

Échanger est-il péché ? Analyse de la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine à la lumière de l'arrêt *R. c. Labaye*

Tristan Desjardins

Volume 45, Number 4, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043815ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043815ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

In the following article, the author analyzes the Canadian community standard of tolerance, an interpretative beacon that assesses the criminal character of behaviours that potentially offend morals, by using key decisions circumscribing its application. As such, the author examines *Labaye* and, to a lesser degree, *Kouri*, two decisions arising from distinct though similar factual settings where the Quebec Court of Appeal had to determine, with the help of the community standard, if the reproached acts of swinging in these particular cases were criminally indecent. The analysis takes place in two steps : the first one, which focuses on the community standard evolution and its context of specific application to indecency issues, portrays the essential features of this unique concept. The second one, which illustrates the complexity inherent in its implementation, highlights and criticizes the use of this criterion as applied to *Labaye*. The author concludes that the distinct majority opinions rendered by judges Rochon and Rayle in the aforementioned decision were essentially inspired on a basis of subjective and arbitrary considerations. Therefore, he specifies that an objectively rigorous application of the community standard should have discharged *Labaye*.

Cite this article

Desjardins, T. (2004). Échanger est-il péché ? Analyse de la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine à la lumière de l'arrêt *R. c. Labaye*. *Les Cahiers de droit*, 45(4), 767–790. <https://doi.org/10.7202/043815ar>

Échanger est-il péché ? Analyse de la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine à la lumière de l'arrêt *R. c. Labaye*

Tristan DESJARDINS*

Dans le présent article, l'auteur analyse la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine, balise interprétative permettant d'apprécier le caractère criminellement répréhensible de conduites pouvant potentiellement corrompre les mœurs, à l'aide des décisions clés circonscrivant son application. Dans cette foulée, l'auteur s'attache particulièrement à étudier l'arrêt Labaye, et incidemment l'arrêt Kouri, deux décisions découlant de trames factuelles distinctes, quoique similaires, où la Cour d'appel du Québec a dû déterminer, par le truchement de la norme de tolérance, si les actes d'échangisme reprochés étaient criminellement indécents. L'analyse s'opère en deux étapes : la première, consacrée à l'évolution de la norme de tolérance et à son contexte d'application particulier en matière d'indécence, esquisse les grands traits de cette notion aux contours fort singuliers. La seconde, illustrant la complexité inhérente à sa mise en application, met en relief, dans une perspective essentiellement critique, l'application de cette norme ayant été effectuée à l'occasion de l'arrêt Labaye. L'auteur conclut que les motifs des opinions majoritaires distinctes rendues par les juges Rochon et Rayle dans ce dernier arrêt s'inspirent de considérations essentiellement subjectives et arbitraires. En ce sens, il précise qu'une application objectivement rigoureuse de la norme aurait dû permettre à l'appelant Labaye d'être acquitté.

* Avocat, Hébert, Bourque & Downs ; étudiant de deuxième cycle à l'Université Laval en droit criminel (mémoire portant sur la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine).

In the following article, the author analyzes the Canadian community standard of tolerance, an interpretative beacon that assesses the criminal character of behaviours that potentially offend morals, by using key decisions circumscribing its application. As such, the author examines Labaye and, to a lesser degree, Kouri, two decisions arising from distinct though similar factual settings where the Quebec Court of Appeal had to determine, with the help of the community standard, if the reproached acts of swinging in these particular cases were criminally indecent. The analysis takes place in two steps : the first one, which focuses on the community standard evolution and its context of specific application to indecency issues, portrays the essential features of this unique concept. The second one, which illustrates the complexity inherent in its implementation, highlights and criticizes the use of this criterion as applied to Labaye. The author concludes that the distinct majority opinions rendered by judges Rochon and Rayle in the aforementioned decision were essentially inspired on a basis of subjective and arbitrary considerations. Therefore, he specifies that an objectively rigorous application of the community standard should have discharged Labaye.

	<i>Pages</i>
1 La norme de tolérance de la société canadienne contemporaine	771
1.1 Une évolution au fil des mœurs	771
1.2 Un contexte d'application singulier en matière d'indécence	775
1.3 L'exigence d'un risque de préjudice grave au point de nuire au bon fonctionnement de la société	776
2 Une illustration des difficultés inhérentes à l'application de la norme de tolérance : l'arrêt R. c. Labaye	778
2.1 Une interprétation erronée des paramètres circonscrivant la norme de tolérance	778
2.2 La mise en relief d'un préjudice essentiellement subjectif	781
2.3 L'emploi indu des termes « dégradant et déshumanisant »	787
Conclusion	789

Balise interprétative permettant de sanctionner certaines conduites jugées immorales¹, la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine a été mise en avant en droit canadien à l'occasion de l'arrêt *Brodie*² pour permettre au justiciable de circonscrire objectivement les limites entourant la légalité de son comportement. L'instauration d'une telle notion s'avérait essentielle en vue d'objectiver la criminalisation de certains actes à caractère sexuel puisque l'*actus reus* des infractions impliquant le recours à la norme de tolérance est intrinsèquement intangible, d'où l'inacceptable possibilité d'établir le caractère offensant de l'action commise à l'aide de critères essentiellement subjectifs.

Sans une telle norme, l'appréciation de l'indécence ou de l'obscénité reposerait immanquablement, en l'absence de paramètres objectifs, sur la conception subjective et nécessairement arbitraire du décideur³. Il en découlerait une totale incertitude juridique où le citoyen ne serait plus à même de connaître les limites de la légalité de son comportement, contrairement à la plupart des infractions prévues dans le *Code criminel* où la preuve hors de tout doute raisonnable de la commission d'un acte répréhensible tangible est suffisante, sous réserve de l'établissement de la *mens rea* requise, pour qu'il y ait condamnation.

En tant que processus de rationalisation objectif⁴ du seuil de tolérance des Canadiens et des Canadiennes en matière d'immoralité, la norme de tolérance de notre société contemporaine doit donc permettre au justiciable de déterminer concrètement s'il agit de manière acceptable, mais surtout tolérable et donc légale, eu égard aux mœurs ayant cours présentement dans

-
1. Essentiellement, les comportements indécents ou obscènes sont les conduites jugées immorales en droit criminel canadien. Hormis les infractions ayant trait à la tenue d'une maison de débauche prévues par l'article 210 du *Code criminel*, les dispositions pertinentes sanctionnant de tels comportements et impliquant le recours à la norme de tolérance se trouvent à la partie V du Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46, mod. par L.R.C. (1985), c. 2 (1^{er} supp.). Voir en ce sens les articles 163, 167, 168, 172, 173, 174 et 175.
 2. *R. c. Brodie*, [1962] R.C.S. 681.
 3. « L'élément « tolérance » qui sous-tend le critère des normes sociales est le même dans le cas d'indécence que dans les cas d'obscénité (voir *Tremblay*), mais l'indécence, contrairement à l'obscénité, comporte une appréciation des circonstances lors de l'application du critère des normes sociales » : *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, par. 32.
 4. Comme l'indique le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Towne Cinema Theatres Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 494, par. 50, citant les propos du juge Borins, de la Cour de comté d'Ontario dans l'arrêt *R. c. Doug Rankine Co.*, (1983) 36 C.R. (3d) 154, 171-172 (Ont. Ct.J.) : « le juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury, peut lui-même déterminer le contenu de la norme sociale à appliquer pour décider si le matériel en question outre-passe cette norme. C'est un critère objectif qui s'applique. Ce critère ne se fonde pas sur le seuil de tolérance du juge ou du jury. Il consiste en ce que le juge ou le jury croit être le seuil national de tolérance. »

la société au sein de laquelle il agit et évolue. Malheureusement, les arrêts *Labaye*⁵ et *Kouri*⁶ rendus récemment par la Cour d'appel du Québec témoignent cruellement des sérieuses difficultés inhérentes à l'application de cette norme.

Dans l'arrêt *Labaye*, l'appelant avait ouvert le « club » l'Orage afin de permettre à des couples et à des célibataires de se rencontrer pour pratiquer l'échangisme. L'admission au « club » impliquait d'abord d'en être membre, ce qui s'effectuait en passant une brève entrevue, ayant essentiellement pour objet d'exclure les personnes grossières et non averties, et en payant des frais d'adhésion. À cette époque, le « club » l'Orage comportait trois étages. Un bar était situé au premier, un salon au deuxième et le troisième était prétendument l'appartement de l'appelant. Deux portes, l'une portant l'inscription « PRIVÉ » et l'autre comportant une serrure numérique, séparaient le deuxième étage du troisième. L'ensemble des membres du « club » l'Orage et leurs invités avaient accès à « l'appartement de Jean-Paul » situé au troisième étage, seul endroit où il était permis de s'adonner à des activités sexuelles de groupe. Ces dernières, qui s'accomplissaient le plus souvent en groupe de quatre à six personnes, consistaient généralement en des actes de cunnilingus, masturbation, fellation et pénétration. À quelques occasions, les agents doubles du Service de police de Montréal avaient aperçu des femmes pratiquer seules des activités sexuelles avec plusieurs hommes, alors que d'autres hommes assistaient aux ébats en se masturbant. Au gré des visites policières, il y avait de 15 à 44 personnes au troisième étage.

Dans l'arrêt *Kouri*, le bar Cœur à corps permettait aux couples « libérés » de rencontrer, moyennant le paiement de frais d'entrée de 6 \$, d'autres couples adhérant à la philosophie échangiste. D'après la preuve, le portier ne permettait l'accès qu'aux couples « libérés » en demandant systématiquement à chacun s'il formait un « couple libéré ». À l'intérieur de ce bar aux allures de discothèque, un rideau noir translucide se fermait automatiquement autour de la piste de danse à chaque demi-heure pendant que le disc-jockey faisait jouer de la musique lascive. Pendant cette courte période (de 8 à 12 minutes), la majorité des clients quittaient les tables et se dirigeaient vers la piste de danse pour s'adonner à des actes à caractère sexuel ; des hommes et des femmes caressaient les fesses et les seins parfois dénudés d'autres femmes à l'aide de leurs mains ou de leurs bouches. Des actes

5. *R. c. Labaye*, [2004] R.J.Q. 2076 (C.A.), avis d'appel à la Cour suprême déposé de plein droit le 13 août 2004 : bulletin de la C.S.C. 2004, 1271.

6. *R. c. Kouri*, [2004] R.J.Q. 2061 (C.A.), avis d'appel à la Cour suprême déposé de plein droit le 3 novembre 2004 : bulletin de la C.S.C. 2004, 1692.

de masturbation, de fellation et de pénétration étaient aussi occasionnellement perpétrés.

Malgré que l'échangisme ait sous-tendu dans ces deux affaires une accusation d'avoir tenu, selon le paragraphe 210 (1) du *Code criminel*, une maison de débauche pour la pratique d'actes d'indécence, la Cour d'appel du Québec en est venue à des conclusions tout à fait contradictoires, acquittant l'appelant Kouri à deux contre un, mais condamnant l'appelant Labaye à deux contre un. Dans l'arrêt *Kouri*, les juges Proulx et Otis ont conclu à l'acquiescement, le juge Rochon étant dissident. Toutefois, puisque dans l'arrêt *Labaye* les juges Proulx et Rochon ont siégé non pas avec la juge Otis, mais avec la juge Rayle, cette dernière a fait basculer la majorité dans cette affaire en faveur du rejet de l'appel.

Pourtant, nous sommes d'avis qu'une application authentiquement objective de la norme de tolérance aurait dû permettre d'acquiescer également l'appelant Labaye. En effet, bien qu'il ne fasse aucun doute que les actes sexuels perpétrés au « club » l'Orage étaient généralement plus épicés que ceux qui étaient accomplis au Cœur à corps, il demeure qu'ils l'ont été dans un endroit autrement plus intime que dans l'arrêt *Kouri*. Or, comme nous le verrons, l'indécence s'apprécie essentiellement en fonction du contexte ayant entouré la perpétration des actes reprochés. Afin d'étayer cette prétention, nous circonscrivons d'abord les fondements et le champ d'application de la norme de tolérance, notion aux contours fort singuliers, avant d'analyser l'à-propos des motifs dissidents ayant été rendus par les juges Rochon et Rayle dans l'arrêt *Labaye* à la lumière de ces observations.

1 La norme de tolérance de la société canadienne contemporaine

1.1 Une évolution au fil des mœurs

Le premier critère à caractère social applicable en matière d'immoralité a été mis en avant dès 1868 en Angleterre à l'occasion de l'arrêt *Hicklin*. S'exprimant au nom de la Cour du Banc de la Reine dans un contexte d'obscénité, le juge en chef Cockburn écrivait alors : « I think the test for 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 influences, and into whose hands a publication of this sort may fall⁷. »

7. *R. v. Hicklin*, (1868) L.R. 3 Q.B. 360. « Dans cette affaire, des juges siégeant à Wolverhampton avaient décidé qu'il fallait détruire les copies d'un pamphlet écrit par M. Henry Scott, un membre de la *Protestant Electoral Union* et intitulé *The Confessional*

Objet de vives critiques par les tribunaux, ce critère a néanmoins été appliqué au Canada jusqu'à l'adoption du paragraphe 159 (8) du *Code criminel* en 1959, lequel nécessitait dorénavant qu'une publication constitue essentiellement une « exploitation indue de choses sexuelles » pour être qualifiée d'obscène. De l'avis du juge Judson, s'exprimant au nom de la Cour suprême à l'occasion de l'arrêt *Brodie*, l'adoption de ce paragraphe avait eu pour effet de rendre dépassé l'ensemble de la jurisprudence basée sur le critère de l'arrêt *Hicklin*. Ce faisant, il s'avérait nécessaire d'instaurer de nouveaux critères « which have some certainty of meaning and are capable of objective application, which do not so much depend as before upon the idiosyncrasies and sensitivities of the tribunal of fact, whether judge or jury⁸ ».

S'inspirant des décisions des tribunaux australiens et néo-zélandais analysant le concept d'obscénité en fonction des normes sociales⁹, le juge Judson a proposé un critère objectif à caractère évolutif s'adaptant au développement des mœurs de l'époque :

Either the judge instructs himself or the jury that undueness is to be measured by his or their personal opinion — and even that must be subject to some influence from contemporary standards — or the instruction must be that the tribunal of fact should consciously attempt to apply these standards. Of the two, I think that the second is the better choice¹⁰.

Unmasked; showing the depravity of the Romish priesthood, the iniquity of the Confessional and the questions put to females in confession. M. Scott interjeta appel du jugement du tribunal, sur lequel siégeait le juge Benjamin Hicklin, soutenant qu'il n'avait pas publié le pamphlet pour en retirer un bénéfice matériel, ni « pour porter atteinte à la moralité ». Son appel fut rejeté par les juges de la Cour du Banc de la Reine en avril 1868 » : I.R. TAYLOR, *Historique de la législation et du débat public sur la pornographie et l'obscénité au Royaume-Uni, Document de travail 14*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 1984, p. 6.

8. *R. c. Brodie*, précité, note 2.

9. *Ibid.* Dans cette affaire, le juge Judson cite l'extrait suivant de l'arrêt *R. c. Close*, [1948] V.L.R. 445, 465 : « 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, I do not know that today there is any better tribunal than a jury to draw it [...] I am very far from attempting to lay down a model direction, but a judge might perhaps, in the case of a novel, say something like this : “It would not be true to say that any publication dealing with sexual relations is obscene. The relations of the sexes are, of course, legitimate matters for discussion everywhere [...] There are certain standards of decency which prevail in the community, and you are really called upon to try this case because you are regarded as representing, and capable of justly applying, those standards. What is obscene is something which offends against those standards”. »

10. *Id.*, 706.

Deux ans plus tard, dans l'affaire *Dominion News & Gifts*¹¹, la Cour suprême a délimité davantage le contexte d'application de ce nouveau critère des normes sociales en se référant intégralement aux motifs qu'avait formulés le juge Freedman de la Cour d'appel du Manitoba dans une remarquable dissidence. Polissant les contours d'une nouvelle norme de tolérance, ce dernier avait écrit ceci :

Those standards are not set by those of lowest taste or interest. Nor are they set exclusively by those of rigid, austere, conservative, or puritan taste and habit of mind. Something approaching a general average of community thinking and feeling has to be discovered. Obviously this is no easy task, for we are seeking a quantity that is elusive. Yet the effort must be made if we are to have a fair objective standard in relation to which a publication can be tested as to whether it is obscene or not. The alternative would mean a subjective approach, with the result dependent upon and varying with the personal tastes and predilections of the particular Judge who happens to be trying the case.

Community standards must be contemporary. Times change, and ideas change with them. Compared to the Victorian era this is a liberal age in which we live. One manifestation of it is the relative freedom with which the whole question of sex is discussed. In books, magazines, movies, television, and sometimes even in parlour conversation, various aspects of sex are made the subject of comment, with a candour that in an earlier day would have been regarded as indecent and intolerable. We cannot and should not ignore these present-day attitudes when we face the question whether *Dude and Escapade* are obscene according to our criminal law.

Community standards must also be local. In other words, they must be Canadian. In applying the definition in the Criminal Code we must determine what is obscene by Canadian standards, regardless of attitudes which may prevail elsewhere, be they more liberal or less so¹².

En 1985, le juge Dickson a profité de l'arrêt *Towne Cinema Theatres* pour préciser davantage les paramètres balisant l'application de la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine. À la suite d'une analyse exhaustive de la jurisprudence en la matière, il en a proposé la définition suivante :

[...] la norme applicable est la tolérance et non le goût. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient¹³.

11. *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. c. The Queen*, [1964] R.C.S. 251.

12. *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. c. The Queen*, [1963] 2 C.C.C. 103, 116-117 (C.A. Man.).

13. *R. c. Towne Cinema Theatres Ltd.*, précité, note 4, 508.

Le juge Dickson a signalé cependant que le critère des normes sociales n'est pas l'unique moyen d'évaluer le caractère indu des choses sexuelles. Il a précisé que « la définition légale du mot « indu » doit viser également les publications nocives pour les membres de la société et, par conséquent, pour l'ensemble de la société¹⁴ ». Ce faisant, il a adjoint le concept de préjudice au concept préexistant de la norme sociale, mais il a proposé que ces critères soient appliqués distinctement de façon que certains comportements conformes à la norme de tolérance demeurent illégaux en raison du risque de préjudice qu'ils présentent pour la société¹⁵. D'après cette conception, un comportement pouvait donc être qualifié d'indécet ou d'obscène de deux manières : en n'étant pas toléré par la société ou en engendrant un effet nocif. Ainsi, une conduite non tolérée par la société pouvait être déclarée illégale en l'absence de tout préjudice. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'arrêt *Towne Cinema Theatres* où, bien que le juge Dickson ait précisé qu'une violation des normes sociales ne constitue pas en soi une infraction criminelle, la détermination du caractère obscène du matériel cinématographique présenté par le cinéma appelant ne dépendait que de l'application de la norme de tolérance, aucune preuve de préjudice n'ayant été déposée par la poursuite¹⁶.

Depuis l'arrêt *Butler*¹⁷ cependant, le degré de préjudice ne doit plus être évalué indépendamment de la norme de tolérance, mais bien en interrelation avec celle-ci en tant que critère la sous-tendant. Autrement dit, la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine s'apprécie dorénavant en fonction du degré de préjudice pouvant résulter du comportement reproché¹⁸. Cet accent mis sur l'existence d'un risque de préjudice

14. *Id.*, 505.

15. *Ibid.*

16. *Id.*, 506 ; voir également l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 483, où le juge Sopinka mentionne en ce sens, traitant de l'absence de corrélation qui existait jusqu'alors entre le critère des normes sociales et celui du traitement dégradant et déshumanisant : « En appliquant ces deux critères au même matériel et apparemment de façon indépendante, nous ne savons pas si la société a jugé le matériel intolérable parce qu'il était dégradant ou déshumanisant, parce qu'il choquait la morale ou pour quelque autre motif. »

17. *R. c. Butler*, précité, note 16, 485 ; après avoir fait remarquer qu'il n'existait pas nécessairement de rapport entre la tolérance et le préjudice dans l'esprit du juge Dickson dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres*, le juge Gonthier signale d'ailleurs à la page 520 de cet arrêt que « [l]e juge Sopinka utilise la norme sociale de tolérance pour évaluer le risque de préjudice. Dans ce contexte, il doit exister un rapport entre la tolérance et le préjudice. »

18. Voir notamment à cet effet : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 59 ; *R. c. Mara*, précité, note 3, par. 31 ; *R. c. Roux*, [2001] R.J.Q. 567, par. 10 (C.A.) ; *R. c. Jacob*, (1996) 112 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.) ; *R. c. Kouri*, précité, note 6, par. 33-34.

résulte logiquement du fait qu'il est difficile, voire impossible, d'appliquer objectivement la norme de tolérance si aucun critère n'intervient pour en uniformiser l'application.

1.2 Un contexte d'application singulier en matière d'indécence

Le concept d'indécence permet d'éviter la perpétration de certains actes qui, sans pour autant être obscènes, deviennent clairement inappropriés et causent un risque de préjudice lorsqu'ils sont présentés à des gens n'étant pas suffisamment avertis. Hormis ce dernier cas et les infractions relatives à l'obscénité, « les tribunaux ne doivent pas s'ériger en arbitre des pratiques sexuelles entre adultes consentants¹⁹ ». Cette façon de circonscrire le concept d'indécence rejoint d'ailleurs la définition qu'en avait donnée le juge Jean-Guy Boilard à l'occasion de l'affaire *Pelletier* et qui a été notamment reprise par la Cour suprême dans l'arrêt *Tremblay*²⁰. Le juge Boilard avait précisé dans cette affaire que « l'indécence vise le comportement sexuel ou sa représentation qui n'est ni obscène ou immoral mais inapproprié selon les normes canadiennes de tolérance à cause du contexte où il survient²¹ ».

Considérant que la norme de tolérance est directement fonction du risque de préjudice pouvant résulter du comportement reproché et que l'indécence s'apprécie en fonction du contexte, il s'ensuit que l'appréciation du risque de préjudice permettant d'inférer l'indécence est elle-même fonction du contexte²². En d'autres mots, puisque « l'indécence vise le

19. *R. c. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595 (C.S.).

20. *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, 962.

21. *R. c. Pelletier*, précité, note 19, 604.

22. En toute déférence pour le plus haut tribunal du pays, il est d'ailleurs intéressant de constater que le juge Cory applique erronément la norme de tolérance dans l'arrêt *Tremblay*, précité, note 20. En effet, après avoir cité à juste titre un passage de l'arrêt *Butler* où le juge Sopinka mentionne que ce que la société tolère varie en fonction du degré de préjudice pouvant en résulter (voir p. 960), le juge Cory énonce l'absence de préjudice comme l'un des éléments de preuve qui, tout comme le lieu et les circonstances entourant la perpétration des actes reprochés, doivent être pris en considération (voir les différents éléments de preuve qu'il analyse séparément de la page 963 à la page 972). De plus, il mentionne à la page 971 que « l'absence de tout risque de préjudice pouvait certainement être prise en considération pour déterminer la norme de tolérance de la société à l'égard des actes incriminés ». Or, puisque la norme sociale est directement fonction du préjudice, le juge Cory aurait dû analyser le risque de préjudice à la lumière de tous les éléments de preuve plutôt que les analyser séparément. Non seulement l'absence de préjudice dans cette affaire aurait dû être prise en considération, mais elle constituait la raison même permettant de conclure que les actes reprochés étaient tolérés et donc légaux.

comportement sexuel ou sa représentation qui n'est ni obscène ou immoral mais inapproprié selon les normes canadiennes de tolérance à cause du contexte où il survient²³», l'évaluation du risque de préjudice doit nécessairement s'effectuer à la lumière du contexte ayant entouré la perpétration des actes faisant l'objet du litige²⁴. Ainsi, comme le signale le juge Proulx dans sa dissidence de l'arrêt *Labaye*, «(1) le lieu, (2) l'auditoire, (3) la nature de l'avertissement ou de l'avis qui est donné aux personnes présentes et (4) le but de l'activité reprochée²⁵» sont les principaux critères contextuels retenus pour évaluer s'il existe un risque de préjudice permettant d'inférer l'intolérance de la société canadienne en matière d'indécence²⁶.

1.3 L'exigence d'un risque de préjudice grave au point de nuire au bon fonctionnement de la société

Dans l'arrêt *Malmo-Levine*, l'opinion majoritaire de la Cour suprême précise que l'existence d'un préjudice n'est pas la seule justification permettant de légitimer la répression des maux sociaux par l'entremise d'une interdiction pénale²⁷. Dans cette optique, le Parlement «peut également intervenir sur le fondement d'une crainte raisonnée de préjudice même si, à l'égard de certains aspects de la question, «la situation n'est pas encore nette»²⁸». Il s'ensuit donc, comme l'avait par ailleurs signalé le juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, que si le Parlement n'est plus justifié, compte tenu des valeurs édictées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, de maintenir des normes de bienséance traditionnelles s'inspirant d'un moralisme outré, il lui est néanmoins loisible de protéger certains consensus sociaux sur la base d'une conception fondamentale de la moralité²⁹.

23. *R. c. Pelletier*, précité, note 19, 604; l'italique est de nous.

24. *R. c. Mara*, précité, note 3, par. 32; *R. c. Roux*, précité, note 18, par. 10; *R. c. Tremblay*, précité, note 20.

25. *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 42 (j. Proulx). Voir également en ce sens : *R. c. Tremblay*, précité, note 20, 962-963.

26. «Cette approche contextuelle est toutefois inapplicable lorsque la norme de tolérance est appliquée en matière d'obscénité. La raison en est que «du matériel pornographique n'a qu'à être intrinsèquement obscène pour tomber sous le coup des dispositions prohibant l'obscénité; il ne peut devenir obscène simplement parce qu'il est présenté devant un auditoire non averti» : *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 38 (j. Proulx), se référant à l'arrêt *R. c. Pelletier*, précité, note 19, ainsi qu'à l'arrêt *R. c. Ludacka*, (1996) 105 C.C.C. (3d) 565 (C.A. Ont.). Voir également : *R. c. Mara*, précité, note 3, par. 32.

27. *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 634-635.

28. *Id.*, 621.

29. *R. c. Butler*, précité, note 16, 493 et 498.

En matière d'immoralité cependant, puisque l'augmentation du risque de préjudice est « inversement proportionnelle à la possibilité que la société tolère une situation visée³⁰ », l'existence d'un préjudice est requise afin qu'un comportement puisse être sanctionné. D'ailleurs, la jurisprudence s'entend unanimement depuis l'affaire *Butler* à savoir qu'un simple préjudice ne peut suffire pour conclure au caractère obscène ou indécent d'un comportement³¹. Effectivement, la Cour suprême a rappelé dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium* que la norme de tolérance est fonction du « préjudice qui est grave au point d'être incompatible avec le bon fonctionnement de la société canadienne³² ». À l'occasion de l'arrêt *Butler*, le juge Sopinka avait défini, dans un contexte d'obscénité, ce préjudice important comme suit :

[...] le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement³³.

Par conséquent, des actes, films, images ou comportements illustrant un traitement dégradant et déshumanisant de la sexualité seront juridiquement immoraux, c'est-à-dire indécents ou obscènes, uniquement si le risque de préjudice découlant de ces actes est important au point de nuire au bon fonctionnement de la société³⁴. Ainsi, la Cour suprême signalait en matière d'obscénité « que le matériel érotique sexuellement explicite représentant des adultes se livrant à des actes considérés comme dégradants et déshumanisants n'est pas toujours obscène. Ce matériel doit également créer un risque de préjudice important, qui excède le seuil de tolérance de la société³⁵. » Ce besoin d'inférer un préjudice du comportement reproché

30. *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 46 (j. Proulx), se référant à l'arrêt *R. c. Mara*, précité, note 3, par. 31, et à l'arrêt *R. c. Butler*, précité, note 16, 485, où le juge Sopinka écrit : « Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. »

31. Dans cet arrêt, le juge Sopinka a signalé, alors qu'il était question d'évaluer la nature obscène de films pornographiques, que « [l]es choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important » : *R. c. Butler*, précité, note 16, 485.

32. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, précité, note 18, par. 59.

33. *R. c. Butler*, précité, note 16, 485.

34. Voir notamment : *R. c. Butler*, précité, note 16, 485 ; *R. c. Hawkins*, (1994) 86 C.C.C. (3d) 246, 263 et 264 (C.A. Ont.).

35. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, précité, note 18, par. 60.

s'explique du fait « qu'il est tout simplement impossible d'appliquer la norme de tolérance de manière objective s'il n'existe aucune balise permettant de tâter le pouls sociétal³⁶ ».

2 Une illustration des difficultés inhérentes à l'application de la norme de tolérance : l'arrêt *R. c. Labaye*

Malgré l'existence de balises préétablies, la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine n'est pas d'approche facile. Les motifs majoritaires rendus distinctement par les juges Rochon et Rayle dans l'arrêt *Labaye* reflètent malheureusement cette réalité. À la lumière des principes circonscrivant l'application de la norme de tolérance dont il a été question dans la première partie du présent article, nous verrons donc en quoi l'appelant *Labaye* aurait dû être acquitté en appel de l'accusation d'avoir tenu, selon le paragraphe 210 (1) du *Code criminel*, une maison de débauche pour la pratique d'actes d'indécence.

2.1 Une interprétation erronée des paramètres circonscrivant la norme de tolérance

Par sa manière de résumer les principes généraux sous-tendant l'application de la norme de tolérance en matière d'indécence, il appert d'abord que l'opinion rendue par le juge Rochon dans l'affaire *Labaye* repose sur l'ancienne conception de la norme de tolérance³⁷.

36. *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 49 (j. Proulx). Le juge Sopinka signalait d'ailleurs en ce sens ce qui suit dans l'arrêt *Butler*, précité, note 16, 483 : « Il ressort de cette analyse de la jurisprudence qu'elle ne mentionne pas la corrélation qui existe entre les critères. Cette lacune en ce qui concerne le critère des normes sociales et le critère du traitement dégradant ou déshumanisant, par exemple, soulève une importante question quant aux facteurs sur lesquels se fonde la société pour déterminer si le matériel contesté sera toléré. En appliquant ces deux critères au même matériel et apparemment de façon indépendante, nous ne savons pas si la société a jugé le matériel intolérable parce qu'il était dégradant ou déshumanisant, parce qu'il choquait la morale ou pour quelque autre motif. Dans certaines circonstances, la conclusion que le matériel est tolérable peut être annulée par la conclusion de la cour qu'il est nocif et qu'il constitue donc une exploitation indue. Par ailleurs, le critère des besoins internes est-il dominant au point de racheter le matériel qui autrement constituerait une exploitation indue ou constitue-t-il seulement un facteur parmi d'autres ? Ce critère est-il appliqué par la société ou est-il établi par la cour sans tenir compte de la société ? Cette lacune dans la jurisprudence fait que le texte législatif peut être attaqué en raison de son caractère imprécis et incertain. »

37. *Supra*, note 14.

Effectivement, le juge Rochon précise d'entrée de jeu dans ses motifs que « l'application de la norme sociale ne suffit pas toujours à trancher la question³⁸ ». De plus, traitant de la corrélation existant entre le critère de la norme de tolérance et celui du caractère dégradant et déshumanisant, il ajoute que « l'existence de l'un *ou* l'autre des critères ne suffit pas pour rendre l'acte indécent, encore faut-il qu'il en découle un risque de préjudice pour la société³⁹ ». En toute déférence, ces commentaires font entièrement abstraction du fait que la norme de tolérance est désormais, tel que cela a été énoncé précédemment⁴⁰, fonction du préjudice et qu'il n'existe donc qu'un seul critère permettant de jauger la tolérance de la société. En effet, l'application de la norme de tolérance suffit à trancher la question puisque les facteurs du préjudice, de la norme sociale et du traitement dégradant et déshumanisant, qui étaient autrefois appliqués distinctement, font dorénavant partie intégrante de cette norme. Cette interprétation erronée ne porte cependant pas directement à conséquence puisque le juge Rochon mentionne ensuite à bon droit, après avoir fait référence à l'arrêt *Butler*, que « ce qui compte pour qualifier un acte d'indécent est le préjudice qui en découle pour la société⁴¹ ».

Le juge Rochon commet toutefois une erreur déterminante au moment d'interpréter un passage crucial de l'opinion du juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*. En effet, il mentionne que le juge Sopinka conclut dans l'arrêt *Butler* « que certains traitements sexuels dégradants ou déshumanisants *peuvent constituer un risque de préjudice important*⁴² ». Or, le juge Sopinka mentionne plutôt à la page 485 de cet arrêt que tout traitement dégradant ou déshumanisant peut constituer une exploitation indue⁴³ « *si le risque de préjudice est important*⁴⁴ ». Cette nuance d'apparence anodine s'avère cruciale puisque nous avons vu qu'un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant ne permet pas en lui-même d'inférer, contrairement à ce que prétend le juge Rochon, le risque de préjudice important qui ferait conclure à l'obscénité ou à l'indécence. Comme le signale le juge Proulx dans son opinion dissidente, « le traitement dégradant ou déshumanisant doit plutôt causer un risque de préjudice important avant qu'il ne soit possible d'en

38. R. c. *Labaye*, précité, note 5, par. 111 (j. Rochon).

39. *Id.*, par. 112 ; l'italique est de nous.

40. *Supra*, note 16.

41. R. c. *Labaye*, précité, note 5, par. 112 (j. Rochon).

42. *Ibid.* ; l'italique est de nous.

43. Le mot « indue » dans l'expression « exploitation indue des choses sexuelles » est le terme permettant d'en venir à une conclusion d'obscénité par le truchement de la norme de tolérance. Par. 163 (8) C.cr.

44. R. c. *Butler*, précité, note 16, 485 ; l'italique est de nous.

arriver à une telle conclusion⁴⁵ ». En effet, s'il est évident que des actes dégradants ou déshumanisants peuvent potentiellement causer un risque de préjudice important, il demeure qu'ils ne sont pas tolérés et donc qu'ils sont illégaux uniquement dans la mesure où ils provoquent effectivement un préjudice d'une telle ampleur. Bref, si le juge Rochon conclut à juste titre qu'un risque de préjudice est nécessaire pour conclure à l'indécence, il n'en reste pas moins, comme nous le verrons, qu'il infère l'existence d'un tel risque uniquement à partir de sa conclusion subjective quant au caractère dégradant et déshumanisant des actes reprochés.

Se fondant sur la décision rendue dans l'affaire *Angerillo*⁴⁶, le juge Rochon précise ensuite, avant même d'aborder la question du préjudice, qu'il se dégage nettement du consensus social que les activités sexuelles de groupe perpétrées au « club » l'Orage, qu'il qualifie à juste titre d'orgies, ne sont pas tolérées par la société canadienne⁴⁷. Pourtant, le juge Rochon ne peut simplement affirmer « que le Canadien ne tolère pas les orgies » puisque l'indécence est fonction du contexte et qu'une orgie, peut, par conséquent, être accomplie et tolérée dans un endroit sans nécessairement l'être dans un autre⁴⁸. En déterminant ainsi que les Canadiens ne tolèrent pas les orgies avant de préciser si un tel comportement provoque un préju-

45. *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 84 (j. Proulx). Dans un contexte d'obscénité, la Cour suprême signalait d'ailleurs au paragraphe 60 de l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, précité, note 18, que « le matériel érotique sexuellement explicite représentant des adultes se livrant à des actes considérés comme dégradants ou déshumanisants n'est pas toujours obscène ».

46. *R. c. Angerillo*, [2003] R.J.Q. 1977 (C.M.V.M.).

47. Il convient de préciser que le juge Rochon mentionne à tort que les Canadiens ne tolèrent pas les orgies parce qu'il se fonde sur l'interprétation erronée que fait le juge Boisvert du témoignage de l'expert Campbell dans l'affaire *Angerillo*. Dans son jugement, le juge Boisvert mentionne qu'une « orgie » est une activité sexuelle explicite de groupe se déroulant *publiquement*. Pourtant, une orgie se définit plutôt « comme un « excès de quelque chose », ce qui n'empêche pas qu'elle puisse être accomplie autant en public qu'en privé » : *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 55 (j. Proulx). Bref, le juge Rochon se fonde sur l'équation erronée du juge Boisvert voulant qu'une orgie soit *nécessairement* une activité sexuelle de groupe accomplie en public pour conclure à tort que les orgies ne sont pas tolérées. Cette équation est fautive puisqu'une orgie n'est pas inévitablement perpétrée en public lorsque le critère de la relative intimité est pris en considération. En effet, il est possible selon ce critère que des actes à caractère privé soient accomplis dans un endroit public, tout comme il se peut que des actes se déroulent publiquement dans un endroit privé. Voir : *R. c. Mara*, précité, note 3, par. 40.

48. Le juge Proulx mentionne d'ailleurs à juste titre dans son opinion dissidente que, « [a]vec égards pour le juge Rochon, l'indécence est fonction du contexte et une orgie peut être accomplie et tolérée dans un endroit sans nécessairement l'être dans un autre » : *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 55.

dice, le juge Rochon applique encore une fois l'ancienne conception de la norme de tolérance provenant de l'arrêt *Towne Cinema Theatres* où la norme de tolérance et le préjudice n'étaient pas des concepts interreliés⁴⁹. D'ailleurs, indépendamment d'une application appropriée de la norme de tolérance, il appert d'une réponse à une question du sondage pancanadien réalisé à l'occasion de l'arrêt *Angerillo*, question qui est reproduite dans un ouvrage publié par le président de l'Association des échangistes du Québec, que les Canadiens tolèrent les orgies⁵⁰ :

Même si personnellement vous ne fréquenteriez jamais un club d'échangistes, dans quelle mesure tolérez-vous que des adultes d'âge légal, avertis et consentants, assistent ou participent à des activités sexuelles explicites en groupe dans un établissement prévu à cette fin qui leur est réservé. Ces activités se font à l'abri du regard du public ne désirant pas y assister ou participer. Pour vous, est-ce tout à fait tolérable, plutôt tolérable, plutôt intolérable ou tout à fait intolérable ?

[Tableau indiquant que c'est tout à fait tolérable et plutôt tolérable.]

Québec : 74 %

Canada : 57 %

Canada sans le Québec : 53 %

2.2 La mise en relief d'un préjudice essentiellement subjectif

Comme nous l'avons mentionné, le juge Rochon interprète erronément l'opinion du juge Sopinka dans l'arrêt *Butler* en concluant que « certains traitements sexuels dégradants ou déshumanisants peuvent constituer un risque de préjudice important⁵¹ ». Cette faille dans l'interprétation de la norme de tolérance explique pourquoi le juge Rochon conclut, sans véritablement remettre en question la gravité du préjudice pouvant découler d'un tel comportement⁵², que les rapports sexuels entre une femme et plusieurs hommes revêtent un caractère dégradant et déshumanisant qui cause un risque de préjudice important. Or, un préjudice grave au point d'être incompatible avec le bon fonctionnement de la société doit pourtant être établi hors de tout doute raisonnable avant qu'il soit possible de conclure à l'indécence.

En effet, ce n'est qu'à la toute fin de ses motifs que le juge Rochon traite brièvement du caractère préjudiciable des actes accomplis au « club » l'Orage. À cet effet, il mentionne ceci :

49. *R. c. Towne Cinema Theatres Ltd.*, précité, note 4, 505.

50. J. HAMEL, *L'échangisme : un phénomène de société*, Montréal, Éditions CEQSC, 2003, p. 198.

51. *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 112.

52. *Id.*, par. 142 (j. Rochon).

[...] je suis d'avis que les actes observés dans leur contexte sont préjudiciables à la société à maints égards. D'abord, les échanges sexuels complets avec plusieurs partenaires, dans bien des cas, sans mesure de protection adéquate, constituent un préjudice social sérieux, ne serait-ce que dans une perspective de santé communautaire visant le contrôle des maladies transmises sexuellement.

J'ajoute ici que le risque est réel. Au hasard des soirées et des rencontres, plus de 800 membres et leurs invités sont susceptibles d'avoir des échanges sexuels sans protection adéquate. Le préjudice social serait énorme si l'on devait mettre de côté les normes de santé publique au profit du choix personnel des individus en matière d'hygiène sexuelle.

Il y a lieu également de replacer dans son contexte la citation de la Cour suprême du Canada dans *Mara* au sujet des maladies transmises sexuellement et reproduite par le juge Proulx dans ses motifs (paragraphe 78). Contrairement à l'affaire *Tremblay* (actes d'indécence), l'arrêt *Mara* avait trait à une accusation de spectacle indécent. Comme le risque de maladies transmises sexuellement n'affectait que les participantes au spectacle et non les clients eux-mêmes, ce facteur devenait secondaire. En aucun cas, la Cour suprême du Canada ne remet en cause la très grande importance de ce facteur lorsque l'accusation est celle d'avoir tenu une maison de débauche pour la pratique d'actes d'indécence, comme elle l'avait exposé dans l'affaire *Tremblay*. Je m'en rapporte à ce sujet aux propos de ma collègue la juge Rayle.

De plus, les rapports sexuels observés, notamment ceux qui mettent en cause cinq hommes et plus avec une seule femme, le tout entouré de spectateurs mâles qui se masturbent, véhiculent un message dégradant et déshumanisant de la sexualité, compte tenu du contexte commercial dans lequel ces échanges sont pratiqués. Je crois avoir démontré dans le dossier *Kouri* pourquoi ce type d'activité entraîne un préjudice social important. Le préjudice est certes plus diffus qu'en matière d'obsécénité, mais il n'en est pas moins important. À ce sujet, je reporte le lecteur à mes motifs du dossier *Kouri*. En fonction des faits du présent dossier, les observations que j'y ai faites conservent toute leur pertinence.

Il appert donc de ce passage que le juge Rochon infère le risque de préjudice lui permettant de conclure à l'indécence en raison du risque de transmission de maladies transmises sexuellement (MTS) et du fait que ces rapports sexuels, notamment ceux qui mettent en cause une femme et plusieurs hommes, véhiculeraient un message dégradant et déshumanisant de la sexualité. Quant au risque de préjudice important énoncé dans les motifs distincts de la juge Rayle dans le même arrêt *Labaye*, il repose uniquement sur le risque de préjudice découlant d'une exposition au risque de transmission de MTS⁵³. Ces conclusions appellent plusieurs remarques.

Il est vrai que le juge Cory a précisé dans l'arrêt *Tremblay* que l'absence de risque de contracter une MTS « pouvait certainement être prise en considération pour déterminer la norme de tolérance de la société à

53. *Id.*, par. 166-170 (j. Rayle).

l'égard des actes incriminés⁵⁴ » Néanmoins, le juge Cory ne mentionne nulle part dans sa décision qu'il s'agit d'un facteur *très* important, et ce, bien que le juge Sopinka signale dans l'arrêt *Mara* qu'une grande importance a été accordée à ce risque dans l'arrêt *Tremblay*⁵⁵.

De surcroît, il apparaît profondément illogique de conclure à l'indécence d'actes sexuels explicites sur la base du fléau que représentent aujourd'hui les MTS. Effectivement, quel lien existe-t-il entre le caractère indécent d'un acte et le risque de préjudice corporel découlant du risque de transmission de MTS ? Ce risque n'est qu'une conséquence inévitable de toute relation sexuelle non protégée, qu'elle puisse être sanctionnée criminellement ou non. Comme le signale à bon droit la juge Otis dans l'arrêt *Kouri*, « même si les questions d'hygiène et de santé publique peuvent constituer une source d'inquiétude, le type de préjudice social qu'elles engendrent n'est pas inhérent au caractère indécent ou non des actes sexuels en cause⁵⁶ ». D'ailleurs, soyons rationnels : le Parlement n'a manifestement pas l'intention de criminaliser la transmission accidentelle de MTS puisque cette infraction a été abrogée du *Code criminel* en 1985⁵⁷.

Le juge Rochon enchaîne ensuite en affirmant que les actes sexuels observés au « club » l'Orage, notamment ceux qui mettent en cause une femme et plusieurs hommes dont certains se masturbent en assistant aux ébats, « véhiculent un message dégradant et déshumanisant de la sexualité, compte tenu du contexte commercial dans lequel ces échanges sont pratiqués⁵⁸ ». À ce sujet, il renvoie le lecteur à sa décision rédigée dans l'arrêt

54. *R. c. Tremblay*, précité, note 20, 971. Voir aussi la page 969 de sa décision où il aborde également les risques inhérents à la transmission de MTS.

55. *R. c. Mara*, précité, note 3, par. 39.

56. *R. c. Kouri*, précité, note 6, par. 48. Dans la même veine, le juge Proulx signale dans l'arrêt *Labaye* « que le port du condom relève davantage d'un choix personnel que de la qualification de « l'acte » et que le législateur n'a jamais entendu stigmatiser ceux qui n'y ont pas recours ! » : *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 82.

57. Le paragraphe 253 (1) C. cr. énonçait ceci : « Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, étant atteint d'une maladie vénérienne, la communique à une autre personne » : abrogé, L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 41. Pour sa part, David A. Crerar mentionne ce qui suit au sujet du préjudice découlant du risque de transmission de MTS : « While hygiene-as-harm seems appropriate and publicly persuasive in our epoch of AIDS, it does not provide a satisfactory excuse why the activities in question should justify the infringement of a Charter right, let alone attract criminal sanctions » ; D.A. CRERAR, « The Darker Corners : The Incoherence of 2 (b) Obscenity Jurisprudence after Butler », (1996) 28 *R.D. Ottawa* 377.

58. *R. c. Labaye*, note 5, par. 142 (j. Rochon).

Kouri, en mentionnant avoir démontré dans cette affaire en quoi ce type d'activité entraîne un préjudice social important. Dans ce dernier arrêt, le juge Rochon a démontré l'existence d'un tel préjudice ainsi :

Quel est le préjudice potentiel lié à la possibilité de se livrer à des échanges sexuels en public dans un établissement licencié ? Le risque de préjudice est difficile à mesurer concrètement, mais il n'est pas anodin pour autant. À *mon avis*, il y a clairement une perte de sens ou une banalisation des relations sexuelles et une confusion des frontières quant à ce qu'il est ou non possible de faire en société⁵⁹.

Hormis le risque de transmission de MTS, le juge Rochon conclut donc à l'existence d'un risque de préjudice du fait que les rapports sexuels mettant en cause plusieurs hommes avec une seule femme véhiculeraient un message dégradant et déshumanisant étant donné le contexte commercial dans lequel ces actes sont pratiqués. Or, comme nous le verrons en analysant les facteurs l'ayant incité à adopter cette conclusion, il ressort clairement de la jurisprudence qu'une telle prétention est nettement insuffisante pour conclure à l'indécence.

D'abord, il est intéressant de noter que le juge Rochon signale que « l'appelant exploite une entreprise commerciale qui permet aux membres du club et à leurs invités de se livrer à diverses activités sexuelles dans un endroit auquel le public a accès contre rémunération⁶⁰ » sans même considérer le critère pourtant déterminant de la relative intimité⁶¹. Ce faisant, il ne tient pas compte du fait que les actes n'étaient pas en l'espèce accomplis, tout comme dans l'arrêt *Tremblay*, « à la vue du public, de manière flagrante, mais bien à l'intérieur d'une pièce fermée, dans une relative intimité, et seuls des adultes consentants y participaient⁶² ».

Il est vrai que la détermination du caractère public ou privé des lieux où sont accomplis les actes reprochés est pertinente pour évaluer s'ils sont indécents. Cependant, il est clairement erroné d'adopter rigidement la très large définition d'« endroit public » prévue à l'article 197 du *Code criminel* pour arriver à cette fin. Effectivement, la définition d'« endroit public » ne doit servir que de repère en vue de déterminer si l'endroit visé est public ou privé puisqu'elle n'est pas un élément essentiel de l'infraction prévue au paragraphe 210 (1). En conséquence, le juge Rochon, tout comme la juge

59. *R. c. Kouri*, note 6, par. 83 (j. Rochon) ; l'italique est de nous.

60. *R. c. Labaye*, note 5, par. 115 (j. Rochon).

61. Selon ce critère, qui a pour objet de nuancer la définition très large d'« endroit public » prévue dans l'article 197 du *Code criminel*, il est possible que des actes à caractère privé soient accomplis dans un endroit public tout comme il se peut que des actes se déroulent publiquement dans un endroit privé. Voir *R. c. Mara*, précité, note 3, par. 40.

62. *R. c. Tremblay*, précité, note 20, 970.

Rayle d'ailleurs⁶³, ne peut simplement se fonder *mutatis mutandis* sur la définition d'« endroit public » de l'article 197 pour affirmer que les actes étaient en l'espèce accomplis, à l'instar de la situation dans l'arrêt *Mara*, dans un endroit public⁶⁴.

De plus, en signalant que « les rapports sexuels qui mettent en cause cinq hommes et plus avec une seule femme, le tout entouré de spectateurs mâles qui se masturbent, véhiculent un message dégradant et déshumanisant de la sexualité, compte tenu du contexte commercial dans lequel ces échanges sont pratiqués⁶⁵ », le juge Rochon prend en considération la présence de spectateurs au moment de qualifier les actes reprochés.

Or, la Cour suprême a clairement précisé dans l'arrêt *Mara* que « la présence de spectateurs et l'incidence du spectacle sur ceux-ci sont relativement sans importance »⁶⁶ lorsque l'infraction en cause implique la tenue d'une maison de débauche pour la pratique d'actes d'indécence. D'ailleurs, même si une certaine importance devait être accordée à ce facteur, celui-ci n'aurait absolument aucun impact sur le caractère préjudiciable des actes perpétrés en l'espèce puisque les hommes qui observent les activités sexuelles de groupe dans un contexte d'échangisme ne sont pas de simples spectateurs non avertis. En effet, non seulement le voyeurisme fait partie intégrante des ébats sexuels échangistes⁶⁷, mais les observateurs finissent parfois par se mêler aux activités sexuelles. Bref, l'ensemble des personnes qui se présentaient à « l'appartement de Jean-Paul » partageaient la philosophie échangiste.

De plus, un simple risque de préjudice ne saurait étayer une conclusion d'indécence. Il faut que le comportement reproché provoque un « préjudice qui est grave au point d'être incompatible avec le bon fonctionnement de la société canadienne⁶⁸ ». Or, aucune preuve ne permettait dans l'arrêt *Labaye* de conclure à l'existence d'un tel risque de préjudice. En effet, à

63. En effet, la juge Rayle prétend au paragraphe 165 de l'arrêt *Labaye* qu'il n'existe pas matière à distinguer entre l'arrêt *Mara* et le cas d'espèce au motif que, « [d]ans un cas comme dans l'autre, nous sommes en présence d'adultes consentants et avertis qui, une fois à l'intérieur des lieux, avaient tous un accès illimité à l'endroit où ils choisissaient ou non de se livrer à des actes sexuels ou d'en être témoins ».

64. Dans l'arrêt *Mara*, les actes indécents étaient accomplis sur la scène d'une taverne où des danseuses s'adonnaient, au cours d'un spectacle entièrement public, à divers contacts sexuels avec la clientèle.

65. *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 142 (j. Rochon).

66. *R. c. Mara*, précité, note 3, par. 39.

67. J. HAMEL, *op. cit.*, note 50, 149.

68. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, précité, note 18, par. 59.

l'instar de l'arrêt *Kouri*⁶⁹, la preuve ne révélait pas que certains membres avaient servi d'objet sexuel ou que ceux-ci étaient contraints ou avilis en participant aux actes reprochés. Bien sûr, il est établi de manière jurisprudentielle qu'un juge n'a pas à avoir recours obligatoirement à une preuve extrinsèque pour conclure que la société ne peut tolérer le comportement reproché⁷⁰. Dans les cas limites cependant, l'existence d'une telle preuve peut s'avérer déterminante puisqu'il ne faut pas perdre de vue qu'il incombe à la poursuite d'établir hors de tout doute raisonnable que le comportement en cause provoque un préjudice social sérieux au point de nuire au bon fonctionnement de la société. Un passage de l'affaire *Hawkins* que cite le juge Proulx dans sa dissidence de l'arrêt *Labaye* illustre d'ailleurs parfaitement cette assertion :

In some cases, as, for example, in films portraying necrophilia, bondage or bestiality, or sex associated with crime, horror, cruelty, coercion or children, it may be concluded from the contents of the films themselves, without expert or other evidence, that they may predispose persons to act in the antisocial manner contemplated by Butler. In other cases, as, for example, in films in which the participants appear as fully willing participants occupying substantially equal roles in a setting devoid of violence or the other kinds of conduct just noted, the risk of societal harm may not be evident. Further evidence may be required to prove that exposure to the impugned material will create a substantial risk of an identifiable harm that may cause persons to act in a manner inimical to the proper functioning of society. The question is essentially one of degree, one of where the line is to be drawn. It remains, however, for the Crown, in every case, to prove that the material or type of material in question is such as to cause the harmful effects that constitute an integral element of the offence⁷¹.

Considérant que les actes reprochés à l'origine de l'affaire *Labaye* représentent clairement un cas limite où la détermination du degré de préjudice causé se révèle particulièrement délicate, la production par la poursuite d'une preuve d'expert s'avérait sans doute nécessaire pour établir l'existence d'un risque de préjudice grave au point de compromettre le bon fonctionnement de la société⁷². Or, non seulement la poursuite n'a pas déposé une telle preuve, mais la défense a tenté de démontrer, par le truchement du docteur Campbell, l'inexistence d'un tel préjudice. Dans ces

69. *R. c. Kouri*, précité, note 6, par. 40.

70. *R. c. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307 (C.A. Man.); *R. c. Towne Cinema Theatres Ltd.*, précité, note 4, 513-514.

71. *R. c. Hawkins*, précité, note 34, cité par le juge Proulx dans *R. c. Labaye*, précité, note 5, par. 88; l'italique est de nous.

72. Cela découle du fait que, comme le signale le juge Freedman dans sa dissidence de l'arrêt *Dominion News & Gifts* qui a été adoptée intégralement par la Cour suprême, « in cases close to border line, tolerance is to be preferred to proscription » : *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. c. The Queen*, précité, note 12.

circonstances, comment les juges Rochon et Rayle pouvaient-ils rationnellement se convaincre, sans s'inspirer de leur propre idiosyncrasie, que les actes accomplis au troisième étage du « club » l'Orage causaient hors de tout doute raisonnable un préjudice nuisant au bon fonctionnement de la société ? Il ne suffit pas qu'un juge, dans sa vision des choses, considère un comportement comme dégradant et déshumanisant et infère directement de ce fait un préjudice social⁷³, encore faut-il qu'il se demande objectivement si ce comportement cause ledit préjudice⁷⁴.

2.3 L'emploi indu des termes « dégradant et déshumanisant »

En concluant dans ses motifs que les actes impliquant une femme et plusieurs hommes sont préjudiciables parce qu'ils sont « dégradants et déshumanisants » sans évaluer sérieusement la portée de ce préjudice qui doit pourtant être grave au point de nuire au bon fonctionnement de la société, le juge Rochon « transpose » simplement les qualificatifs « dégradant et déshumanisant » issus de l'arrêt *Butler* pour justifier une conclusion essentiellement subjective. Or, cette manière machinale et fort répandue d'appliquer le concept du préjudice est inappropriée et, de plus, elle permet aux tribunaux d'évacuer toute pertinence propre à son utilisation. Effectivement, en transposant tout simplement des qualificatifs préfabriqués d'une affaire à l'autre, les tribunaux peuvent constituer un préjudice sans même qu'il en existe réellement un et imposer, de ce fait, leur conception subjective de la nature des actes reprochés⁷⁵.

Cette opinion est d'ailleurs partagée par l'auteure Annalise Acorn qui écrit dans un article critiquant l'arrêt *Mara* que les tribunaux se justifient

73. Dans l'arrêt *Kouri*, précité, note 6, par. 35, la juge Otis mentionne ceci : « À moins de représenter un risque de préjudice important, la seule qualification d'un acte comme étant « dégradant et déshumanisant » n'entraîne pas nécessairement sa réprobation judiciaire. S'il en était autrement, le critère deviendrait essentiellement subjectif, engendrerait l'instabilité décisionnelle et le gouvernement par les juges. »

74. Voir à cet effet *R. c. Roux*, précité, note 18, par. 18, où la Cour d'appel du Québec signale ce qui suit : « Il ne suffisait pas que le juge, dans sa vision des choses, considère ce spectacle « dégradant et déshumanisant » pour ainsi conclure au caractère indécent : encore devait-il se demander, à l'exemple de l'arrêt *Mara*, précité, si ce spectacle causait un « préjudice social » ou encore « prédispose les personnes à agir d'une manière antisociale, comme si un tel traitement des femmes était socialement acceptable et constituait une conduite normale, et comme si nous vivions dans une société dépourvue de toute valeur morale » ».

75. Comme l'écrit l'auteur David Crerar, « the courts mechanically apply boilerplate quotations of *Butler* and then move on. This results in a constitutional test for obscenity based not on principles of actual harm, but on the judge's intuitive role as interpreter of a non-existent community standard » : D.A. CRERAR, *loc. cit.*, note 57, p. 382.

désormais de l'arrêt *Butler* pour recourir commodément aux mots « déshumanisant et dégradant » pour « trouver » un préjudice dans plusieurs causes, et ce, sans même s'enquérir de la perception des femmes ou des autres groupes minoritaires étant effectivement atteints par le caractère potentiellement préjudiciable des actes immoraux dont ils sont l'objet⁷⁶. D'après cette dernière, cette façon d'agir serait directement due au fait que le juge Sopinka, en transposant l'expression « déshumanisant et dégradant » dans l'arrêt *Mara* pour dénoncer un comportement choquant, n'a pas pris la peine de vérifier auprès des personnes atteintes pour évaluer objectivement si les actes visés avaient effectivement un caractère préjudiciable. Ce dur constat est d'autant plus déplorable que le juge Sopinka, en suggérant lui-même que la norme de tolérance soit évaluée en fonction du préjudice, cherchait précisément dans l'arrêt *Butler* à éviter que les tribunaux appliquent une norme de tolérance fondée sur leur propre idiosyncrasie.

D'ailleurs, l'indice confirmant que l'expression « dégradant et déshumanisant » est employée aveuglément par les tribunaux, notamment par les juges Rochon et Rayle dans l'arrêt *Labaye*, provient de la définition même du concept d'indécence. En effet, dans la mesure où l'indécence se définit comme un « comportement sexuel ou sa représentation *qui n'est ni obscène ou immoral* mais inapproprié selon les normes canadiennes de tolérance à cause du contexte où il survient », il est difficile de prétendre qu'un comportement qui n'a en soi rien de répréhensible puisse fréquemment devenir sérieux au point d'être dégradant et déshumanisant une fois le contexte pris en considération. Autrement dit, la logique porte à croire qu'un comportement n'a certainement pas à être sexuellement dégradant et déshumanisant pour être qualifié d'indécet : il n'a qu'à être inapproprié au point de causer un risque de préjudice grave qui pourrait hypothéquer le bon fonctionnement de la société⁷⁷.

La raison en est qu'une action indécete ne revêt pas nécessairement de connotation sexuelle. L'arrêt *Jacob*⁷⁸, où l'appelante avait été accusée en vertu de l'alinéa 173 (1) a) du *Code criminel* pour s'être promenée les

76. A. ACORN, « Harm, Community Tolerance, and the Indecent: A Discussion of R. v. Mara », (1997) 36 *Alta. L.Rev.* 258.

77. Se référant à l'opinion du juge Osborne dans l'arrêt *Jacob*, précité, note 18, l'auteure Janine Benedet partage cette assertion : « Osborne J.A. refers to the harm analysis of Sopinka J. in *Butler*, but that analysis was predicated on the harm to women's equality engendered by materials which combine explicit sex with violence or degradation. While discrimination against women is clearly a community harm, it makes little sense to apply in its entirety this formulation of harm to the indecent act context. Some acts commonly understood as indecent may cause these harms, while others will not » ; J. BENEDET, « On Indecency: R. v. Jacob », (1996) 3 *Can. Crim. L.R.* 17, 28.

78. R. c. *Jacob*, précité, note 18.

seins nus dans les rues de Guelph au nom de l'égalité des femmes, en est le meilleur exemple. Qui plus est, une analyse des textes d'incrimination impliquant l'indécence laisse clairement entrevoir que ce n'est que dans certaines circonstances se situant à l'extrémité supérieure du spectre de l'indécence qu'il sera pertinent d'invoquer les qualificatifs « dégradant et déshumanisant ». Ainsi, l'individu qui se masturbe dans un parc devant un passant se comporte d'une manière inappropriée entravant le bon fonctionnement de la société, mais il n'agit certainement pas de manière dégradante et déshumanisante puisqu'il ne se place pas ainsi en état de subordination, de soumission avilissante ou d'humiliation de manière contraire aux principes d'égalité de tous les êtres humains⁷⁹.

Bref, le juge Sopinka n'a jamais exigé dans l'arrêt *Butler* que le risque de préjudice découle nécessairement d'un comportement dégradant et déshumanisant ; il n'a employé ces qualificatifs que pour classer, en matière d'obscénité, les choses sexuelles dans trois catégories de pornographie⁸⁰. D'ailleurs, il a défini de manière générale le risque de préjudice pouvant provoquer l'intolérance comme celui qui est incompatible avec le bon fonctionnement de la société⁸¹. Bref, si les tribunaux ont si fréquemment recours à ce vocable en matière d'indécence, c'est qu'ils s'efforcent davantage de trouver un préjudice que d'en établir objectivement l'existence : l'arrêt *Labaye* en est sans doute le meilleur exemple.

Conclusion

La Révolution tranquille des années 60 a été au Québec un remarquable plaidoyer en faveur de la permissivité sexuelle. Avec le déclin de l'emprise religieuse, la valorisation des libertés personnelles s'est inscrite incontestablement comme une tendance contemporaine progressiste.

Malgré cette évolution, nous comprenons évidemment l'aversion que peuvent avoir certains Canadiens envers l'échangisme. Cependant, le test de l'indécence n'a rien à voir avec le conservatisme, l'âge ou le bon goût. En effet, « [i]mposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée, va à

79. *R. c. Butler*, précité, note 16, 479.

80. *Id.*, 484 : ces trois catégories étaient « (1) les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, (2) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent des personnes à un traitement dégradant et déshumanisant, et (3) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes ».

81. *Id.*, 485.

l'encontre de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social⁸² ». Or, considérant le résultat contradictoire auquel en est arrivée la Cour d'appel du Québec à l'issue des décisions rendues dans les arrêts *Labaye* et *Kouri*, force est de constater que la caractérisation de l'indécence repose malheureusement davantage sur les convictions personnelles de chacun que sur une étude uniformément rigoureuse de la norme de tolérance.

Il faut reconnaître que la sexualité est un véhicule de plaisir profondément personnel. Selon les croyances et opinions de chacun, elle s'exprime dans un contexte de partage, d'amour ou d'amitié. Ainsi, dans la mesure où les adeptes de l'échangisme respectent l'individualité sexuelle des autres sans imposer leurs principes ni provoquer les non-initiés, l'intervention des tribunaux est injustifiée. La raison en est que la norme de tolérance « vise avant tout non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société⁸³ ». En effet, chaque individu est responsable de son épanouissement personnel et a, par conséquent, le droit absolu de prendre les moyens qu'il estime nécessaires à son développement. Bref, « to allow the harmless, but inappropriate, does not destroy society, it merely creates the space for change and perhaps even progress⁸⁴ ».

82. *Id.*, 492.

83. *Id.*, 493.

84. A. ACORN, *loc. cit.*, note 76, se référant aux propos émis par H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 52.