de la majorité, localisant la source de leur autorité au niveau de la Cour elle-même, s'adressent en priorité aux magistrats, comme s'il s'agissait de les persuader de la nécessité de cette perspective et de leur expliquer en quoi il est préférable que les tribunaux agissent comme "custos mores". Ce faisant, ils fournissent aux juges des outils qu'ils pourront utiliser dans l'application du test.

TABLEAU 9

AUDIENCE ET SOURCE D'AUTORITÉ SELON LES MOTIFS DES JUGES
DANS BRODIE (C.S.C.)

	AUDIENCE	
	Public	Magistrature
Parlement	Fauteux Ritchie*	
AUTORITÉ		
Juridique		Judson*, Martland* Abbott*, Cartwright* Kewin, Teschereau
* Dénote les juges de la majorité. Il est impossible de situer le juge Locke puisqu'il ne fournit aucun motif à sa décision.		

faisant, ils fournissent aux juges des outils qu'ils pourront utiliser dans l'application du test.

Enfin et surtout, il faut noter ce curieux trou, que révèle amplement le tableau: personne ne se charge d'expliquer à la magistrature les intentions du Parlement. Elles sont pour ainsi dire biffées, du moins au niveau de la majorité, qui se satisfait d'expliquer à la magistrature, de s'expliquer à elle-même, les règles du jeu.

Les avantages des arguments des juges de la majorité sur ceux de leurs confrères semblent décisifs, et prévaudront, quoique seulement après maintes tergiversations. Ces avantages sont de deux ordres. Au premier niveau, dans la foulée des certains arguments du juge Casey de la Cour du Banc de la Reine du Québec, les juges établissent les conditions d'un langage différent pour déterminer le sujet socio-juridique de l'obscène. La justification des décisions du juge n'a plus tant besoin de lui provenir de l'autorité normative que confèrent le précédent ou la législation puisqu'elle lui est accordée par sa capacité à lire le public.

Au second niveau, en relation étroite avec le premier, cela signifie que le sujet ainsi investi par le discours juridique sur l'obscénité pourra beaucoup plus difficilement changer. Débattu et mis en forme sur la place publique, par le politique, le sens du sujet social de l'obscénité aurait pu être tout autre. Voulant se

débarasser de cette épine qui le ramène sur le terrain de la censure, le politique aura permis une mise en forme juridique sur laquelle il n'a plus prise, à moins de modifier la loi. Discuté dans le champ politique, spécialement sous l'impulsion des mouvements féministes, le débat sur la pornographie aurait peut-être accordé moins de poids à la rhétorique de la liberté d'expression qu'elle n'en aura finalement eu, du moins relativement à celle de l'égalité des sexes par exemple. Mais tandis que, au sein de la société civile, prenait forme ce débat autour de la pornographie comme forme inacceptable de représentation de la sexualité, le judiciaire continuait, et continue toujours, de décider des causes concrètes d'obscénité derrière le parapluie du respect des standards de la communauté, protégé par les doubles volets du paravent de l'indépendance du judiciaire par rapport aux directives du politique et de sa dépendance quant aux lois adoptées par ce même politique. Appuyant les craintes du politique face à la censure gouvernementale, le juridique continue de présenter l'enjeu de l'obscénité sous l'angle de l'opposition entre censure et liberté, discutant des droits de chacun en faisant abstraction des rapports de pouvoir qui sous-tendent aussi bien l'exercice des droits que la nature de la "chose" sexuelle. La référence à la "communauté", qui n'est rien moins qu'une création juridique, devenait du coup essentielle, sous peine que le judiciaire soit accusé de censure (i.e., d'une interprétation subjective à la Hicklin).

6.3.1.3 Les suites de ce (non) lieu.

Deux ans plus tard, soit en 1964 dans *Dominion News and Gifts*⁸¹, la Cour suprême confirme l'orientation imprimée par les juges de la majorité dans *Brodie*. La Cour d'appel du Manitoba, à une majorité de quatre contre un, avait rejeté l'appel de la compagnie *Dominion News and Gifts* concernant la saisie des revues "Escapade" et "Dude". La Cour suprême retiendra les motifs du juge dissident, sans fournir d'explication, ce qui laisse supposer qu'elle les a entérinés in toto.

Prononçant la décision la plus élaborée pour la majorité dans l'arrêt de la Cour d'appel, le juge Schultz développe ses motifs en cinq points, avant de conclure au sixième. Au premier, il rappelle brièvement la nature du litige. Au second, il trace un court historique de l'intervention judiciaire en matière d'obscénité, depuis les arrêts *Read et Curl*, jusqu'à *Hicklin*, décrivant ensuite comment la règle *Hicklin* a été de plus en plus sujette à contestation par les juges eux-mêmes, spécialement aux États-Unis. Au troisième point, il expose la législation canadienne et la décision de la Cour suprême dans *Brodie*. A ce moment, il compare le livre de Lawrence aux revues en cause dans cette affaire et observe:

⁸¹. R. c. *Dominion News and Gifts (1962) Ltd.*, (1963) 42 W.W.R. 65, 40 C.R. 109, 2 C.C.C. 103 (C.A. Man.), (1964) R.C.S. 251, 42 C.R. 209, 3 C.C.C. 1.

In the cases before this court the publications are magazines with various authors contributing material which is different in purpose and content. In neither magazine does the writing make the slightest pretension to any distinction of literary style and by no stretch of the imagination could either be considered to have a serious purpose.⁸²

Cette comparaison deviendra le point crucial de la décision du juge.

Au quatrième point, il rappelle les témoignages d'experts que la Cour a entendus, soulignant que, au-delà de ce qu'ils en pensent, c'est l'examen des numéros des revues en litige qui doit déterminer si elles sont obscènes ou non. Examen que le juge fait en détail au cinquième point, et qui l'amène à en décrire les diverses parties. Relevant que les photographies représentent toutes des femmes nues ou presque nues, il établit alors la comparaison avec les oeuvres d'art.

As Kenneth Clark points out in his authoritative work "The Nude - A Study in Ideal Form", the aim of the artist is not to imitate but to perfect and to that end every imperfection, every blemish is concealed; he idealizes the female form. The photographs in the magazine in question lack the charm, the grace and poetry that we associate with great works of art. They are executed with technical skill but it would appear that the main purpose is to stress and underline the sex appeal of their subjects and nothing else.⁸³

82. id., à la page 71.

83. id., à la page 73.

Trouvera-t-on, dans toute la jurisprudence moderne sur l'obscénité au Canada, expression plus explicite de ce que la nudité, même la plus crue, n'est pas le bien juridique visé par la construction socio-juridique de l'obscénité? Que la volonté juridique de répression de l'obscène agirait plutôt comme un code pour l'expression du désir, spécialement du désir de l'homme pour la femme, mais plus généralement pour le désir de se cacher ce désir? La femme, étalée dans toutes ses imperfections, son "sex-appeal" exposé, page après page, plutôt qu'idéalisée, plutôt que mise en forme "muséologique"; le charme rompu, la métaphore poétique absente, il ne reste plus de la femme que ce corps, imparfait, instrument du désir, image de l'homme lui-même et de son univers sexuel onirique et onanique. Il ne reste plus, en somme, que le désir de l'homme révélé, mis à nu immédiatement, plutôt que médiatisé par une série de symboles qu'il devrait décoder, privilège qui serait réservé à ceux que l'éducation, le standing social, mettent tôt en contact avec ce style artistique. Surtout, l'image mentale du désir disparaît derrière la réaction physiologique que provoque la représentation photographique. Or, rejetée par la Cour suprême qui retient plutôt les motifs du juge Freedman, cette argumentation resurgira ultérieurement, en fin de période mais surtout plus tard, à compter des années 1980, dans des décisions maintenant dominantes, tel l'arrêt *Towne Cinema* de la Cour suprême que nous avons brièvement discuté au deuxième chapitre. Car il s'agit là d'une vision du sexe comme quelque chose de quasi sacré (le juge O'Hearn, dans la décision *Adams* que nous présenterons plus bas utilise spécifiquement ce

terme), comme un caractère fondamental de l'humain que la pornographie profane, déshumanise, avilit.

Dans sa conclusion, le juge se fait l'interprète de la décision de la Cour suprême dans Brodie et soutient qu'à son avis, la Cour n'a pas voulu limiter l'obscénité à l'exploitation du sexe "for a base purpose", c'est-à-dire "that which is dirty, filthy and perverse". S'appuyant sur les motifs de Judson, il est d'avis que la Cour suprême a plutôt retenu une série de critères pour décider de ce qui est obscène: "dirt for dirt's sake, the leer of the sensualist, depravity in the mind of an author". Quant à l'objectivité du test, le juge pense que le critère des standards communautaires laisse place à une certaine degré d'autonomie locale; en ce sens, le juge de première instance, qui connaît la communauté depuis toujours, est certainement mieux placé que le témoin-expert qui vient de Toronto pour en juger (qu'en est-il des juges de la Cour suprême qui siègent à Ottawa: ce commentaire les vise-t-il aussi?). La Cour d'appel ne saurait donc remettre en question ce jugement de fait.

Les juges Miller et Guy s'accordent avec le juge Monin pour rejeter l'appel, et leurs motifs n'ajoutent guère d'éléments nouveaux. Eux aussi considèrent que la Cour suprême n'a pas voulu réduire l'obscénité à la pornographie et que les deux termes ne sont pas synonymes. Ils soutiennent que le juge de première instance, à titre de membre de longue date de sa communauté, "must also be presumed to know something about the contemporary custom, taste,

standards, habits and morals of the community in which he resides"⁸⁴, mais ajoutent un support "empirique" à la décision, observant que les revues contiennent chacune 16 pages de photographies, esquisses ou caricatures représentant des femmes nues ou presque nues dans différentes poses. Ils en concluent que "Strip the publications of sex and sex matters and there is hardly anything saleable left in them"⁸⁵. Or, ajouterions-nous, ces publications semblent trouver preneur; c'est d'ailleurs en partie la raison pour laquelle elles font l'objet de l'attention de la poursuite publique. Si ces publications se vendent bien, et si c'est à cause du sexe qu'elles se vendent, c'est qu'il existe un segment significatif du public qui tolère ce genre de revues. Peut-on alors prétendre qu'elles outrepassent les standards de décence de la communauté? Cela ne devient possible qu'à la seule condition de les comparer à des oeuvres d'art comme l'a fait le juge Schultz.

C'est là ce que relèvera le juge dissident dont les motifs recevront l'appui unanime de la Cour suprême du Canada. Contrairement à son confrère Schultz qui considère ces revues comme une forme de représentation "that cheapens, degrades and debases sex, and as such is obscene",⁸⁶ le juge Freedman les qualifie plutôt de

84. *id.*, à la page 84.

85. *id.*, à la page 86.

86. *id.*, à la page 77.

"risqué"⁸⁷. Pour lui, il ne fait aucun doute que, même si la question du nombre n'est pas décisive, c'est un facteur que la Cour ne peut ignorer en prenant sa décision. Evidemment, il ne retiendrait pas ce genre de publication comme lecture personnelle; mais cela ne les rend pas obscènes pour autant. De fait, ajoute-t-il, de nombreuses personnes en font leur lecture.

I recognize of course that the mere numerical support that a publication is able to attract is not determinative of the issue whether it is obscene or not. Let a publication be sufficiently pornographic and it will be bound to appeal, in the hundreds or thousands, to the prurient, the lascivious, the ignorant, the simple, or even the merely curious.⁸⁸

Si la Cour doit tenter de découvrir le niveau de tolérance de la communauté, "something approaching a general average of community thinking and feeling"⁸⁹, le nombre de lecteurs constitue alors le signe d'une certaine tolérance. Le juge précise qu'à son avis, le standard doit être contemporain, local, et que dans les cas limites, la tolérance est à préférer à la proscription: "Unless it is confined to clear cases, suppression may tend to inhibit creative impulses and endeavours which ought to be encouraged in a free society"⁹⁰.

87. id., à la page 81.

88. id., à la page 79.

89. id., à la page 80.

90. ibid.

La quantité de lecteurs, qui témoigne ici d'un certain degré de tolérance de la communauté deviendra, plus tard, un facteur sans signification devant la nature même des représentations (*infra*, la discussion de *Salida*). Quelle tyrannie est préférable: celle de la minorité significative qui consommerait ces publications ou celle de la minorité moins importante de l'"avant-garde"?

Dans *Coles*⁹¹, décidée en 1964, la Cour d'appel de l'Ontario reconnaît à une majorité de trois contre deux que le livre Fanny Hill - Memoirs of A Woman of Pleasure n'est pas obscène. Rendant les motifs de la majorité, le Juge en chef Porter conclura que la liberté d'écrire et de publier des idées, des opinions, "to treat with complete candour of an aspect of human life"⁹², est fondamentale au progrès de la société et ne devrait faire l'objet de restrictions que dans les circonstances les plus extrêmes. Comparant Fanny Hill à L'Amant de Lady Chatterley, le juge suggère que le premier est plus candide - ce qu'il ne nous explique pas - et croit aussi que les Canadiens préfèrent la candeur - par opposition au cynisme de Lawrence?

⁹¹. R. c. C. Coles Co. Ltd., (1965) 2 C.C.C. 304, 44 C.R. 219, 49 D.L.R. (2d) 34, (1965) 1 O.R. 557.

⁹². *id.*, 2 C.C.C. 304, à la page 311.

Par contre, dans Cameron⁹³ une majorité de quatre juges sur cinq de la Cour d'appel de l'Ontario maintiendra la culpabilité d'une propriétaire de galerie d'art de Toronto qui avait exposé un ensemble de toiles sous le titre "Eros 65". La Cour suprême refusera d'entendre l'appel au motif que la décision ne soulève aucun point de droit erroné. Les motifs du juge Aylesworth, pour la majorité, font amplement ressortir l'incompatibilité entre les modes de description des représentations jugées choquantes par la police et la Couronne - et le public? - et le critère des qualités artistiques d'une oeuvre. Dans ce cas-ci, des critiques d'art venus témoigner pour la défense ont fait ressortir les qualités intrinsèques des oeuvres exposées ("the lines of the drawings and the interplay between shades of black and white"⁹⁴). Toutefois, note le juge, ce ne sont pas ces aspects que le public non spécialisé verra: il notera d'abord le titre de l'exposition, il verra ensuite l'écriteau indiquant que l'exposition est réservée aux plus de 18 ans (écriteau que l'accusée a installé suite à une première visite de la police pensant que ça pourrait prévenir une seconde visite), et surtout, il verra les corps nus d'hommes et de femmes dans des positions d'invitation sexuelle:

Why is it necessary, for the sake of the student or for the sake of education of the public in appreciation of art so far as the human form is concerned, to depict obscene subject-matter, to place the human figure, for example, in a posture

⁹³. R. c. Cameron (1966) 2 O.R. 777, 4 C.C.C. 273, 58 D.L.R. (2d) 486, 49 C.R. 49.

⁹⁴. R. c. Cameron, 4 C.C.C., loc.cit., à la page 280.

of "sexual invitation" or the human figures in a relationship such as has been described with respect to these drawings?"⁹⁵

Le mérite artistique d'une oeuvre ne saurait en aucune façon, sauf à parodier le sens des dispositions du Code, oblitérer toute référence à la décence et à la moralité: la santé et le bien-être d'une nation dépendent de son sens de la moralité, et tout ce qui l'outrepasse en exploitant la chose sexuelle constitue une exploitation indue, de conclure le juge. En ce sens, l'artiste n'est pas relevé de sa responsabilité de respecter ces limites du seul fait de son talent créateur et de son imagination; il ne suffit pas d'avoir du talent pour établir la défense que la création aurait servi le bien public. La "manière et les circonstances", quoique non décisifs de préciser Aylesworth J., interviennent dans l'évaluation de l'obscénité d'une oeuvre. Retour à Hicklin? En apparence, certes, puisque non seulement la question de la manière et des circonstances refait-elle surface après avoir été "oubliée" depuis 1959, mais que par surcroît la Cour se réserve de déterminer ce qui peut offenser le sens moral de la nation, peu importe que la nation soit ou non consultée (par l'évaluation des normes de tolérance de la communauté).

Le juge dissident dans cette décision, nul autre que Bora Laskin qui deviendra Juge en chef de la Cour suprême du Canada quelques

⁹⁵. id., à la page 288; nous soulignons.

années plus tard, souligne qu'il faut prendre les mots et les formulations du législateur à la lettre, non pas comme devant dire autre chose que ce qu'ils ne disent mais comme révélant explicitement, consciemment, la volonté du Souverain. Sans entrer dans le détail de sa décision (qui poursuit sur la lancée de l'argumentation du juge Freedman dans *Dominion News and Gifts*), notons que Laskin se montre fort conscient de ce retour à Hicklin qu'il croit relever à quelques reprises dans la décision du Magistrat de première instance (voire dans la ratio de ses confrères de la Cour d'appel). A cet égard, il soutient que les juges, qui n'ont pas l'expérience de la littérature ou de l'art, ne doivent pas se substituer aux témoins-experts. Il ajoute encore que le standard de tolérance de la communauté ne saurait faire fi de cette expérience de l'art puisque ce sont souvent les artistes qui, par leurs créations, entraîneront des modifications dans les standards de la communauté. La notion d'obscénité, en droit pénal, n'est autre chose, pour Laskin, que la "liberté disciplinée" sur laquelle repose la société. C'est pour ces raisons que le juge Laskin a cru nécessaire de décrire en détail les peintures - à l'encontre de la prudence traditionnelle des tribunaux à cet égard - et de rapporter la manière dont il s'y est pris:

I viewed the drawings immediately before the hearing of the appeal, from time to time while the appeal was in progress, and intensively after the conclusion of the appeal. I tested my reaction to them by trying to see each of them as a whole, by gazing at them for several minutes. The result was that any gross sexual aspect became dissolved in

the forms of the figures, in their movements and their spatial position, and in the relationship achieved against the background of the tones of the drawings.⁹⁶

Cette attitude empirique, objectivante, par laquelle le moi subjectif se dissout en quelque sorte dans quelque chose (une rationalité? une conscience?) qui lui est supérieur, cette attitude rappelle que le test "est" objectif et que la saisie de la "réalité" est affaire de moyen, de technique. Tout comme le juge peut se défaire de lui-même et ne considérer que l'oeuvre, ainsi il peut saisir l'état des standards communautaires. Surtout, il devient ainsi possible de concevoir une sexualité naturelle, un en-soi sexuel, objectif, qui ne soit pas soumis aux rapports de pouvoir.

Dans une très longue et très érudite décision précédant Cameron de quelques mois, le juge O'Hearn de la cour de comté de Halifax, notant que deux politiques publiques s'opposent en la matière, "that in favour of free expression and that in favour of preserving moral standards"⁹⁷, soutenait que le test Hicklin continuait de s'appliquer. Cette position l'amenait à suggérer que "the idea that sex, in itself, is not truly part of the meaning of "obscene" but the idea that sex is sacred, and to profane it by vulgar exposure is obscene, is still current and entitled to consideration as part of

96. *id.*, à la page 312.

97. R. c. Adams (1966) 4 C.C.C. 43, à la page 45.

the average view"⁹⁸, ainsi qu'à rappeler les dangers de l'obscénité pour la santé morale de la jeunesse. Il conclut que sera pornographique, et donc illégal, ce qui vise délibérément à stimuler la sensualité, à agir comme aphrodisiaque. Ayant décrit en détail les publications intimes (portant des titres comme Ecstasy, Misty, Blaze et Flirt), il les trouve obscènes selon ce critère et en ordonne la saisie.

Enfin, dans Duthie⁹⁹, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique maintient le verdict de saisie prononcé par le tribunal de première instance à l'endroit du livre The Last Exit to Brooklyn. Rendant les motifs du tribunal, le juge Bull décrit d'abord le livre, puis le processus qu'il a suivi pour en arriver à sa décision. S'appuyant sur Brodie, il dit avoir lu le livre objectivement et s'être ensuite demandé s'il faisait une exploitation indue des choses sexuelles. Le juge se dit généralement en accord avec l'évaluation faite par les experts des qualités littéraires certaines de ce roman, mais considère que l'auteur est allé trop loin dans la description des scènes sexuelles.

I am not at all satisfied that his purpose in his elaborate and crude particularization, running through the whole book, of details of sexual intercourse, buggery, fellatio and other physical acts and functions cannot be said to be base in the sense that he knew he was preparing a mud bath in

98. id., à la page 78.

99. R. c. Duthie Books (1966) 57 W.W.R. 204, (B.C.C.A.)

which his reader was to wallow, taking such prurient satisfaction or revulsion as he would, depending upon his libido. It has been suggested that a "base purpose" is confined to one which intends to arouse the lusts and inflame the passions, to create a desire or urge to savour, to participate in, the sexual activities and pleasures described and conjured up. In this I cannot agree. To my mind it is usually "base" to treat sex in a vulgar, repulsive and ugly manner for the purpose of encouraging people to think of it and treat as something less than beautiful and normal, and to keep it from one's consciousness and under the rug. I am convinced that an exploiting purpose to bestialize and vilify sex is as base as to use it as an aphrodisiac or aid to pruriency.¹⁰⁰

Pour ces motifs, le juge considère, en accord dit-il avec Dominion News, que ces descriptions outrepassent les standards de la communauté.

Qu'est-il advenu de l'objectivité du test, qui devait résider dans la spécification du caractère indu de l'objet intime? Avec Brodie, les tribunaux s'étaient donnés deux outils pour mettre en oeuvre cette objectivité. D'abord, pour déterminer si l'oeuvre faisait une exploitation des choses sexuelles, il fallait la considérer dans sa totalité, les témoignages d'experts pouvant venir suppléer aux carences des juges quant au caractère artistique de l'oeuvre. Ensuite, il fallait évaluer si cette exploitation était indue, c'est-à-dire si l'oeuvre outrepassait les limites des standards de la communauté nationale. Les décisions qui ont suivi Brodie et Dominion News montrent à quel point cette formulation n'a

¹⁰⁰. id., à la page 209-210.

aucunement permis d'associer l'objectivité du test, spécialement quant à la détermination de ce qui est indu pour la communauté. Où est-elle la communauté qui devait décider de l'obscénité à travers le juge? Les experts appelés sur scène ont tenu un discours souvent inutile parce qu'il ne pouvait s'adresser, selon les juges, qu'à l'oeuvre elle-même. La communauté, elle, n'a pas été invitée. Et de toute manière, comment aurait-elle pu l'être? D'où la métaphore du juge: "we the people". En effet, ni tyrannie d'une minorité d'intellectuels, ni celle d'une minorité de consommateurs qui se contemplent dans l'obscénité, mais tyrannie des juges, nous les juges, qui savent, seuls, déterminer ce qui est indu.

Aux décisions majoritaires que la doctrine retiendra, correspondent les motifs des juges minoritaires et des décisions qui ne font pas jurisprudence, motifs qui soulèvent, à la manière des juges de la Cour du Banc de la Reine du Québec dans l'arrêt *Lady Chatterley*, les limites de ce légalisme formel. Schultz, dans *Dominion News and Gifts* observait que les photographies obscènes révélaient les imperfections en exposant le sexe des femmes; Aylesworth, dans *Cameron*, se demandait pourquoi il fallait que les dessins posent les personnes humaines dans une attitude d'invitation sexuelle; O'Hearn, dans *Adams*, rappelait que le sexe conserve une dimension sacrée que l'obscénité profane; enfin, Bull, dans *Duthie*, soulignait que le livre intime proposait aux lecteurs un bain de boue où ils plongeront avec satisfaction ou dont ils s'éloigneront avec répulsion selon leur libido. Ensemble, ces arrêts pointent dans la

même direction: une remise en cause de la sexualité privée du sujet individuel, sexualité atomisée, sans référent moral, dirigée vers l'assouvissement d'un désir, d'une pulsion. Ces décisions posent différemment la question formulée par la rhétorique des arrêts dominants: il ne s'agit pas d'un débat censure-liberté mais d'un débat moralité-liberté. Dans cette reformulation, ce qui déshumanise, dégrade, avilit la sexualité humaine, particulièrement ce qui serait accompagné de violence, deviendra le référent de la "chose" pornographique. Il faudra cependant attendre la mise en forme féministe du problème de la pornographie au début des années 1980 pour voir cette approche prendre pied et devenir significative, sinon dominante dans la jurisprudence.¹⁰¹

Dans l'affirmation de la centralité de l'individu isolé comme Sujet du Droit, la communauté a servi de faire-valoir. Il ne surprend pas que le juridique accepte de la reconstruire à partir de l'expérience idiosyncratique du juge. C'est à la fois une façon de parler de l'individu ainsi que de resituer le rôle du judiciaire dans l'articulation toujours relative des sphères privée et publique. On comprend mieux pourquoi le judiciaire ne parvient pas à accrocher l'obscénité à un référent sexuel spécifique en cette première partie de la décennie des années 1960. Les arrêts publiés en seconde moitié de cette période, en s'adressant à une question fondamentalement techno-juridique, montrent à quel point le juridique aurait perdu

¹⁰¹. Là-dessus, voir le rapport du Comité Fraser, Canada, 1985, tome 1, ch. 6, ainsi que Cole, 1989.

pied face à la "chose" obscène, qui ira dans tous les sens que la sexualité individualisée peut lui imprimer.

6.3.2 Les lieux du désir

Dans l'arrêt Leong¹⁰² la Cour suprême de la Colombie-Britannique offre, dès 1961, un exemple de ce qui deviendra le focus des arrêts de la deuxième moitié de la décennie. Dans cette affaire, l'accusé avait été reconnu coupable d'avoir montré des films obscènes à des invités dans sa demeure. Le caractère obscène des films avait été concédé par la défense. Par contre, il avait aussi été établi que l'accusé n'avait prélevé aucun droit d'entrée, n'avait pas étendu l'invitation au public, et n'avait pas tenté de commercialiser la représentation. Renversant la condamnation prononcée en première instance, le juge Wilson conclut comme suit:

It is not a pretty thing that a group of men should assemble to watch obscene films. But, however deplorable this may be, there are certain obvious perils involved in holding that any person proved to have possessed an obscene film with the intention of showing in his home to his friends is guilty of a crime.¹⁰³

Le jugement ne précise pas ce que sont ces conséquences néfastes.

102. R. c. Leong (1961) 132 C.C.C. 273 (B.C. Sup.Ct.).

103. id., à la page 275.

Pourtant, ce serait d'autant plus important qu'elles semblent prédominer par rapport aux standards de tolérance de la communauté.

L'année suivante, dans l'arrêt *Modenese*¹⁰⁴, le magistrat de première instance doit décider si des photographies prises par l'accusé sont obscènes ou non. Ayant à peine reçu les motifs de la Cour suprême dans *Brodie*, il exprime sa surprise "that a dirty book has had the effect of making the clear waters of jurisprudence somewhat turbid"¹⁰⁵, mais convient qu'il doit tenter de les mettre en application du mieux qu'il peut. Analysant les photographies intimes, il conclut qu'il ne s'agit pas d'œuvres d'art et qu'au moins deux d'entre elles sont obscènes:

First, the pictures were taken by the accused. Secondly, two of them in the ordinary sense are obscene (I am not speaking in the sense of the legal definition) inasmuch as they seem to be dirt for dirt's sake, sex for the sake of sex, but that does not solve the question of whether they are obscene or not within the meaning of the law (...).¹⁰⁶

Que serait le sens juridique de l'obscène? Comment ce sens se distinguerait-il du sens commun? Comment, en particulier, ce sens juridique serait-il autre chose que le sexe pour le sexe, "dirt for dirt's sake"? (Souvenons-nous que ce sont là certaines des

104. *R. c. Modenese* (1962) 38 C.R. 45 (B.C. Mag. Ct.).

105. *id.*, à la page 46.

106. *id.*, à la page 46-47.

expressions utilisées par Judson, pour la majorité dans Brodie.) De fait, le magistrat ne s'exercera pas à ces distinctions, et pour cause: elles n'ont d'existence que construites par la Cour. Beaucoup plus simplement, il reconnaîtra l'accusé innocent sur la base du fait que les photographies en question ne constituent pas une publication.

Les personnes privées ne forment pas le public. C'est ainsi que pourrait se résumer l'argumentation judiciaire sur la définition de la publication et de la possession à cette époque. La Cour suprême du Canada sera appelée à se prononcer sur cette question dans l'arrêt Rioux datant de 1969.¹⁰⁷ La Cour y confirmera la décision de la Cour du Banc de la Reine du Québec qui avait elle-même affirmé la décision de la Cour des Sessions de la Paix trouvant l'accusé non coupable de l'accusation de possession de choses obscènes aux fins de publication. Dans des circonstances similaires à celles de l'arrêt Leong, l'accusé avait montré, à sa résidence, à trois reprises, des films obscènes à des amis. Dans ses motifs, la Cour du Banc de la Reine, à une majorité de deux contre un, trouve que les gestes de l'accusé ne comportent pas la dimension publique nécessaire à l'accusation. Au dire du juge Pratte:

Si, par exemple, il était établi en l'espèce que Rioux avait projeté ces films dans le but de trouver un acheteur ou un emprunteur, l'accusation serait prouvée, mais tel n'est pas le cas. Le fait que Rioux ait eu ces films en sa possession pendant

107. R. c. Rioux (1968) 4 C.C.C. 337 (C.Ses.Qué.) aff. (1968) B.R. 942n, aff., (1970) 3 C.C.C. 149, 8 C.N.R.S. 21, (1969) R.C.S. 599.

plusieurs mois porte plutôt à penser qu'il les a projetés pour sa satisfaction et celle de ses amis, plutôt qu'avec l'intention de les mettre en circulation.¹⁰⁸

Il est fort instructif de s'arrêter brièvement à la rhétorique des juges de la Cour du Banc de la Reine. Les deux juges de la majorité (Pratte et Hyde), dont la Cour suprême retiendra les motifs, fondent leur analyse du terme "publication" sur les règles judiciaires d'interprétation. Pour Pratte, "les termes employés doivent être pris dans leur sens ordinaire"¹⁰⁹ alors que Hyde s'en remet aux définitions que fournissent les dictionnaires Oxford et Random House. A l'inverse, le juge Rinfret, minoritaire, tente d'interpréter la volonté du législateur dans son contexte, et non pas en fonction des règles judiciaires: "Le législateur a voulu employer l'expression dans son sens figuré, soit faire circuler une histoire, un bruit, une rumeur".¹¹⁰ De façon similaire à l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire Lady Chatterley, les juges de la majorité situent le pouvoir interprétatif au niveau de la Cour, tandis que la minorité le confère au Parlement.

Il ressort de cette décision que l'infraction prévue au paragraphe 150(2) (a) du Code ("vendre, exposer à la vue du public...") exigerait un élément commercial, voire monétaire, que

¹⁰⁸. id., (1968) B.R. à la page 942.

¹⁰⁹. id., à la page 942.

¹¹⁰. id., à la page 943.

l'on croyait pourtant prévu au paragraphe 150(1) (a) ("mettre en circulation, distribuer, publier..."). C'est aussi le sens des arrêts Fraser¹¹¹ et McAuslane¹¹² concernant des accusations portées envers des firmes ou leurs employés en vertu de 150(1) (a). Dans Fraser, la Cour suprême du Canada maintient le verdict de culpabilité prononcé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'endroit de l'accusé, qui est propriétaire de deux magasins de vente au détail et d'un entrepôt qui constituent "une organisation pour la distribution de livres, dont un nombre important ont été trouvés obscènes".¹¹³ Expliquant en quoi le paragraphe 150(1) se distingue de paragraphe 150(2), le juge Ritchie, prononçant les motifs de la Cour suprême, note son accord avec le juge de la Cour d'appel:

(...) the word "distribution" as used in s.150(1) (a) "is obviously a word of wider connotation than "sale" ... as sale is only one of a number of means" of distribution.¹¹⁴

Ainsi, il peut exister des situations où une condamnation en vertu de 150(1) (a) ne reposera pas sur l'élément monétaire à proprement parler. C'est le cas dans l'arrêt McAuslane où l'accusé, l'un des principaux partenaires dans la gestion des magasins de

111. Fraser et al. c. R. (1966) 1 C.C.C. 110, 51 D.L.R. (2d) 408, aff. 52 W.W.R. 712, (1967) 2 C.C.C. 43 (C.S.C.).

112. R. c. McAuslane (1968) 2 C.C.C. 252, (1968) 1 O.R. 209 (Ont. Ct.App.).

113. Fraser et al. v. R., loc.cit., à la page 47 (notre traduction).

114. id., à la page 48.

l'on croyait pourtant prévu au paragraphe 150(1) (a) ("mettre en circulation, distribuer, publier..."). C'est aussi le sens des arrêts Fraser¹¹¹ et McAuslane¹¹² concernant des accusations portées envers des firmes ou leurs employés en vertu de 150(1) (a). Dans Fraser, la Cour suprême du Canada maintient le verdict de culpabilité prononcé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'endroit de l'accusé, qui est propriétaire de deux magasins de vente au détail et d'un entrepôt qui constituent "une organisation pour la distribution de livres, dont un nombre important ont été trouvés obscènes".¹¹³ Expliquant en quoi le paragraphe 150(1) se distingue du paragraphe 150(2), le juge Ritchie, prononçant les motifs de la Cour suprême, note son accord avec le juge de la Cour d'appel:

(...) the word "distribution" as used in s.150(1) (a) "is obviously a word of wider connotation than "sale" ... as sale is only one of a number of means" of distribution.¹¹⁴

Ainsi, il peut exister des situations où une condamnation en vertu de 150(1) (a) ne reposera pas sur l'élément monétaire à proprement parler. C'est le cas dans l'arrêt McAuslane où l'accusé, l'un des principaux partenaires dans la gestion des magasins de

111. Fraser et al. c. R. (1966) 1 C.C.C. 110, 51 D.L.R. (2d) 408, aff. 52 W.W.R. 712, (1967) 2 C.C.C. 43 (C.S.C.).

112. R. c. McAuslane (1968) 2 C.C.C. 252, (1968) 1 O.R. 209 (Ont. Ct.App.).

113. Fraser et al. c. R., loc.cit., à la page 47 (notre traduction).

114. id., à la page 48.

détail Bookazine, ainsi que dans la gestion de Gordon Enterprises, qui est le distributeur des livres et magazines que vendent ces magasins, est trouvé coupable de possession en vertu de 150(1) (a) pour avoir commandé auprès de Gordon, aux fins de distribution dans l'un des cinq magasins Bookazine, un certain nombre de livres et magazines dont 26 ont été jugés obscènes. Pour la Cour d'appel, le fait que l'accusé n'ait pas pris connaissance du contenu des livres (i.e., la défense prévue au paragraphe 150(6) à l'effet de ne pas savoir que les publications en question sont obscènes) ne s'applique pas dans cette affaire parce que l'accusé n'a apparemment pris aucun moyen pour déterminer si les publications étaient obscènes.

C'est dire, inversement, que l'élément monétaire sera généralement présent dans une condamnation en vertu de 150(2) (a), ou pourra être inféré, même si ce ne sera pas un élément obligatoire, du moins pas sous la forme d'une vente (i.e., ce pourrait être un "emprunt"). La transaction financière, ou ce qui s'y apparente, devient alors le véhicule nécessaire à une accusation de possession et d'exposition publique, tandis que la transmission serait le support de l'infraction de publication ou distribution. Dans les deux cas, il est apparent que la nature de la chose intimée, selon qu'elle contrevient ou non aux standards de la communauté, importe moins que la nature de la transaction survenue. C'est ce que montraient auparavant les arrêts *Leong* et *Modenese*, c'est aussi ce que l'arrêt *Rioux* établit. Dans ce dernier cas, le juge de la Cour des Sessions de la paix avait en effet soutenu que seulement deux des

six films saisis étaient obscènes, quatre n'étant que suggestifs.

Voici la distinction qu'il propose:

Four of these films were merely suggestive, and I would hesitate to find them obscene. They depicted women undressing and showing their voluptuous bodies, but I do not see why I should be more harsh than Dame Anastasie, otherwise known as Dame Censure, who permits films showing almost similar scenes to be circulated freely in our theatres and on our television programs.

(...)

Two of the films found at the residence of the accused, however, are really obscene, pornographic, disgusting and even revolting, to say the very least. These films depict women masturbating alone or among themselves, and achieving enjoyment with animals in such a way as to nauseate those who see such a spectacle taking place before their eyes.¹¹⁵

Comment le juge sait-il que les quatre premiers films ne contreviennent pas aux standards de décence de la communauté? Suffit-il de prétendre que des scènes similaires sont montrées dans les salles de cinéma ou à la télévision, sans précision additionnelle, spécialement eu égard au contexte? Et d'autre part, comment sait-il que les deux autres films font outrage à la communauté? Si le test est objectif, ainsi que les tribunaux le maintiennent depuis 1959, on s'attendrait à d'autres justifications.

¹¹⁵. R. c. Rioux, loc.cit., (1968) 4 C.C.C., à la page 339.

Qu'est-ce qu'il sera obscène de montrer ou de distribuer pour des fins commerciales? Pour le magistrat Manwaring, dans l'arrêt Huot¹¹⁶ décidé en 1968 et confirmé par la Cour d'appel du Manitoba en 1969, il ne fait aucun doute que les modifications législatives de 1959 ont eu pour résultat de "restreindre substantiellement" la portée de l'obscénité, plutôt que de l'accroître comme le législateur le souhaitait (ainsi que l'examen des débats parlementaires l'a révélé). A son avis, la disposition s'applique uniquement à ce qu'il nomme, à la suite des décisions Ginsburg et Memoirs de la Cour suprême des États-Unis, la "pornographie dure" (hard-core pornography). Qu'est-ce que la pornographie dure? C'est celle que chacun peut reconnaître quand il la voit, c'est-à-dire "dirt for dirt's sake, the leer of the sensualist, depravity in the mind of an author with an obsession for dirt, pornography, an appeal to a prurient interest, etc." selon la formule du juge Judson dans Brodie. A ces représentations, il oppose ce qui n'est que "shocking and disgusting", "tasteless, vulgar and repulsive" et qui ne serait pas obscène au sens de la loi. Selon le magistrat, l'application rigoureuse de ce test permettrait d'éviter la subjectivité des décisions actuelles:

Such a test as this could, I think, usefully be employed in determining when a dominant characteristic of a publication is the undue exploitation of sex and it would seem to me much less likely to be subject to the vagaries of individual backgrounds and prejudices, which is the

¹¹⁶ R. c. Huot (1968) 10 Crim.L.Q.. 447, aff. (1969) 1 C.C.C. 256 (Man. Ct.Ap.).

criteria used at the present time by most of our courts.¹¹⁷

Tout compte fait, il semble bien que pour nécessaire qu'elle soit à la détermination de l'obscénité, la référence sexuelle n'est en aucune manière suffisante. C'est ce que permettent de constater les deux dernières décisions que nous examinerons, les arrêts *Keystone*¹¹⁸ et *Salida*¹¹⁹, datant respectivement de 1961 et de 1969.

Dans *Keystone*, l'entreprise a été reconnue coupable, d'avoir commis une infraction au Code criminel (art. 150 (2)(c)) en envoyant au hasard dans les maisons de Winnipeg une publicité sur les contraceptifs.¹²⁰ A ce texte, s'ajoutaient un formulaire de commande et une description des articles. Voici le libellé de la publicité:

ADULTS

DO NOT PAY EXHORBITANT PRICES

We offer you a positive savings of 35 to 70 percent on your Personal Hygienic Sundries and Supplies. These percentages are based on the prices charged at your usual local outlets.

If you are interested in these gigantic savings, fill in the order form on the reverse side, cut it out together with the 50cents coupon and mail it to us together with your remittance and we will send

117. *id.*, à la page 452.

118. R. c. *Keystone Enterprises Ltd.* (1961) 133 C.C.C. 338.

119. R. c. *Salida* (1969) 3 C.C.C. 65.

120. Article modifié pour la dernière fois en 1913 et recodifié tel quel en 1955.

you imported Latex Prophylactics and the Hygienic Supplies popular to all adult Canadians. All our rubber goods are sold for the protection of health only, they are rolled, ready for use and carry a shelf life guarantee of five years. Many of our brands are dated for your assurance of Factory freshness.

NOTE

Should this be contrary to your beliefs, kindly accept our apology and disregard this advertisement. Please feel assured that it is unlikely that you will hear from us again¹²¹

Avant de préciser les motifs de sa décision, le magistrat prend bien soin d'observer que, dans la préparation de la publicité en question, "the accused did so with great restraint, for the word condom appears only once, and the circular is addressed to adults, who if interested, must represent themselves to being 21 years or over"¹²². Ceci dit, selon le magistrat, cette publicité n'en soulève pas moins trois questions, que nous reproduisons en totalité du fait qu'elles constituent la fondation même de l'arrêt.

1. If it was the intention of the accused to advertise an article only for the protection of health, why did it address the circular "To the Householder"? This to me denotes an insult to the respectability of our community and I may say that our city is noted for being one of the cleanest cities on the continent.

2. Why address it to adults? Why does the customer have to represent himself as being over 21 years of age? Am I to infer from this that persons under 21 years of age are immune from contracting venereal

¹²¹. R. c. Keystone, loc.cit., à la page 339.

¹²². R. c. Keystone Enterprises Ltd., loc.cit., à la page 340.

disease? In the 10 months I have presided in this busy Court, I would estimate that we average about 4 females a month, who require medical treatment for venereal disease and of these, 50% are under 21 years of age and 75% are transients, and are frequenting places where the respectable householder would not care being seen at.

3. If it was the intention of the accused to publish an advertisement intended to protect the health of the public, then, why does it apologize, as it does in the note at the bottom of the front page. Surely, there is no religion whose belief is contrary to the protection of health.¹²³

Conséquemment, le magistrat est d'avis que l'accusé a tout fait pour cacher ses véritables intentions, mais qu'il a échoué lamentablement. Il est donc reconnu coupable mais, considérant qu'une seule décision de ce genre, remontant à soixante ans, aurait été rapportée, le magistrat lui impose une amende "nominale" de \$25 pour "coûts et détresse".

Dans cette décision, tout se passe comme si la Couronne s'était déchargée de sa responsabilité de démontrer que l'acte n'était pas justifié, simplement en rejetant la thèse de la défense que les condoms annoncés serviraient principalement à prévenir les maladies transmises sexuellement. Ce qui fait dire au juge que, bien sûr, aucune religion ne s'oppose à la protection de la santé publique, et que les condoms pourraient être fort utiles aux mineures (pourquoi seulement les filles?) de moins de 21 ans qui sont souvent victimes de ces maladies. En conséquence, si l'accusé a vu le besoin de

¹²³. id., à la page 340-341.

s'excuser à l'avance d'avoir pu froisser des sensibilités religieuses, c'est qu'il poursuivait un tout autre but. Mais n'est-il pas aussi vrai, par exemple, que les condoms peuvent contribuer à prévenir des grossesses indésirées, spécialement chez les mineures, et que c'est là un objectif louable? Le juge lui-même rapporte que les condoms pourraient fort bien se montrer utiles aux jeunes filles pour la prévention des MTS. Qu'est-ce qui empêchait le juge de reprendre les arguments de la Cour ontarienne dans l'arrêt Palmer, discuté au chapitre précédent, à l'effet qu'il appartient aux adultes de décider, en toute conscience, ce qu'ils feront de l'information reçue ou du produit qui leur est offert, et que la prévention de grossesses répétitives chez les familles défavorisées servirait le bien public?

En fait, il ne se dégage aucun motif substantiel de cette décision. Or, dans un climat qui évolue en matière d'indécence et d'obscénité, où les dispositions de 1959 seraient venues combler les carences laissées par le test Hicklin tout en laissant hors des mailles du filet judiciaire les expressions de nature scientifique, éducative ou artistique, et où d'autres moyens contraceptifs artificiels sont désormais disponibles et de plus en plus répandus, il surprend que le magistrat n'ait pas même tenté une justification à sa décision. Par contre, la nature de la peine qu'il impose laisse passablement songeur sur ses intentions.

Ce qui caractérise cette décision, à notre avis, c'est son silence plus que ce qu'elle ne dit. Silence qui semble participer d'un inconfort violemment ressenti par la magistrature quant à ses prérogatives et à son rôle dans la délimitation des paramètres du sujet socio-juridique. Dans *Palmer*, la Cour avait posé le problème ouvertement en soulignant qu'il n'est pas du ressort des tribunaux de déterminer si l'usage de contraceptifs participe du bien public ou non, mais qu'ils doivent plutôt se contenter de décider si le bien public a été servi ou non par l'acte posé. Distinction rhétorique qui a vite atteint ses limites dès lors que la détermination que fait la Cour dans un cas d'espèce ne sera plus considérée comme une affaire strictement juridique - en admettant que de telles affaires pourraient jamais exister - mais comme une chose sociale, publique. En effet, du moment qu'un tribunal détermine qu'un accusé, par ses gestes, a servi le bien public au lieu de commettre un acte criminel, il s'ensuit nécessairement une délimitation de ce qui constitue le bien public, d'où empiètement sur ce qui serait une prérogative du Parlement. Dans *Keystone*, il semble clair que la Cour opte, sans oser le dire haut et fort, pour une détermination juridique d'une "chose" qui, dans cette optique, ne serait que juridique: le magistrat n'a que faire des données empiriques, des faits scientifiques, des témoignages d'experts, ou de la responsabilité sociale du sujet. La Cour demeure capable de déterminer la nature de ce qu'elle voit et les intentions de l'auteur et d'imposer sa réponse, même par voie d'une condamnation pénale symbolique. Peu importe la politique sociale en la matière ni même qu'il y en ait

of/de

6

une; le magistrat peut s'en remettre à la force créatrice de la common law pour pallier ces carences. C'est bien là, comme on a pu le constater plus haut, l'un des aspects essentiels de la décision britannique *Shaw v. D.P.P.*, ainsi que des arrêts *Brodie*. Il semble clair que sa décision participe de cette perspective qui fait de la Cour le "custos mores" de la société. Mais custos mores ou pas, le tribunal ne répond pas à l'interrogation qui nous occupe depuis le début de cette période: qu'est-ce qui est obscène?

Dans *Salida*, une cour de magistrat de l'Ontario prononce un verdict de culpabilité à l'endroit du propriétaire d'un magasin de livres pour avoir eu en sa possession des revues obscènes. Les motifs du magistrat fournissent des informations plus précises que ne le font la plupart des autres arrêts quant à ce qui constituerait l'obscénité en proposant des définitions des termes sexe, exploitation, et indu, de la manière suivante:

"Sex" means the division of the human species into male and female. It includes the physical differences between male and female relative to the reproductive faculties of each and the phenomena inherent in each consequent upon this division and these phenomena fall into different classifications of sexual behaviour as medical science has presently determined.

"Exploitation" of sex means the utilization of sex as an element in the composition of the written or illustrative matter or the combination of both.

"Undue" means not agreeable to a standard, excessive, immoderate, inordinate, which must have relation to some standard, and this I take to be a standard which is commonly accepted and so

recognized by the Canadian public, Canadian society, (...) not just a segment or an urban or urban communities (which may be somewhat sophisticated avant-garde small groups, let us say) where anything is accepted without shock or dismay in the full range of living and art, but the whole Canadian society in its majority concept, and considering the very purpose of this statute which must be to protect public morals, I feel the standard of public morals meant is the standard of public morals of Canadian society as indicated above.¹²⁴

Appliquant ces définitions, le juge relève d'abord ce qui, dans cette affaire, constitue le "sexe": la relation sexuelle entre homme et femme, présentée comme pure pornographie (terme qu'il utilise sans l'expliquer); la déviance sexuelle comme l'homosexualité et sa variante féminine, le lesbianisme, qui mérite des commentaires additionnels ("with all its sensual and disgusting behaviour and gratifications"); le masochisme; le voyeurisme; et la fellation ("which I need not describe").¹²⁵ Quant aux raisons pour lesquelles ces représentations sont indues, c'est qu'elles ne pourraient jamais "grace the walls of a museum or art gallery, even if painted by a professional artist of distinction"; en effet, ces corps nus n'ont d'autre intention que d'inviter le lecteur "into the field of emotional and prurient speculation in the realm of sex".¹²⁶

124. R. c. Salda, loc.cit., à la page 69-70.

125. id., à la page 70-71.

126. id., à la page 71-72.

Confirmant la tendance constatée dans les motifs des juges minoritaires et dans les décisions que la Cour suprême du Canada renverse, l'arrêt *Salida* soulève clairement, en cette fin de période, la fin de l'obscénité. Il sera de plus en plus question de pornographie et d'exploitation du sexe, c'est-à-dire de relation de pouvoir. En même temps, il sera de plus en plus difficile de parler du sexuel, ou du moins d'un sexuel spécifique à la pornographie. Car ultimement, la pornographie, du moins selon certaines féministes, se définit par l'absence d'érotisme, donc de rapport sexuel égalitaire. D'où il s'ensuit qu'en matière de pornographie le droit devrait tout à la fois permettre et encourager les représentations érotiques-égalitaires, et prohiber l'exploitation à sens unique, la sexualité-pouvoir.

Montrant des sensibilités quasi-prémonitoires face aux développements ultérieurs de la pornographie, *Salida* et les autres arrêts portant sur la possession et la distribution de matériel obscène révèlent les limites du droit: il peut certes mettre en oeuvre une morale (que ce soit celle des conservateurs ou celle des féministes) mais il ne peut ni l'expliquer ni permettre que s'engage un débat sur la question de fond.

Sommaire

Le législateur voulait un test objectif pour pallier aux incohérences du test Hicklin, et le voulait aussi sous contrôle judiciaire pour éviter l'accusation de censure. L'interprétation juridique de la disposition aura créé les conditions mêmes des incohérences qui allaient être dénoncées avec de plus en plus de force au cours des années 1970 et au début des années 1980. L'examen de la jurisprudence a montré qu'il n'y avait aucune obligation législative à faire des standards communautaires l'équivalent de l'expression "exploitation indue". De même, notre analyse a mis en évidence les contradictions entre tribunaux et entre juges quant à l'exclusivité de la définition prévue par le législateur et quant au rôle du judiciaire dans sa mise en oeuvre. Que les tribunaux aient décidé en faveur de l'exclusivité du test alors que le ministre avait clairement soutenu que les deux devraient continuer de s'appliquer; qu'ils se soient faits le gardien des moeurs tout en disant appliquer un test objectif pour assurer la protection des droits individuels et des valeurs de liberté et d'égalité; que leur interprétation ait réduit la portée de la disposition alors que les parlementaires avaient souhaité l'élargir; que leur construction du test en termes de liberté-égalité ait permis d'évacuer la question du rapport entre les sexes pour mettre de l'avant une morale individualisante, mécaniciste et formelle; voilà autant d'éléments qui révèlent le travail de transformation auquel se livre le judiciaire et qui assoeie son effectivité. Car le judiciaire n'aura pas, lui, à

souffrir des crises de légitimité que connaîtra le politique dont la parole, dans sa forme législative, demeure incomplète tant qu'elle ne connaît pas la mise en forme judiciaire. Or, celle-ci reste largement tributaire de sa logique propre.

Il en résulte aussi que, de la prescription d'une sexualité orientée sur l'axe reproduction-mariage en première période, à une sexualité reproductrice responsable en seconde, le sujet juridique de l'obscène se perd dans le sexe tout court en troisième période. Incapable de se fixer sur un véhicule sexuel en particulier, le judiciaire passe pour ainsi dire d'un extrême à l'autre, définissant tantôt l'obscène comme la seule pornographie dure et tantôt comme l'atteinte à la moralité publique par la représentation des gestes sexuels apparemment les plus anodins. Son souci sera "le souci de soi", c'est-à-dire la relation imaginaire du sujet à la représentation (celle de sa sexualité aussi bien que celle de sa liberté) et sa conséquence tout aussi probable qu'improductive (l'onanisme dans un cas, le légalisme dans l'autre). Face à son intervention, ce "souci de soi" traduit une préoccupation du judiciaire pour le maintien de sa légitimité.

On s'en souviendra, la formulation du débat parlementaire sur l'obscénité avait largement pris la forme d'une opposition censure-liberté, le compromis atteint voulant que le gouvernement laisserait aux tribunaux le rôle de censeur. Or, ceux-ci n'ont pas tardé à se démarquer de ce rôle qui leur était imposé, en rejetant clairement la

responsabilité sur la "société". Pour ce faire, les tribunaux ont invoqué les standards de la communauté: c'est pour autant que le terme indu signifie ce qui outrepassé ces standards, et que les cours se disent en mesure de déterminer ce que sont ces standards, qu'il leur a été possible de se présenter non pas comme censeurs mais comme le simple relai des normes communautaires. A ce titre, il allait devenir rapidement apparent qu'un consensus sur la nature des représentations sexuelles qui seraient réprimées ne pouvait que relever de la chimère. Dans quelle mesure ce résultat pouvait être, avait même déjà été prévu, par les magistrats les plus subtils demeure ouvert à conjecture.

Se refusant à consulter systématiquement des experts qui auraient pu faire relai, la communauté même qui devait devenir le support nécessaire de toute décision en matière d'obscénité allait faire défaut au judiciaire. Non pas dans sa rhétorique bien sûr, qui est, encore aujourd'hui, largement fondée sur cette "quantité insaisissable". Mais dans la réalité des décisions prises, que ce soit quant aux contradictions qu'elles portent, ou quant aux conséquences qu'elles entraînent. En effet, pour autant que le judiciaire, ne serait-ce qu'en raison du cadre constitutionnel canadien, doit continuellement rechercher une certaine cohérence, la référence à la communauté allait l'empêcher d'y atteindre. D'abord, le judiciaire avait décidé de garder la prérogative du test qu'il avait créé, c'est-à-dire l'évaluation des normes de tolérance de la communauté: il était inévitable que l'idiosyncratisme des décideurs

individuels ressorte. En second lieu, la communauté se trouvait effectivement réduite à une collection d'individus atomisés, seuls devant leur désir et sa représentation, réduisant à néant tout effort de concevoir les effets collectifs de ces définitions, représentations et des rapports sexuels qu'elles appellent. Enfin, et en conséquence, le judiciaire allait se brancher de plus en plus sur des aspects formels, de techno-juridique, plutôt que sur des éléments substantifs, de socio-juridique.

Résultat: la référence obligée à la communauté allait en même temps oblitérer l'individu, dans son désir de même que dans sa responsabilité. Cacher d'abord que la gestion de l'obscène était aussi, nécessairement, gestion des désirs réprimés et contrôlés (ailleurs que dans et par le droit) des individus. Mais cacher aussi la source et la nature des responsabilités en jeu devant les représentations sociales de la sexualité. Le sujet socio-juridique de l'obscénité, c'est la gestion tranquille des désirs castrés, parce que refoulés à une expression coupée d'un rapport à l'autre, à travers une censure qui ne se dit pas autrement que censure communautaire, "we the people", nous avons décidé de nous camoufler cette dévolution au judiciaire de nos responsabilités face à l'ordre (et au désordre) sexuel; nous avons de ce fait décidé de nous cacher que le désir de l'autre passe nécessairement par sa censure, dans le monde moderne.

CONCLUSION

Sous plusieurs formes, et de diverses manières, le juridique semble se préoccuper beaucoup de sexualité. Qu'il s'agisse des dispositions du Code civil sur la gestion du corps des époux et de ceux des enfants, ou de celles du Code criminel ayant trait à la myriade d'objets qu'il nomme (agressions, attentats à la pudeur, bestialité, homosexualité, prostitution, avortement, contraception, obscénité), il existe de nombreux textes législatifs pour dire et, en apparence du moins, pour réprimer l'inacceptable, le vil, le sale, en matière de sexualité. A telle enseigne d'ailleurs que le juridique risque en cela de rappeler le religieux qui se chargeait, il n'y a pas si longtemps encore, de décider de l'acceptable et de l'inacceptable en ce domaine.

Pourtant, malgré leur arsenal de mesures de coercition et de sanctions pouvant dans certains cas aller jusqu'à l'emprisonnement à vie, ces dispositions juridiques semblent bien peu empêcher que se commettent les "abus" et les transgressions qu'elles dénoncent, tant de désobéissances entraînant dans leur sillon un fréquent besoin de modifier le libellé de la loi, ou du moins les sanctions qu'elle prévoit. En fait, il semble bien que le droit n'exerce qu'un contrôle limité sur les pratiques sexuelles. Nous serions même plutôt d'avis qu'il n'exerce que peu de contrôle immédiat sur quelque pratique sociale que ce soit. Par contre, il parle énormément de contrôle et de répression, mettant en place les mécanismes de la persuasion (argumentative) nécessaires à l'effectivité de la

répression qui se produit ailleurs, au-delà et en-deçà du droit. En ce sens encore, le droit peut rappeler l'Église qui, tout en condamnant tout ce qui tenait du sexe, ne pouvait s'empêcher d'en discourir abondamment.

De fait, si l'Église et le juridique diffèrent profondément, ils n'en partagent pas moins une proximité certaine. Cette proximité est particulièrement évidente dans le domaine du traitement que le juridique réserve à la sexualité. C'est là, du moins, l'un des éléments que notre analyse de l'évolution de la législation et de la jurisprudence sur l'obscénité a permis d'établir.

A cet égard, autant dire, à la suite des travaux de Foucault et Habermas que le droit aurait, en quelque sorte, remplacé l'Église, que le tribunal aurait pris la place du confessionnal. Remplaçant le sacré dans la définition et la délimitation des agirs sociaux acceptables, le droit aura ainsi institué la légitimité d'une sphère privée en soi, sphère qui ne serait pas soumise à "l'instruction" publique (au sens judiciaire). Ce faisant, le droit allait encourager, transmettre une certaine vision de la sexualité comme rapport privé dépendant non pas de la morale (privée) mais de la seule moralité publique. Tant qu'il ne contreviendrait pas aux impératifs de la protection de l'ordre social, le sexuel ne sera pas sujet de droit pénal.

Le discours juridique sur l'obscénité devient alors doublement intéressant. D'une part, la chose obscène, quelle qu'elle soit, n'est pas reconnue comme une expression légitime sur la sexualité. Au pire on dira d'elle qu'elle déforme, réprime, dégrade la sexualité, au mieux qu'elle ne sera jamais qu'un exutoire pour hommes frustrés, malades. En même temps, la chose obscène ne se laisse pas appréhender immédiatement, et pour cause, puisqu'elle est un construit juridique et que tout discours juridique sur l'obscène passe par la Loi (morale) sinon par la loi (mesure). Il s'ensuit que le discours juridique sur l'obscénité soulève inévitablement le débat sur la censure et la liberté d'expression. La construction judiciaire de l'obscénité pose alors des problèmes intractables pour les tribunaux: comment définir et juger de l'obscénité, alors que personne ne s'accorde sur ce qu'elle est? Et comment exercer cette censure en disant qu'elle n'en est pas une?

D'autre part, malgré (ou à cause de?) cette fuyance de la chose obscène, et quoique le droit se soit historiquement montré difficilement capable de fournir une solution satisfaisante à son contrôle, les débats sociaux autour de l'obscénité ne cessent de tourner autour de la recherche d'une solution juridique. Pourquoi?

Retour, donc, sur la question théorique de l'effectivité du droit: qu'est-ce qui explique que le droit soit devenu le référent nécessaire, obligé, à la solution de conflits sociaux autour de la

définition de la sexualité acceptable, autour de la représentation du féminin et du masculin?

Notre analyse de la jurisprudence et du discours politique sur une période de trois quarts de siècle au Canada a montré comment le discours juridique s'est imposé comme mode de gestion sociale des débats sur les représentations publiques de la sexualité.

S'autonomisant d'abord par rapport au discours religieux puis par rapport au discours politique, le judiciaire est devenu le mode d'ancrage social par excellence en ce qui a trait à la gestion du sujet socio-sexuel public, conférant à la sexualité humaine une positivité (que ne lui accordait pas le discours religieux de l'Église catholique en particulier), jusqu'à en faire une pièce maîtresse dans la définition du Sujet du Droit libre et rationnel.

Il est remarquable que tout en aboutissant en troisième période à une intervention qui confond les deux sphères, le juridique réussisse à maintenir la distinction entre le public et le privé qu'il avait instaurée en première période.

Cette évolution s'inscrit dans ce que Habermas a nommé le procès de rationalisation de la société moderne, par lequel le droit devient le véhicule permettant de faire le pont entre les institutions du système social (le pouvoir et l'économie) et le monde vécu des acteurs sociaux qui en sont de plus en plus détachés, éloignés. Mais pas n'importe quel droit. Ce droit est un droit technique, de plus en plus formel, coupé de son référent moral et éthique. Il

s'agit essentiellement d'un droit assurant la gestion (tranquille) d'un consensus toujours illusoire, mais qui demeure préférable au chaos qu'il laisse se profiler derrière: hors la loi, il n'y aurait que violence et anarchie.

Dans ce processus en trois temps, le droit procède d'abord à une différenciation interne qui lui permet d'associer sur l'autorité justificative la catégorie socio-juridique de l'obscène qu'il met en place. Puis, il procède à deux différenciations externes. D'abord face au religieux, définissant la sexualité non plus comme un mal nécessaire mais comme un espace privé qui peut remplir une fonction sociale essentielle; ici, le juridique se donne des justifications sociales, empiriques, pour consacrer ainsi la normalité de la sexualité. Cette réinterprétation du test judiciaire de l'obscénité allait contribuer à provoquer les modifications législatives de 1959. Ensuite face au politique, dont il limite précisément la sphère d'intervention aux modifications législatives, se laissant le rôle de communier à la source de la volonté de la communauté, se disant en mesure de définir concrètement ce que la communauté considère acceptable et inacceptable. C'est là le test des standards communautaires que les tribunaux créeront de toute pièce suite aux modifications législatives de 1959.

Au même moment, le juridique met en place un discours spécifique sur le sexuel. Héritant d'un discours tourné vers la mise en forme de la morale religieuse en première période (1892-1925), le

judiciaire devient de plus en plus "libéral", avançant, en seconde période (1926-1958), une conception de la sexualité "saine", "normale", consensuelle", dans les limites du tolérable bien sûr. Le tolérable, ce sera alors la sexualité orientée vers la reproduction et le mariage. Celle-ci n'est pas conçue comme objectif divin, permettant d'assurer la descendance dans un projet théologique, mais plutôt comme un aspect de l'ingénierie sociale: elle sera acceptable pour autant que les conditions sociales le permettent. Dans la troisième période (1959-1969), se produit un éclatement de tout référent stable. La sexualité devient en quelque sorte un bien en soi, un aspect qui définit l'humain dans son essence et qui demande donc d'être protégée. Mais protégée contre quoi sinon que contre elle-même, c'est-à-dire encore contre les "forces secrètes", contre les pulsions incontrôlables, du désir? C'est ici qu'apparaît la violence, d'abord indirectement, dans les "crime comics" mais ensuite de plus en plus directement dans l'évaluation de la pornographie elle-même. Et comme la suite des débats sociaux allait le révéler, ces limites deviennent de plus en plus floues, de moins en moins faciles d'interprétation, de sorte que personne ne serait actuellement en mesure d'établir quels sont les critères de décision du judiciaire en matière d'obscénité. Surtout, la distinction entre le public et le privé s'estompe, sous le regard de la communauté.

Il en ressort que la société civile est doublement dépossédée quant à la gestion de l'ordre socio-sexuel. D'un côté, le judiciaire qui se dit en communion avec la communauté, n'a en fait aucun moyen,

ni même la possibilité, de lire l'état des opinions, des débats; il impose une vision d'un ordre sexuel sans entendre, ou alors très rarement, les parties en litige: ce qu'il entend, ce sont les arguments juridiques d'avocats qui traduisent en termes légaux la "chose" litigieuse. Dans ce procès, celle-ci change nécessairement de nature, et devient "chose" juridique, sinon chose jugée (res judicata). De l'autre côté, la société civile doit alors vivre avec l'ordre sexuel mis de l'avant, sans pouvoir influencer directement le judiciaire. Ainsi que le lui rappelleront les tribunaux, elle doit passer par le politique pour obtenir un changement, et il n'est pas garanti que, même si celui-ci prend des mesures, elles ne seront pas subverties par le processus d'interprétation judiciaire, comme l'a montré l'examen des modifications de 1959. Cette double dépossession serait le prix à payer pour l'ancrage juridique d'un enjeu social qui, devenu bien juridique, échappe d'autant plus à la société civile que les solutions politiques se font introuvables. La loi a un prix, et il semble que celui de la loi du désir (sexuel) - et du désir de la loi - soit bien élevé.

Quelle solution alors? Doit-on laisser l'obscénité, la pornographie, hors de toute intervention judiciaire? De quelle façon serait-il possible de décider de ce qu'il est acceptable, tolérable de montrer? Peut-on penser que des débats démocratiques à l'échelle de la communauté pourraient mieux résoudre le problème? La perspective d'un consensus autour de la définition de la sexualité des hommes et des femmes dans la société moderne tient assurément de

la chimère, ce qui n'a pas empêché plusieurs analyses féministes d'en faire une prémisse.

Il serait au moins temps de revoir la terminologie. Tant que le judiciaire continue d'intervenir dans le débat, il impose ses définitions: il s'agit du contrôle de l'obscène (ou aujourd'hui de la pornographie), à l'intérieur des limites imposées par la protection de la liberté d'expression dans une société libre et démocratique. Mais pourquoi le débat doit-il tourner autour des limites appropriées au contrôle judiciaire des représentations obscènes? Ne pourrait-il s'agir, par exemple, du développement d'une éthique des communications médiatiques? On en a bien proposé une forme dans le cadre des débats Nord-Sud quant aux responsabilités sociales des média dans la protection des cultures et des économies locales qui, même si son adoption demeure plus qu'incertaine, témoigne de la faisabilité de l'entreprise à un niveau national. Ou alors ne pourrait-il s'agir de la formation d'espaces discursifs démocratiques où pourraient être développés des modes de responsabilisation sociale face aux changements dans l'ordre des rôles sexuels? Sommes-nous tant à court d'imagination ou à bout de souffle qu'il nous faille toujours combler les "vides" juridiques comme en témoigne la difficile question de l'avortement, et priver ainsi la société civile des lieux et modes de résolution du débat public? Nous ne proposons pas de réponse définitive à la question. Nous pensons cependant que notre thèse montre assez les limites du judiciaire si l'on veut autre chose qu'une gestion tranquille de l'obscénité, et par-delà du

sexuel. Spécialement si l'on veut établir une éthique de la responsabilité, par-delà l'idéologie du public et du privé.

Avons-nous réussi à démontrer la pertinence d'une analyse de l'effectivité du juridique dans le contexte de la théorie de l'agir communicationnel? Dans la mesure où l'on accepte de limiter l'examen aux effets spécifiques du juridique (par opposition à la recherche de ses effets généraux), nous nous croyons justifié d'affirmer que la démonstration en a établi la validité. Notre thèse a montré comment le juridique a étendu son champ d'intervention à la gestion du sujet socio-sexuel public, quoique nous n'ayons pas démontré que ce sujet aurait auparavant appartenu au domaine de l'agir communicationnel. Nous avons aussi montré comment cette extension a entraîné une redéfinition des enjeux des sphères privée et publique, le discours juridique identifiant une sexualité privée coupée de la morale (en première période) qui allait devenir programmatique (la procréation et le mariage en deuxième période) et axiologique (caractère essentiel à l'humain en troisième période). Notre thèse met aussi à jour les tensions que cette extension de l'intervention de la pratique discursive juridique provoque entre la recherche de raisons justificatives (stratégiques) et la recherche de l'autorité (la loi), et subséquemment entre l'institution juridique et le droit positif, défini par la législation. Nous avons aussi trouvé que cet état de tension, qui débouche, en troisième période, sur la domination relative de la recherche des raisons stratégiques, entraîne en retour un formalisme accru des décisions, où les aspects techno-juridiques

prédominant par rapport aux aspects socio-juridiques. Enfin, à l'analyse du discours parlementaire, et référant à certaines analyses féministes, nous croyons avoir établi que cet état de tension se répercute au niveau des relations entre le discours juridique et les autres discours sociaux ayant intérêt dans la dé-finition de ce sujet.

En somme, l'analyse du droit sous l'angle de l'effectivité permet de débusquer le droit là où il se tient le plus à l'abri des critiques, dans le domaine des droits (égalité, liberté). A une époque de juridisme à tout crin (qu'il faudra bien un jour relier analytiquement à l'économisme à la mode), où les barrières du totalitarisme tombent, dit-on, sous le coup d'une irrésistible soif de liberté individuelle, et où la logique des droits domine tous les débats sociaux (sexuel, linguistique, personnes désavantagées, etc.), ils nous apparaît essentiel de remettre le droit "à sa place". Qu'il en ait une, nous ne songeons pas à le nier; qu'il puisse toutefois remplacer les débats politiques et produire ainsi une société gouvernée par les tribunaux, nous paraît indésirable. Le judiciaire ne constitue pas, du moins pas dans sa forme présente, un espace de débat démocratique. Sa relation à d'autres pratiques discursives, les emprunts qu'il fait et les transformations auxquelles il procède, relèvent de sa logique, de son "souci de soi", et ne prêtent pas, ou très peu, à l'investissement public. L'appareil judiciaire demeure ancré dans la logique des libertés négatives, celles qu'il garantit contre les abus et les injustices; lui demander d'œuvrer à protéger

des libertés positives suggère à la fois une volonté d'abandonner, même relativement, les projets politiques, et surtout, le désir de voir la loi prendre la place de l'objet social. Dans un cas comme dans l'autre, l'abdication résultera en une société civile dépossédée, niant à la source son désir d'être une communauté.

REFERENCES

- ALTHUSSER, L.
1971 Lenin and Philosophy and Other Essays, New York, Monthly Review Press, traduction de B. Brewster.
- ALTHUSSER, L. et E. BALIBAR
1968 Lire le Capital, Paris, Maspéro.
- 1970 Reading Capital, London, Verso, traduction de B. Brewster.
- ANDERSON, P.
1978 Arguments with English Marxism, London, New Left Books.
- ARENDT, H.
1958 The Human Condition, Chicago: The University of Chicago Press.
- ARNAUD, A.J.
1973 Essai d'analyse structurale du Code civil français. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- 1981 Critique de la raison juridique. I- Où va la sociologie du droit? Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- ARTS COUNCIL OF GREAT BRITAIN
1969 The Obscenity Laws, London: Andre Deutsch.
- BACHELARD, G.
1961 La formation de l'esprit scientifique. Paris: Vrin.
- BARRETT, M. et M. MCINTOSH
1982 The Anti-Social Family. London, Verso.
- BARRY, K.
1982 Female Sexual Slavery, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall.
- BARTHES, R.
1961 S/Z. Paris, Le Seuil.
- 1968 Mythologiques. Paris, Le Seuil.
- BATAILLE, G.
1957 L'érotisme, Paris: Gallimard.

- BAUDRILLARD, J.
 1972 Pour une critique de l'économie politique du signe. Paris, Gallimard.
- 1983 Les stratégies fatales. Paris, Grasset.
- BECKER, H.
 1968 Outsiders. New York, Plenum.
- BERGER, P. et T. LUCKMAN
 1986 La construction sociale de la réalité. Paris, Méridiens Klincksieck, traduction de P. Taminiaux.
- BERMAN, H.J.
 1983 Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Harvard University Press.
- BERNSTEIN, R.J.
 1976 The Restructuring of Social and Political Theory. New York, Wiley.
- 1985 (éd.) Habermas and Modernity, Cambridge, Cambridge University Press.
- BIERNE, P. et R. QUINNEY
 1982 Marxism and Law. New York, John Wiley.
- BLACK, D.
 1976 The Behavior of Law, New York, Academic Press.
- BLANKE, B., JURGENS, U. et H. KASTENDIEK
 1978 On the Current Marxist Discussion of Analysis of Form and Function of Bourgeois State. Reflections on the Relationships of Politics to Economics. dans Holloway, J., et S. Picciotto (éd.), State and Capital, London, Arnold.
- BOURDIEU, P.
 1986 La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique. Actes de la recherche en sciences sociales no 64.
- 1982 Ce que parler veut dire. Paris, Fayard.
- 1977 Outline of A Theory of Practice. London, Cambridge University Press.
- BOURDIEU, P., J.C. CHAMBOREDON ET J.C. PASSERON
 1968 Le métier de sociologue. Paris, Mouton.

- BOURQUE, G. et A. DUCHASTEL
1984 Analyse sémiologique du discours politique
duplessiste. Cahiers de sociologie, vol 8.
- BOYD S.B. et E. SHEEHY
1986 Canadian Feminist Perspectives on Law, Journal of Law
and Society, 13-3: 283-320.
- BRANTIS C et E. KOK
1986 Penal Sanctions as a Feminist Strategy: A
Contradiction in Terms? Pornography and Criminal Law in
Netherlands. International Journal of Sociology of law,
vol 14: 269-286.
- BRODEUR, J.P.
1984 La criminologie marxiste; controverses récentes.
Déviance et Société, 8 (1): 43-70.
- BROPHY J., et C. SMART
1985 Women in Law. Explorations in Law, Family & Sexuality.
London, Routledge and Kegan Paul.
- BROWN, D.H.
1989 The Genesis of the Canadian Criminal Code. Toronto:
Osgoode Society.
- BRUNELLE, D.
1975 Le code civil et les rapports de classe. Montréal:
Presses de l'Université du Québec.
- BRUMAN, A.
1986 Qualitative and Quantitative Research Methods. London:
Unwin.
- BURTON F. et P. CARLEN
1979 Official Discourse: On Discourse Analysis, Government
Publications, Ideology and the State. London, Routledge
and Kegan Paul.
- CAIN, M., et A. HUNT
1979 Marx and Engels on Law, London, Academic Press.
- CAMPBELL, D.
1986 Truth Claims and Value-Freedom in the Treatment of
Legitimacy: The Case of Weber. Journal of Law and
Society, 13 (2): 207-224.
- CANADA
1972 Les confins du droit pénal. Leur détermination à
partir de l'obscénité. Ottawa: Commission de réforme du
droit.

- 1982 Le droit pénal dans la société canadienne. Ottawa, Ministère de la Justice.
- 1985 Rapport du Comité spécial sur la pornographie et la prostitution. P. Fraser, président. Ottawa, Approvisionnement et services, 2 volumes.
- CARBONNIER, J.
1983 Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- CARRIER, M.
1984 La danse macabre: violence et pornographie. Sillery: Apostrophes 3.
- 1983 La pornographie: base idéologique de l'oppression des femmes. Sillery: Apostrophes 1.
- CASAMAYOR
1976 La justice. Paris, Gallimard.
- CHAMBLISS, W.J.
1976 The State and Criminal Law, dans Chambliss W.J. et M. Mankoff, (éd.) Whose Law? What Order?, New York: Wiley.
- CHANDOS, J.
1962 (ed.) "To Deprave and Corrupt...". London: Souvenir Press.
- CHARLES, W.H.
1966 Obscene Literature and the Legal Process in Canada. 44 Can Bar Rev. 243.
- CHEVALIER, J.
1982 Civilization and the Stolen Gift, Toronto, Toronto University Press.
- CHEVALIER L.
1973 Classes laborieuses, classes dangereuses, Paris, Éditions sociales.
- CLARK, L.M.G.
1983 Liberalism and Pornography, dans Pornography and Censorship. Copp, D., et S. Wendell (éds.), New York, Prometheus.
- CLEMENT, C. et H. CIXOUS
1975 La jeune née. Paris: UGE.

- CLEMENT C., P. BRUNO et L. SEVE
1973 Pour une critique marxiste de la théorie psychanalytique. Paris: Editions sociales.
- COLE S.G.
1989 Pornography and the Sex Crisis. Toronto: Amanita.
- COLLINS, H.
1982 Marxism and law. Oxford, Clarendon Press.
- COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA
1987a Pour une nouvelle codification du droit pénal. Ottawa, Commission de réforme du droit.
1987b Pour un nouveau droit administratif fédéral. Ottawa, Commission de réforme du droit.
- COTTEREL, R.
1981 Conceptualizing Law: Problems and Prospects of Contemporary Legal Theory. Economy and Society, vol 10, no 3.
- CRAIG, A.
1937 The Banned Books of England. London: Allen and Unwin.
- DANDURAND, V.
1985 L'obscénité: état d'une notion, Thémis. Revue juridique, vol. 19, no 1.
- DANDURAND, Y.
1982 Le processus de criminalisation. Évolution de la partie positive du Code criminel canadien entre 1892 et 1955. Document préparatoire à une thèse de Doctorat en criminologie, Université de Montréal.
- DARDIGNA, A.M.
1981 Les châteaux d'Eros ou les infortunes du sexe des femmes. Paris, Maspéro.
- DAY G.
1988 Looking at Women. Notes Toward a Theory of Porn. in DAY, G., and C. BLOOM (éds.) Perspectives on Pornography. Sexuality in Film and Literature. London: Macmillan.
- DERRIDA, J.
1967 L'écriture et la différence, Paris: Seuil.

- DEVLIN, P.
1965 The Enforcement of Morals, Oxford, Oxford University Press.
- DIALECTIQUES
1976 Althusser, vol 1.
- DONZELOT, J.
1979 La police des familles, Paris, Minuit.
- DOWNS, D.A.
1989 The New Politics of Pornography. Chicago: University of Chicago Press.
- DUGUIT, L.
1901 L'État, le droit objectif et la loi positive, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- DURKHEIM, E.
1968 Les règles de la méthode sociologique. Paris, PUF.
- DWORKIN, A.
1981 Pornography. Men Possessing Women. New York: Morrow.
- EDELMAN, B.
1978 La légalisation de la classe ouvrière. I: L'entreprise, Paris, Christian Bourgeois Editeur.
- 1973 Le droit saisi par la photographie, Paris, Maspéro.
- ELLIS R.
1988 Disseminating Desire: Grove Press and the End(s) of Obscenity. in DAY G. et C. BLOOM (éds.) Perspectives on Pornography. Sexuality in Film and Literature. London, Macmillan.
- ERNST, M.L., and W. SEAGLE
1928 To the Pure ... A Study of Obscenity and the Censor. New York: Viking Press, (1969 pour la réédition).
- ERNST, M.L., and A.U. SCHWARTZ
1964 The Search for the Obscene. New York: Macmillan.
- EWING, S.
1987 Formal justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber's Sociology of Law. Law and Society Review, 21 (3): 487-512.
- FAUST, B.
1980 Women, Sex and Pornography. London: Melbourne House.

- FERRAROTTI, F.
1981 Histoires de vie et biographies. Paris, Méridiens.
- FERRY, J.M.
1988 Habermas. L'Éthique de la communication. Paris, PUF.
- FINE, B.
1979 Law and Class, dans National Deviancy Conference (éd.), Capitalism and the Rule of Law, London: Hutchinson.
- 1984 Democracy and the Rule of Law, London, Pluto Press.
- FINN, G.
1985 Patriarchy and Pleasure: The Pornographic Eye/I. Canadian Journal of Political and Social Theory, IX, 1 & 2.
- FOSSAERT, R.
1978 Théorie générale de la société. I- Les appareils. Paris.
- FOUCAULT, M.
1966 Les mots et les choses. Paris, Gallimard.
- 1969 L'archéologie du savoir. Paris, Gallimard.
- 1971 L'ordre du discours. Paris, Gallimard.
- 1975 Surveiller et punir. Paris, Gallimard.
- 1976 Histoire de la sexualité. I: La volonté de savoir. Paris, Gallimard.
- 1984a II: L'usage des plaisirs. Paris, Gallimard.
- 1984b III: Le souci de soi. Paris, Gallimard.
- 1989 Résumé des Cours, 1970-1982. Paris, Julliard.
- FRIEDAN B.
1963 The Feminine Mystique, New York, Laurel.
- GADET, F. et M. PECHEUX
1981 La langue introuvable. Paris: Maspéro.
- GALLOP, J.
1982 Feminism and Psychoanalysis. The Daughter's Seduction. London: Macmillan.

- GARDINER, H.C.
1961 Catholic Viewpoint on Censorship. New York: Doubleday.
- GÉNY, F.
1931 La notion de droit en France, son état présent, son avenir. Archives de philosophie du droit.
- GIDDENS, A.
1976 New Rules of Sociological Method. London, Hutchinson.
1977 Studies in Social and Political Theory. London: Routledge and Kegan Paul.
1979 Central Problems in Social Theory, Berkeley, University of California Press.
- GIRARD, R.
1972 La violence et le sacré. Paris, Seuil.
- GODELIER, M.
1982 La production des grands hommes. Paris: Fayard.
- GOODRICH, P.
1984 Law and Language: An Historical and Critical introduction. Journal of Law and Society. 11 (2): 173-206.
1986 Reading the Law. A critical Introduction to Legal Method and Technique. London, Basil Blackwell.
1987a Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetorics and Legal Analysis. London, Macmillan Press.
1987b Literacy and Languages of the Early Common Law. Journal of Law and Society. 14 (4): 422-444.
- GRAHAM, J.M.
1976 Amphetamine Politics on Capitol Hill, dans Chambliss W.J. et M. Mankoff, (éds.) Whose law? What Order? New York, Wiley.
- GRAMSCI, A.
1980 Selections from the Prison Notebooks, New York, International Publishers, édité et traduit par Q. Hoare et G. Nowell Smith.
- GREENBERG, F., et N. ANDERSON
1981 Recent Marxist Books on Law: A Review Essay, Contemporary Crises, vol 5.

- GREIMAS, A.J.
1976 Sémiotique et sciences sociales, Paris, Seuil.
- GUIRAUD, P.
1978 Sémiologie de la sexualité. Paris, Payot.
- HABERMAS, J.
1973a Theory and Practice. Translated by John Viertel. Boston, Beacon Press, (1963, v.a.).
- 1973b La technique et la science comme idéologie. Paris, Gallimard, (1968, v.a.)
- 1976 Connaissance et intérêt. Traduction de Jean-Marie Brohm et de Jean-René Ladmiral. Paris, Gallimard, (1968, v.a.).
- 1978a Raison et légitimité. Traduction de Jean Lacoste. Paris, Payot, (1973, v.a.)
- 1978b L'espace public. Traduction de Marc B. de Launay. Paris, Payot, (1966, v.a.).
- 1985 Après Marx. Traduction de Jean-René Ladmiral et de Marc B. de Launay. Paris, Fayard, (1976, v.a.).
- 1986 Morale et communication. Traduction de Christian Bouchindhomme. Paris, Cerf, (1983, v.a.).
- 1987a Théorie de l'action communicationnelle. 2 volumes. Traductions de Jean-marc Ferry et de Jean-Louis Schlegel. Paris, Fayard, (1981, v.a.).
- 1987b Logique des sciences sociales et autres essais. Traduction de Rainer Rochlitz. Paris, PUF, (1982 et 1984 v.a.).
- HALL, S.
1980 Reformism and the Legislation of Consent, dans National deviancy Conference (éd.), Permissiveness and Control: The Fate of the Sixties Legislation, London, Macmillan.
- HALL, S., CRICHTER, C., JEFFERSON T., CLARKE. J., et B. ROBERTS,
1978 Policing the Crisis: Mugging, the State, and law and Order, London: Macmillan.
- HANEY R.W.
1960 Comstockery in America. Patterns of Censorship and Control. Boston: Beacon Press.

- HANS, M.F., et G. LAPOUGE
1978 Les femmes, la pornographie, l'érotisme. Paris: Seuil.
- HART, H.L.A.
1963 Law, Liberty and Morality. Oxford: Oxford University Press.
- HEATH, S.
1982 The Sexual Fix. London: Macmillan.
- HELD, D.
1981 Introduction to Critical Theory. London, Wendenfield and Nicholson.
- HELD, D. and J.B. THOMPSON
1981 Habermas Critical Debates, Cambridge, Cambridge University Press.
- HEWITT C.R. (ROLPH C.H.)
1969 Books in the Dock. London: Andre Dedutsch.
- HIRSCH, J.
1978 The State Apparatus and Social Reproduction: Elements of a Theory of the Bourgeois State. dans Holloway J., et S. Picciotto, (éds.) State and Capital, London, Arnold.
- HIRST, P.Q.
1985 Socialism, Pluralism and Law. International Journal of the Sociology of Law. vol 13: 173-190.
- 1980 Law, Socialism and Rights, dans Carlen, P., et Collison, M., (éds.) Radical Issues in Criminology, London, Martin Robertson.
- 1979 On law and Ideology, New Jersey, Humanities Press.
- 1975 Marx and Engels on Law, Crime and Morality, dans Taylor, I., Walton, P. et J. Young, (éds.), Critical Criminology, London, Routledge and Kegan Paul.
- HUGHES, P.
1985 Pornography: Alternatives to Censorship. Canadian Journal of Political and Social Theory, vol 9.
- 1986 Tensions in Canadian Society: The Fraser Committee Report. 6 Windsor Yearbook of Access to Justice 226.
- HUIZINGA, J.
1951 Homo Ludens. Essai sur la fonction sociale du jeu. Paris, Gallimard.

- HUMM H.
1988 Is the Gaze Feminist? Pornography, Film and Feminism. in DAY G. et C. BLOOM (éds.) Perspectives on Pornography. Sexuality in Film and Literature. London: Macmillan.
- HUNT, A.
1978 The Sociological Movement in Law. London: Macmillan.
- 1981 Dichotomy and Contradiction in the Sociology of Law. British Journal of Law and Society. 8 (1): 47-77.
- 1980 The Radical Critique of Law: An Assessment. International Journal of the Sociology of Law, 8 (1).
- 1987 The Critique of Law: What is "Critical" about Critical Legal Studies? Journal of Law and Society, 14 (1): 5-19.
- HYDE H.M.
1964 A History of Pornography. New York: Farrar & Straus.
- IGNATIEFF, M.
1978 A Just Measure of Pain. London, Macmillan.
- IRIGARAY L.
1977 Ce sexe qui n'en est pas un. Paris: Anthropos.
- JACKSON, B.S.
1985 Semiotics and Legal Theory. London, Routledge and Kegan Paul.
- JAY, M.
1976 L'imagination dialectique. Paris: Payot.
- JESSOP, B.
1980 On Recent Theories of Law: An Assessment. International Journal of the Sociology of Law. 8 (4).
- KALINOWSKI, G.
1980 Loi juridique et loi logique. Contribution à la sémantique de la loi juridique. Archives de philosophie du droit, tome 25: 123-136.
- KAPPELER, S.
1986 The Pornography of Representation. Cambridge: Polity Press.

- KELSEN, H.
1967 The Pure Theory of Law, Berkeley, University of California Press.
- KEVELSON, R.
1988 The Law as a System of Signs. New York, Plenum.
- KILPATRICK, J.J.
1960 The Smut Peddlers. London: Elek Books.
- KINSEY, B.
1979 Despotism and Legality. dans National Deviancy Conference, (éd.), Capitalism and the Rule of law, London, Hutchinson.
- KINSMAN, G.
1987 The Regulation of Desire: Sexuality in Canada. Montréal: Black Rose.
- LACAN, J.
1966, 1971 Écrits. Paris: Seuil.
- LACOMBE, D.
1988 Ideology and Public Policy. The Case Against Pornography. Toronto, Garamond Press.
- LAFOREST, G.
1988 Droit, pouvoir et sciences humaines dans la pensée de Michel Foucault. Droit et société/law and Society. Vol. 3: 87-108.
- LATOUCHE, S.
1984 Le procès de la science sociale. Paris, Anthropos.
- LAWRENCE D.H.
1929 Pornography and Obscenity. London: Faber & Faber.
- LEDERER, L.
1980 (ed.) Take Back the Night. New York: Morrow.
- LEDERMAN, S.N.
1966 Obscenity - Interpretation and Application of Section 150(8) of Criminal Code: Regina v. C. Coles Co. Ltd. 24 U. of T. Faculty Law Rev. 106.
- LEGENDRE, P.
1974 L'amour du censeur, Paris, Anthropos.
- 1989 Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père. Paris: Fayard.

- LEGMAN, G.
1963 Love and Death: A Study in Censorship. New York: Hacker Art Books.
- LEMAIRE, J.
1988 L'outrage aux mœurs. Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles.
- LÉNINE, V.I.
1948 Matérialisme et empiriocriticisme, Paris, Éditions sociales.
- LENOBLE J. et F. OST
1980 Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la raison juridique. Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis.
- LEVI-STRAUSS, C.,
1959 La pensée sauvage. Paris: Plon.
- LLOYD,
1956 Obscenity and the Law. Current Legal Problems, 75.
- LOTH, D.
1962 The Erotic in Literature. A Historical Survey of Pornography as Delightful as it is Indecent. London: Secker & Warburg.
- LOVEKIN R.E.
1958 Freudian Conundrums. The Criminal Law Quarterly, vol. 1: 51-59.
- LUKIC, R.
1974 Théorie de l'État et du droit, Paris, Dalloz.
- LYOTARD, J.F.
1974 Economie libidinale, Paris, Minuit.
- MCBARNETT, D.
1984 Law and Capital: The Role of Legal Form and Legal Actors. International Journal of the Sociology of Law. 12: 231-238.
- MCCARTHY, T.A.
1978 The Critical Theory of Jurgen Habermas. Cambridge, Cambridge University Press.

- MCKAY, B., et D. DOLFF
1984 Les effets de la pornographie. Une analyse de la recherche et de ses résultats. Ottawa: Ministère de la Justice, Documents de travail sur la pornographie et la prostitution, vol 13.
- MACKINNON, C.
1989 Sexuality, Pornography and Method: Pleasure under Patriarchy. Ethics, 99: 314-346.
- MAHONEY K.E.
1988 Defining Pornography: An Analysis of Bill C-54. McGill Law Journal, vol 33, no 3 575-599.
- MANNION, E.
1985 We Objects Object: Pornography and the Women's Movement. in M. KROKER et.alii. (eds.) Feminism Now: Theory and Practice. Montréal: New World Perspectives.
- MARANDA, P.
1986 Analyse de contenu et de discours des principales revues pornographiques au Canada depuis 1965. Ottawa: Ministère de la Justice, document non publié.
- MARX, K.
1976a Le Capital, Paris, Éditions sociales. Traduction de J. Roy.
- 1976b Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte. Paris, Éditions sociales.
- 1978 Contribution à la critique de l'économie politique, Moscou, Éditions du Progrès.
- MARX, K., et F. ENGELS
1974 L'idéologie allemande, Paris, Éditions sociales, Traduction de R. Cartelle et G. Badia.
- 1972 Critique des programmes de Gotha et d'Erfurt, Paris, Éditions sociales.
- 1962 Le manifeste du parti communiste, Paris, Union générale d'éditions.
- MELOSSI, D., et M. PAVARONI
1981 The Prison and the Factory. Origins of the Penitentiary System. London, Macmillan. Traduction de G. Cousin.
- MIAILLE, M.
1978 L'état du droit. Introduction à une critique du droit constitutionnel, Paris, Maspéro.

- 1976 Introduction critique au droit, Paris, Maspéro.
- MICHELAT, G.
1975 Sur l'utilisation de l'entretien non directif en sociologie. Revue française de sociologie. vol XVI, no 2, 229-247.
- MINSON, J.
1985 Genealogies of Morals. Nietzsche, Foucault, Donzelot and the Egocentricity of Ethics. London, Macmillan.
- MOHR, J.W.
1958 Report on a Study of Obscene and Indecent Literature. Rapport d'étude préparé pour le compte de la Commission ontarienne d'enquête sur la littérature obscène et indécente, non publié.
- NORRIE, A.
1982 Pashukanis and the Commodity Form Theory: A Reply to Warrington. International Journal of the Sociology of Law. vol 10: 419-437.
- NORRIS, C.
1988 Deconstruction and the Interests of Theory. London: Pinter Publishers.
- OST, F. et M. van DE KERCHOVE
1981 Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique. Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis.
- PALMER J. and F. PEARCE
1983 Legal Discourse and State Power: Foucault and the Juridical Relation. International Journal of the Sociology of Law. vol 11: 361-383.
- PALYS, T.S.
1984 A Content Analysis of Sexually Explicit Videos in British Columbia. Ottawa: Department of Justice, Working Papers on Pornography and prostitution.
- PARKER, G.
1981 The Origins of the Canadian Criminal Code. in Flaherty, D.H. (ed.) Essays in the History of Canadian Law, vol. 1, Toronto: University of Toronto Press.
- PARKS, E.L.
1976 From Constabulary to Police Society, dans Chambliss, W.J., et M. Mankoff, Whose Law? What Order?, New York, Wiley.

- PASHUKANIS, E.B.
 1978 Law and Marxism: A General Theory, London, Ink Links.
 Traduction et introduction de C. Arthur.
- 1970 La théorie générale du droit et le marxisme, Paris,
 EDJ. Introduction de J.M. Vincent.
- PECHEUX, M.
 1982 Language, Semantics and Ideology, London, St-Martin's.
- 1975 Les vérités de la palice. Paris, Maspéro.
- 1973 L'analyse automatique du discours. Paris: Maspéro.
- PHILIPS, M.
 1979 Marx and Engels on Law, London, Macmillan.
- PIOCIOTTO, S.
 1979 The Theory of the State, Class Struggle and the Rule of
 Law, dans National Deviancy Conference (éd.),
Capitalism and the Rule of Law, London, Hutchinson.
- PIOTTE, J.M.
 1969 La pensée politique d'A. Gramsci. Montréal, Parti
 Pris.
- PIRES, A.P.
 1983 La méthodologie, une approche biographique dans
 Stigmate pénal et trajectoire sociale. Thèse de Ph.D.
 (Criminologie) Université de Montréal.
- 1988 Deux thèses erronées sur les lettres et les chiffres.
 cahiers de recherche sociologique. vol 5, no 2: 85-105.
- POSNER, R.
 1977 The Economics of Law. Cambridge, Mass.: Cambridge
 University Press.
- POSPISIL, L.
 1968 An Anthropology of Law. Harvard: Harvard University
 Press.
- POULANTZAS, N.
 1978 L'état, le pouvoir, le socialisme, Paris, FUF.
- 1974 Les classes sociales dans le capitalisme aujourd'hui,
 Paris, Seuil.
- 1972 Pouvoir politique et classes sociales, Paris, Maspéro,
 2 vols.

- 1965 Nature des choses et droit: essai sur la dialectique du fait et de la valeur, Paris Pichon et Durand Auzias.
- POULIN R., et C. CODERRE
1986 Violence et pornographie. Hull: Asticou.
- FOUND, R.
1959 Jurisprudence, St-Paul, West Publishing, vol 1.
- 1942 Social Control Through Law, New Haven, Yale University Press.
- QUINNEY, R.
1979 Criminology, Boston, Little Brown, 2e édition.
- 1980 Class, State and Crime, New York, MacKay.
- 1981 Critique of Legal Order: Crime Control in Capitalist Society, Boston, Little Brown.
- RAES, K.
1986 Legislation, Communication and Strategy: A Critique of Habermas' Approach to Law. Journal of Law and Society. vol 13, no 2, 183-206.
- RAWLS, J.
1987 Théorie de la Justice. Paris, Le Seuil.
- RENNER, K.
1976 The Institutions of Private Law and their Social Functions, London, Routledge and Kegan Paul, traduction de A. Schwarszchild.
- ROBERT, P. et C. FAUGERON
1978 La justice et son public. Paris, Masson.
- ROBERTSON, G.
1979 Obscenity. London: Weidenfield & Nicholson.
- ROCHER, G.
1986 Sociologie des droits et des ordres juridiques. Montréal, Centre de recherche en droit public. Document inédit.
- ROLPH, C.H.
1961 (ed.) The trial of Lady Chatterley. London: Penguin.
- 1961 Does Pornography Matter? London: Routledge & Kegan Paul.

- ROSE, G.
1984 Dialectic of Nihilism. Post-Structuralism and Law. London, Basil Blackwell.
- ROUBIER, R.
1951 Théorie générale du droit: histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Paris, Sirey.
- RUSCHE, G., et O. KIRCHHEIMER
1939 Punishment and Social Structure, New York, Columbia University Press.
- RUSSO, A.
1987 Conflicts and Contradictions among Feminists over Issues of Pornography and Sexual Freedom. Women's Studies International Forum: 103-112.
- SANSFAÇON, D.
1989 Misère de la sociologie du droit. I- Matérialisme historique et théorie critique. Document non publié.
- 1982 Sujet de droit et sujets de droit: de la pratique juridique au pluriel. Alternate Routes, printemps.
- SARIRE, J.P.
1979 Questions de méthode. Paris, Gallimard.
- SCHAUER, F.
1976 The Law of Obscenity. Washington: BNA Books.
- SCHOTTLER P, et I. STEWART
1986 Friedrich Engels and Karl Kautsky as Critics of Legal Socialism. International of Sociology of Law. vol 14: 1-32.
- SCHUR, E.
1988 The Americanization of Sex. Philadelphia: Temple University Press.
- SCHUTZ, A.
1987 Le chercheur et le quotidien. Paris, Méridiens Klincksieck. Traduction de A. Noschis-Gilliéron.
- SCOTT, J.E., et J. CUVELIER
1988 Violence in PLAYboy Magazine: A Longitudinal Analysis. Archives of Sexual Behavior. 15 (4): 279-288.

- SIMMONDS, N.
1985 Pashukanis and Liberal Jurisprudence. Journal of Law and Society. vol 12, no 2: 135-152.
- SIMPSON, A.W.B.
1983 Pornography and Politics: The Williams Committee in Retrospect. London: Waterlow.
- SLADE, J.W.
1988 Violence in the Hard-Core Pornographic Film: A Historical Survey. Journal of Communication. 34 (3): 148-163.
- SLOTERDIJK, P.
1986 A Critique of Cynical Reason. Translation by M. Eldred, Minneapolis, University of Minnesota Press.
- SMART, C.
1985 Legal Subjects and Legal Objects: Ideology, Law and Female Sexuality, in Women in Law. Explorations in Law, Family & Sexuality. Brophy, J. et C. Smart, (éds.), London, Routledge and Kegan Paul.
- SOURIOUX, J.L. et P. LERAT
1975 Le langage du droit. Paris, PUF.
- SOUSA SANTOS, B.
1979 Popular Justice, Dual Power and Socialist Strategy, dans National Deviancy Conference (éd.), Capitalism and the Rule of Law, London, Hutchinson.
- 1985 On Modes of Production of Law and Social Power. International Journal of the Sociology of Law., vol. 13: 299-336.
- 1987 Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. Journal of Law and Society. vol 14, no 3: 279-320.
- ST-JOHN STEVAS, N.
1956 Obscenity and the Law. London: Windenfield and Nicholson.
- STOYANOVITCH, K.
1974 La pensée marxiste et le droit, Paris, PUF.
- 1967 Le domaine du droit, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

- SUMNER, C.
1982 Law, Legitimation and the Advanced Capitalist State: The Jurisprudence and Social Theory of Jurgen Habermas, dans Sugerman, D., et B. Hipkin, (éds.) Critical Legal Theory, London, Academic Press.
- 1979 Reading Ideologies. An Investigation into the Marxist Theory of Ideology and Law. London, Academic Press.
- SUTHERLAND, J.
1982 Offensive Literature: Decensorship in Britain, 1960-1982. Totowa, N.J.: Barnes & Noble.
- TAYLOR, I.
1984 Law, Socialism and rights. Toronto: Butterworth.
- TAYLOR, I.
1986 Public Debates and Legislation on Obscenity and Pornography in The United Kingdom. Ottawa: Department of Justice, Working Papers on Pornography and Prostitution.
- TAYLOR, I., P. WALTON AND J. YOUNG
1975 Critical Criminology. London, Routledge and Kegan Paul.
- TESSIER G.
1955 Face à l'imprimé obscène. Plaidoyer en faveur d'une littérature saine. Montréal: La feuille d'érable.
- THERBORN, G.
1980 The Ideology of Power and the Power of Ideology, London, Verso.
- 1978 What does the Ruling Class Do When it Rules? London, Verso.
- THOMPSON, E.P.
1975 Whigs and Hunters. London, Penguin.
- 1978 The Poverty of Theory and Other Essays, London: Monthly Review press.
- 1974 The Making of the English Working Class, London: Penguin.
- TIGAR, M.E.
1977 Law and the Rise of Capitalism, New York, Monthly Review Press.

- TURKEL, G.
1988 Approaches to the Critique of Legal Ideology. *Law and Society Review*. vol 22, no 4: 801-823.
- UNGER, R.M.
1976 Law in Modern Society. New York, Free Press.
- VALVERDE, M.
1985 Sex, Power and Pleasure. Toronto, The Women's Press.
- VILLEY, M.
1974 De l'indicatif dans le droit. *Archives de philosophie du droit*. Tome 19, 33-61.
- 1969 Seize leçons d'histoire de philosophie du droit, Paris, Dalloz.
- VINCENT, J.M.,
1973 Fétichisme et société, Paris, Anthropos.
- WARRINGTON, R.
1981 Pashukanis and the Commodity Form Theory. *International Journal of the Sociology of Law*. vol 9: 1-22.
- WEBER, M.
1986 Sociologie du droit. Paris, PUF.
- 1951 Économie et société. Paris, Plon, volume 1, 1971.
- 1959 Le savant et le politique, Paris: PUF.
- WEEKS, J.
1985 Sexuality and its Discontents. London, Routledge and Kegan Paul.
- 1981 Sex, Politics and Society. London, Longman.
- WELBOURNE, D.J.
1959 Censorship and the Law in Canada. 24 *Saskatchewan Bar Rev.* 29.
- WILLIAMS B.
1981 Report of the Committee on Obscenity and Film Censorship. Cambridge: Cambridge University Press.
- ZARETSKY, E.
1976 Capitalism, the Family and Personal Life. New York, Harper and Row.

ANNEXES

ANNEXE A
EVOLUTION DES ARTICLES DU CODE CRIMINEL
PAR PERIODE (1892-1969)

A.1 Un survol de l'évolution des dispositions

- 1892:** L'article original est inséré au Code (art. 179). Il inclut un alinéa sur la vente de drogues et médicaments servant à prévenir la grossesse ou à entraîner un avortement. (179(1)(c)).
 L'article inclut aussi la défense du bien public, mais au par.4 les motifs du vendeur, etc., ne sont pas pertinents.
 L'article 180 sur la mise à la poste de publications immorales inclut aussi les brochures séditeuses ou déloyales.
- 1900:** L'article 179 est modifié par l'ajout au par. 1 du fabricant, distributeur, etc.
 L'alinéa 2 est modifié et la défense du bien public limitée par l'exigence que l'accusé n'ait commis aucun excès.
 L'article 180 est modifié par l'ajout des publications à caractère outrageant.
- 1903:** Ajout de l'article 179A sur les représentations théâtrales immorales.
- 1906:** L'article 179 est renuméroté 207 lors de la refonte du Code criminel.
- 1909:** L'article 207 est modifié par l'ajout des photographies ainsi que l'aide à la distribution, etc.
- 1913:** Modification de l'alinéa (c) du par.207(1) ajoutant à la disposition sur les médicaments le fait d'annoncer des médicaments ayant pour but de restaurer la virilité sexuelle ou de guérir des maladies vénériennes.
- 1927:** L'article ne change pas lors de la refonte du Code et conserve le même numéro.
- 1931:** Ajout de la disposition sur la nudité par l'article 205A.

- 1949: Ajout de la disposition sur les histoires illustrées de crime par 207.(1).
Précision à l'alinéa 207(1)(7) que l'ignorance du caractère des publications n'est pas une excuse.
- 1951: Ajout des qualificatifs "indécent, immoral, injurieux, et grossier" à la disposition sur les envois postaux (209).
- 1955: L'article 207 est renuméroté 150 lors de la refonte du Code criminel.
- 1959: Modification de l'article 150 pour ajouter au paragraphe (8) la définition de l'obscénité qui s'y retrouve toujours (maintenant art.163).
Ajout de la procédure de saisie in rem par l'article 150A.
- 1968: Abrogation de l'alinéa (c) de l'article 150 qui porte sur la publicité des médicaments visant à prévenir la grossesse, entraîner un avortement, etc.

Le Tableau synoptique à la page suivante situe l'historique de ces dispositions au regard d'autres dispositions connexes du Code criminel.

**TABEAU 10 TABLEAU SYNTHÉTIQUE DE L'ÉVOLUTION DES DISPOSITIONS
DU CODE CRIMINEL EN MATIÈRE D'OBSCÉNITÉ ET DISPOSITIONS CONNEXES (1892-1955)**

Période I		Période II		Période III	
1892		1907		1927	1955
ARTICLES					
174	Crimes contre nature (sodomie, bestialité)	202		202	147
175	Tentative de ...	203		203	XXX(406)
176	Inculte	204		204	142
177	Actions indécentes	205		205	158
178	Grossièrerie indécente	206		206	149
179	Publication de choses obscènes (1900:46:3)	207	(1909:9:2)(1913:13:8)	207	150
180	Déposer à la poste livres immor (1900:46:3)	209		209	153/154
181	Séduction de fille de 16 ans (1893:32:1)	211	(1920:43:4-17)	211	143/131
182	Séduction sous promesse mariage	212		212	144
183	Séduction pupille/servante (1900:46:3)	213	(1917:14:2)(1920:43:587)	213	131/145
184	Séduction passagère sur les navires	214		214	146
185	Déflorer illégalement femme	216	(1909:9:2)(1913:13:9)(1920:43:18)	216	184
186	Causer déshonneur fille/femme	215		215	133/155/157
187	Induire femme à maison prost. (1900:46:3)	217		217	156
188	Conspiration corrompre femme	218		218	408C
189	Commerce charnel avec idiot (1900:46:3)	219	(1922:16:10)	219	140
190	Prostitution femmes sauvages	220		220	XXX
	Nudité				159
	Restriction publication proc. jud.			(1931:28:2) (205A)	151
	Représentation théâtrale immor (1903:13:2)	208		(1938:44:11) (207A)	152
183A	Femme antérieurement non chaste (1900:32:1)	210		208	131
	Corruption d'enfants		(1918:16:1)	215	133/155/157
					(1932-33:53:3)
					(1935:36:1) 1936:29:5)

Adapté de DANDURAND, Y. (1982). Le processus de criminalisation. Évolution de la partie positive du Code Criminel canadien entre 1892 et 1955. Document préparatoire à une thèse de doctorat en criminologie. Université de Montréal.

A.2 Libellé des articles sur l'obscénité - 1892-1959

1892

Art. 179 - Every one is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who, knowingly, without lawful justification or excuse

(a) publicly sells, or exposes for public sale or to public view, any obscene book, or other printed or written matter, or any picture, photograph, model, or other object, tending to corrupt morals; or

(b) publicly exhibits any disgusting object or any indecent show; or

(c) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of or has for sale or disposal any medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion.

2. No one shall be convicted of an offence in this section mentioned if he proves that the public good was served by the acts alleged to have been done.

3. It shall be a question of law whether the occasion of the sale, publishing or exhibition is such as might be for the public good, and whether there is evidence of excess beyond what the public requires in the manner, extent, or circumstances in, to or under which the sale, publishing or exhibition is made, so as to afford a justification or excuse therefor; but it shall be a question for the jury whether there is or is not such excess.

4. The motives of the seller, publisher or exhibitor shall in all cases be irrelevant.

art. 180 - Every one is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who posts for transmission or delivery by or through the post

(a) any obscene or immoral book, pamphlet, newspaper, picture, print, engraving, litho-

graph, or other publication, matter or thing of an indecent or immoral character; or
 (b) any letter upon the outside or envelope of which, or any post card or post band or wrapper upon which there are words, devices, matters or things of the character aforesaid; or
 (c) any letter, or circular concerning schemes devised or intended to deceive and defraud the public or for the purpose of obtaining money under false pretenses.

Parce qu'elles occupent une place importante dans notre thèse, nous donnerons aussi le libellé des dispositions sur le libelle blasphématoire et sur l'indécence du Code de 1892:

- 170 - Every one is guilty of an indictable offence and liable to one year's imprisonment who publishes any blasphemous libel.
 2. Whether any particular published matter is a blasphemous libel or not is a question of fact. But no one is guilty of a blasphemous libel for expressing in good faith and in decent language, or attempting to establish by argument used in good faith and conveyed in decent language, any opinion whatever upon any religious subject.
- 177 - Every one is guilty of an offence and liable, on summary conviction before two justices of the peace, to a fine of fifty dollars or to six months' imprisonment with or without hard labour, or to both fine and imprisonment who wilfully
 (a) in the presence of one or more persons does any indecent act in any place to which the public have or are permitted to have access; or
 (b) does any indecent act in any place intending thereby to insult or offend any persons.

1900

art. 179 - Everyone is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who knowingly, without lawful justification or excuse

- (a) manufactures or sells, or exposes for sale or to public view, or distributes or circulates, or causes to be distributed or circulated, any obscene book, or other printed, typewritten or otherwise written matter or any picture, photograph, model, or other object tending to corrupt morals; or
- (b) publicly exhibits any disgusting object or any indecent show; or
- (c) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of or has for sale or disposal any medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion or miscarriage.

2. No one shall be convicted of an offence in this section mentioned if he proves that the public good was served by the acts alleged to have been done and that there was no excess in the acts alleged beyond what the public good requires.

3. It shall be a question for the court or judge whether the occasion of the manufacture, sale, exposing for sale, publishing or exhibition is such as might be for the public good, and whether there is evidence of excess beyond what the public requires in the manner, extent, or circumstances in, to or under which the manufacture, sale, exposing for sale, publishing or exhibition is made, so as to afford a justification or excuse therefor; but it shall be a question for the jury whether there is or is not such excess.

4. The motives of the seller, publisher or exhibitor shall in all cases be irrelevant.

art. 180 - Every one is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who posts for transmission or delivery by or through the post

- (a) any obscene or immoral book, pamphlet, newspaper, picture, print, engraving, lithograph, or other publication, matter or thing of an indecent, immoral or scurrilous character; or
- (b) any letter upon the outside or envelope of which, or any post card or post band or wrapper upon which there are words, devices, matters or things of the character aforesaid; or

(c) any letter, or circular concerning schemes devised or intended to deceive and defraud the public or for the purpose of obtaining money under false pretenses.

1903

art. 179A - Everyone who, being the lesser, agent or person in charge or manager of a theatre, presents or gives or allows to be presented or given therein an immoral, indecent or obscene play, opera, concert, acrobatic, variety, or vaudeville performance, or other entertainment or representation, is guilty of an indictable offence and liable, if convicted upon indictment, to one year's imprisonment with or without hard labour, or to a fine of five hundred dollars, or to both, and, on summary conviction, to six months' imprisonment, or to a fine of fifty dollars, or to both.

2. Every person who takes part or appears as an actor, performer or assistant in any capacity, in any such immoral, indecent or obscene play, opera, concert, performance, or other entertainment or representation, is guilty of an offence and liable, on summary conviction, to three months' imprisonment, or to a fine not exceeding twenty dollars, or to both.

3. Every person who so takes part or appears in any indecent costume is guilty of an offence and liable, on summary conviction, to six months imprisonment, or to a fine of fifty dollars, or to both.

4. In this section, the word "theatre" includes any place open to the public gratuitously or otherwise, where dramatic, musical, acrobatic or other entertainments or representations are presented or given.

1906

(179 devient 207, 179A devient 208 et 180 devient 189)

1909

art. 207 - Everyone is guilty of an indictable offence and liable to two years imprisonment who knowingly, without lawful justification or excuse

(a) makes, manufactures or sells, or exposes for sale or to public view, or distributes or circulates, or causes to be distributed or circulated, or assists in such making, manufacture, sale, exposure, having in possession, distribution or circulation any obscene book, or other printed, typewritten or otherwise written matter or any picture, photograph, model, or other object tending to corrupt morals or any plate for the reproduction of any such picture or photograph; or

(b) publicly exhibits any disgusting object or any indecent show; or

(c) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of or has for sale or disposal any medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion or miscarriage.

2. No one shall be convicted of an offence in this section mentioned if he proves that the public good was served by the acts alleged to have been done and that there was no excess in the acts alleged beyond what the public good requires.

3. It shall be a question for the court or judge whether the occasion of the manufacture, sale, exposing for sale, publishing or exhibition is such as may be for the public good, and whether there is evidence of excess beyond what the public requires in the manner, extent, or circumstances in, to or under which the manufacture, sale, exposing for sale, publishing or exhibition is made, so as to afford a justification or excuse therefor; but it shall be a question for the jury whether there is or is not such excess.

4. The motives of the seller, publisher or exhibitor shall in all cases be irrelevant.

1913

L'alinéa (c) de l'article 207(1) est abrogé et remplacé par ce qui suit:

(c) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of or has for sale or disposal any means or instructions or any medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion or miscarriage; or advertises or publishes an advertisement of any means, instructions, medicine, drug or article for restoring sexual virility or curing venereal diseases or diseases of the generative organs.

1931

- 205A.(1) - Every one is guilty of an offence and liable upon summary conviction to three years' imprisonment who, while nude,
- (a) is found in any public place whether alone or in company with one or more other persons who are parading or have assembled with intent to parade or have paraded in such public place while nude, or
 - (b) is found in any public place whether alone or in company with one or more persons, or
 - (c) is found without lawful justification or excuse for being nude upon any private property not his own, so as to be exposed to the public view, whether alone or in company with other persons, or
 - (d) appears upon his own property so as to be exposed to the public view, whether alone or in company with other persons.
- For the purposes of this subsection, any one shall be deemed to be nude who is so scantily clad as to offend against public decency or order.
- (2) No action or prosecution for a violation of this section shall be commenced without the leave of the Attorney General for the province in which the offence is alleged to have been committed.

1949

L'article 207 est abrogé et remplacé par le suivant:

art. 207 (1) - Every person is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who

(a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in possession for any such purpose any obscene matter, picture, model or other thing whatsoever; or

(b) makes, prints, publishes, distributes, sells or has in possession for any such purpose, any crime comic.

(2) Every one is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who knowingly, without lawful justification or excuse

(a) sells, exposes to public view or has in possession for any such purpose any obscene written matter, picture, model or thing whatsoever;

(b) publicly exhibits any disgusting object or any indecent show; or

(c) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of or has for sale or disposal any means or instructions or any medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion or miscarriage; or advertises or publishes an advertisement of any means, instructions, medicine, drug or article for restoring sexual virility or curing venereal diseases or diseases of the generative organs.

(d) "Crime comic" means in this section any magazine, periodical or book which exclusively or substantially comprises matter depicting pictorially the commission of crimes, real or fictitious.

(4) No one shall be convicted of any offence in this section mentioned if he proves that the public good was served by the acts alleged to have been done, and that there was no excess in the acts alleged beyond what the public good required,

(5) It shall be a question for the judge whether such acts as might be for the public good, and

whether there is evidence of excess beyond what the public good required; but it shall be a question for the jury whether there is or is not excess.

(6) The motives of the accused shall in all cases be irrelevant.

(7) It shall be no defence to a charge under subsection one that the accused was ignorant of the nature or presence of the matter, picture, model, crime comic or other thing.

1951

art. 180 - Every one is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who makes use of the mails for the purpose of transmitting or delivering

(a) any obscene or immoral book, pamphlet, newspaper, picture, print, engraving, lithograph, or other publication, matter or thing of an indecent, immoral or scurrilous character; or

(b) any letter upon the outside or envelope of which, or any post card or post band or wrapper upon which there are words, devices, matters or things of the character aforesaid; or

(c) any letter, or circular concerning schemes devised or intended to deceive and defraud the public or for the purpose of obtaining money under false pretenses.

1955

(Les articles changent de numérotation seulement et 207 devient 150)

1959

Ajout de la définition de l'obscénité par le par.8:

(8) For the purposes of this Act, any publication, a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

On ajoute aussi la procédure in rem dont nous ne donnerons que les principales caractéristiques:

150A. (1) A judge who is satisfied by information upon oath that there are reasonable grounds for believing that any publication, copies of which are kept for sale or distribution in premises within the jurisdiction of that court, is obscene or a crime comic, shall issue a warrant under his hand authorizing seizure of the copies.

(2) Within seven days of the issue of the warrant, the judge shall issue a summons to the occupier of the premises requiring him to appear before the court and show cause why the matter seized should not be forfeited to Her Majesty.

(3) The owner and the author of the matter seized and alleged to be obscene or a crime comic may appear and be represented in the proceedings in order to oppose the making of an order for the forfeiture of the said matter.

(4) If the court is satisfied that the publication is obscene or a crime comic, it shall make an order declaring the matter forfeited to Her Majesty in right of the province in which the proceedings take place, for disposal as the Attorney General may direct.

(5) If the court is not satisfied that the publication is obscene or a crime comic, it shall order that the matter be restored to the person from whom it was seized forthwith after the time for final appeal has expired.

(6) An appeal lies (...).

(7) Where an order has been made under this section by a judge in a province with respect to one or more of a publication, no proceedings shall be instituted or continued in that

province under section 150 with respect to those or other copies of the same publication without the consent of the Attorney General.

(8) In this section (...).

Enfin, on ajoute la disposition sur les ventes forcées:

150 B. - Every one commits an offence who refuses to sell or supply to any other person copies of any publication for the reason that such other person refuses to purchase or acquire from him copies of any other publication that such other person is apprehensive may be obscene or a crime comic.

ANNEXE B
LISTE DES ARRETS CANADIENS PAR PERIODE

1892-1925:

- R. c. Ballentyne (1914) 22 C.C.C. 385.
- R. c. Beaver (1905) 9 C.C.C. 415.
- R. c. Britnell (1912) 20 C.C.C. 85.
- R. c. Cameron (1898) 2 C.C.C. 173.
- R. c. Dane, Meissonier, et.al. (1903) 9 Rev.Jur. 157.
- R. c. Descôtés (1924) 63 C.S. (Qué.) 52.
- R. c. Goyer (1916) 27 C.C.C. 10.
- R. c. Graf (1909) 15 C.C.C. 193.
- R. c. Jourdan (1900) 8 C.C.C. 337, 6 Rev.Jur. 245.
- R. c. Karn (1903) 6 C.C.C. 479, renversée (1901) 5 C.C.C. 543.
- R. c. Kinler (1925) 63 C.S. (Qué.) 483.
- R. c. L'Heureux (1910) 17 Rev.Lég. 32.
- R. c. M'Auliffe (1904) 8 C.C.C. 21.
- R. c. McCutcheon (1909) 15 C.C.C. 362.
- R. c. MacDougall (1909) 38 N.B.R., 15 C.C.C. 466.
- R. c. Pelletier et Pelletier (1900) 6 Rev.Lég. 116.
- R. c. St-Clair (1913) 21 C.C.C. 350.

1925-1958:

- Attorney General of Ontario c. Koynok (1940) 74 C.C.C.
- Conway c. R. (1944) 81 C.C.C. 189, 2 D.L.R. 530.
- R. c. Alberta News (1951) 13 C.R. 18, 2 W.W.R. 691, 101 C.C.C. 219 (Alta. Pol.Ct.).
- R. c. American News (1941) 76 C.C.C. 151.
- R. c. American News (1957) O.R. 145, 25 C.R. 369, 25 C.R. 374 (C.A.), 118 C.C.C. 152 (C.A. Ont.).
- R. c. Couture (1956) 114 C.C.C. 303.
- R. c. Davidson (1931) 55 C.C.C. 203.
- R. c. Hellier (1953) 106 C.C.C. 145.
- R. c. Kitchener News Co. (1954) 18 C.R. 239, 108 C.C.C. 304 (C.A.).
- R. c. Marro (1956) 113 C.C.C. 297.
- R. c. National News (1953) 106 C.C.C. 26.
- R. c. Palmer (1937) 68 C.C.C. 20, 3 D.L.R. 493, O.W.W. 371, confirmant C.C.C. loc.cit. (1937) 2 D.L.R. 609.
- R. c. Roher (1953) 17 C.R. 307, 10 W.W.R. 309, 61 Man.R. 311, 107 C.C.C. 103 (C.A.).
- R. c. St-Martin (1934) 40 Rev.Jur. 411.
- R. c. Stroll (1951) 100 C.C.C. 171.
- R. c. Superior Publishers Ltd. et Zimmerman (1954) 20 C.R. 51, (1954) O.R. 981, 110 C.C.C. 115 (C.A.).
- R. ex rel. Murray c. Murray (1958) 123 C.C.C. 20.

1959-1969:

- Brodie c. R. (1961) B.R. 610 (Qué.).
 Brodie, Dansky et Rubin c. R., (1962) R.C.S. 681, 132 C.C.C. 161, 32 D.L.R. (2d) 507 (CSC), renversant 36 C.R. 200 (B.R.Qué.).
 Fraser et.al. c. R. (1966) 1 C.C.C. 110, 51 D.L.R. (2d) 408, aff. 52 W.W.R. 712, (1967) 2 C.C.C. 43 (C.S.C.).
 Pelletier c. R. (1985) 49 C.R. (3d) 251 (C.A. Qué.).
 Smith c. R. (1962) 38 C.R. 365, 39 W.W.R. 513, (1963) 1 C.C.C. 395 (Man.Co.Ct.).
 R. c. Adams (1966) 4 C.C.C. 43.
 R. c. Berringer (1959) 122 C.C.C. 350, 42 M.P.R. 213, 29 C.R. 394 (C.A.N.E.).
 R. c. Bolduc (1967) R.L. 524 (C.S. Qué.).
 R. c. Cameron (1966) 2 O.R. 777, 4 C.C.C. 273, 58 D.L.R. (2d) 486, 49 C.R. 49 (C.A.) confirmée (1967) 1 C.R.N.S. 227 (CSC).
 R. c. Coles Co. Ltd. (1965) 2 C.C.C. 304, 44 C.R. 219, 49 D.L.R. (2d) 34, (1965) 1 O.R. 557 (C.A.) renversant 42 C.R. 368 (Ont. Co.Ct.).
 R. c. Diz (1968) 5 C.R.N.S. 86, 66 W.W.R. 132 (Alta.C.A.).
 R. c. Dominion News and Gifts (1963) 42 W.W.R. 65, 40 C.R. 109, 2 C.C.C. 103 (C.A. Man.), renversée (1964) R.C.S. 251, 42 C.R. 209, (1964) 3 C.C.C. 1.
 R. c. Duthie Books (1966) 57 W.W.R. 204, 1 C.C.C. 254, 58 D.L.R. (2d) 274 (B.C. C.A.).
 R. c. Harte-Maxwell (1962) 39 C.R. 172.
 R. c. Huot (1968) 10 Crim. L.Q., 447, aff. (1969) 1 C.C.C. 256 (Man. C.A.).
 R. c. Keystone Enterprises Ltd (1961) 133 C.C.C. 338.
 R. c. Lambert (1965) 47 C.R. 12, 53 W.W.R. 186 (B.C. S.C.).
 R. c. Leong (1961) 132 C.C.C. 273 (B.C. Sup.Ct.).
 R. c. McAuslane (1968) 2 C.C.C. 252, (1968) 1 O.R. 209 (Ont. C.A.).
 R. c. Marshall (1962) 48 M.P.R. 64.
 R. c. Mid-Western News Agency (1965) 47 C.R. 227, 52 W.W.R. 119.
 R. c. Modenese (1962) 38 C.R. 45 (B.C. Mag.Ct.).
 R. c. Munster (1961) 34 C.R. 47, 129 C.C.C. 277 (N.S. C.A.).
 R. c. Rioux (1968) 4 C.C.C. 337 (C.Sess. Qué.), aff. (1968) B.R. 942n, aff. (1970) 3 C.C.C. 149, 8 C.N.R.S. 21, (1969) R.C.S. 599.
 R. c. Salida (1969) 3 C.C.C. 65.
 R. c. Sequin (1969) 2 C.C.C. 150.

R. c. Standard News Distributors Inc. (1960) 34 C.R.
(C.Mun. Qué.).

Re. Gordon Magazines Entreprises Ltd. (1965) 46 C.R. 313
(Ont.C.A.).

ANNEXE C
LISTE DES DEBATS PARLEMENTAIRES, STATUTS
ET AUTRES SOURCES CONSULTÉES

Compte-rendus officiels des débats parlementaires consultés

1900, 63-64, Vict., 5e session, 8e Parlement.
1902, 2 Ed VII, 2e session, 9e Parlement.
1903, 3 Ed. VII, 3e session, 9e Parlement.
1906-1907, 6-7 Ed. VII, 3e session, 10e Parlement.
1912-1913, 3 Geo. V, 2e session, 12e Parlement.
1931, 21-22 Geo. V, 2e session, 17e Parlement.
1948-1949, 11-12 Geo. VI, 4 e session, 20e Parlement.
1949, 13 Geo. VI, 5e session, 20e Parlement.
1952-1953, 1-2 Eliz. II, 7e session, 21 Parlement.
1953-1954, 2-3 Eliz. II, 1e session, 22e Parlement.
1955, 3-4 Eliz. II, 2e session, 22e Parlement.
1956, 5 Eliz II, 3e session, 22e Parlement.
1957, 5-6 Eliz. II, 5e session, 22e Parlement.
1957-1958, 6 Eliz. II, 1e session, 23e Parlement.
1958, 6 Eliz. II, 1e session, 24e Parlement.
1959, 7-8 Eliz. II, 2e session, 24e Parlement.
1960, 8-9 Eliz. II, 3e session, 24e Parlement.
1960-1961, 9-10 Eliz. II, 4e session, 24e Parlement.

Statuts révisé du Canada

1892, 55-56 Vict., C. 29.
1900, 63-64 Vict., C. 46.
1903, 3 Ed. VII, C. 13.
1909, 8-9 Ed. VII, C. 9.
1913, 3-4 Geo. V., C. 13.
1931, 21-22 Geo. V, C. 28.
1949, 15 Geo. VI, C. 13.
1951, 15 Geo. VI, C. 47.
1959, 7-8 Eliz. II, C. 41.
1968-69, 17-18 Eliz. II, C.41.

Code criminels

Martin's Annual Criminal Code, 1900, 1903, 1907, 1913, 1931, 1949, 1951, 1959, 1960, 1969, 1985 et 1990.

Taschereau, H.E., The Criminal Code of Canada. Toronto: Carswell, 1893 (1980 pour la réédition).

END

18/02-191

FIN