



MÉMOIRE DE LA CONFÉRENCE CANADIENNE DES ARTS RELATIVEMENT AU PROJET DE LOI C-2

**Présentation de la
Conférence canadienne des arts
7 avril 2005**

**Canadian Conference of the Arts
804 -130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1P 5G4
Tel: 613-238-3561
Fax: 613-238-4849**



Renseignements généraux

(a) Démarches artistiques et expression de la sexualité

Les démarches artistiques rejoignent les valeurs fondamentales même que la garantie de la liberté d'expression prévue par l'alinéa 2b) de *la Charte canadienne des droits et libertés* vise à protéger, y compris la quête de vérité et d'épanouissement personnel. L'art est indispensable à la société moderne comme forme d'expression qui décrit et commente les conditions humaines, sociales et politiques. Il joue un rôle critique en permettant aux êtres humains d'explorer et de comprendre leur réalité et le monde dans lequel ils vivent et d'en prendre davantage conscience. Le rôle de l'art a été reconnu à plusieurs reprises par nos tribunaux lorsqu'il était question de déterminer la portée de la liberté d'expression au Canada. Même avant l'avènement de la *Charte des droits et libertés*, le juge Bora Laskin avait déclaré ce qui suit dans l'affaire *Cameron* :

La Cour peut prendre connaissance d'office que l'engagement des citoyens ou des habitants dans l'exécution de l'art (qu'il s'agisse de dessin, de peinture ou de sculpture), la formation des étudiants en art et l'exposition de l'art qui entraîne le raffinement des goûts du public sont des démarches qui se rapportent à la culture du pays [trad.] [Il s'agit d'une décision de la Cour d'appel de l'Ontario de 1966 pour laquelle il n'existe aucune traduction]

Dans le même ordre d'idées, l'ancien juge en chef du Canada, Antonio Lamer, a déclaré ce qui suit au sujet de l'art dans une cause visée par l'alinéa 2b) de la *Charte des droits et libertés* (*Renvoi aux articles 193 et 195.1 du Code criminel*) :

Comme dans le cas de la langue, l'art est à plusieurs égards une expression de l'identité culturelle et, dans plusieurs cas, une expression de l'identité personnelle avec son schème particulier de pensées, de croyances, d'opinions et d'émotions. Cette expression peut n'avoir qu'une valeur inhérente en ce qu'elle ajoute au sens de l'épanouissement de soi, à l'identité personnelle et à l'individualité indépendamment de l'effet qu'elle peut avoir sur un auditoire potentiel, ou elle peut être fondée sur le désir de communiquer à d'autres certains sentiments et certaines pensées.

L'expression de la sexualité est liée à pratiquement toutes les valeurs fondamentales sous-tendant la liberté d'expression : la quête de la vérité, l'épanouissement personnel et la participation politique. L'exploration de la dimension sexuelle de l'existence humaine a toujours été une préoccupation centrale pour les artistes. Les percées de l'art dans la culture populaire ont souvent eu à voir avec la représentation de la dimension sexuelle de la condition humaine et du corps humain. L'expression de la sexualité joue un rôle central dans notre compréhension de l'identité humaine et constitue, par conséquent, un thème indispensable des formes écrites et visuelles de l'art. *Ulysses*, de James Joyce, est généralement considéré comme le chef-d'œuvre de la littérature du vingtième siècle, et si tel est le cas, ce n'est pas uniquement parce que l'œuvre recourt à la forme narrative et à un langage romanesque, mais parce que son contenu sexuel explicite est présenté avec candeur et sans détour. Des oeuvres notoires, telles que le *David* de Michel-Ange, *Le jugement dernier*, de Goya ou *Le déjeuner sur l'herbe*, de Manet, présentent la nudité ou des thèmes sexuel. À l'époque de leur création, elles ont toutes



provoqué un scandale en défiant les valeurs sociales dominantes. Chacune de ces grandes œuvres a fait l'objet de tentatives de censure par des saisies douanières, de rétention, de destruction ou l'on a exigé qu'elle soient drapées (Michel-Ange, Goya, Manet) et l'on a menacé les galeries les exposant d'être accusées d'obscénité. Les livres d'histoires relatent quantité de tentatives de réglementer l'expression d'une sexualité qui n'exploite personne et qui n'est le produit d'aucune activité criminelle. Ces tentatives ont échouées parce qu'il est impossible de faire la distinction entre l'expression de la sexualité interdite et l'expression artistique protégée lorsque la production du matériel en question ne cause de préjudice à personne.

(b) Moyen de défense fondé sur la valeur artistique

C'est dans ce contexte que nos tribunaux ont créé " le moyen de défense fondé sur la valeur artistique " relativement aux mesures gouvernementales allant à l'encontre des œuvres d'expression à teneur sexuelle. Ce moyen de défense occupe désormais une place reconnue dans le droit canadien, que la Cour suprême du Canada a résumé comme suit dans son arrêt Butler de 1992 :

L'expression artistique est au cœur des valeurs relatives à la liberté d'expression et tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression. le tribunal doit appliquer libéralement le moyen de défense fondé sur la " valeur artistique ".

Le représentation d'activités sexuelles impliquant des personnes âgées de moins de 18 ans ne devrait pas être invariablement supprimée. La CCA accepte que le Parlement édicte un ensemble de lois visant à prévenir les préjudices à l'endroit des mineurs dont il peut être démontré qu'ils résultent directement de la pornographie juvénile. La CCA partage la répugnance de la population pour l'abus sexuel de personnes mineures et approuve la possibilité d'infliger des sanctions pénales relativement à tout document impliquant ou réputé impliquant l'abus illégal d'enfants réels. D'autre part, les représentation visuelles de sexualité adolescente, les films et les livres communément désignés par l'appellation " passage à l'âge adulte ", la publication de journaux personnels d'adolescents relatant leur expériences sexuelles, les oeuvres de la peinture classique (comme celle représentant Cupidon, enfant, caressant le sein de la déesse Vénus), les histoires explorant l'abus sexuel d'enfants (comme la mini-série *Les garçons de Saint-Vincent*, diffusée à la SRC) ou l'auto-représentation par des artistes (ou des artistes en herbe) âgés de moins de 18 ans sont à juste titre protégés par le " moyen de défense fondé sur la valeur artistique ". Toutes ces formes d'expression présentent un aspect fondamental de la condition humaine et ne portent préjudice à personne.

(c) Le problème que pose l'affaire Sharpe

Huit ans après l'ajout de l'article 163.1 au *Code criminel*, la Cour suprême a donné, dans le cadre de l'*affaire Sharpe*, une définition extensive du moyen de défense fondé sur la valeur artistique. Ce développement a grandement soulagé la CCA, car la définition donnée est suffisamment large pour prémunir les jeunes artistes ou ceux qui s'intéressent au roman ou qui abordent des thèmes transgressifs contre l'infamie d'une poursuite au criminel. Le tribunal a également admis deux exceptions à l'ensemble des accusations de possession ou de production de pornographie juvénile pour éviter d'avoir à annuler la loi toute entière au motif qu'elle portait fortement atteinte à la liberté d'expression. Par conséquent, la loi sur la pornographie juvénile a, en grande partie, été " sauvée " et elle ratisse suffisamment large pour englober pratiquement toutes les situations impliquant des documents d'expression pouvant porter préjudice aux enfants.



PROJET DE LOI C-2

La tenue du procès de Sharpe a été autorisée à la suite du règlement de la Cour suprême. Sharpe faisait face à de nombreuses accusations de pornographie juvénile relativement à des documents saisis lors de son arrestation. Ces documents étaient en partie composés de documents photographiques et Sharpe a été reconnu coupable de possession de documents pornographiques et condamné à une peine d'emprisonnement. Les documents photographiques montraient des enfants réels participant à des activités sexuelles. Tel que mentionné précédemment, la CCA appuie l'existence d'une loi condamnant ce crime et est d'avis que Sharpe a été condamné à juste titre. Toutefois, il a également été accusé de possession de documents écrits décrivant des rapports sexuels impliquant des enfants. Il a invoqué le moyen de défense fondé sur la valeur artistique et fait appel à deux experts qui ont témoigné de la valeur littéraire des histoires, certaines écrites par Sharpe lui-même. Le juge a accepté l'opinion des experts embauchés par la défense et a acquitté Sharpe des accusations relatives aux documents écrits. Cet acquittement est à l'origine de la démarche pour l'abolition du moyen de défense fondé sur la valeur artistique. Qu'un pédophile comme Sharpe invoque ce moyen de défense pour éviter d'être poursuivi pour possession de documents pornographiques est compréhensible, mais demeure présomptueux. L'abolition de ce moyen de défense n'est pas nécessaire et inconsiderée pour plusieurs raisons, dont les suivantes :

- Elle néglige le fait que Sharpe ait été reconnu coupable de deux infractions relatives à ce qui est dûment défini comme de la pornographie juvénile. Les histoires qui ont fait l'objet de l'acquittement ne constituaient qu'une infime partie de sa collection et il n'était pas nécessaire que celles-ci fassent l'objet d'accusations pour que Sharpe soit effectivement condamné et emprisonné. La présomption de ceux qui n'ont jamais pris connaissance des histoires est qu'un pédophile ne peut forcément être en possession que de matériel à caractère lubrique. Évidemment, il est illogique de croire une chose pareille. Le fait qu'il ait été acquitté de certaines des accusations pesant contre lui devrait être perçu comme le résultat des accusations excessives portées par la police et non pas comme lacune du *Code criminel* auquel il faudrait remédier.
- Le fait que Sharpe ait lui-même écrit les histoires ayant fait l'objet de la poursuite et qu'il ait été acquitté des deux chefs d'accusation relatifs aux documents écrits semble avoir offensé un grand nombre de personnes. Mais si la loi n'appuie pas la condamnation d'un individu pour possession de documents possédant une valeur littéraire authentique impliquant les enfants et la sexualité (*Lolita*, de Nabokov, par exemple), il est illogique de penser qu'elle devrait appuyer la condamnation d'un individu pour possession de documents de même nature parce que ceux-ci ont été écrits par le possesseur. On ne pourrait imaginer de démarche portant davantage atteinte à la liberté que celle commandant la ré-écriture de la loi en vue de criminaliser les oeuvres artistiques en fonction de l'identité de la personne qui les a créées.
- En pratique, les documents saisis auprès de véritables pédophiles comprennent presque toujours des documents représentant des enfants réels impliqués dans des rapports sexuels - soit avec d'autres enfants, soit avec des adultes. Des documents de même type que ceux à l'origine des accusations dans l'*affaire Sharpe* ne constituent presque jamais le principal matériel saisi auprès des véritables pédophiles. L'*affaire Sharpe* illustre bien cette réalité, car lors de l'arrestation de Sharpe, la police a saisi des centaines de photographies pornographiques juvéniles. Pour cette raison, le fait de vouloir abolir le moyen de défense fondé sur la valeur artistique pour coincer Sharpe peut à juste titre être considéré comme une réaction excessive au prétendu



problème voulant que Sharpe puisse invoquer un moyen de défense pour chacune des accusations portées contre lui. Toutefois, les nombreux artistes qui choisissent d'aborder le thème de la sexualité des personnes de moins de 18 ans ne devraient pas encourir le risque de poursuites éventuelles parce qu'un pédophile a pu invoquer avec succès le moyen de défense fondé sur la valeur artistique relativement à une infime partie de sa collection.

- Derrière les arguments soutenant l'abolition du moyen de défense fondé sur la valeur artistique se cache la présomption que les artistes légitimes ne s'intéressent pas à la question de la sexualité des personnes de moins de 18 ans. Cela pose problème pour deux raisons. Premièrement, tel que mentionné précédemment, l'art moderne s'intéresse depuis longtemps à la sexualité, et la sexualité juvénile constitue un aspect important de cette thématique. L'art a notamment pour fonction de nous amener à réfléchir à notre condition, au pourquoi des choses, à l'origine de la souffrance et du bonheur et aux relations que nous avons les uns avec les autres. L'art qui suscite une méditation sur ces questions a atteint son but. Non seulement la sexualité, y compris celle des personnes de moins de 18 ans, est légitime, mais elle constitue une thématique essentielle pour les artistes. Il est incohérent pour une société démocratique qui respecte le rôle de l'art de déclarer, par l'intermédiaire de la législation, qu'il est inconvenant d'aborder certains sujets. Le fait de dénoncer l'exploitation sexuelle des enfants tout en permettant aux artistes d'explorer le sujet n'implique aucune contradiction. Deuxièmement, les dispositions législatives actuelles sur la pornographie juvénile font passer pour anormaux les artistes qui explorent le sujet de la sexualité juvénile. Au Canada, il est légal pour toute personne de 14 ans et plus d'avoir des rapports sexuels (attendu que le partenaire n'est pas un parent et qu'il ne bénéficie pas d'une position de confiance par rapport à la jeune personne). Toutefois, comme la définition de pornographie juvénile s'applique à toute personne âgée de moins de 18 ans, la réalité sexuelle des mineurs ne peut être représentée. Puisque la représentation d'activités sexuelles impliquant des personnes de moins de 18 ans est réputée être de la pornographie juvénile, il est interdit pour les artistes d'aborder un aspect normal et central du développement des jeunes adultes.

(d) Évaluation de la légitimité du but et de l'existence d'un risque excessif

La CCA s'oppose au remplacement du moyen de défense fondé sur la valeur artistique par une nouvelle évaluation visant à déterminer si le but de l'artiste est légitime et si son art pose un risque excessif de préjudice à l'endroit des enfants. Notre opposition est fondée sur les points suivants :

- tel que mentionné précédemment, il n'y a pas de raison de croire que le moyen actuel de défense ne permet pas d'identifier les documents qui impliquent véritablement l'exploitation des enfants, c'est-à-dire les documents impliquant la participation d'enfants réels à des rapports sexuels constituant déjà une infraction en vertu des dispositions du *Code Criminel*,
- tel que mentionné précédemment, il n'existe pas de risque concret que des pédophiles esquivent une condamnation pour possession de documents pornographiques impliquant des enfants réels. Dans le cas où des pédophiles posséderaient des documents ayant une valeur artistique, la loi sur la pornographie juvénile et le moyen de défense fondé sur la valeur artistique auront tous deux servi leur cause ;



PROJET DE LOI C-2

- une évaluation de la légitimité du but apporte une part de subjectivité qui risque d'exposer les artistes à des poursuites. Le moyen de défense actuel a l'avantage de ne pas favoriser les poursuites marginales fondées sur une évaluation subjective de l'œuvre par les policiers, la Cour suprême ayant décrété qu'il est possible d'invoquer le moyen de défense fondé sur la valeur artistique chaque fois que l'œuvre en cause possède " toute valeur artistique objectivement établis, si minime soit-elle ". À l'inverse, une évaluation de la légitimité du but amènera les policiers à juger de l'œuvre d'un point de vue subjectif selon qu'elle accorde trop d'importance au sexe ou à la sexualité ou que la place accordée au sexe ou à la sexualité est gratuite ou superflue ;
- une évaluation de la légitimité du but amènera inévitablement les policiers à juger de la réussite d'une oeuvre. Si ceux-ci estiment que l'œuvre est médiocre ou qu'elle n'a pas les traits caractéristiques de l'art conventionnel, il est fort possible qu'ils portent des accusations. À l'inverse, l'évaluation de la valeur artistique visait justement à protéger les artistes non conventionnels. Comme l'a déclaré le juge en chef Mc Lachlin relativement à l'*affaire Sharpe* : " Il serait discriminatoire et irrationnel de permettre à un bon artiste d'échapper à la responsabilité criminelle mais d'incriminer un artiste plus marginal, moins talentueux ou moins conformiste. " Il n'y a aucune raison de croire que le policier penchera du côté de l'artiste si l'œuvre en cause est inepte, non conventionnelle ou controversée. Il sera trop difficile de résister à la tentation de comparer l'œuvre à des formes d'art établies ou dominantes, en conséquence les artistes ne pourront faire ce que nous attendons d'eux. La théorie voulant qu'il soit évidemment pour les policiers et les poursuivants de déterminer si l'œuvre possède un " but légitime " ou non fait fi de l'expérience des artistes et promeut un " art de consensus " de la plus timide espèce. Vu sa nature auto-limitative, ce moyen de défense n'offrira une protection contre la censure et la condamnation qu'aux seuls artistes demeurant dans les limites des valeurs faisant consensus, ce qui va à l'encontre de la liberté d'expression ;
- la deuxième partie de la nouvelle évaluation visant à faire la preuve que l'art ne pose aucun " risque excessif de préjudice " à l'endroit des enfants amènerait les artistes à s'engager dans des procédures coûteuses les exposant à être étiquetés comme pornographes juvéniles. En matière de législation sur l'obscénité, il est fréquent d'invoquer l'argument voulant qu'il y ait " exploitation sexuelle indue " lorsque le risque de préjudice psychologique (prenant la forme d'une croyance, par exemple que les femmes ne sont pour les hommes que de simples objets sexuels) est démontré. Cela constitue une norme de preuve très peu élevée et pourrait favoriser un verdict de culpabilité pour obscénité même lorsque les documents en cause ne posent pas de risques réels de préjudice. En matière de poursuite pour obscénité, cet argument ne constitue toutefois pas l'unique repère, la cour devant également tenir compte de la question prédominante du niveau de tolérance de la collectivité. L'établissement du risque de préjudice est donc influencé par d'autres considérations. Inévitablement, les mêmes arguments seront invoqués dans le contexte d'une poursuite pour possession ou production de pornographie juvénile, sans la présence toutefois de la barrière que constitue le niveau de tolérance de la collectivité. Ainsi, puisque presque tout ce qui implique enfants et sexualité peut confirmer les distorsions cognitives des personnes qui voient les enfants comme des partenaires sexuels, la défense à laquelle les artistes peuvent recourir est mince. De plus, peu d'artistes voudront que leur œuvre soit analysée par des psychiatres, des sociologues ou des juges. Il sera beaucoup plus facile d'éviter tout simplement d'aborder les sujets suscitant la controverse, malgré



l'importance que ces sujets peuvent revêtir.

Ces préoccupations ne sont pas hypothétiques. La poursuite engagée contre l'artiste torontois Eli Langer et la tentative subséquente par la Couronne de destruction de son oeuvre illustre bien les difficultés auxquelles font face les artistes légitimes lorsqu'ils abordent des thèmes visés par les dispositions de l'article 163.1. L'oeuvre de Langer représentait des jeunes gens vraisemblablement âgés de moins de 18 ans s'adonnant à des activités sexuelles, dans certains cas avec des adultes. Il a d'abord été accusé de production et de possession de pornographie juvénile. Plusieurs mois plus tard, la Couronne a retiré les accusations, mais a tenté de confisquer ses oeuvres en vue de les détruire. La requête de la Couronne a été rejetée après qu'un juge ait conclu que les oeuvres avaient une valeur artistique. Aujourd'hui, Langer ne pourrait être poursuivi en vertu de l'article 163.1 car le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, tel que défini dans l'*affaire Sharpe*, le protégerait. Par contre, il pourrait facilement être poursuivi en vertu de l'éventuelle évaluation de la légitimité du but et de l'existence d'un risque excessif. Des poursuites pourraient avoir lieu malgré le fait qu'un juge ait déterminé qu'un des buts de l'oeuvre était de sensibiliser à l'abus sexuel des enfants. En vertu de la définition de la valeur artistique donnée dans l'*affaire Sharpe*, Langer ne pourrait être poursuivi même si le tribunal avait jugé son oeuvre comme excessivement explicite. Par contre, l'évaluation de la légitimité du but et de l'existence d'un risque excessif rendrait possible une poursuite. La CCA soutient que le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, tel qu'il a été défini dans l'*affaire Sharpe*, devrait être maintenu. Il protège les artistes et l'art.

(e) Documents écrits

- Le projet de loi C-2 inclut également dans sa définition de pornographie juvénile tout document écrit dont la caractéristique principale est la description, à des fins sexuelles, d'une activité sexuelle avec une personne de moins de 18 ans qui constitue une infraction en vertu du *Code criminel*. Cette disposition législative suscite plusieurs préoccupations chez les artistes. La première étant que la disposition invite à une interprétation qui ne cadre pas avec son sens manifeste. Comme elle remplace un article qui exigeait que la preuve soit faite que le matériel invite à des activités sexuelles avec un enfant, les tribunaux feront une interprétation extensive de l'élément " à des fins sexuelles " en tenant pour acquis que le Parlement a renforcé la loi afin que davantage de documents puissent être saisis. Ce qui, en retour, mènera à une définition extensive de la notion " à des fins sexuelles " qui finira par englober toute forme d'écrits ne condamnant pas de façon manifeste toute activité sexuelle impliquant les enfants (telle que l'inceste ou des rapports entre des adultes en position de confiance et des enfants). L'ancienne définition, qui était tenue pour exclure la simple description de telles activités (tel que suggéré par le jugement rendu dans l'*affaire Sharpe*), tendait à permettre aux artistes de faire de l'art. Il n'est pas conforme à la pensée démocratique d'exiger des artistes que leurs oeuvres soient uniquement représentatives de la vertu et du bonheur ou de condamner tout ce que la majorité des gens jugent inconvenant. Tel que mentionné précédemment, il s'agit d'une réaction excessive au jugement de première instance rendu dans l'*affaire Sharpe*. Il n'est pas inconcevable qu'un artiste soit aussi un pédophile. C'est précisément ce que nous avons appris à propos de John Robin Sharpe. Mais, il serait injuste que tous les artistes aient à payer pour cela. Sharpe a été puni pour ce qu'il a fait et non pour ce qu'il a écrit. C'est ainsi que les choses devaient être. Deuxièmement, une disposition législative sur la création qui criminalise la possession par l'accusé de matériel que celui-ci a lui-même créé à des fins d'utilisation personnelle exclusives se rapproche dangereusement d'une punition pour un crime



PROJET DE LOI C-2

commis uniquement en pensée. Même si des idées de nature pornographique peuvent ne poser en soi aucun risque de préjudice à l'endroit des enfants, elles seront criminelles une fois mises sur papier. Par conséquent, il sera impossible pour un artiste dont l'œuvre est visée par l'article 163.1 d'invoquer le moyen de défense prévu par la loi. Une fois qu'il aura été déterminé que les documents en cause ont été élaborés " à des fins sexuelles " (ce qui est par définition illégal), ceux-ci ne pourront logiquement avoir de " but légitime ". Par conséquent, la seule défense que peuvent invoquer les artistes en pareille circonstance se révèle illusoire.