

Faculté de droit et de criminologie

La criminalisation de l'art : comment distinguer l'expression artistique qui choque de celle qui nuit ?

L'œuvre littéraire et artistique face à la distinction entre offenses et préjudices de Ruwen Ogien

Auteur : Thomas Anne de Molina

Promoteur : Philippe Coppens

Année académique : 2019-2020

Master [120] en droit, à finalité spécialisée: Etat et Europe

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment [**http://www.uclouvain.be/plagiat**](http://www.uclouvain.be/plagiat).

« J'ai la plus haute idée, et la plus passionnée, de l'art. Bien trop haute pour consentir à le soumettre à rien. Bien trop passionnée pour vouloir le séparer de rien. »
- ALBERT CAMUS, *Carnets II : janvier 1942 - mars 1951*.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Titre I. L'impunité de l'art au nom de la liberté d'offenser	3
Chapitre 1. Offenses et préjudices	3
Section 1. Le principe de non-nuisance (« <i>harm principle</i> »)	3
§1. Le principe général de John Stuart Mill	3
§2. L'interprétation minimaliste de Ruwen Ogien	4
Section 2. Les offenses	5
Section 3. Les préjudices	7
§1. Définition.....	7
§2. Les propos racistes ou sexistes et leur place dans l'art.....	8
Chapitre 2. Les crimes sans victimes.....	10
Section 1. Typologie.....	10
Section 2. Le mouvement de rationalisation du droit	11
Section 3. L'art comme domaine de prédilection.....	13
Section 4. Le cas particulier de la pornographie.....	14
Chapitre 3. La liberté d'offenser.....	15
Section 1. Défendre la liberté d'offenser.....	15
Section 2. Les limites à la liberté d'offenser	16
Titre II. La liberté d'expression artistique face aux lacunes de la distinction entre offenses et préjudices	18
Chapitre 1. Les lacunes de la distinction entre offenses et préjudices.....	18
Section 1. Le préjudice psychologique : zone grise entre offenses et préjudices	18
§1. La liberté d'expression : monopole des offenses.....	19
§2. Le principe millien étendu	20
§3. Le principe de l'offense (« <i>offense principle</i> ») de Joel Feinberg	21
Section 2. La distinction entre offenses simples et offenses préjudicielles	23
§1. Généralités	23
§2. Les critères de distinction	24
A) La gravité de l'offense.....	24
B) La nature de la cible.....	26
C) L'intention de l'auteur	28
D) L'utilité sociale et politique.....	29
Chapitre 2. La liberté d'expression artistique pour protéger la liberté d'offenser.....	31
Section 1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	31
§1. L'arrêt Handyside contre Royaume-Uni du 7 décembre 1976.....	31
§2. L'arrêt Müller et autres contre Suisse du 24 mai 1988.....	32
§3. L'arrêt Otto-Preminger Institut contre Autriche du 20 septembre 1994	33
§4. L'arrêt Wingrove contre Royaume-Uni du 25 novembre 1996.....	35

§5. Les arrêts Karatas contre Turquie du 8 juillet 1999 et Alinak contre Turquie du 31 janvier 2002 ..	36
Section 2. La controverse Charlie Hebdo – Dieudonné	37
§1. L’affaire des caricatures de Mahomet	37
§2. Le cas Dieudonné	38
Titre III. L’autonomisation de la liberté de création artistique pour justifier la liberté d’offenser	40
Chapitre 1. Le détachement contemporain de la liberté de création artistique par rapport à la liberté d’expression artistique	40
Section 1. L’arrêt Vereinigung Bildender Künstler contre Autriche du 25 janvier 2007	40
Section 2. L’élévation de la création artistique au rang de liberté.....	41
Section 3. La loi française du 7 juillet 2016 : un exemple à suivre ?	44
Chapitre 2. Les spécificités de la création artistique pour justifier la liberté d’offenser	46
Section 1. La valeur artistique : l’importance de la forme	47
§1. Généralités	47
§2. Le « tournant abject » de l’art contemporain.....	47
§3. L’exigence esthétique de la pornographie	48
Section 2. Le caractère fictionnel	50
§1. Généralités	50
§2. L’arrêt Lindon, Otchakovsky-Laurenc et July contre France du 22 octobre 2007	51
§3. L’affaire Orelsan.....	53
Section 3 . Le droit d’accès à l’œuvre : l’affaire Akdas contre Turquie du 16 février 2010	54
Conclusion	56
Bibliographie.....	59

INTRODUCTION

L'intervention des juges dans le domaine artistique ne date pas d'hier. De tous temps, les créateurs ont été confrontés à la censure. Molière, Flaubert, Baudelaire, Vian, Voltaire, Courbet,... Tous ont vu leur art malmené et bridé par le droit, au nom de la religion ou de la morale. Si le droit a été purgé des délits d'outrage aux bonnes mœurs, l'art est encore criminalisé. Ainsi, cette criminalisation passe par diverses formes et est opérée en vertu de divers intérêts, comme celui de la protection de l'enfance ou de la dignité humaine. L'art continue de choquer, de heurter et d'offenser.

Si les caricatures de Mahomet par Charlie Hebdo n'ont finalement pas écopé d'une censure, Dieudonné s'est pourtant vu interdit de spectacle. Applique-t-on un « deux poids, deux mesures » ?

En 2014, l'artiste Paul McCarthy avait installé à Paris, dans le cadre d'une foire d'art contemporain, une œuvre intitulée « *Tree* ». Il s'agissait d'un gigantesque sapin de Noël gonflable, qui ressemblait étrangement à un sex-toy. Beaucoup de personnalités politiques s'insurgèrent, y voyant une provocation gratuite et une humiliation. L'œuvre fut finalement retirée après avoir été vandalisée, tandis que l'artiste lui-même fut agressé. Certains en viennent à dire que nous sommes une « génération snowflake », où chacun tend à réclamer le respect par tous de ses convictions, ses origines ou de sa sensibilité¹.

Comment faut-il penser la criminalisation de l'art à notre époque, dans nos sociétés démocratiques ? Ces intrusions dans le domaine artistique sont-elles légitimes ? Le fait qu'une seule personne se sente blessée par une œuvre d'art devrait-il suffire à voir cette œuvre censurée ? La situation est-elle différente si cette personne s'en trouve psychologiquement affectée, au point de ne plus jamais pouvoir en dormir ? Combien de personnes concernées faudrait-il pour légitimer la censure ? Si intuitivement, on se dit qu'il faut interdire ce qui nuit et non ce qui choque, alors comment distinguer l'art qui choque de celui qui nuit ? L'art peut-il seulement nuire ? Peut-on justifier rationnellement que certaines œuvres d'art soient criminalisées et que d'autres ne le soient pas ? Ces questionnements sous-tendent la question principale qui nous préoccupe de savoir comment distinguer l'expression artistique qui choque de celle qui nuit. Ruwen Ogien, philosophe libertaire français né en 1947 et décédé en 2017, propose une justification rationnelle de la criminalisation de l'art.

¹ G. KOENING, « Distinguer l'offense du préjudice », *Les Echos*, 16 janvier 2018, accessible sur <https://www.lesechos.fr/2018/01/distinguer-loffense-du-prejudice-981974> (consulté le 22 avril 2020).

En distinguant les offenses qui ont trait aux choses abstraites et symboliques des préjudices, qui portent directement atteinte à l'intégrité physique des personnes ou à leurs droits fondamentaux, il entendait éviter une telle moralisation de l'espace public, en prônant une « liberté d'offenser »².

Le développement de ce travail s'articule en trois titres : le premier est relatif à la justification rationnelle proposée par Ruwen Ogien pour criminaliser l'art. Dans cette première partie, nous poserons le cadre théorique développé par le philosophe français et verrons au nom de quoi et dans quelle mesure l'impunité de l'art peut être défendue.

Le second titre se concentre sur la dimension expressive de l'art et met en évidence les lacunes et les limites du cadre théorique d'Ogien. Nous proposerons un cadre d'analyse qui surmonte les lacunes pointées et qui permet d'évaluer si l'on se trouve plutôt face à un acte d'expression qui ne fait que choquer, et qui doit rester impuni, ou face à un acte d'expression nuisible qui doit être réprimé.

Nous confronterons nos développements à la jurisprudence européenne et à d'autres affaires retentissantes en la matière, et verrons en quoi les juges appliquent et donnent eux-mêmes des réponses.

Enfin, le dernier titre apporte d'autres perspectives en envisageant le processus créatif dans sa globalité. Nous verrons que les évolutions jurisprudentielles et législatives récentes s'orientent dans cette direction, en détachant progressivement la liberté de création artistique de la liberté d'expression artistique. Ainsi, qu'il s'agisse d'œuvres littéraires, artistiques, musicales ou dramatiques, elles sont dotées de spécificités et recourent à des formes d'expression particulières telles que l'exagération, le détournement, la fiction, etc³. Nous verrons en quoi ces spécificités peuvent nuancer le caractère préjudiciel suscité par l'acte d'expression, et dans quelle mesure elles influencent la distinction entre l'art qui choque de celui qui nuit.

² G. KOENING, *op. cit.*

³ P. MOURON, « La liberté de création au sens de la loi du 7 juillet 2016 », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. n°30, pp. 2-3.

TITRE I. L'IMPUNITÉ DE L'ART AU NOM DE LA LIBERTÉ D'OFFENSER

Chapitre 1. Offenses et préjudices

Ce qui nous intéresse particulièrement dans les travaux de Ruwen Ogien, c'est la distinction qu'il fait entre « offenses » et « préjudices », sur base de laquelle il justifie et défend l'impunité de l'art. Cette distinction oppose d'une part les « offenses », à savoir les attaques aux choses abstraites ou symboliques, et les « préjudices », à savoir les atteintes concrètes à des individus. Si la première catégorie ne représente, d'après Ogien, ni des crimes ni des délits, la seconde justifie en revanche la répression pénale et morale⁴.

Dès lors, c'est au regard de cette distinction entre offenses et préjudices que devrait se justifier la criminalisation de l'art, ou de manière générale toute intervention répressive de l'Etat⁵. Cette distinction cruciale et qui fait l'objet de notre analyse, doit se comprendre à la lumière du principe de non-nuisance (« *harm principle* »)⁶. Il s'agit d'un principe développé par John Stuart Mill, grand penseur anglais du libéralisme, duquel le philosophe français fait une lecture particulière.

Section 1. Le principe de non-nuisance (« *harm principle* »)

§1. Le principe général de John Stuart Mill

A la fin du XIXe siècle, au moment de rédiger son célèbre essai « *De La Liberté* », John Stuart Mill fait le constat qu'il n'existe aucun principe à même de déterminer les cas où l'intervention étatique est justifiée, ou non, dans la pratique. Tout est empreint de subjectivité : certains voudraient voir un Etat moralisateur, qui intervient à tout va, quand d'autres voient l'élargissement des attributions gouvernementales comme un risque. Le principe de non-nuisance développé par Mill entend régler de façon claire les rapports entre société et individu du point de vue de la contrainte et du contrôle. En vertu de celui-ci, la seule raison légitime pour la société de punir un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres, ce qui implique que le seul aspect de la conduite d'un individu qui intéresse l'Etat est celui qui concerne les autres.

⁴ R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, Paris, La Musardine, L'Attrape-corps, 2007, p. 127.

⁵ R. OGIEN, « De la réprobation morale à la répression pénale », *Nouvelle revue d'esthétique*, 2010, vol. 6, n°2, p. 65.

⁶ C. GIRARD, « Offense & Préjudice. La liberté d'expression selon Ruwen Ogien », *Raison Publique*, 6 février 2018, accessible sur <http://raison-publique.fr/article873.html> (consulté le 24 avril 2020).

L'Etat n'est dès lors pas habilité à user de la force contre un individu pour son propre bien. La raison première de punir l'individu, que ce soit via des sanctions pénales ou via la contrainte morale exercée par l'opinion publique, est donc le fait de commettre un acte nuisible pour les autres, tandis qu'il est souverain sur lui-même, son corps et son esprit⁷. Par ce biais, chaque personne est rendue responsable du mal, de la perte ou du préjudice qu'elle fait aux autres, et encourt à juste titre la réprobation morale voire dans les cas plus graves, les sanctions ou punitions pénales⁸.

§2. L'interprétation minimaliste de Ruwen Ogien

Comme tout principe, ce dernier demande à être clarifié et interprété. Le principe de non-nuisance, du point de vue d'Ogien, implique que l'intervention étatique n'est justifiée que par la nécessité d'empêcher que des « préjudices graves et concrets » ne soient volontairement causés à des personnes physiques. D'après lui, cette notion ne couvrirait que les atteintes à l'intégrité physique d'autrui et à ses droits fondamentaux⁹. Sa lecture minimaliste implique également que le principe de non-nuisance à autrui exclut par essence ce qu'il appelle les « crimes imaginaires » ou « crimes sans victimes »¹⁰. En interprétant le principe de non-nuisance de façon étroite, Ogien réduit les raisons légitimes pour la société de punir les individus. Si John Stuart Mill nous dit que commettre un acte nuisible pour les autres implique une sanction, Ogien précise la nature de tels actes en leur offrant une portée restrictive.

La question de savoir ce qu'on peut considérer comme préjudice nécessitant une intervention de l'Etat reste floue. Une atteinte aux droits fondamentaux d'autrui est-elle absolument nécessaire ? Peut-on légitimement criminaliser des actions qui provoquent des émotions négatives comme « (...) *le dégoût, l'anxiété, l'embarras, l'inquiétude ou des malaises sensoriels* » ?¹¹. Dans le cas spécifique de l'art, peut-on classer l'œuvre qui dérange, qui nous met mal à l'aise ou qui provoque d'autres émotions déplaisantes, au rang des préjudices, et donc à celui des actes qui nécessitent punition ?

Pour justifier son interprétation minimaliste, Ruwen Ogien nous livre deux cas pratiques, qui selon lui, devraient intuitivement recevoir deux réponses différentes. Il propose d'imaginer un spectacle qui comprend toutes sortes de comportements et d'actes déplaisants sur scène, à savoir de

⁷ J. S. MILL, *De la liberté* (1859), édition électronique réalisée par J.-M. TREMBLAY, traduit de l'anglais par L. LENGLET, 2002, accessible sur : http://classiques.uqac.ca/classiques/Mill_john_stuart/de_la_liberte/de_la_liberte.html (consulté le 24 avril 2020), pp. 10-12.

⁸ *Ibid.*, p. 12 ; 62.

⁹ R. OGIEN, « De la réprobation morale à la répression pénale », *op. cit.*, p. 66.

¹⁰ R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, *op. cit.*, p. 16.

¹¹ *Ibid.*, p. 17.

l'automutilation, en passant par des scènes de destruction du drapeau national, ou encore d'arrosage d'urine entre comédiens. Il invite ensuite à imaginer une variante de cette situation, dans laquelle les comédiens urinent cette fois sur les spectateurs, brûlent leurs voitures ou les massacrent. D'après lui, le principe de non-nuisance implique de traiter les deux cas différemment, raison pour laquelle sa distinction entre offenses et préjudices, dont nous proposons l'analyse dans les sections suivantes, apparaît cruciale¹².

Le principe de non-nuisance peut servir de mécanisme de contrôle afin de vérifier que le droit n'excède pas son rôle en menaçant la liberté individuelle au nom d'une certaine conception du bien, par exemple en prenant pour un préjudice ce qui n'en est pas. Encore faut-il pouvoir identifier un préjudice et le différencier de l'offense, et donc d'être à même de distinguer ce qui nuit de ce qui ne fait que choquer.¹³

L'on peut certainement être en désaccord avec la lecture minimaliste faite par Ruwen Ogien, comme nous le verrons. Pourtant, ce dernier suggère qu'interpréter le principe de manière plus étendue, et donc, ne pas limiter la classe des préjudices aux dommages graves, évidents et non consentis causés intentionnellement à des personnes particulières, revient à détourner le principe de sa vocation initiale¹⁴.

Section 2. Les offenses

Le domaine des offenses, nous dit Ogien, regroupe les atteintes aux choses abstraites et symboliques, ainsi que les actions qui provoquent des émotions négatives comme la gêne ou le dégoût¹⁵. Pour bien saisir de quoi il s'agit, il convient d'avoir à l'esprit que le sens qu'il donne au terme « offense » diffère de celui qu'on lui donne dans le langage courant. Il ne s'agit pas d'une parole ou d'une action qui blesse ou attaque quelqu'un dans son honneur et sa dignité, ainsi que défini par les principaux dictionnaires¹⁶. Son sens se rapproche, selon ses dires, de celui qu'on lui donnait à l'époque des Lumières. Le terme englobe ainsi le blasphème, l'hérésie, le sacrilège ou encore la sorcellerie¹⁷.

¹² R. OGIEN, « De la réprobation morale à la répression pénale », *op. cit.*, pp. 66-67.

¹³ C. GIRARD, *op. cit.*

¹⁴ R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁵ *Ibid.*, p. 18.

¹⁶ LE ROBERT, « Offense », in *Dico en ligne Le Robert*, accessible sur : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/offense> (consulté le 22 avril 2020). ; LAROUSSE, « Offense », in *Le Dictionnaire Larousse en ligne*, accessible sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/offense/55716> (consulté le 22 avril 2020).

¹⁷ R. REVENIN, *Homosexualité et prostitution masculines à Paris (1870-1918)*, Paris, L'Harmattan, 2005 in R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, *op. cit.*, p. 18.

Dans l'exemple que donne Ogien concernant un spectacle vivant dans lequel les « *performers* » accomplissent toutes sortes d'actes déplaisants, ces actes rejoignent la catégorie des offenses, ce qui n'aurait pas été le cas s'ils étaient dirigés vers les spectateurs.

L'offense, telle que perçue par le philosophe français, ne cause pas de dommage concret à un individu, et ne peut constituer pour cette raison, qu'un crime « sans victime » ou « imaginaire ». Les offenses sont des paroles, des images, ou des actes qui peuvent attenter à des choses abstraites ou symboliques en heurtant des convictions religieuses ou morales¹⁸. Si ces paroles, actes ou images peuvent choquer ou scandaliser des individus particuliers, ils ne leur causent toutefois pas de dommage concret tels que des atteintes aux biens, à la réputation ou à la dignité, auquel cas ils seraient plutôt à ranger dans la catégorie des préjudices¹⁹. Parce qu'elles échappent au principe de non-nuisance, les offenses ne constituent pas des actes qui doivent être réprimés par l'Etat. Elles doivent, par conséquent, être tolérées sans condition, ce qui permettrait de légitimer d'autant plus la sanction des préjudices²⁰.

L'art, sous quelque forme que ce soit, peut certainement provoquer un sentiment de malaise, ou toutes autres sortes d'émotions déplaisantes, et relève donc du domaine des offenses. Ainsi, dans l'histoire, si beaucoup d'œuvres d'art dites « novatrices » ont profondément choqué voire scandalisé, elles n'ont pourtant pas nui à qui que ce soit particulièrement. Par exemple, le tableau « Le Déjeuner sur l'herbe » d'Edouard Manet, dévoilé à la fin du XIX^e siècle, qui représente une femme dénudée et deux hommes habillés autour d'un pique-nique dans les bois, est vu comme une vulgarité à l'époque et fait scandale. Son exposition publique n'a pour autant lésé personne²¹, mais n'a fait que choquer l'opinion publique.

Revenons sur les deux performances artistiques données en exemple par Ogien. Cette mise en pratique nous paraît peu convaincante, ou du moins non suffisante, pour clarifier dans nos esprits la façon de distinguer l'expression artistique qui choque de celle qui nuit. Ainsi que le soulève Charles Girard, chercheur en philosophie du droit et membre de l'Institut de Recherches Philosophiques de Lyon, Ogien se concentre sur un cas simple, puisqu'il ne fait que comparer la représentation d'atteintes

¹⁸ R. OGIEEN, « Aux juges d'établir la distinction entre les offenses et les préjudices », *Le Monde*, 5 février 2015, accessible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2015/02/04/aux-juges-d-etablir-la-distinction-entre-les-offenses-et-les-prejudices_4569705_3232.html (consulté le 25 avril 2020).

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ J.-B. LE BOHEC, « Minimalisme moral et philosophie du droit. En hommage à Ruwen Ogien », *Droit & Philosophie*, « Hors-Série », mis en ligne le 29 octobre 2018, accessible sur <http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/minimalisme-moral-et-philosophie-du-droit-en-hommage-a-ruwen-ogien-230> (consulté le 17 avril 2020), p. 9. ; G. KOENING, *op. cit.*

²¹ M. CHAILLAN, *Pensez-vous vraiment ce que vous croyez penser ?*, Paris, Des Equateurs, 2018, p. 112.

physiques causées par les artistes à eux-mêmes avec la réalisation d'atteintes physiques sur des personnes non consentantes. Ce faisant, le philosophe français esquivait de répondre à la question qui sous-tend notre travail. En effet, il n'y a absolument aucun doute sur la nécessité de réprimer pénalement des massacres de spectateurs ou le fait d'uriner sur eux, que ce soit dans le cadre d'une représentation artistique ou pas²². Il nous semble plus intéressant de se concentrer sur l'hypothèse d'une performance artistique où les *performers* n'attendent pas physiquement à autrui, mais accomplissent une prestation artistique ou une œuvre d'art qui, de prime abord, ne fait qu'offenser les spectateurs.

Dans une variante, imaginons que cette prestation dégoûte le spectateur. Sans pouvoir par ce seul fait impliquer une intervention répressive de l'Etat, on parlera néanmoins de préjudice si le spectateur est forcé d'assister à cette prestation. Le problème proviendra dans ce cas de la contrainte et non de la nature de l'œuvre²³. S'il y a consentement de la victime, il sera plus difficile de parler de préjudice²⁴, car on pourra dire qu'il suffisait à la « victime » de passer son chemin et de ne pas assister à cette prestation controversée.

Section 3. Les préjudices

§1. Définition

La notion de préjudice peut mieux se comprendre une fois mise en perspective avec celle d'offense. Par opposition aux offenses, les préjudices sont des actes qui, parce qu'ils représentent des atteintes concrètes aux individus et à leurs droits, méritent et justifient les interventions répressives de l'Etat. Les dommages causés à l'individu, pour qu'ils puissent être liés à la notion de préjudice, doivent être concrets, graves et évidents²⁵. Cette explication laisse apparaître un premier soupçon de manque de clarté dans la théorie de Ruwen Ogien. A partir de quel moment un dommage peut-il être concret, grave et évident ?

Personne ne semble apte à délimiter clairement la frontière que Ruwen Ogien perçoit entre offenses et préjudices. Tout au plus, la définition du préjudice est paraphrasée, consistant tantôt en une atteinte à l'intégrité physique d'autrui, à ses biens matériels, ou à ses droits fondamentaux, tantôt en des dommages, ou des nuisances concrètes, directes, envers autrui²⁶.

²² C. GIRARD, *op. cit.*

²³ M. GIBERT, « L'éthique minimale : une théorie excitante - La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale de Ruwen Ogien. La Musardine, 135 p. », *Spirale*, Janvier-Février 2010, n°230, p. 32.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ R. OGIEN, « Que reste-t-il de la liberté d'offenser ? », *Libération*, 9 janvier 2015, accessible sur <http://liberationdephilo.blogs.liberation.fr/2015/01/09/que-reste-t-il-de-la-liberte-doffenser/> (consulté le 20 avril 2020).

²⁶ J.-B. LE BOHEC, *op. cit.*, p. 9. ; T. WUILLÈME, « Ruwen Ogien, La liberté d'offenser. Le sexe, l'art et la morale »,

Dès lors, comment distinguer le discours qui choque de celui qui nuit ? La réponse est-elle différente s'agissant d'art ? Comment respecter la volonté d'Ogien afin de protéger ce qui offense sans s'interdire de punir ce qui nuit ? Parce qu'il existe pléthore d'individus différents, il existe des sensibilités et des degrés de réactions différents. La répression, si elle a pour but de rendre justice, ne devrait-elle pas en premier lieu tenir compte de la mesure dans laquelle la victime a été blessée par le discours, peu importe comment cette blessure est qualifiée ?

§2. Les propos racistes ou sexistes et leur place dans l'art

Selon Ogien, les propos racistes et sexistes « (...) relèvent **évidemment** du préjudice »²⁷. Pourtant, en se fiant strictement à ses définitions, ils relèveraient par essence plutôt des offenses. Mais les considérer de la sorte lui aurait sans doute valu de devoir justifier d'une autre manière leur répression, puisqu'il est communément admis qu'ils soient pénalement répréhensibles dans nos sociétés démocratiques²⁸.

D'après cette logique, une œuvre littéraire ou artistique qui véhicule ce genre de discours devrait être considérée comme « préjudicielle » et serait à condamner. Est-ce à dire qu'il faudrait aujourd'hui éradiquer toute trace des œuvres qui ont, d'une manière ou d'une autre, contribué à la création ou au maintien de stéréotypes raciaux ? Selon Jean De Munck, sociologue et philosophe à l'UCLouvain, empêcher la diffusion de telles œuvres pourrait plutôt être contreproductif ? En effet, cela pourrait générer ce qu'on cherche justement à éviter, à savoir l'octroi d'une plus d'importance à ces œuvres et la promotion involontaire de leurs idées. Il faudrait préférer la contextualisation et l'analyse critique de ces dernières. Pour d'autres, un avertissement préalable au visionnage ou à la lecture des œuvres artistiques ou littéraires de ce genre pourrait être prévu, mais risquerait de susciter la critique du moralisme dans le droit²⁹.

C'est une chose d'interroger de manière critique les œuvres jugées racistes *a posteriori* comme « *Tintin au Congo* » d'Hergé ou « *Autant en emporte le vent* » de Fleming ; c'en est une autre de questionner la place dans l'espace public d'une œuvre contemporaine au message similaire.

Questions de communication, 2008, n°13, accessible sur <https://journals.openedition.org/questionsdecommunication/1942> (consulté le 19 avril 2020).

²⁷ R. OGIEN, « De la réprobation morale à la répression pénale », *op. cit.*, p. 67.

²⁸ C. GIRARD, *op. cit.*

²⁹ M. COLINET et J.-C. VANTROYEN, « Faut-il recadrer les œuvres "racistes" ? », *Le Soir*, 16 juin 2020, <https://plus.lesoir.be/307634/article/2020-06-16/faut-il-recadrer-les-oeuvres-racistes> (consulté le 20 juin 2020).

Ainsi, encore aujourd'hui, une fresque jugée raciste par certains est exposée sur les murs de l'Assemblée nationale en France. Cette dernière représente deux personnes noires, aux lèvres gigantesques et aux yeux exorbités, et est même sensée illustrer la première abolition de l'esclavage. Deux tribunes ont été rédigées et une pétition a été lancée pour demander le retrait de l'œuvre. Pourtant, la toile est toujours dans les couloirs de l'Assemblée nationale, et le débat réclamé n'a pas eu lieu³⁰.

Si l'on analyse la situation sous le prisme d'Ogien, plusieurs explications sont possibles. Soit on souhaite plaider pour le retrait de l'œuvre et on admet le caractère raciste de l'œuvre. Dans ce cas, cela serait suffisant pour la considérer comme préjudiciable et donc condamnable. Seulement, le juge devrait être apte à juger de la teneur raciste de l'œuvre : la chose n'est pas aisée. Si au contraire, on considère que l'œuvre par son message ne peut qu'offenser, alors elle devrait pouvoir rester en place. Tout du moins, comme le réclament les auteurs de la tribune, un débat mérite d'avoir lieu.

Il est également très difficile de s'accorder sur le degré de sexisme d'une œuvre littéraire ou artistique, tant les interprétations sont nombreuses. En fonction de l'époque et du lieu, la question de savoir si tel élément d'une œuvre doit être considéré comme sexiste ne trouvera pas la même réponse. Par ailleurs, qu'une œuvre représente ou dépeigne des inégalités qui sont présentes et observables dans la société ne signifie pas forcément qu'elle les justifie³¹. Comme nous le verrons, la forme artistique qu'utilise le propos sexiste a aussi son importance dans la solution à adopter face à ce genre d'expression.

Quoiqu'il en soit, les propos d'Ogien ne nous semblent pas adaptés ou du moins pas suffisants, s'agissant de traiter du racisme ou du sexisme dans l'art.

³⁰ C. JUHEL, « Palais Bourbon : Nouvelle tribune pour exiger le retrait d'une œuvre raciste », *Le Courrier de l'Atlas*, 22 mai 2020, accessible sur <https://www.lecourrierdelatlas.com/palais-bourbon-nouvelle-tribune-pour-exiger-le-retrait-d-une-uvre-raciste/> (consulté le 29 mai 2020). ; M.-F. NIANG et J. SUAUDEAU, « Ce tableau d'Hervé di Rosa est-il la meilleure œuvre pour commémorer la première abolition de l'esclavage? », *Slate*, 21 mai 2020, accessible sur <http://www.slate.fr/story/190641/tableau-herve-di-rosa-commemorer-abolition-esclavage-assemblee-nationale> (consulté le 29 mai 2020).

³¹ I. SMADJA et P. BRUNO. « Évaluer le sexisme d'une œuvre : nécessité et difficulté », *Le français aujourd'hui*, 2008, vol. 163, n°4, pp. 29-36.

Chapitre 2. Les crimes sans victimes

Section 1. Typologie

Au cours de sa vie, Ruwen Ogien s'est donné pour tâche de débarrasser les systèmes politiques, juridiques et moraux de ce qu'on appelle les « crimes sans victimes »³².

Ces crimes sont de trois ordres³³ :

- 1) Les conduites qui causent volontairement des dommages directs à soi-même : il peut s'agir du suicide, de la toxicomanie ou de l'automutilation.
- 2) les activités entre adultes consentants qui ne causent aucun dommage direct à des « tiers » : les jeux d'argent ou les relations sexuelles entre personnes consentantes, par exemple sadomasochistes.
- 3) les conduites qui causent des atteintes à des entités abstraites ou symboliques : comme « Dieu », la « Patrie », les « signes de la religion », le « drapeau de la nation ». Il s'agit des offenses : c'est justement parce qu'elles sont des crimes sans victimes qu'elles doivent rester impunies.

Cette notion de « crime sans victime » ne renvoie donc pas à une catégorie d'infractions pénales qui se situerait à côté des contraventions et des délits. Ce sont des actes, pour certains pénalement répréhensibles, jugés immoraux, alors que leur seul véritable tort est de choquer une tierce personne³⁴. Il s'agit de conduites qui « (...) *passent, aux yeux d'individus non directement impliqués, pour choquantes, dégoûtantes, de telle manière qu'elles suscitent chez eux une forte désapprobation* »³⁵.

Ces trois catégories d'acte ont en commun l'impossibilité d'identifier les victimes. A la question de savoir où sont les personnes physiques et concrètes qui ont subi des dommages contre leur gré, on demeure sans réponse. Bien sûr, on peut imaginer que la personne suicidée inflige à ses proches des souffrances et de profondes blessures. Mais le droit devrait distinguer ce dommage indirect du dommage direct, physique et concret imposé à un individu contre sa volonté³⁶.

³² A. BICHON et T. FALISSARD, « Le philosophe Ruwen Ogien, penseur de la liberté, est mort », *Contrepoints*, 7 mai 2017, accessible sur <https://www.contrepoints.org/2017/05/07/288747-philosophe-ruwen-ogien-penseur-de-liberte-mort> (consulté le 19 avril 2020).

³³ R. OGIEEN, « La morale introuvable », *Raison publique*, 2017, vol. 22, n°2, 2017, p. 31.

³⁴ M. JOUAN, « La morale et ses limites : la philosophie de Ruwen Ogien », *La vie des idées*, mis en ligne le 5 octobre 2018, accessible sur <https://laviedesidees.fr/La-morale-et-ses-limites.html> (consulté le 21 avril 2020), p. 6.

³⁵ J.-B. LE BOHEC, *op. cit.*, p. 3.

³⁶ *Ibid.*, p. 1.

La répression des crimes imaginaires doit également cesser pour des raisons de rentabilité de l'appareil judiciaire : il semble irraisonnable que ce dernier passe autant de temps à les traquer, quand il pourrait investir ses ressources « (...) *dans la prévention et la répression de l'exploitation, de la violence, de la torture, du chantage, des discriminations sociales, sexuelles ou raciales* », plutôt que « (...) *dans la répression des insultes au drapeau, des pratiques sexuelles minoritaires entre personnes consentantes ou de l'usage des drogues* »³⁷.

Le risque est que, même dans des situations relevant d'une de ces trois catégories, des personnes revendiquent le statut de victime en invoquant toute une série de souffrances émotionnelles, qui s'avèrent délicates à évaluer. Il critique la volonté de beaucoup de vouloir faire de ces « crimes sans victimes » de « vrais crimes »³⁸.

Section 2. Le mouvement de rationalisation du droit

Le droit doit s'abstenir de condamner ces actes qui ne causent de dommage direct à personne. Plus encore, ils ne devraient selon Ogien même pas être réprimés moralement, puisque ce dernier prône une « (...) *éthique appauvrie, minimale, épurée des "crimes moraux sans victimes"* »³⁹. Il considère que le concept de « crime sans victime » appartient au mouvement de rationalisation du droit.

La notion de « crimes sans victimes » est née à la fin du XVIII^e siècle, sous l'influence des penseurs des Lumières, dans le cadre du mouvement d'idées qui visait à séparer complètement droit et religion. Ce mouvement s'est opéré notamment en débarrassant le droit pénal de toutes sortes de notions irrationnelles proches du péché, comme le blasphème, l'hérésie, le sacrilège etc. Les penseurs des Lumières ont considéré qu'au moyen de lois rationnelles et raisonnables, ces crimes sans victimes ne devaient plus être sanctionnés⁴⁰.

Au milieu du XX^e siècle, l'expression est utilisée par le sociologue américain Edwin Schur. Il prend l'exemple des crimes sans victimes que sont à l'époque l'avortement, l'homosexualité et la toxicomanie, dans le sens où personne n'est préjudicié par ces actes dits « criminels » si ce n'est leur auteur. On le constate, la façon dont sont légiférés ces comportements a considérablement évolué. Les crimes varient de sens et de signification en fonction de l'endroit et de l'époque dans lesquels ils sont considérés.

³⁷ R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, Paris, Gallimard, Folio, 2007, p. 107.

³⁸ J.-B. LE BOHEC, *op. cit.*, p. 2.

³⁹ *Ibid.*, p. 1.

⁴⁰ R. OGIEN, « La morale introuvable », *op. cit.*, p. 31.

Par conséquent, un crime est un crime parce que la société le définit comme tel, à un moment et à un endroit donné, ce qui, en définitive, reflète le contexte moral de cette société donnée. Un comportement socialement désapprouvé ne mène pas forcément à une criminalisation, mais certains sont rejetés avec une telle virulence qu'ils sont finalement caractérisés comme criminels pour achever le désir de la communauté de les voir éradiqués⁴¹. Face à l'inefficience du droit dans le fait de contrôler ces comportements jugés déviants, Edwin Schur, tout comme Ogien des années plus tard, invite la société à réévaluer constamment la signification sociale qu'elle donne à ses crimes, en révisant sa législation⁴².

Il est vrai qu'un mouvement de rationalisation du droit a permis de faire évoluer la façon dont sont, ou étaient, criminalisés des actes qui ne causent d'autre tort qu'à leur auteur. Ainsi, depuis quelques décennies, beaucoup de sociétés vont dans le sens de la dépénalisation de l'avortement, tandis que les législations et politiques discriminantes à l'égard des personnes homosexuelles se font de plus en plus rares.

Les tentatives et les succès de la part de certains groupes de faire du droit l'instrument de la morale publique indiquent pourtant que ce processus de rationalisation est toujours en cours, ou même qu'il est sujet à régression⁴³. On distingue, entre autres, les « moralistes » qui poursuivent leurs objectifs au nom d'une morale dominante dans une société particulière, des « paternalistes » qui agissent selon une morale qui serait absolue, au nom de valeurs universelles et communes, comme celle de la « dignité humaine »⁴⁴. Par exemple, le législateur s'est pendant longtemps réfugié derrière le terme de « bonnes mœurs » pour faire transparaître la morale, les modes de vie et les goûts de l'élite culturelle⁴⁵. Or, si des mots comme « mœurs », « bonnes mœurs » ou « moralité » étaient beaucoup usités il y a encore quelques années, ces notions sont pourtant insaisissables par essence. Elles laissent au juge en premier lieu la tâche de départager ce qui est moral de ce qui ne l'est pas.

Avec ce processus de rationalisation du droit, on observe un déplacement de l'objet de la répression pénale, qui va servir de moins en moins à punir les atteintes aux bonnes mœurs, et de plus en plus à protéger la liberté de chacun de vivre sa vie comme il l'entend⁴⁶.

⁴¹ M. M. PLATKIN, « Schur : Crimes without victims: deviant behavior and public policy », *Michigan Law Review*, 1966, vol. 64, n°5, accessible sur <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol64/iss5/16> (consulté le 17 juin 2020), pp. 967-968.

⁴² *Ibid.*, pp. 969-970.

⁴³ J.-B. LE BOHEC, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 3-4.

⁴⁵ F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, « Mœurs (Bonnes) » in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 251 in D. LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs : Puissance et impuissance de la norme juridique » in *Les Bonnes Mœurs*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1995, p. 18.

⁴⁶ D. LOCHAK *op. cit.*, p. 49.

C'est dans ce processus que s'inscrit la volonté d'Ogien de mettre fin à la criminalisation des crimes sans victimes, car la volonté de réprimer ces derniers ne faiblit pas forcément. Des crimes imaginaires continuent d'être condamnés, au nom tantôt de la dignité humaine, tantôt de la protection des plus faibles (mineurs, femmes,...)⁴⁷. Ainsi, le mouvement de rationalisation du droit n'est jamais totalement assuré. Ce dernier est constamment remis en cause par certains qui aimeraient que le droit ne se contente pas seulement de protéger des droits, mais s'étende à la promotion de valeurs. Pour cette raison, la question de savoir « où sont les victimes ? », peut s'avérer utile afin de résister à ces tentatives moralistes et paternalistes⁴⁸.

Section 3. L'art comme domaine de prédilection

Si les représentations écrites ou visuelles peuvent certes provoquer des réactions de répulsion, il semble plus ardu d'identifier de véritables victimes, d'autant plus quand l'art s'attaque aux croyances religieuses ou aux symboles. C'est ainsi que les anges ou les dieux, par exemple, « (...) *ne font pas partie de la classe des êtres qui pourraient être littéralement des victimes et toute atteinte à leur égard est une offense et non un préjudice* »⁴⁹. Il faudrait, notamment dans le domaine de l'art, débarrasser les tendances moralistes du droit, qui aboutissent à la répression de crimes sans victimes.

Plus encore, l'art serait en première ligne, s'agissant d'un domaine où d'une part, ils sont les plus fréquents et, d'autre part, où les trois catégories de crimes sans victimes peuvent être commis.

L'exemple d'Ogien l'illustre parfaitement. A elle seule, sa représentation théâtrale controversée accomplit tous ces crimes imaginaires. En effet, un artiste en s'automutilant ne cause un dommage direct qu'à lui-même, tandis que l'œuvre peut également s'en prendre à des symboles religieux ou nationaux. Le fait pour les acteurs de s'uriner mutuellement dessus n'est rien d'autre qu'un acte entre adultes consentants, qui ne cause aucun dommage direct aux tiers que sont les spectateurs⁵⁰. Si l'on ne condamne plus d'œuvres d'art sous prétexte qu'elles constitueraient un sacrilège, qu'elles seraient hérétiques ou sataniques, elles continuent pourtant d'attirer les foudres des moralistes et paternalistes. Elles ne cessent d'être censurées au nom d'une certaine conception de la morale, bien que les motifs invoqués aient changé. On parle désormais de protection des mineurs, de besoin de sécurité, ou de sentiments heurtés. L'art n'est plus accusé de blasphème mais d'obscène, choquant ou blessant⁵¹.

⁴⁷ J.-B. LE BOHEC, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁹ R. OGIEN, « Que reste-t-il de la liberté d'offenser ? », *op. cit.*

⁵⁰ J.-B. LE BOHEC, *op. cit.*, p. 9.

⁵¹ *Ibid.*, p. 8.

Section 4. Le cas particulier de la pornographie

Les représentations sexuelles explicites sont encore fréquemment réprimées légalement, au moyen de justifications morales⁵². Selon Ogien, puisqu'il est impossible d'identifier avec clarté quelles sont les victimes de l'œuvre pornographique, celle-ci devrait bénéficier d'une totale liberté. Il reconnaît qu'on puisse être offensé par de telles représentations, mais elles ne constituent en aucun cas des motifs valables pour les censurer⁵³.

Ronald Dworkin, philosophe américain, s'oppose à une justification de l'impunité de la pornographie sur base du principe de non-nuisance. Lu étroitement comme le fait Ogien, il illégitimerait toute législation qui réprime au nom du bien commun, comme par exemple la restriction de l'utilisation privée des ressources naturelles. Lu largement, il ne serait plus d'aucune utilité en théorie politique, puisque tout comportement provoquant une gêne ou un désarroi serait susceptible d'être criminalisé⁵⁴. Dès lors, deux positions justifieraient une attitude permissive envers la pornographie : une première stratégie axée sur les objectifs et une seconde axée sur les droits. D'après la première, même si l'on reconnaît que la pornographie est mauvaise pour la société dans son ensemble et a des vertus négatives sur le court terme, sa censure aurait des conséquences encore pires sur le long terme. D'après la seconde, l'impunité de telles représentations pourrait être justifiée car leur censure ou leur restriction violerait les droits moraux ou politiques des citoyens⁵⁵.

Dans les titres suivants, nous analyserons quelques arguments en faveur d'une restriction de la pornographie, et nous verrons dans quelle mesure l'on peut mobiliser ses vertus artistiques pour la défendre, si tant est que l'on puisse la considérer comme une œuvre littéraire ou artistique.

⁵² J.-B. LE BOHEC, *op. cit.*, p. 13.

⁵³ C. GIRARD, *op. cit.*

⁵⁴ R. DWORCKIN, « Is there a right to pornography? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981 (Summer), vol. 1, n°2, accessible sur <http://www.jstor.com/stable/764457> (consulté le 13 juin 2020), p. 178.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 177-178.

Chapitre 3. La liberté d'offenser

Section 1. Défendre la liberté d'offenser

D'après Ogien, la distinction entre offenses et préjudices emporte la liberté d'offenser, à savoir celle de « (...) *choquer par les œuvres de l'esprit, ou de commettre par leur moyen des crimes sans victimes* »⁵⁶. Défendre la liberté d'offenser, c'est donc défendre le droit de porter atteinte à des choses abstraites et symboliques (comme les dieux), des croyances, des conceptions d'une certaine vie sexuelle, des idées, de choquer et de heurter des convictions solidement ancrées⁵⁷, et de commettre toutes sortes d'autres crimes sans victimes.

Il ne s'agit pas, cependant, et suivant le sens usuel du mot « offense », de défendre la liberté d'humilier, de calomnier, d'injurier ou de diffamer. Ces actions relèvent bien du préjudice⁵⁸. Ogien pense en effet qu'il est tout à fait possible de défendre cette liberté d'offenser par l'expression et la création, sans pour autant défendre une liberté de nuire, à savoir celle de causer intentionnellement atteinte aux droits d'autrui.

C'est parce qu'il considère que les représentations artistiques ne peuvent qu'offenser, qu'il défend leur liberté la plus complète possible⁵⁹. Ainsi, défendre la liberté d'offenser au sein de notre société, c'est autoriser sans restriction, outre les créations artistiques, la prostitution, la pornographie, ou encore les plaisanteries vulgaires, alors même que la tendance actuelle « (...) *appelle de plus en plus le législateur au secours de la norme sociale* »⁶⁰.

Il serait difficile de défendre la liberté d'expression et de création sans reconnaître la pleine liberté d'offenser, car il s'agit surtout de respecter ce qui nous choque ou nous déplaît, et non pas seulement les opinions ou les œuvres d'artistes qui nous plaisent⁶¹. L'on pourrait dire que, d'une manière, nos sociétés démocratiques ont adopté la liberté d'offenser, dans le sens où n'est plus - ou de moins en moins - réprimé le blasphème, l'homosexualité et autres. Pourtant, purger totalement notre droit positif des crimes sans victimes n'est pas une tâche achevée : il convient de l'aider à lutter contre de vraies injustices, en poursuivant le mouvement de rationalisation du droit⁶².

⁵⁶ R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, op. cit., p. 19.

⁵⁷ D. RAMOND, « De la « liberté d'offenser » à celle d'importuner? », *Libération*, 12 janvier 2018, accessible sur https://www.liberation.fr/debats/2018/01/12/de-la-liberte-d-offenser-a-celle-d-importuner_1621970 (consulté le 30 avril 2020).

⁵⁸ C. GIRARD, op. cit.

⁵⁹ R. OGIEN, « De la réprobation morale à la répression pénale », op. cit., pp. 67-68.

⁶⁰ G. KOENING, op. cit.

⁶¹ R. OGIEN, « De la réprobation morale à la répression pénale », op. cit., pp. 67-68.

⁶² J.-B. LE BOHEC, op. cit., pp. 26-27.

Section 2. Les limites à la liberté d'offenser

Ogien donne trois raisons pour lesquelles les offenses peuvent se transformer en préjudices⁶³ :

- si elles sont impossibles à éviter : par exemple, il doit être possible pour les plaignants d'échapper à l'offense que représenterait la vision d'une œuvre d'art en ne se rendant pas à l'exposition, ou tout simplement d'éviter de prêter attention à ce qui choque la « victime ». Néanmoins, cette limite nous semble quelque peu douteuse, puisque être dans l'impossibilité d'éviter une offense s'apparente plus à une infraction pénale déjà existante, et tombe sous le coup de la loi⁶⁴.
- si elles sont systématiques et faites clairement dans l'intention de nuire à des personnes particulières : cela pourrait comprendre les incitations à la haine et à la violence contre des groupes concrets⁶⁵. Une offense pourrait être systématique « (...) *s'il n'y avait que des spectacles de dévalorisation répétée d'un sexe par rapport à l'autre* »⁶⁶.
- si leur intensité dépasse certaines limites : on peut penser, nous dit Ogien, aux agressions sensorielles lors d'un spectacle, par exemple⁶⁷.

Dans le domaine de l'art, deux cas où les frontières entre l'offense et le préjudice ne sont pas toujours très évidentes nous intéressent particulièrement :

D'une part, lorsque l'offense est systématique et faite clairement dans l'intention de nuire à des personnes ou des groupes particuliers. Comme vu précédemment, Ogien range les actes humiliants au moyen de propos sexistes ou racistes dans le rang des préjudices, faisant lien avec la limite qu'il pose ici aux offenses. Que doit-on vraiment entendre par « nuire » ? Quelle place a réellement l'intention de l'auteur là-dedans ? Quelle place laisser, dans une décision de justice, au ressenti de celui qui apprécie l'œuvre qu'il juge raciste ou sexiste ?

D'autre part, Ogien parle de mutation de l'offense en préjudice lorsque l'intensité de celle-ci dépasse certaines limites. Le philosophe français se contente de donner l'exemple des agressions sensorielles et renvoie, pour le reste, vers les travaux de Joel Feinberg, philosophe du droit et politologue américain⁶⁸.

⁶³ R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, op. cit., p. 19.

⁶⁴ T. WUILLÈME, op. cit., p. 3.

⁶⁵ J.-B. LE BOHEC, op. cit., p. 10.

⁶⁶ T. WUILLÈME, op. cit., p. 3.

⁶⁷ R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, op. cit., p. 19.

⁶⁸ *Ibid.*

Ainsi, pour qu'une émotion déplaisante suscitée par une offense puisse être transformée en préjudice et donc en acte condamnable, il suffirait qu'elle soit d'une certaine intensité. Comment calculer l'intensité de telles émotions, quand cette dernière dépend en grande partie de la sensibilité de l'individu qui les ressent ? Comme le souligne Charles Girard, cette idée qu'on puisse passer de l'une à l'autre en variant son intensité paraît suggérer une différence de degré, plutôt que de nature entre les deux catégories que sont l'offense et le préjudice, ce qui ne fait qu'accentuer la porosité de la frontière qu'il existe entre les deux concepts⁶⁹.

Quant à l'exemple des agressions sensorielles donné par Ogien, il ne fait, en réalité, que contourner le problème du préjudice qui ne consiste pas en une atteinte physique. Ainsi, il ne résout pas la question de savoir, par exemple, si et pour quelle raison « (...) *la critique d'une religion pourrait, par un simple changement d'intensité, passer, pour les individus qui y sont associés ou s'en réclament, de l'offense au préjudice* »⁷⁰.

⁶⁹ C. GIRARD, *op. cit.*

⁷⁰ *Ibid.*

TITRE II. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ARTISTIQUE FACE AUX LACUNES DE LA DISTINCTION ENTRE OFFENSES ET PRÉJUDICES

La distinction entre offenses et préjudices apparaît séduisante tant que l'on se trouve dans des cas évidents. Par contre, Ruwen Ogien est relativement muet s'agissant du préjudice qui ne prend pas la forme d'un dommage matériel ou d'une nuisance physique. Il se contente de soulever que l'offense peut se muter en préjudice, à certaines conditions pour le moins floues.

L'objectif de cette seconde partie est d'explorer les lacunes et contradictions avancées dans le titre précédent. Nous essayerons de les dépasser au moyen d'un cadre théorique cohérent afin de pouvoir distinguer le caractère choquant du caractère nuisible d'une expression artistique. Enfin, nous confronterons ce cadre à la jurisprudence européenne relative à la liberté d'expression artistique.

Chapitre 1. Les lacunes de la distinction entre offenses et préjudices

Section 1. Le préjudice psychologique : zone grise entre offenses et préjudices

Ainsi, la possibilité de préjudice psychologique qui ne se réduit ni à une atteinte physique ni à un dommage matériel, semble faire défaut chez Ogien. Du moins, il n'insiste pas sur son existence, ni sur l'importance à attribuer à la psyché humaine, dans la perception individuelle de spectacles excessifs dont il donne l'exemple⁷¹. En écrivant qu'une offense peut se transformer en préjudice sans détailler plus amplement ce processus, Ogien pointe lui-même la lacune majeure de sa distinction entre offenses et préjudices, à savoir le flou qui persiste à leurs frontières. Ce qu'il appelle « limites à la liberté d'offenser » est donc à prendre au pied de la lettre : il s'agit des limites à sa propre théorie.

Sa réticence à s'attarder sur ce type de préjudice peut s'expliquer par plusieurs raisons. D'abord, il convient de concevoir le préjudice psychologique comme un ressenti ou une émotion déplaisante. Il faut donc être à même de mesurer objectivement ce ressenti afin de déterminer ce qui doit être attribué à l'acte d'expression ou à la sensibilité individuelle de l'individu offensé, ce qui est loin d'être aisé. De plus, sans critères clairs qui permettent de distinguer la simple gêne et autres ressentis négatifs de l'atteinte grave à la psyché de l'individu⁷², la catégorie des « offenses rendues préjudicielles » en raison de leur intensité provoquerait une extension hors de contrôle de la catégorie

⁷¹ T. WUILLÈME, *op. cit.*, p. 5.

⁷² R. COHEN-ALMAGOR, *Speech, Media, and Ethics : The Limits of Free Expression*, Palgrave Macmillan, 2001, p. 16.

des préjudices. Autrement dit, il s'agit d'une porte ouverte à la criminalisation à tort et à travers⁷³. Ensuite, s'ajoute à cela une critique récurrente : le droit ne serait pas l'outil approprié pour gérer ce type de détresse mentale ainsi que ces expressions visant les croyances et les valeurs d'individus⁷⁴.

§1. La liberté d'expression : monopole des offenses

Les limites à la distinction entre offenses et préjudices se révèlent sitôt qu'on les applique aux controverses relatives à la liberté d'expression. Cette liberté semble *prima facie* concerner uniquement le domaine des offenses⁷⁵. En effet, il est certain que les paroles et représentations ne causent que rarement des « préjudices », au sens où l'entend Ogien. Certes, l'on peut penser à certains cas particuliers, tels que celui déjà évoqué d'acteurs d'une représentation théâtrale qui s'en prennent directement aux spectateurs ou celui d'une voix apte à briser du verre, à sortir quelqu'un du sommeil, ou à provoquer une avalanche⁷⁶. Néanmoins, ainsi que relevé par Denis Ramond, chercheur en sciences politiques à l'université de Sciences Po Paris, les atteintes en cause dans les débats relatifs à la liberté d'expression attendent le plus souvent à des choses immatérielles ou ont trait à des émotions négatives.

Ce qui est en cause, c'est précisément l'atteinte à l'honneur, à la dignité, ou bien le sentiment d'être humilié, choqué, offensé ou dégoûté. Si l'on se réfère strictement à la théorie d'Ogien, il s'agit de sujets qui ne relèvent que des offenses, ce qui devrait en toute logique conduire nos sociétés à renoncer à les sanctionner⁷⁷. Si la capacité de ces actes d'expression de causer des préjudices physiques est certes limitée, il paraît néanmoins inconcevable de maintenir l'ensemble de ces actes d'expression à l'abri de toutes restrictions légales.

Cependant, Ogien n'écrit pas que tout ce qui relève de la liberté d'expression doit rester impuni, car il maintient la différence qui devrait être observée avec la liberté de nuire. C'est ainsi qu'il range les invectives racistes et sexistes parmi les préjudices, et qu'il mentionne la possibilité pour les offenses de se transformer en préjudices. En effet, il y a plusieurs cas dans lesquels des actes d'expression peuvent s'avérer destructeurs, outre l'atteinte physique : en incitant autrui à commettre quelque chose d'interdit, en contribuant à la commission d'un acte prohibé par quelqu'un d'autre, ou en amenant des tiers à se forger un avis défavorable de quelqu'un au point qu'il soit ridiculisé publiquement⁷⁸.

⁷³ C. GIRARD, *op. cit.*

⁷⁴ R. COHEN-ALMAGOR, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁵ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? » in *De l'impunité : tensions, controverses et usages* (sous la dir. de M. HASTINGS et B. VILLALBA), Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2017, pp. 116-117.

⁷⁶ T.A. SCANLON, « A Theory Of Freedom of Expression », *Philosophy & Public Affairs*, 1972 (Winter), vol. 1, n° 2, accessible sur <https://www.jstor.org/stable/2264971> (consulté le 11 juin 2020), p. 210.

⁷⁷ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », *op. cit.*, pp. 108-109.

⁷⁸ T.A. SCANLON, *op. cit.*, pp. 210-211.

Il est indéniable que la liberté d'offenser est intrinsèquement liée à la liberté d'expression, et qu'une théorie cohérente établissant la distinction entre offenses et préjudices, dans la lignée d'Ogien, permettrait d'offrir une protection solide à la liberté d'expression. Elle devrait pour cela être respectée par les juges, tout en respectant le droit des individus à ne pas subir de préjudice.

La place prépondérante qu'occupe la dimension expressive dans l'art n'est plus à démontrer, et l'art coïncide ainsi avec l'expression, tant qu'il n'est pas restreint à sa dimension anthropologique⁷⁹. Les juges le savent bien, car la liberté d'expression artistique est incluse dans la liberté de création depuis de nombreuses années, comme nous le verrons. Il est indispensable d'élaborer une théorie complète relative au préjudice associé aux actes expressifs, afin de le distinguer nettement de l'offense⁸⁰. L'impunité – si impunité il doit y avoir – pour les formes d'expression artistique, doit se baser sur des fondements solides, aux limites clairement déterminées, à l'heure où le droit de ne pas être offensé est si souvent mis en avant⁸¹.

§2. Le principe millien étendu

Ci-avant, nous avons vu dans quelle mesure le principe de non-nuisance énoncé par John Stuart Mill était fondamental dans les travaux d'Ogien puisqu'il se trouve à la source de sa distinction entre offenses et préjudices. Pour répondre aux questions que nous nous posons, il nous semble pertinent d'analyser dans quelle mesure l'on peut comprendre le principe millien différemment de la lecture minimaliste que le philosophe français lui applique.

Puisque l'on reconnaît que certaines offenses dites « préjudicielles » doivent être limitées⁸², c'est que le principe de non-nuisance, du moins lu strictement, n'est pas suffisant. Ainsi que l'explique Joseph Raz, philosophe du droit, on distingue deux versions du principe millien.

Suivant une définition étroite, dans laquelle s'inscrit Ogien avec sa lecture minimaliste, l'intervention de l'Etat est légitime uniquement pour prévenir la survenance des préjudices, au sens strict du terme. Parallèlement, suivant une lecture maximaliste du principe de Mill qui définit largement le préjudice, la répression est justifiée pour prévenir certaines douleurs, offenses ou encore certaines blessures⁸³.

⁷⁹ I. LUCQUET-GAD, « Quand la censure veut la peau de l'art », *Antidote*, 20 octobre 2018, accessible sur <https://magazineantidote.com/art/quand-la-censure-veut-la-peau-de-l-art/> (consulté le 23 juin 2020).

⁸⁰ C. GIRARD, *op. cit.*

⁸¹ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », *op. cit.*, pp. 116-117.

⁸² D. RAMOND, « Liberté d'expression : De quoi parle-t-on ? », *Raisons politiques*, 2011, vol. 44, n°4, accessible sur <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2011-4-page-97.htm> (consulté le 2 juin 2020), p. 112.

⁸³ J. RAZ, « Autonomy, toleration, and the harm principle » in *Justifying Toleration : Conceptual and Historical*

Interprété de cette façon, le principe serait, d'après Ogien, en contradiction avec le principe de liberté d'expression. Ainsi, le premier viendrait pénaliser certaines offenses tandis que le second inviterait à les commettre. Certains philosophes et juristes, conscients de cette contradiction, la résolvent en priorisant la liberté d'expression sur le principe de non-nuisance et considèrent que son importance justifie d'en payer le prix en terme d'atteinte aux droits individuels. Ogien estime de son côté que la contradiction n'existe que parce que le principe millien est mal interprété⁸⁴.

De toute évidence, le principe de non nuisance n'est pas en mesure de rendre compte de tous les cas d'atteintes à la liberté d'expression, d'autant plus qu'il s'applique indifféremment du type d'expression. Or, il semble que la situation est à apprécier différemment selon qu'il s'agisse d'une expression artistique, de propos scientifiques ou encore d'une vision politique⁸⁵.

§3. Le principe de l'offense (« *offense principle* ») de Joel Feinberg

Ruwen Ogien n'est pas le seul à avoir travaillé sur les offenses. Avant lui, Joel Feinberg, philosophe et politologue, a consacré une majeure partie de ses travaux au principe de non-nuisance (« *harm principle* ») et sur ce qu'il a appelé le principe de l'offense (« *offence principle* »). Feinberg s'inscrit dans la lignée des commentaires précédents. Il estime que le principe de non-nuisance n'est pas suffisant pour déterminer ce qui doit être criminalisé ou non. Ainsi, il s'accorde difficilement avec plusieurs interdictions pénales qui ne concernent pas des préjudices à proprement parler mais que nous considérons pourtant comme justifiées⁸⁶, telles que les lois « *anti-hate speech* » par exemple.

D'après lui, il existe d'autres raisons pour criminaliser certains types d'actes que ne laisse penser le principe de non-nuisance à autrui⁸⁷. Pour cette raison, il a développé ce qu'il nomme le principe de l'offense (« *offence principle* ») qu'il définit comme suit : « (...) *C'est toujours une bonne raison pour soutenir une proposition d'interdiction pénale que de dire qu'elle serait probablement un moyen efficace pour prévenir une offense grave (par opposition à une blessure ou un préjudice) à des personnes autres que l'acteur, et qu'elle est probablement un moyen nécessaire à cette fin (c'est-à-dire qu'il n'y a probablement aucun autre moyen qui soit aussi efficace sans être plus attentatoire à d'autres valeurs) (...)* »⁸⁸.

Perspectives (sous la dir. de S. MENDUS), Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 170.

⁸⁴ R. OGIEEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, op. cit., p. 42.

⁸⁵ T.A. SCANLON, op. cit., p. 223.

⁸⁶ N. MARZOUKI, « Offense morale contre liberté religieuse : la controverse de Ground Zero », *Revue française de science politique*, 2011, vol. 61, n°5, p. 855.

⁸⁷ T. S. PETERSEN, « No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges », *Criminal Law and Philosophy*, vol. 10, n°2, p. 357.

⁸⁸ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, New York, Oxford University Press, 1985, p. 1 (traduction libre). Texte original : « (...) *It is always a good reason in support of a proposed criminal prohibition*

Pour pouvoir parler d'offense au sens où l'entend Feinberg, il faut d'une part pouvoir témoigner d'un état mental désagréable, comme le dégoût, la honte, la gêne, l'anxiété, etc. D'autre part, cet état doit pouvoir être attribué à la conduite fautive d'autrui et enfin, il faut éprouver de la rancœur à l'égard de l'auteur pour le rôle joué dans la survenance de cet état déplaisant⁸⁹. Contrairement à la vision de Mill, Feinberg estime que le fait qu'un préjudice soit causé à autrui n'est pas une condition nécessaire à la criminalisation⁹⁰. Ainsi, à côté du principe de non-nuisance, le principe de l'offense pourrait également être utilisé pour justifier l'atteinte à la liberté d'un individu⁹¹.

Pour Feinberg, l'offense est quelque chose de moins sérieux que le préjudice⁹², qu'il convient donc de punir moins sévèrement⁹³. Cela ne signifie pas pour autant que l'offense soit au bas de l'échelle des préjudices. Les offenses sont plutôt d'un genre à part, avec une échelle qui leur est propre⁹⁴. Feinberg semble, comme Ogien, vouloir tracer une frontière nette entre son concept d'offense et celui de préjudice. De plus, il paraît admettre une possibilité de passage de l'un à l'autre, notamment quand l'offense est vécue de manière intense, ou pendant longtemps, ou se reproduit sans arrêt, ou à des moments inopportuns⁹⁵. Par contre, il ne donne pas plus de précision concernant cette mutation, notamment concernant le temps que la souffrance causée par l'offense doit durer avant qu'elle puisse être catégorisée comme préjudice⁹⁶. Certains critiques trouvent que sa théorie est problématique pour plusieurs raisons, et que son principe de l'offense devrait plutôt être interprété comme faisant partie du principe de non-nuisance⁹⁷.

Les travaux de Joel Feinberg sont éclairants et apportent un autre point de vue sur la distinction entre offenses et préjudices. Nous nous retrouvons dans sa lecture du principe de Mill et dans la possibilité évoquée de criminaliser les offenses et d'avoir une échelle qui leur est propre. Par contre, en affirmant qu'une offense ne peut pas être aussi sérieuse qu'un préjudice, il ignore la possibilité pour un préjudice psychologique d'égaliser un préjudice physique et d'avoir des implications similaires⁹⁸. Contrairement à lui, nous estimons qu'une offense peut s'avérer aussi sérieuse qu'un préjudice.

that it would probably be an effective way of preventing serious offense (as opposed to injury or harm) to persons other than the actor, and that it is probably a necessary means to that end (i.e., there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values) ».

⁸⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁹⁰ T. S. PETERSEN, *op. cit.*, p. 357.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, *op. cit.*, p. 3.

⁹³ N. MARZOUKI, *op. cit.*, p. 855.

⁹⁴ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁵ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 1 : Harm to others*, New York, Oxford University Press, 1984, p. 46 cité par T. S. PETERSEN, *op. cit.*, p. 362.

⁹⁶ T. S. PETERSEN, *op. cit.*, p. 363.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 364.

⁹⁸ R. COHEN-ALMAGOR, *op. cit.*, p. 10.

Section 2. La distinction entre offenses simples et offenses préjudicielles

§1. Généralités

Nous reconnaissons que l'expression artistique ne peut qu'offenser, et qu'une offense peut s'avérer être un préjudice sous certaines conditions. Dès lors, cela signifie que nous admettons que la distinction entre offenses et préjudices ne remplit pas l'objectif escompté. Puisque toutes les formes d'expression ne peuvent que susciter des offenses, la distinction entre offenses et préjudices s'avère lacunaire. En effet, elle ne permet pas de rendre compte de la variété des formes d'expression et de distinguer celles qui devraient être sanctionnées de celles qui devraient rester impunies⁹⁹.

Dès lors, il nous importe de savoir quels critères doivent être réunis pour qu'une offense puisse être traitée comme un préjudice, afin qu'elle puisse être criminalisée. Où se situe le point de rupture faisant passer l'expression artistique de simple offense à offense méritant d'être pénalisée ? Comme le souligne Denis Ramond, l'effort de distinction subit un déplacement. Il s'agit désormais de déterminer les critères qui permettent de distinguer les différentes formes d'offense¹⁰⁰. Autrement dit, il s'agit d'approfondir et de donner des fondements solides à ce qu'Ogien nomme « limites » à sa liberté d'offenser.

Les incohérences majeures que nous avons pointées chez Ogien se situent à deux niveaux. D'une part, il classe mécaniquement les propos racistes et sexistes dans la classe des préjudices. Pourtant, en s'en tenant aux définitions qu'il donne, de tels propos relèvent plutôt du symbolique et devraient théoriquement se ranger parmi les offenses. Or, en refusant de minimiser leur importance, Ogien prend en compte « (...) *la perception subjective des personnes qui s'estiment offensées* »¹⁰¹. D'autre part, il semble évoquer un seuil à partir duquel une offense est suffisamment sérieuse que pour qu'elle justifie une répression, sans en dire davantage¹⁰².

Notre ambition est d'offrir une théorie cohérente de la liberté d'expression qui puisse rendre compte des atteintes à cette dernière devant être réprimées. Nous souhaitons dépasser les lacunes de la distinction entre offenses et préjudices sur base de critères objectifs. Pour ce faire, il nous faut, entre autres, justifier la répression de propos racistes et sexistes, en traçant une frontière immuable entre les offenses simples, à savoir celles qui doivent rester impunies, et les offenses « préjudicielles »,

⁹⁹ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », *op. cit.*, p. 108 ; 114.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 108.

¹⁰¹ D. RAMOND, « Liberté d'expression : De quoi parle-t-on ? », *op. cit.*, p. 112.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 111-112.

autrement dit celles qui doivent, au regard d'un certain nombre de critères, être pénalisées. Par ce biais, nous souhaitons répondre à la question de savoir quelle est la manière la plus convaincante de justifier l'impunité accordée aux offenses quand ceux qui prétendent les subir les considèrent comme d'authentiques préjudices¹⁰³.

§2. Les critères de distinction

Les critères que nous proposons ne sont pas exhaustifs et n'ont qu'une valeur indicative, dans la mesure où certains d'entre eux impliquent de devoir se baser sur des perceptions subjectives. Nous proposons une grille de lecture basée sur différentes recherches¹⁰⁴, dont l'objectif est de mettre en évidence les indices auxquels prêter attention s'agissant de la prohibition de formes d'expression offensantes.

A travers ces critères, notre but est de pouvoir donner les clés pour justifier l'impunité ou la criminalisation des formes d'expression les moins évidentes, et donc de distinguer celles qui choquent de celles qui nuisent. Par « moins évidentes », nous entendons les formes d'expression qui s'apparentent à de la discrimination raciale, en fonction du sexe, ou encore fondée sur des motifs religieux, culturels,...¹⁰⁵.

A) La gravité de l'offense

En premier lieu, il convient d'avoir égard à l'intensité des émotions négatives ressenties par la personne offensée. Joel Feinberg a proposé plusieurs facteurs à prendre en compte afin de hiérarchiser les émotions négatives suscitées par certaines formes d'expression. Ainsi, la gravité d'une offense doit être déterminée selon plusieurs standards : l'ampleur, l'évitabilité raisonnable et la norme « *volenti non fit injuria* »¹⁰⁶.

- L'ampleur de l'offense, déterminée en fonction de son intensité, sa durée et son étendue.

S'agissant de l'intensité et de la durée, Feinberg se contente de dire qu'au plus l'offense est intense et dure longtemps, au plus elle est grave. La notion d'étendue semble plus mesurable : plus il y a de gens qui partagent la même susceptibilité à l'offense en cause, plus elle peut être considérée

¹⁰³ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », *op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁴ Les critères proposés sont pour partie ceux mis en évidence par Denis Ramond dans sa contribution « Comment justifier la liberté d'offenser ? » (*op. cit.*), complétés par nos soins et à l'aide des travaux d'autres auteurs comme Joel Feinberg.

¹⁰⁵ R. COHEN-ALMAGOR, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁶ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, *op. cit.*, p. 35.

comme grave¹⁰⁷. Si par exemple une œuvre d'art est jugée offensante uniquement par une personne ayant une susceptibilité anormale, il serait insensé de considérer l'offense comme grave¹⁰⁸.

L'application de ce critère peut s'avérer problématique, dans la mesure où il n'existe pas de mesure objective permettant de mesurer l'intensité de l'émotion négative ressentie. Cette difficulté qu'a le droit de prendre en compte les ressentis amène parfois à devoir nier la réalité de la souffrance de certaines personnes qui estiment par exemple « (...) *que leurs croyances et leur identité ont été ridiculisées, ou bafouées* »¹⁰⁹.

- L'évitabilité raisonnable

Ogien mentionne explicitement que les offenses peuvent se transformer en préjudices « (...) *s'il est impossible de les éviter* »¹¹⁰. D'après ce standard, plus il est difficile d'éviter l'acte à la source de l'offense sans subir de sérieux désagréments, plus cette offense peut être considérée comme grave.

Autrement dit, plus il est facile de l'éviter ou d'y mettre fin, sans effort déraisonnable, plus on considérera l'offense comme simple¹¹¹. Il est certainement plus aisé d'éviter les affronts visuels que ceux suscités par les autres sens que sont l'ouïe et l'odorat¹¹². Feinberg prend l'exemple de livres obscènes à caractère pornographique. Puisqu'il est aisé de simplement passer à côté du rayon sans jeter un coup d'œil au livre, c'est que l'offense est facilement évitable et il n'y aurait donc aucune raison d'interdire la vente du livre ou du magazine en question¹¹³.

Se contenter de ce critère aboutirait à un relativisme extrême : il suffirait de ne pas aller voir la pièce de théâtre ou le film litigieux, ou encore de fermer les yeux devant une peinture offensante. Il convient de considérer l'ensemble du contexte dans lequel l'acte d'expression prend place, comme en témoignent les autres critères examinés ci-après.

- La maxime « *volenti non fit injuria* »

D'après ce standard, la personne qui a volontairement entrepris l'expérience offensante ne peut en aucun cas se plaindre d'un grief. Si la victime de l'offense a pris et assumé le risque d'être offensée, par curiosité ou pour une autre raison de son choix, il sera difficile pour elle d'ensuite se plaindre de l'expérience subie. Comme le donne Feinberg en exemple, une personne qui choisit de son plein gré d'aller dans un cinéma qui projette des films pornographiques en sachant qu'elle sera dégoûtée ou

¹⁰⁷ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰⁹ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », op. cit., p. 115.

¹¹⁰ R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, op. cit., p. 19.

¹¹¹ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, op. cit., p. 32 ; 35.

¹¹² *Ibid.*, p. 15.

¹¹³ *Ibid.*, p. 32.

embarrassée aura quelque part choisi de subir l'offense¹¹⁴. Nous ne pourrions dès lors considérer l'offense comme « préjudicielle » sur cette base. Ainsi, il faut certainement distinguer l'expression artistique qui nous fait vivre une expérience offensante que l'on a choisie de vivre, par exemple la peinture que l'on achète pour son usage privé, de l'expérience offensante que l'on est contraint de vivre, par exemple suscitée par une affiche exposée sur la voie publique¹¹⁵.

B) La nature de la cible

Comme Ogien, nous pourrions nous contenter de souligner que l'on doit autoriser les atteintes aux choses immatérielles telles que les divinités, les croyances ou les symboles tandis qu'il faut réprimer pénalement les attaques dirigées contre des personnes ou des groupes de personnes. Seulement, les controverses autour de la liberté d'expression apparaissent le plus souvent car la frontière entre les deux n'est justement pas toujours claire¹¹⁶.

Ainsi que le souligne Denis Ramond, ce n'est pas parce que les formes d'expression souvent au cœur des litiges comme les injures, la diffamation, les caricatures ou encore les discours racistes ou sexistes attaquent des choses immatérielles qu'elles ne causent pas pour autant des effets indésirables bien réels, comme des sentiments pénibles ou une perte de confiance.

Ensuite, une voie plus convaincante pour distinguer offenses simples et préjudicielles¹¹⁷ serait d'avoir égard à la manière avec laquelle la cible est atteinte plutôt qu'au caractère « concret » ou « abstrait » de celle-ci. A titre d'exemple, les injures et menaces causent du tort car elles ciblent de manière explicite ou implicite des personnes identifiables, bien qu'elles aient trait à des éléments abstraits comme la dignité ou l'honneur¹¹⁸. La prise en considération de la manière avec laquelle la cible est atteinte par l'offense appelle trois commentaires.

Premièrement, Ramond propose de prendre en compte une séparation entre éléments constitutifs (sexe, origine, et couleur de peau) et élaborations secondaires (par exemple les convictions religieuses). Selon que l'atteinte porte sur la première ou la seconde catégorie, l'offense pourrait être

¹¹⁴ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, op. cit., pp. 32-33.

¹¹⁵ A certains égards, on peut faire le parallèle avec la vaste campagne de retrait des statues jugées racistes de l'espace public, que l'on peut voir notamment en France et en Belgique. Certaines propositions visent à déplacer ces statues de l'espace public vers les musées, endroit où elles seraient plus légitimes. Nous ne nous étendons pas sur le sujet, dans la mesure où la question de savoir si les monuments mémoriels peuvent être assimilés à des œuvres d'art s'éloigne de nos préoccupations.

¹¹⁶ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », op. cit., pp. 111-112.

¹¹⁷ Il parle à ce sujet d'offenses « mineures » et « graves ». Nous préférons les termes « simples » et « préjudicielles » pour ne pas semer la confusion avec la notion de gravité de l'offense développée par Joel Feinberg.

¹¹⁸ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », op. cit., pp. 111-112.

considérée comme plutôt simple ou préjudicielle¹¹⁹. Cette voie ne nous semble pas convaincante : ce qui apparaît constitutif pour beaucoup ne l'est pas forcément pour l'individu particulier. Concernant le sexe par exemple, l'individu peut s'identifier à l'autre genre sans pour autant que ce soit celui qui lui est assigné à la naissance. De plus, déduire systématiquement que les atteintes à la religion ne peuvent causer qu'une offense simple témoigne d'une incapacité de l'observateur qui ne partage pas les mêmes dispositions religieuses et morales à comprendre la religion et à avoir accès aux sensibilités moralement offensées des personnes croyantes¹²⁰.

Deuxièmement, nous pouvons prendre en considération l'impact que l'atteinte à la personne a sur les tiers. L'offense pourrait être plutôt préjudicielle si elle « (...) *modifie de façon dommageable la représentation que ces tiers ont de la personne* »¹²¹ qui la subit. Cette piste est intéressante dans la mesure où elle pourrait légitimer théoriquement la répression pénale des offenses que sont l'atteinte à l'honneur et l'atteinte à la réputation, suite à la calomnie, la diffamation ou à l'injure, pénalement sanctionnées en vertu des articles 443 et suivants du Code pénal¹²². Dans cette optique, parler d'offenses préjudicielles s'agissant de discours racistes apparaît cohérent en ce qu'ils « (...) *portent atteinte de façon problématique à la réputation, ou encore à la dignité sociale, des individus qui sont associés au groupe visé* »¹²³. Pour ce qui est des œuvres pornographiques, il faudrait prouver en quoi elles portent atteinte à la réputation et à la dignité sociale des femmes¹²⁴. Les juristes et activistes féministes Catharine MacKinnon et Andrea Dworkin se sont risquées à cet exercice dans les années 1980. Ainsi, elles ont tenté de démontrer que la pornographie devait être interdite car elle nuit aux femmes et à leur réputation en général, dans la mesure où elle diffuse et propage une vision de la réalité dans laquelle les femmes sont soumises et inégales aux hommes. Ce raisonnement fut notamment rejeté parce que le lien causal entre la pornographie et des comportements nuisibles à l'égard des femmes ne pouvait être suffisamment établi¹²⁵.

Troisièmement, identifier la nature de la cible comme faible pour justifier la répression d'actes afin de protéger la cible peut également s'avérer pertinent. C'est en partant de ce postulat de faiblesse du récepteur face aux images, mots et représentations, que nombre de législations sont prévues, en vue de le protéger. En témoigne par exemple en Belgique la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse¹²⁶.

¹¹⁹ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », *op. cit.*, p. 116.

¹²⁰ N. MARZOUKI, *op. cit.*, p. 858.

¹²¹ C. GIRARD, *op. cit.*

¹²² C. pén., art. 443 et suivants.

¹²³ C. GIRARD, *op. cit.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ N. MARZOUKI, *op. cit.*, p. 856.

¹²⁶ Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014.

La « protection de la jeunesse » est un principe souvent invoqué afin d'interdire certaines formes d'expression, surtout pornographiques. Il semble, que l'on peut y déceler une certaine forme de paternalisme. Si pour les plus jeunes, cet argument peut s'avérer légitime, il est plus difficile de l'imaginer appliqué à des personnes adultes qui s'estiment offensées par ces mêmes formes d'expression¹²⁷.

C) L'intention de l'auteur

L'intention de l'auteur est certainement à prendre en compte afin de déterminer si l'offense peut être considérée comme préjudicielle et donc être réprimée par l'Etat. Au contraire d'injures ou de menaces qui témoignent souvent d'une intention de nuire, le cas d'expressions artistiques qui peuvent choquer sans que leurs auteurs n'aient eu cette intention est plus délicat à trancher. La question est d'autant plus épineuse pour certaines formes d'expression où l'intention est difficile à déterminer¹²⁸, comme pour la fiction ou l'humour, comme nous le verrons.

Il semble que la question de savoir s'il y a « incitation » à commettre des actes pénalement répréhensibles ou non est à mettre en balance avec le critère de l'intention. Selon certains, John Stuart Mill aurait sous-entendu qu'un acte constitue une « incitation » à partir du moment où il y a intention de mener autrui à entreprendre une action nuisible. Autrement dit, il s'agit de discours étroitement liés à l'action¹²⁹. Ainsi, il y aurait une différence entre l'expression artistique qui fait part d'une conviction personnelle et celle qui incite son observateur à commettre un acte, dans l'immédiat ou dans un avenir proche¹³⁰. Dès lors, on pourrait considérer que toute forme d'expression qui incite à causer un préjudice physique à certains individus ou groupes, devrait être régulée par l'Etat¹³¹. La question de l'intention au sein même de l'incitation est plus problématique. S'il y a de grandes probabilités qu'une expression provoque des émeutes, cela suffirait pour certains à ce qu'elle soit prohibée.

Pour d'autres, il faudrait que l'auteur de l'expression ait eu l'intention de les provoquer¹³². Que penser dès lors de « *La Muette de Portici* », pièce de théâtre intimement liée à notre histoire, dont les conséquences de la représentation ne sont plus à établir ?

¹²⁷ D. RAMOND, « Liberté d'expression : De quoi parle-t-on ? », *op. cit.*, p. 114.

¹²⁸ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », *op. cit.*, p. 113.

¹²⁹ R. COHEN-ALMAGOR, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*, p. 7.

¹³² *Ibid.*, p. 6.

A propos de l'œuvre raciste, l'intention de l'auteur n'apparaît pas pertinente dans le calcul du bien-fondé de la criminalisation de son œuvre, puisque la loi ne sanctionne non pas le racisme lui-même, mais le principe de son expression. L'opinion raciste ne devient répréhensible pénalement qu'à partir du moment où elle est ouvertement formulée¹³³. En témoigne le cadre législatif antiracisme applicable en Belgique qui sanctionne bien les « actes inspirés par le racisme », non le racisme lui-même¹³⁴. Ainsi, le droit de la répression de tels actes « (...) *ne se préoccupe pas de savoir si l'insulteur est raciste ou non dans son for intérieur* »¹³⁵.

D) L'utilité sociale et politique

Ce dernier critère revient à se demander si les effets négatifs causés par l'offense peuvent être compensés et contrebalancés par les valeurs du débat public d'intérêt général¹³⁶. Autrement dit, il serait bénéfique de laisser vivre sur le long terme les critiques portées aux valeurs sociétales. Cela permettrait de nourrir le débat et de favoriser l'échange autour des idées, quitte à devoir supporter des offenses.

Par exemple, on estime généralement que le fait pour une œuvre de véhiculer un message politique influe sur l'intensité de la protection de la liberté d'expression artistique¹³⁷. Ainsi, on pourra considérer que l'acte qui, en plus d'être offensant, possède une utilité sociale faible, penchera plutôt du côté « préjudiciel ». Comme le souligne Thomas M. Scanlon, philosophe américain, il n'est pas aisé de déterminer la façon dont les potentiels avantages à long terme de la libre discussion peuvent neutraliser les coûts négatifs sur le court terme¹³⁸.

La prise en compte de ce critère peut aller dans le sens d'une impunité laissée à la pornographie. En effet, la pornographie aurait pour utilité sociale d'informer sur les fantasmes sexuels de nos contemporains. De plus, « (...) *le simple fait que l'on l'étudie montrerait que la pornographie nous apprend quelque chose, ne serait-ce que sur elle-même* »¹³⁹.

¹³³ RÉSEAU CANOPÉ, « Eduquer contre le racisme et l'antisémitisme – Question vive : Le racisme, la liberté d'expression et la loi », s.d., accessible sur https://www.reseau-canope.fr/fileadmin/user_upload/user_upload/questions_vives_racisme_liberte_loi.pdf (consulté le 2 juillet 2020), p. 3.

¹³⁴ Voy. notamment : Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981, p. 9928.

¹³⁵ M. BESSONE, « La loi face aux discours racistes », *La vie des idées*, mis en ligne le 20 avril 2016, accessible sur <https://lavedesidees.fr/La-loi-face-aux-discours-racistes.html> (consulté le 17 juin 2020), p. 2.

¹³⁶ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », *op. cit.*, p. 116.

¹³⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'art et la Cour européenne des droits de l'homme », *Entertainment – Droit, Médias, Art & Culture*, 2018, vol. 1, p. 12.

¹³⁸ T.A. SCANLON, *op. cit.*, p. 205.

¹³⁹ M. IACUB, *De la pornographie en Amérique. La liberté d'expression à l'âge de la démocratie délibérative*, Paris, Fayard, 2010, pp. 196-197 cité par D. RAMOND, « Liberté d'expression : De quoi parle-t-on ? », *op. cit.*, p. 108.

Concernant les actes d'expression raciste, sexiste, et antisémite, leur valeur sociale est discutable, du moins pour ceux qui les autorisent. Ainsi, l'autorisation de tels discours aux Etats-Unis relève d'une logique selon laquelle toute idée, même des plus choquantes, même propagée d'une manière critiquée, doit pouvoir contribuer au débat public¹⁴⁰. Feinberg semble aller dans ce sens quand il dit que « (...) *les opinions extrêmes, pas moins que les autres, ont besoin de leurs porte-paroles, afin d'augmenter nos chances de découvrir des vérités et de prendre des décisions judicieuses* »¹⁴¹.

D'après nous, l'utilité sociale de tels actes est si faible qu'elle pourrait suffire à les considérer comme des offenses préjudicielles. En effet, invoquer la liberté d'expression pour défendre la tenue de tels propos paraît contradictoire puisque ces actes nuisent aux conditions nécessaires à la discussion publique en excluant certaines personnes de l'espace public en tant que « sphère d'échanges de raison »¹⁴². Ulysse Korolitski, philosophe et politologue français, met en avant la distinction qu'il convient d'opérer entre critique des valeurs et atteinte aux valeurs. Ainsi, il avance que « (...) *dire que l'on refuse certaines valeurs, ou tenir un discours qui présuppose que l'on s'oppose à ces valeurs, ce n'est pas encore agir en contradiction avec ces valeurs* »¹⁴³. Or, on peut considérer qu'exprimer son désaccord ou son opposition avec les valeurs fondamentales du régime démocratique et libéral relève encore d'une certaine utilité sociale et politique. Au contraire, s'il est légitime de réprimer les actes d'expression racistes, c'est parce qu'ils portent directement atteinte aux valeurs démocratiques fondamentales en nuisant aux conditions de possibilité de la discussion puisqu'ils la rendent impossible¹⁴⁴. En cela, Korolitski nous semble répondre à la question de savoir pourquoi il ne faut pas prohiber n'importe quelle remise en cause des valeurs fondatrices de la société¹⁴⁵. Ce biais nous permet également d'intégrer de tels actes d'expression dans une théorie cohérente sans devoir les ranger, par défaut, comme le fait Ruwen Ogien, dans la catégorie des préjudices.

S'agissant d'œuvres littéraires et artistiques qui véhiculent un discours raciste, deux difficultés sont à pointer. La première consiste à déterminer le degré de racisme présent dans une œuvre. A ce propos, il nous semble important de laisser une place prépondérante aux ressentis des personnes concernées qui vivent le racisme.

¹⁴⁰ D. RAMOND, « Liberté d'expression : De quoi parle-t-on ? », *op. cit.*, p. 102.

¹⁴¹ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, *op. cit.*, p. 38 (traduction libre). Texte original : « (...) *extreme opinions, no less than any others, need their spokesmen, in order that our chances of discovering truths and making wise decisions be increased* ».

¹⁴² M. BESSONE, *op.cit.*, pp. 1-2.

¹⁴³ U. KOROLITSKI, *Punir le racisme ? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, Paris, CNRS Editions, 2015, p. 343.

¹⁴⁴ U. KOROLITSKI, *op. cit.*, p. 344 ; 403.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 396-398 cité par M. BESSONE, *op.cit.*, p. 7.

La seconde consiste à se demander dans quelle mesure l'offense suscitée par l'œuvre peut être contrebalancée d'une part par les critères vus précédemment, et d'autre part par ses spécificités en tant qu'œuvre, ce que nous verrons dans le prochain titre. Seulement, il nous semble qu'en l'espèce, une importance particulière devrait être accordée à l'atteinte aux valeurs démocratiques. Pour le reste, nous renvoyons aux développements concernant l'œuvre raciste exposés dans le titre précédent.

Chapitre 2. La liberté d'expression artistique pour protéger la liberté d'offenser

Décortiquée de cette manière, que reste-t-il de la liberté d'offenser dont parle Ogien ? Dans quelle mesure les juges la protègent ? Dans quelle mesure font-ils déjà ou devraient-ils faire usage des critères proposés ? Ainsi que le dit Joel Feinberg : « *Le théoricien peut bien identifier les facteurs à prendre en compte et à comparer mais, en fin de compte, rien ne remplace le jugement. Lorsque les faits sont connus et les normes dûment appliquées, il n'est plus nécessaire d'avoir un philosophe ; le juge ou le législateur est entièrement livré à lui-même* »¹⁴⁶.

Section 1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

§1. L'arrêt Handyside contre Royaume-Uni du 7 décembre 1976

D'une certaine manière, la Cour européenne des droits de l'homme a, dès son célèbre arrêt *Handyside contre Royaume-Uni*, reconnu et adopté la liberté d'offenser, dans le sens où elle a inclus – et donc protégé – dans la liberté d'expression, non seulement « (...) les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi (...) celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" »¹⁴⁷. Ainsi, la liberté d'expression est la seule liberté à laquelle il est demandé, ou du moins autorisé, d'être excessive. C'est rarement au secours de formes d'expression anodines qu'est invoquée la liberté d'expression. Elle est plutôt utilisée pour défendre l'impunité d'actes expressifs offensants, controversés et condamnés par une partie de l'opinion publique¹⁴⁸.

¹⁴⁶ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, op. cit., pp. 45-46 (traduction libre). Texte original : « *The theorist can identify the factors that must be considered and compared, but, in the end, there is no substitute for judgment. When the facts are all in, and the standards all duly applied to them, there is no more need for a philosopher; the judge or legislator is entirely on his own* ».

¹⁴⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, <http://www.echr.coe.int> (17 juin 2020), §49.

¹⁴⁸ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », op. cit., p. 106.

§2. L'arrêt Müller et autres contre Suisse du 24 mai 1988

Résumé des faits : En 1981, à l'occasion d'une exposition d'art contemporain organisée à Fribourg, sont exposées trois toiles peintes par l'artiste Josef Felix Müller. Elles représentent toutes sortes d'actes sexuels, notamment entre hommes et animaux. En application de l'article 204 du code pénal suisse, l'artiste et d'autres requérants sont condamnés pour publications obscènes et les toiles sont confisquées. Les requérants se pourvoient en cassation, et l'affaire est finalement portée devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁹.

La Cour se prononce sur l'applicabilité de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁰ et, pour la première fois, précise que la liberté d'expression artistique entre dans le champ d'application de la notion de la liberté d'expression. En effet, elle précise que « (...) *ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique* »¹⁵¹. Ainsi, elle fait de la liberté d'expression artistique un élément fondamental dans une société démocratique. Si elle ne reconnaît pas de statut particulier à cette dernière¹⁵², elle va dans le sens d'une liberté d'offenser en précisant que « (...) *la liberté d'expression artistique perdrait son contenu si des toiles du genre de celles de Josef Felix Müller ne pouvaient être présentées à un public qui s'intéresse aux arts, lors d'une manifestation consacrée à l'art contemporain et expérimental* »¹⁵³. Pourtant, la Cour considère compatibles avec l'article 10 la condamnation pénale et la confiscation des toiles jugées obscènes. Ce faisant, elle fait très certainement primer la protection de la morale sur la liberté d'expression artistique¹⁵⁴. Si la Cour admet que les conceptions de la morale sexuelle ont évolué ces dernières années, elle accorde cependant aux Etats membres une marge d'appréciation qui leur laisse le « (...) *droit d'estimer "nécessaire" à la protection de la morale d'infliger aux requérants une amende pour publications obscènes* »¹⁵⁵.

D'après les critères présentés, nous aurions personnellement fait primer la liberté d'expression artistique. Au regard de l'ampleur de l'offense, le critère de l'intensité et de la durée nous laisse penser que, s'agissant d'une exposition temporaire, elle ne peut être étalée dans le temps et personne ne

¹⁴⁹ Cour eur. D.H., arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §§9-17.

¹⁵⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, art. 10.

¹⁵¹ Cour eur. D.H., arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §33.

¹⁵² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵³ Cour eur. D.H., arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §31.

¹⁵⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §36.

semble avoir subi de conséquences négatives sur le long terme. Au niveau de l'étendue, il est difficile de déterminer combien de personnes ont été touchées. La Cour, en revanche, mentionne la réaction très vive d'une fille mineure ainsi que celle d'un autre visiteur¹⁵⁶. D'après le critère de l'évitabilité, les spectateurs avaient la possibilité de simplement détourner le regard et de passer leur chemin, comme le mentionnent les requérants. Enfin, selon la maxime « *volenti non fit injura* », le visiteur d'une exposition d'art contemporain devait s'attendre à se trouver devant de telles œuvres, pouvant sortir de l'ordinaire¹⁵⁷.

L'offense, dans sa nature, touche d'une part des choses immatérielles, à savoir l'image d'une sexualité raisonnable, tandis qu'elle n'affecte aucune personne dans ses éléments primaires. Elle n'est pas non plus de nature à changer l'opinion des tiers au sujet d'une personne. L'œuvre n'incite personne à commettre un acte répréhensible et nous semble avoir une certaine utilité sociale, en ce qu'elle amène la discussion autour de la sexualité. Il eut été envisageable, afin de protéger l'enfance, de mentionner que de telles œuvres pouvaient heurter la sensibilité des plus jeunes.

§3. L'arrêt Otto-Preminger Institut contre Autriche du 20 septembre 1994

Avec l'affaire *Wingrove*, il s'agit sans doute de la décision la plus connue et la plus controversée de la Cour en matière de blasphème et de liberté d'expression artistique¹⁵⁸.

Résumé des faits : L'association de droit privée autrichienne « Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung » gère un cinéma à Innsbruck dans lequel six projections du film « Le Concile d'amour » de Werner Schroeter sont prévues¹⁵⁹. Ce film tourne en dérision plusieurs symboles de la religion chrétienne. Il présente notamment Dieu comme sénile et ami avec le Diable, le Diable et la Vierge Marie dans une tension érotique, ou encore Jésus Christ comme déficient mental¹⁶⁰. Sont en balance le droit à la liberté de religion, consacré à l'article 9 CEDH¹⁶¹, et le droit à la liberté d'expression (article 10 CEDH). Les projections publiques n'ont pas lieu et la copie du film est saisie puis confisquée.

¹⁵⁶ Cour eur. D.H., arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §12.

¹⁵⁷ Cour eur. D.H., arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §17.

¹⁵⁸ G. HAARSCHER, « Liberté d'expression et blasphème : une comparaison entre l'Europe et les États-Unis » in *Le blasphème : du péché au crime* (sous la dir. de A. DIERKENS et J.-P. SCHREIBER), Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, Problèmes d'histoire des religions, vol. 21, 2012, p. 134.

¹⁵⁹ Cour eur. D.H., arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §§9-10.

¹⁶⁰ Cour eur. D.H., arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §§9-13 ; 22.

¹⁶¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, art. 9.

La Cour européenne des droits de l'homme déclare conforme à l'article 10 la saisie et la confiscation du film, qui avaient principalement pour but de protéger le droit au respect des sentiments religieux d'autrui¹⁶². Si la Cour admet que les personnes qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion doivent s'attendre à faire l'objet de critiques¹⁶³, elle précise néanmoins qu'est incluse, parmi les droits et responsabilités qui incombent à toute personne qui exerce sa liberté conformément à l'article 10 CEDH, dans le cadre particulier des opinions et croyances religieuses, « (...) *une obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain.* »¹⁶⁴.

On remarque que les juridictions autrichiennes ont agi de manière préventive, pour « (...) *empêcher que certains se sentent attaqués dans leurs sentiments religieux de manière injustifiée et offensante* », sachant pertinemment que la religion catholique romaine est celle de l'importante majorité des habitants de la région¹⁶⁵. Pourtant, on peut s'étonner de l'instrumentalisation dont font l'objet les croyants, qui relève d'un certain moralisme. En l'espèce, la plainte a été déposée sans tenir véritablement compte du sentiment d'offense réelle de la cible supposée, à savoir la population catholique elle-même¹⁶⁶. Concernant l'évitabilité, et la maxime « *volenti non fit injura* », il nous semble que les personnes étaient d'une part totalement libres de voir ou non le film¹⁶⁷, et savaient d'autre part parfaitement à quoi elles s'engageaient, puisqu'elles étaient suffisamment prévenues à l'avance de la nature du film. De plus, la Cour ajoute que « (...) *le film devait être projeté à des spectateurs payants, dans un "cinéma d'art" qui servait un public relativement restreint, amateur de films expérimentaux* »¹⁶⁸. L'intervention des autorités publiques dans le but de protéger la cible qu'est l'enfant peut s'avérer légitime, mais dans la mesure où l'accès au film était interdit aux mineurs de moins de dix-sept ans¹⁶⁹, d'autres mesures répressives n'apparaissent pas nécessaires.

¹⁶² Cour eur. D.H., arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §46.

¹⁶³ Cour eur. D.H., arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §47.

¹⁶⁴ Cour eur. D.H., arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §49 cité par C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique : le droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 579.

¹⁶⁵ Cour eur. D.H., arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §56.

¹⁶⁶ G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 135.

¹⁶⁷ Cour eur. D.H., arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §44.

¹⁶⁸ Cour eur. D.H., arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), opinion dissidente commune à Mme. Le juge Palmet à MM. Les juges Pekkanen et Makarczyk, §9.

¹⁶⁹ Cour eur. D.H., arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), opinion dissidente commune à Mme. Le juge Palmet à MM. Les juges Pekkanen et Makarczyk, §10.

Si la Cour ne protège pas un film comme « Le Concile d'amour » au nom de sa jurisprudence *Handyside*, c'est parce qu'elle distingue d'une part les discours qui heurtent, choquent et inquiètent, et d'autre part les discours gratuitement offensants, c'est-à-dire les expressions qui ont une utilité sociale et politique faible, en ne contribuant d'aucune manière utile au débat démocratique¹⁷⁰. Nous estimons, suivant l'opinion dissidente de juges, qu'il ne devrait pas être permis à des autorités étatiques de décider ce qui peut ou pas participer à quelque forme que ce soit du débat public¹⁷¹.

§4. L'arrêt Wingrove contre Royaume-Uni du 25 novembre 1996

Résumé des faits : Un visa d'exploitation est refusé pour le film « Visions of Ecstasy », qui représente Sainte-Thérèse, notamment en proie à un plaisir érotique intense au contact du corps meurtri du Christ crucifié¹⁷².

La Cour confirme le refus de visa et par là l'obligation « (...) *d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui* » dans le contexte des croyances religieuses¹⁷³. Une fois encore, elle semble se situer à revers de sa jurisprudence *Handyside* par laquelle la liberté d'expression et, par extension, la liberté d'expression artistique, protège les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent¹⁷⁴. Ainsi, de la même façon que pour l'affaire *Otto-Preminger*, la Cour pallie à l'absence de la répression du droit au blasphème dans la CEDH via la création prétorienne d'un « *droit des citoyens de ne pas être insultés dans leurs convictions religieuses* »¹⁷⁵.

Pour le reste, les commentaires que nous avons faits sous l'arrêt *Otto-Preminger* s'appliquent, dans la mesure où la Cour suit un raisonnement similaire. En particulier, l'avis réel des croyants n'est de nouveau pas pris en compte, dans la mesure où la Cour considère qu'« (...) *il y a ingérence par les autorités dans l'exercice de la liberté d'expression même si les membres de la société dont elles cherchent à protéger les sentiments n'ont pas réclamé l'ingérence* »¹⁷⁶.

¹⁷⁰ G. HAARSCHER, *op. cit.*, pp. 142-143.

¹⁷¹ Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), opinion dissidente commune à Mme. Le juge Palmet à MM. Les juges Pekkanen et Makarczyk, §3.

¹⁷² Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §9.

¹⁷³ Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §52.

¹⁷⁴ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 580.

¹⁷⁵ G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), opinion dissidente de M. Le juge Lohmus, §3 cité par G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 135.

§5. Les arrêts Karatas contre Turquie du 8 juillet 1999 et Alinak contre Turquie du 31 janvier 2002

Résumé des faits : M. Karataş, un ressortissant turc, publie un recueil de poèmes qui contient certains textes qui peuvent être interprétés comme faisant de la propagande séparatiste. De fait, ils semblent glorifier les mouvements insurrectionnels kurdes et inviter à la révolte contre le pouvoir turc. Les autorités turques confisquent les publications litigieuses, infligent une amende et une peine d'emprisonnement au requérant¹⁷⁷.

Contrairement aux arrêts précédents, la Cour européenne des droits de l'homme admet qu'il y a eu violation de l'article 10 CEDH, et reconnaît certaines spécificités de la liberté d'expression artistique. Ainsi, la Cour attache une importance particulière à la forme poétique choisie par l'auteur et précise que « (...) parce qu'il s'agit de poèmes, ces textes constituent une forme d'expression artistique qui s'adresse à une minorité de lecteurs qui y sont sensibles »¹⁷⁸.

Si les textes peuvent sembler inciter les lecteurs au soulèvement et à l'usage de la violence, et par là se rapprocher d'une offense « préjudicielle », ce critère est contrebalancé par l'examen de plusieurs autres. D'abord, dans la condamnation, la Cour se concentre sur la propagande séparatiste plutôt que sur le caractère incitant¹⁷⁹. Ensuite, le caractère politique, la forme artistique et le nombre limité des lecteurs potentiels des poèmes va dans le sens de leur impunité¹⁸⁰. Enfin, s'agissant de la nature de la cible, la Cour écrit explicitement que « (...) les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement que d'un simple particulier ou même d'un homme politique »¹⁸¹.

Dans la lignée de l'arrêt *Karatas*, la tentation de l'autonomie de l'art continue de faire son chemin avec l'affaire *Alinak contre Turquie du 31 janvier 2002*, relative à des faits similaires. En effet, il s'agit d'un roman fictif inspiré de faits réels remettant en cause l'unité de l'Etat turc et semble inviter au sacrifice pour le Kurdistan¹⁸². Avec des arguments similaires à ceux utilisés dans l'affaire *Karatas*¹⁸³, la Cour admet une violation de l'article 10 CEDH après s'être appuyée sur le caractère fictionnel et la nature artistique de l'œuvre¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999, <http://www.echr.coe.int> (19 juin 2020), §§8-12.

¹⁷⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999, <http://www.echr.coe.int> (19 juin 2020), §§48-49.

¹⁷⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999, <http://www.echr.coe.int> (19 juin 2020), §52.

¹⁸⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸¹ Cour eur. D.H., arrêt *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999, <http://www.echr.coe.int> (19 juin 2020), §50.

¹⁸² Cour eur. D.H., arrêt *Alinak c. Turquie* du 31 janvier 2002, <http://www.echr.coe.int> (19 juin 2020), §49.

¹⁸³ Cour eur. D.H., arrêt *Alinak c. Turquie* du 31 janvier 2002, <http://www.echr.coe.int> (19 juin 2020), §§39-41 ; 45.

¹⁸⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 6.

Ainsi, ces deux arrêts de la Cour témoignent d'une évolution de sa jurisprudence, car l'œuvre de fiction est perçue à la fois dans sa dimension expressive en tant que discours, et à la fois comme une création distinctement fictionnelle¹⁸⁵, dimension sur laquelle nous nous attarderons dans le prochain titre.

Section 2. La controverse Charlie Hebdo – Dieudonné

Tant la distinction entre offenses et préjudices que les nuances que nous lui avons apportées peuvent expliquer dans une certaine mesure les décisions médiatisées et controversées qu'ont suscitées les affaires Charlie Hebdo et Dieudonné. Ainsi, beaucoup ont critiqué le « deux poids, deux mesures » de telles décisions.

§1. L'affaire des caricatures de Mahomet

Le 22 mars 2007, le tribunal de grand instance de Paris relaxe Charlie Hebdo. Le journal satirique devait répondre des caricatures de Mahomet qu'il avait publiées¹⁸⁶. D'après Ruwen Ogien, cette non-condamnation illustre sa fameuse distinction, dans la mesure où Charlie Hebdo a exercé sa liberté d'offenser, qui elle-même relève de la liberté d'expression. Si les caricatures ont pu certes susciter des émotions négatives, aucune atteinte physique à autrui, ni à la dignité, ni aux biens n'a été causée¹⁸⁷. Cette explication semble lacunaire au vu des critères que nous avons abordés. S'agissant d'une controverse liée à la liberté d'expression, on se trouve forcément dans le domaine des offenses.

La question est plutôt de savoir si l'offense est suffisamment importante pour mériter condamnation. Pour cet examen, deux critères nous semblent prépondérants : celui de l'intention de l'auteur et celui de l'utilité sociale et politique. D'abord, s'agissant de l'intention, le tribunal relève qu' « (...) *en dépit du caractère choquant, voire blessant, de cette caricature pour la sensibilité des musulmans, le contexte et les circonstances de sa publication dans le journal "Charlie Hebdo", apparaissent exclusifs de toute volonté délibérée d'offenser directement et gratuitement l'ensemble des musulmans* »¹⁸⁸.

¹⁸⁵ A. MONTAS, « Le juge et la liberté de création artistique », *Les Cahiers de la Justice*, 2018, vol. 4, n°4, p. 744.

¹⁸⁶ D. LELOUP et S. LAURENT, *op. cit.* « "Charlie", Dieudonné... : quelles limites à la liberté d'expression ? », *Le Monde*, 14 janvier 2015, accessible sur https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/01/14/de-charlie-a-dieudonne-jusqu-ou-va-la-liberte-d-expression_4555180_4355770.html#17dGdfctr2Uqbb1Z.99 (consulté le 18 juin 2020).

¹⁸⁷ V. DANIEL, « Liberté d'expression : dans le cas de Dieudonné, "il y a intention de porter atteinte" à une population », *Franceinfo*, 14 janvier 2015, accessible sur https://www.francetvinfo.fr/economie/medias/charlie-hebdo/les-propos-de-dieudonne-relevant-du-prejudice-pas-de-l-offense_797035.html (consulté le 16 juin 2020).

¹⁸⁸ TGI Paris, 17e ch. corr., 22 mars 2007, Société des habous et des lieux saints de l'islam et autre c. Philippe Val, Société Éditions Rotatives, Juris-Data n° 2007-327959 cité par D. LELOUP et S. LAURENT, *op. cit.*

Ensuite, le tribunal a mis en balance les offenses subies par les musulmans, avec les valeurs du débat public¹⁸⁹, puisqu'il estime notamment qu'un des dessins en cause participe au « (...) *débat public d'intérêt général né au sujet des dérives des musulmans qui commettent des agissements criminels* »¹⁹⁰.

D'après Denis Ramond, les offenses subies par les victimes n'ont pas été niées mais contrebalancées notamment par l'importance de respecter les débats publics d'intérêt général¹⁹¹. A l'inverse, certains estiment que les musulmans ont fait l'objet d'une instrumentalisation flagrante de la part des leaders islamistes¹⁹². Quoiqu'il en soit, il est certainement difficile de comprendre la nature de l'offense ressentie par les musulmans à la vue des caricatures si l'on n'est pas une des victimes. En effet, la relation spécifique qui unit ces derniers à leur prophète ne peut être totalement comprise par les personnes non concernées¹⁹³. C'est la raison pour laquelle, le critère de la gravité de l'offense peut être difficile à évaluer en l'espèce.

§2. Le cas Dieudonné

L'humoriste Dieudonné a comparu plusieurs fois devant la justice, mais cette dernière n'a pas fait que lui donner tort. Ainsi, en 2015, le collège des bourgmestres et échevins de la ville de Bruxelles a décidé préventivement de l'interdiction d'un spectacle de l'humoriste, qui était sensé prendre place dans une salle de la capitale. Le Conseil d'Etat, saisi d'un recours en extrême urgence, a déclaré que le collège « (...) *n'a pas reçu pour mission de veiller préventivement à la correction politique ou morale, voire même pénale, des spectacles et moins encore à celle, supposée, des artistes qui en donnent la représentation* »¹⁹⁴.

L'évènement qui a fait particulièrement polémique et qui a conduit à sa condamnation remonte à 2009, lorsqu'il invite sur scène Robert Faurisson, historien connu pour ses thèses négationnistes¹⁹⁵.

Pour marquer la différence avec le cas de Charlie Hebdo, Ogien nous dit que de telles actions de la part de Dieudonné relèvent du préjudice, parce qu'il aurait « (...) *cette intention de porter atteinte à la réputation, à l'image et aux droits d'un groupe de personnes* »¹⁹⁶.

¹⁸⁹ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », *op. cit.*, p. 114.

¹⁹⁰ TGI Paris, 17^e ch. corr., 22 mars 2007, Société des habous et des lieux saints de l'islam et autre c. Philippe Val, Société Éditions Rotatives, Juris-Data n° 2007-327959 cité par D. LELOUP et S. LAURENT, *op. cit.*

¹⁹¹ D. RAMOND, « Comment justifier la liberté d'offenser ? », *op. cit.*, p. 115.

¹⁹² G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 144.

¹⁹³ N. MARZOUKI, *op. cit.*, pp. 857-858.

¹⁹⁴ C.E., 23 mars 2009, Dieudonné M'Bala M'Bala, n° 191.742, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 5-6 cité par E. CRUYSMANS, « Racisme, blasphème et liberté d'expression : aperçu de la jurisprudence "anti-hate speech" belge francophone », *A&M*, 2016, pp. 72-73.

¹⁹⁵ D. LELOUP et S. LAURENT, *op. cit.* ; plus que l'inviter, il le fera monter sur scène et lui fera remettre un prix par une personne habillée à la manière d'une personne rescapée des camps de concentration.

¹⁹⁶ V. DANIEL, *op. cit.*

L'humoriste ne ferait pas la différence entre la liberté d'offenser et l'interdiction de causer des préjudices¹⁹⁷. Cette explication nous semble imprécise, puisque l'on se trouve également, comme dans le cas de Charlie Hebdo, dans le domaine des offenses, monopole de la liberté d'expression. La question qu'a du apprécier le tribunal était celle de savoir si l'offense était de nature à mériter une condamnation.

Concernant la gravité de l'offense, plusieurs aspects sont à examiner, notamment celui de l'ampleur. L'offense semble bien d'un autre degré que les caricatures de Charlie, puisqu'il s'agit « (...) *d'appeler à la haine contre les croyants d'une religion, ou de faire l'apologie de crimes contre l'humanité* »¹⁹⁸. Concernant l'intention de Dieudonné, la Cour européenne des droits de l'homme relève notamment qu'à aucun moment il ne s'est désolidarisé des propos négationnistes tenus par son invité¹⁹⁹. S'agissant de l'utilité sociale et politique de l'offense, il s'agit de propos qui ne contribuent pas au débat démocratique en critiquant les valeurs prônées par la société, mais qui, au contraire, y portent atteinte. Moins qu'utile, ces propos représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les États démocratiques, raison pour laquelle ils doivent être réprimés²⁰⁰.

Le racisme²⁰¹ et le blasphème sont deux phénomènes fondamentalement différents. L'on pourrait considérer que l'attaque offensante envers une personne à raison de ses convictions religieuses relève du débat démocratique et du champ de la discussion, tandis que le racisme relève du rejet *a priori*, en ce que ce ne sont pas les idées ou les pratiques de la personne visée qui sont contestées mais des éléments sur lesquels elle n'a aucune prise²⁰². Cet argument rejoint la critique entre éléments primaires et élaborations secondaires que nous avons évoquée précédemment.

Pour ces raisons, l'argument « deux poids, deux mesures » ne tient pas, et il apparaît cohérent, à la lumière de ces cas d'espèce, de dénoncer la répression du blasphème tout en approuvant celle du discours antisémite.

¹⁹⁷ V. DANIEL, *op. cit.*

¹⁹⁸ D. LELOUP et S. LAURENT, *op. cit.*

¹⁹⁹ Cour eur. D.H., arrêt M'Bala M'Bala c. France du 10 novembre 2015, <http://www.echr.coe.int> (26 juin 2020), §36 cité par J. ENGLEBERT, « La répression des excès de l'expression raciste ou blasphématoire : lorsque l'idéologie prend le pas sur le droit », *A&M*, 2016, p. 63.

²⁰⁰ Corr. Liège (17^e ch.), 25 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 358 cité par E. CRUYSMANS, *op. cit.*, p. 72.

²⁰¹ En considérant l'antisémitisme comme une forme de racisme : la personne juive étant considérée comme une « race », par l'antisémite ; G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 153.

²⁰² G. HAARSCHER, *op. cit.*, pp. 152-153.

TITRE III. L'AUTONOMISATION DE LA LIBERTÉ DE CRÉATION ARTISTIQUE POUR JUSTIFIER LA LIBERTÉ D'OFFENSER

Partant du constat que la liberté d'offenser révèle ses lacunes si l'on se concentre sur les aspects communicationnels de l'art, nous envisageons dans ce dernier titre le processus créatif en l'émancipant de la liberté d'expression. A cette fin, nous proposons d'autres arguments éventuellement en faveur de l'impunité de l'art.

Au travers de cette dernière partie, nous tenterons de répondre à la question de savoir comment distinguer l'expression artistique qui choque de celle qui nuit, à la lumière des spécificités de l'œuvre artistique et littéraire, par rapport à d'autres formes d'expression.

Chapitre 1. Le détachement contemporain de la liberté de création artistique par rapport à la liberté d'expression artistique

Section 1. L'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler* contre Autriche du 25 janvier 2007

Comme nous l'avons vu, la Cour européenne des droits de l'homme a construit, au fil de ses arrêts, une jurisprudence qui se fonde sur la liberté d'expression, sans pour autant reconnaître une protection spécifique à la liberté artistique. Ainsi elle a pu, en assimilant totalement la liberté de l'art à la liberté d'expression, donner l'impression de privilégier la dimension expressive de l'art sans réellement prendre en compte sa dimension créatrice²⁰³. Par voie de conséquence, aucune portée particulière n'a jusqu'alors été reconnue à la liberté d'expression artistique et à la création²⁰⁴.

En 2007, l'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler contre Autriche* semble marquer une ouverture de la jurisprudence européenne sur la liberté artistique²⁰⁵. Dans cette affaire, une association d'artistes autrichiens présente, dans le cadre d'une exposition, un tableau qui représente, au moyen de la technique du collage, une multitude d'hommes politiques et autres personnages publics dans des représentations sexuelles. L'un d'eux intente une action en diffamation et violation de son droit à l'image contre l'association et obtient gain de cause devant les juridictions autrichiennes. En effet, la Cour suprême d'Autriche a considéré que la liberté de l'art, expressément consacrée par la Constitution

²⁰³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 6.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 11.

²⁰⁵ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 587.

autrichienne²⁰⁶, ne l'emportait pas sur la protection de la personnalité²⁰⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans son analyse, relève notamment que l'œuvre en question n'a recours à de véritables photos que pour les têtes des personnalités représentées. Par ailleurs, leurs yeux sont cachés au moyen de bandes noires, tandis que leurs corps sont peints de manière irréaliste²⁰⁸. De ce fait, elle invalide l'ingérence et considère que le caractère satirique et artistique du tableau l'emporte sur les atteintes à la réputation d'un homme politique, qui est de plus entouré d'autres personnalités publiques plus connues que lui²⁰⁹. Dès lors, la juridiction strasbourgeoise insiste sur la spécificité de l'expression artistique et rattache la possibilité de l'exagération à une forme d'expression artistique particulière : la satire. Mieux encore, elle la reconnaît admissible, tout comme la provocation et l'imaginaire, dans ce type d'expression²¹⁰.

Pourtant, si l'on peut considérer qu'il s'agit d'un arrêt fondamental pour la liberté d'expression artistique, la Cour ne reconnaît pas la liberté artistique en tant que telle : elle n'instaure ni de spécificité à la création littéraire et artistique ni de présomption favorable à l'art²¹¹. Malgré tout, certains juges ont plaidé en ce sens, estimant que « (...) la marge d'appréciation des Etats devrait être particulièrement réduite, voire pratiquement inexistante, quand l'ingérence vise la liberté artistique »²¹².

Section 2. L'élévation de la création artistique au rang de liberté

Au cours de l'histoire, la façon de concevoir les arts a évolué. Pendant longtemps, l'art fut pourvu de son autonomie. Il était perçu comme un objet naturel se suffisant à lui-même et un ensemble cohérent obéissant à ses propres règles. Pourtant, dès l'époque postmoderne, l'œuvre d'art se réintègre au circuit communicationnel et est rapprochée de son récepteur. Elle redevient cet objet intégré au monde culturel qu'elle avait été avant le XVIII^e siècle durant sa période esthétique²¹³.

²⁰⁶ Const autrichienne, art. 17

²⁰⁷ Cour eur. D.H., arrêt Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche du 25 janvier 2007, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020), §16 cité par C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 586.

²⁰⁸ Cour eur. D.H., arrêt Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche du 25 janvier 2007, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020), §33.

²⁰⁹ Cour eur. D.H., arrêt Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche du 25 janvier 2007, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020), §35 cité par J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 12.

²¹⁰ Cour eur. D.H., arrêt Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche du 25 janvier 2007, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020), §33 cité par C. RUET, « L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence européenne », *Rev. trim. D.H.*, 2010, vol. 84, pp. 926-927. ; C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 586.

²¹¹ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 587-589.

²¹² Cour eur. D.H., arrêt Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche du 25 janvier 2007, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020), opinion dissidente commune aux juges Spielmann et Jebens, §6.

²¹³ M. FORTIER, « Compte rendu de Esquivel (Patricia), L'autonomie de l'art en question. L'art en tant qu'Art », *COntEXTES*, Notes de lecture, mis en ligne le 17 février 2013, accessible sur

Vu les évolutions jurisprudentielles, on observe que les spécificités de la création sont de plus en plus prises en compte. A propos d'une même œuvre, peuvent désormais être distingués le discours, qui relève de la liberté d'expression, et la dimension artistique de l'œuvre, qui relève de la liberté de création²¹⁴.

Ainsi, de tous temps, deux discours régissent les rapports entre art et droit : le discours *de* l'art, d'une part, qui fait référence à ce que nous dit l'art dans son individualité, et le discours *sur* l'art, d'autre part, qui se réfère au positionnement du droit par rapport à l'art²¹⁵. Réduire le discours *de* l'art à la transmission d'un message apparaît réducteur, raison pour laquelle il n'apparaît pas adéquat d'inclure simplement la création dans le régime de la liberté d'expression. L'art occupe un rôle particulier de production de sens et d'analyse critique, tant il peut participer à la mise en perspective et à la transformation du regard sur le monde, participant ainsi à la construction de la citoyenneté²¹⁶.

Le discours *sur* l'art se doit dès lors de tenir compte des spécificités de la création artistique, sans pour autant lui accorder une totale impunité. On peut traditionnellement dégager plusieurs positions relatives à la façon dont le droit devrait se placer par rapport à l'art²¹⁷ :

Une première reviendrait à fondre intégralement la création artistique dans le régime de la liberté d'expression, de sorte à la soumettre aux mêmes limites qu'impose cette dernière. Cette position est critiquable, dans la mesure où elle revient à ignorer les spécificités de l'art, voire à le faire disparaître en tant que phénomène culturel, social, politique et juridique²¹⁸. De ce fait, les œuvres dont le contenu est explicitement expressif et qui véhiculent clairement un message seraient amenées à être mieux protégées que celles dépourvues de discours, comme l'art abstrait ou minimaliste²¹⁹.

Une seconde position s'inscrit dans une conception absolutiste de la liberté artistique et en faveur de son immunité totale. Ainsi, dans la mesure où l'art est un champ à ce point séparé et autonome de la morale et de l'éthique, il ne constitue jamais en lui-même un problème ou une menace²²⁰. Une telle vision élitiste du droit, comme nous l'avons démontré de manière philosophique dans le titre précédent, finit toujours « (...) *par buter sur la nécessité d'établir des limites (...) que ce soit à l'encontre des expressions mensongères, ennemies de la démocratie ou empêchant l'épanouissement et l'expression de chacun* »²²¹.

<http://journals.openedition.org/contextes/5622> (consulté le 27 juin 2020), pp. 2-3.

²¹⁴ A. MONTAS, *op. cit.*, p. 744.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 738.

²¹⁶ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 566-568.

²¹⁷ A. TRICOIRE, « Les dangers du relativisme pour la liberté de l'art » in *Sur l'interdit* (sous la dir. de P.-Y. SOUCY), Bruxelles, Lettre volée, coll. « Étrangère », n°21-22, 2009, p. 121.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 151.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ N. CARROLL, « Art and ethical criticism : an overview of recent directions of research », *Ethics*, 2000, vol. 110, n°2, accessible sur <http://www.jstor.org/stable/10.1086/233273> (consulté le 2 juin 2020), pp. 351-353.

²²¹ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 563.

D'après une dernière position, si les discours haineux doivent être réprimés, les représentations sexuelles doivent, elles, demeurer libres²²². Ogien défend cette opinion quand il affirme que les premiers sont par nature des préjudices quand les secondes ne peuvent qu'être des offenses. Nous avons discuté de la cohérence de cette affirmation au travers d'une autre distinction qui est celle des offenses simples et préjudicielles.

Que l'art soit soumis à des restrictions juridiques ne signifie pas pour autant que l'artiste n'est pas libre. Au contraire, la liberté de création est bien à la base de l'acte créatif. Seulement, l'artiste est soumis à la perception de ceux qui admirent son travail, mais aussi de ceux offensés par lui. Il serait réducteur de penser qu'il crée dans le vide, en dehors de toute considération pour le monde qui l'entoure. Le droit exige donc de l'artiste qu'il assume la responsabilité de ses actes, justement parce qu'il est libre. Pour cette même raison, le droit doit s'attendre à ce qu'il agisse de manière irresponsable²²³. Le droit est chargé d'une mission complexe : celle de protéger la liberté de l'art tout en responsabilisant l'artiste de manière à ce qu'il ne soit pas freiné dans son envie de créer²²⁴.

Puisque le rattachement de la liberté artistique à la liberté d'expression est manifestement insuffisant, il est légitime de s'interroger sur la façon adéquate de protéger les spécificités de la création artistique tout en évitant que l'art puisse jouir d'une totale impunité²²⁵. D'après ce que nous avons avancé, il nous apparaît que la réponse à cette question s'avère être la reconnaissance d'un régime spécifique à l'expression artistique, par exemple via la reconnaissance d'une présomption favorable à l'art²²⁶.

L'art est certainement moins censuré qu'à l'époque où régnait l'ordre moral et religieux. En effet, dans le cadre du mouvement de rationalisation du droit que nous avons évoqué, de nombreux crimes sans victimes, tels que le délit d'outrage aux bonnes mœurs, furent éliminés. De plus, les contrôles préalables de l'Etat sur la création furent réduits.

Néanmoins, il apparaît nécessaire de reconnaître et de protéger légalement la liberté de création artistique, car on peut considérer, dans une certaine mesure, qu'elle est encore menacée par les limites qui lui sont attachées²²⁷. La censure s'appuie aujourd'hui sur une pluralité de sources dont les objectifs sont variés : réprimer les atteintes à la dignité humaine, protéger les mineurs, ou bien sanctionner les pensées haineuses et anti-démocratiques qui ressortent du message d'une œuvre²²⁸.

²²² A. TRICOIRE, *op. cit.*, p. 121.

²²³ A. FOURLON et B. KHALVADJIAN, « Art, liberté, responsabilité : exposé juridique d'une affaire de concessions », *Marges*, 2009, vol. 9, mis en ligne le 15 novembre 2010, accessible sur <http://journals.openedition.org/marges/540> (consulté le 29 juin 2020), pp. 69-70.

²²⁴ A. FOURLON et B. KHALVADJIAN, *op. cit.*, p. 83.

²²⁵ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 567 ; 569.

²²⁶ *Ibid.*, p. 609.

²²⁷ A. FOURLON et B. KHALVADJIAN, *op. cit.*, p. 69. ; C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 739.

²²⁸ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 745.

Pour légalement protéger le fait de création et afin que l’auteur d’une œuvre littéraire ou artistique puisse se prévaloir de la liberté de création artistique, il lui suffirait de prouver que sa création peut être rattachée au domaine des arts. Bien souvent, la forme de l’œuvre fondera une présomption en ce sens²²⁹. L’UNESCO, dans un rapport récent sur la liberté artistique, précise que protéger la liberté artistique ne signifie pas qu’il faille nier la réalité des offenses suscitées par une œuvre. Au contraire, les autorités et les acteurs culturels sont invités à les prendre en considération et à anticiper les controverses qui pourraient advenir dans le cas où des thèmes polémiques seraient abordés par le fait de création. Ceci pourrait être fait en donnant de plus amples informations sur l’exposition en question, en organisant un débat, ou encore en préparant un dossier de presse qui précise l’intention artistique²³⁰.

Consciente que le monde de l’art et celui du droit peuvent, à bien des égards, être éloignés, l’UNESCO encourage par ailleurs les initiatives de la société civile qui visent à rapprocher les professionnels du droit et les artistes, et donc à réconcilier les deux discours qui cohabitent, celui *du* droit et celui *sur* le droit²³¹.

Section 3. La loi française du 7 juillet 2016 : un exemple à suivre ?

L’UNESCO encourage les Etats à inscrire spécifiquement la liberté artistique dans leur droit national tout en assurant sa mise en application et son suivi²³². Pourtant, le droit belge comme le droit international soumettent la liberté d’expression artistique au régime général de la liberté d’expression, sans consacrer de statut particulier à la création artistique²³³.

La France, elle, a sauté le pas en adoptant une loi qui consacre la liberté créatrice de l’artiste, à ce jour la seule en ce sens²³⁴. En effet, la loi française du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l’architecture et au patrimoine énonce en son article 1^{er} que : « *la création artistique est libre* »²³⁵.

Son article 2 modifie l’article 431-1 du Code pénal français qui sanctionne les entraves faites à l’exercice de la liberté d’expression en ajoutant parmi elles : « *Le fait d’entraver, d’une manière concertée et à l’aide de menaces, l’exercice de la liberté de création artistique ou de la liberté de la diffusion de la création artistique* »²³⁶.

²²⁹ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 747-749.

²³⁰ L. CUNY, « Liberté & Créativité : Défendre l’art, défendre la diversité », édition spéciale de la série des rapports mondiaux de l’UNESCO, 2020, accessible sur <https://fr.unesco.org/creativity/publications/liberte-creativite-defendre-l-art-defendre> (consulté le 2 juillet 2020), p. 16.

²³¹ *Ibid.*, p. 19.

²³² *Ibid.*, p. 12.

²³³ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 561-562.

²³⁴ L. CUNY, *op. cit.*, p. 12.

²³⁵ Loi n°2016-925 relative à la liberté de la création, à l’architecture et au patrimoine, *J.O.*, 8 juillet 2016, n°158, art. 1.

²³⁶ Loi n°2016-925 relative à la liberté de la création, à l’architecture et au patrimoine, *J.O.*, 8 juillet 2016, n°158, art. 1 ; Code pénal français, art. 431-1.

Cette loi se situe dans la continuité de la jurisprudence européenne, qui a amorcé le mouvement d'admission progressive de la spécificité de la création²³⁷. En consacrant une protection autonome à la création artistique, le juge français est désormais amené à devoir faire la distinction entre la liberté d'expression et la liberté de création artistique. Aucune plainte pour entrave à la liberté artistique n'a pour l'instant été déposée. Dans la pratique, on pourrait imaginer que le fait pour des autorités locales d'interdire indûment la projection d'un film ayant reçu autorisation, ou le fait pour un groupe de personnes d'empêcher l'accès du public à une pièce de théâtre constituent une telle atteinte²³⁸.

Cette loi recouvre deux aspects. Dans sa dimension individuelle, elle peut être invoquée directement par l'artiste créateur et/ou interprète, tandis que sa dimension collective consiste en un droit du public à prendre part à la vie culturelle²³⁹. Comme nous le verrons, ce lien entre la sphère individuelle et collective de la liberté de création artistique a été mis en avant par la Cour européenne des droits de l'homme au travers de la notion de « patrimoine littéraire européen »²⁴⁰.

C'est en tant que droit individuel que la liberté de création artistique est la plus critiquable, d'après Philippe Mouron, docteur en droit et maître de conférence à l'Université d'Aix-Marseille. En effet, sous ce prisme, la liberté de création s'avère trop proche de la liberté d'expression que pour en être totalement distinguée.

Si certainement, le discours d'une œuvre n'est pas toujours facile à discerner, on peut considérer que le seul acte de création consiste à exprimer des idées et à communiquer la pensée de l'auteur. D'autant plus qu'on a du mal à percevoir l'intérêt qu'aurait la loi si elle avait pour seule ambition de protéger l'artiste dans sa sphère privée, lui qui a généralement la prétention de communiquer son œuvre au public²⁴¹. De plus, il peut être reproché à cette loi d'être « fourre-tout », puisqu'elle ne consacre en fin de compte aucune nouvelle liberté et se contente d'avoir une portée symbolique²⁴². Sa consécration nuirait même dans la pratique à la protection effective de l'œuvre littéraire ou artistique car, juridiquement, son autonomie entraînerait son recul dans la hiérarchie des normes. En effet, la création est protégée par le droit constitutionnel et européen sous le prisme du régime général de la liberté d'expression, alors qu'elle ne l'est que par la loi française sous ce régime spécifique²⁴³.

²³⁷ A. MONTAS, *op. cit.*, p. 743.

²³⁸ L. CUNY, *op. cit.*, p. 12.

²³⁹ P. MOURON, *op. cit.*, p. 1.

²⁴⁰ Cour eur. D.H., arrêt Akdas c. Turquie du 16 février 2010, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020).

²⁴¹ P. MOURON, *op. cit.*, p. 3.

²⁴² *Ibid.*, pp. 2-3.

²⁴³ A. MONTAS, *op. cit.*, pp. 750-751.

Selon Philippe Mouron, seul le versant collectif de cette loi est digne d'intérêt et lui donne du sens, car il souligne l'importance du droit à la culture et sa promotion dans nos sociétés démocratiques²⁴⁴.

En dépit de ces critiques et pour les raisons avancées ci-avant, nous estimons que si les œuvres artistiques empruntent *a fortiori* des moyens de communication qui relèvent de la liberté d'expression, les spécificités qui y sont attachées justifient de les apprécier singulièrement. Bien que face à des limites communes, la portée de la liberté d'exprimer une idée est différente selon qu'elle se présente sous forme artistique ou d'un autre moyen d'expression²⁴⁵.

Chapitre 2. Les spécificités de la création artistique pour justifier la liberté d'offenser

Ruwen Ogien est conscient de l'existence des différentes positions en conflit autour de la liberté d'expression et de création, et pointe la difficulté qui subsiste concernant le jugement de l'art. En effet, on cherche à promouvoir ou à limiter la liberté de création d'une part à partir de ses conséquences politiques, légales et sociales, et d'autre part en raison des spécificités des œuvres littéraires et artistiques. Il ne semble pas vouloir accorder beaucoup d'intérêt à ces dernières par rapport à d'autres moyens d'expression pour justifier leur éventuelle impunité, puisqu'il estime que « (...) *l'artiste n'est pas au-dessus des lois, et ses œuvres non plus lorsqu'elles sont à l'origine de préjudices* »²⁴⁶.

Ogien ne semble pas convaincu par les arguments en faveur de la liberté des représentations que sont celui de la valeur artistique et du caractère fictif. De fait, il leur reproche d'être compliqués à appliquer dans la pratique²⁴⁷. Il nous semble plutôt que la véritable difficulté est celle qui consiste à surmonter le flou qui demeure entre les offenses et les préjudices.

Il est certain que la création artistique présente des spécificités et utilise des moyens d'expression qui lui sont propres. Pour cette raison, le juge amené à intervenir dans le domaine de l'art doit, pour juger du caractère préjudiciel de l'offense suscitée par l'œuvre, avoir égard à deux registres de critères. D'une part, il doit prendre en considération l'ensemble de ceux évoqués dans le titre précédent, qui se réfèrent aux aspects communicationnels de l'art. D'autre part, il doit tenir compte de critères qui placent la création dans une situation d'exception par rapport aux autres discours²⁴⁸.

²⁴⁴ P. MOURON, *op. cit.*, p. 2 ; 6.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 4.

²⁴⁶ R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, *op. cit.*, p. 46.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 127-128.

²⁴⁸ A. TRICOIRE, *op. cit.*, p. 138.

Section 1. La valeur artistique : l'importance de la forme

§1. Généralités

Dans le cadre de procès judiciaires, il arrive que le juge prenne en considération la valeur artistique de l'œuvre litigieuse pour déterminer si, oui ou non, elle mérite condamnation. Cela peut paraître problématique de demander au juge de déterminer ce qui relève de l'art ou non et de lui demander de porter des jugements de goût. On peut à raison se demander s'il ne devrait pas rester dans la « neutralité esthétique »²⁴⁹.

De fait, il n'existe pas de critères fixes et évidents qui permettent de départager ce qui a du mérite artistique de ce qui n'en a pas, raison pour laquelle on peut également douter de ceux qui se revendiquent « experts » pour répondre à cette question²⁵⁰.

Ogien se range derrière la conception juridique de l'art qui insiste sur la neutralité esthétique. D'après lui, les juges devraient s'abstenir de faire intervenir des critères d'appréciation liés à l'esthétique, ainsi qu'ils le font déjà dans le domaine des œuvres de l'esprit et du droit des auteurs²⁵¹.

§2. Le « tournant abject » de l'art contemporain

La question de la qualité esthétique pose particulièrement question dans le cadre de l'art contemporain. Beaucoup critiquent ainsi la perversion et la dégénérescence dont il fait preuve. On lui reproche d'être toujours plus abject et répugnant, et d'offenser toujours plus de gens²⁵².

Si ces œuvres littéraires et artistiques sont dans l'incapacité de produire un sentiment de satisfaction esthétique, devraient-elles pour autant être moins juridiquement protégées que d'autres ?

D'après Ruwen Ogien, les critiques de ce « tournant vers l'abjection » de l'art contemporain devraient prendre en considération deux sortes de limites à la perception de certaines œuvres comme œuvres d'art. D'une part, les limites psychologiques, empêchent l'humain en tant qu'espèce d'apprécier une œuvre qui le répulse et le dégoûte, car il est intrinsèquement incapable de la supporter.

D'autre part, il existe des limites morales, qui suscitent « *l'indignation, la haine, la colère ou la honte* », en raison du fait qu'il est porté atteinte à des valeurs et à des principes auxquels l'humain est attaché²⁵³. A ce sujet, la sociologue française Nathalie Heinich a relevé plusieurs registres de valeurs que les gens ont à leur disposition pour argumenter un rejet de l'art contemporain.

²⁴⁹ M. GIBERT, *op. cit.*, p. 33.

²⁵⁰ T. WUILLÈME, *op. cit.*, p. 2 ; R. OGIEEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, *op. cit.*, p. 99.

²⁵¹ R. OGIEEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, *op. cit.*, pp. 96-97.

²⁵² R. OGIEEN, « De la réprobation morale à la répression pénale », *op. cit.*, p. 60.

²⁵³ *Ibid.*, pp. 62-63.

Parmi eux, l'on peut citer les valeurs politiques, la valeur du travail, la valeur de la nourriture²⁵⁴, l'équité, la démocratie, etc²⁵⁵. Ce serait parce que ces valeurs sont mises en cause et que les spectateurs sont moralement indignés qu'il serait impossible de trouver satisfaction esthétique en elles. A ce propos, nous ne pouvons que partager l'opinion d'Ogien quand il estime que cette critique confond « (...) le fait d'être révolté intellectuellement par certaines œuvres, au point de souhaiter leur censure pour des raisons morales ou politiques, et le fait d'être dans l'incapacité mentale de les «voir comme» des œuvres d'art? »²⁵⁶. Comme nous l'avons vu, la question du caractère nuisible de l'art et de sa censure se pose de façon légitime surtout s'agissant des œuvres portant atteinte aux valeurs fondamentales de notre démocratie.

§3. L'exigence esthétique de la pornographie

La Cour suprême des Etats-Unis a, dans son célèbre arrêt *Miller v. California* du 21 juin 1973²⁵⁷, établi des critères pour déterminer si un discours doit être considéré comme obscène et donc non protégé. L'un d'eux requiert que « (...) l'œuvre prise comme un tout manque de valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique sérieuse »²⁵⁸, ce qui revient en réalité à laisser une place importante à l'arbitraire du goût du juge et au mérite artistique²⁵⁹. Aux Etats-Unis, le caractère offensant d'une œuvre à caractère sexuel peut donc être contrebalancé tant par sa valeur sociale ou politique, mais également littéraire ou artistique, pour peu qu'elle soit « sérieuse ». Cet adjectif a d'ailleurs rendu plus facile la condamnation pour obscénité. Précédemment, la « moindre » valeur apte à racheter l'obscénité (« *redeeming value* ») était suffisante²⁶⁰.

De plus, la Cour suprême assimile complètement la notion d'« obscénité » à celle de « pornographie »²⁶¹. Pourtant, d'après Joël Feinberg, il s'agit de concepts distincts même s'ils se chevauchent couramment dans la pratique. L'obscénité désigne ce qui peut offenser autrui en suscitant des émotions déplaisantes telles que le dégoût ou la répugnance, quand la pornographie se réfère à l'ensemble des images, films ou littérature dont le but est d'éveiller le désir sexuel²⁶².

²⁵⁴ Par exemple, lors d'une exposition, le sol était parsemé de petits pains colorés, forçant les gens à marcher dessus, ce qui suscité la colère et l'indignation, car il est difficilement accepté que cette valeur soit « piétinée ». ; N. HEINICH, « Les rejets de l'art contemporain », *Publics et Musées*, 1999, vol. 16, accessible sur https://www.persee.fr/doc/pumus_1164-5385_1999_num_16_1_1149 (consulté le 4 juin 2020), p. 154.

²⁵⁵ N. HEINICH, « Les rejets de l'art contemporain », *op. cit.*

²⁵⁶ R. OGIE, « De la réprobation morale à la répression pénale », *op. cit.*, pp. 62-63.

²⁵⁷ *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 23-24 (1973).

²⁵⁸ G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 138.

²⁵⁹ A. TRICOIRE, *op. cit.*, p. 125.

²⁶⁰ G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 138.

²⁶¹ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, *op. cit.*, p. 128.

²⁶² *Ibid.*, p. 141.

En Europe, l'argument le plus fréquemment invoqué pour réprimer la pornographie est la valeur de la protection de l'enfance, comme on a pu notamment le voir dans les arrêts *Handyside* et *Müller* de la Cour européenne des droits de l'homme²⁶³.

D'après Feinberg, la question de savoir si une représentation pornographique présente des caractéristiques artistiques est pertinente afin d'apprécier l'utilité sociale de l'objet à la base de l'offense. Selon cette logique, l'offense suscitée par le caractère obscène devrait être le prix à payer pour contrebalancer la production d'œuvres reconnues qui présentent une valeur sociale de par leurs qualités artistiques. A l'opposé, aucune valeur sociale « rédemptrice » ne pourrait être appréciée en cas d'œuvre pornographique offensante qui n'est pas le résultat d'une sérieuse intention artistique. Dans ce cas, le principe de l'offense serait à même de s'appliquer²⁶⁴. Dans notre hypothèse, cette absence irait dans le sens d'une « préjudicialisation » de l'offense.

Il convient d'être vigilant s'agissant de représentations sexuelles explicites. Il ne s'agit pas de sanctionner leur mauvais goût et d'attacher une protection juridique plus importante aux œuvres qui présentent des qualités artistiques supérieures selon des « experts »²⁶⁵. Autrement, cela reviendrait à exiger de ces représentations qu'elles soient revêtues de qualités qui ne seraient pas requises pour d'autres types d'œuvres²⁶⁶.

Ce qui est à prendre en considération, ce n'est pas la valeur artistique de la représentation en question, mais plutôt le fait qu'elle puisse, en tant que création, être rattachée au domaine des arts.

Pour pouvoir distinguer l'art de l'obscénité ou de la pornographie, il convient de se référer en premier lieu à des critères sur le plan esthétique établis « (...) *sur la base du mode opératoire spécifique à la création artistique* »²⁶⁷. Ainsi, bien que l'on puisse considérer que tout type de pornographie ait une utilité sociale, il faut admettre que les œuvres littéraires et artistiques, qu'elles soient picturales, dramatiques ou musicales, ont par essence une valeur sociale beaucoup plus élevée que la pure pornographie. Par conséquent, leur interdiction pure et simple serait une perte beaucoup plus importante, du moins pour le monde de l'art²⁶⁸.

²⁶³ G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 138.

²⁶⁴ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, *op. cit.*, p. 137.

²⁶⁵ R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, *op. cit.*, p. 124.

²⁶⁶ *Ibid.*, pp. 127-128.

²⁶⁷ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 610-611.

²⁶⁸ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, *op. cit.*, p. 137.

Section 2. Le caractère fictionnel

§1. Généralités

Un autre argument en faveur de la liberté des représentations artistiques est celui du caractère fictif de l'œuvre. L'argument de la fiction confirme pour certaines œuvres qu'elles ne peuvent qu'être des crimes sans victimes dans la mesure où les prétendues victimes n'en sont pas vraiment. D'après Ogien, ce critère n'est pas toujours pertinent ni applicable, raison pour laquelle il a préféré se concentrer sur la distinction entre offenses et préjudices²⁶⁹. A notre sens, le caractère fictionnel de l'œuvre peut être, dans le cas d'une œuvre litigieuse, un critère majeur à prendre en compte. Il peut permettre de contrebalancer le sentiment d'offense ressenti afin de décider si, oui ou non, elle devrait être sanctionnée.

Certainement, l'examen du caractère fictionnel du discours offensant au sein d'une œuvre est une question délicate. Bien souvent, le fait pour une expression artistique de distordre ou de déformer la réalité entraîne une appréciation plus souple par le juge²⁷⁰. Les actes d'expression portant atteinte à nos valeurs démocratiques comme l'expression du racisme, l'antisémitisme, ou l'incitation à la haine et ceux qui consistent en une attaque personnelle comme l'injure et la diffamation ne sauraient être appréciés de façon identique selon qu'ils sont tenus dans le monde réel ou dans celui de la fiction. En effet, si ces discours condamnables sont tenus par des personnages fictifs, il y aurait lieu pour le lecteur de mettre ce propos en perspective²⁷¹.

Néanmoins, il ne pourrait s'agir de tout relativiser ou de légitimer le caractère délictueux de tels propos en les cachant derrière la forme de l'œuvre. S'agissant du cas de Dieudonné dont nous avons déjà parlé, la Cour a, tout bien considéré, rejeté l'argument du droit à l'humour en expliquant qu'« (...) *qu'une prise de position haineuse et antisémite, caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte qui ne mérite pas la protection de l'article 10 de la Convention* »²⁷². Autrement dit, ni le fait de jouer un personnage fictif sur scène ni aucune autre justification ne peut permettre de diffuser ce genre d'idées. L'artiste ne peut en aucun cas s'exonérer de sa responsabilité, tant morale que juridique²⁷³.

²⁶⁹ R. OGIEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, op. cit., pp. 49-50.

²⁷⁰ A. LATIL, « La Cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale », *Rev. trim. D.H.*, 2010, vol. 83, pp. 778-779.

²⁷¹ A. TRICOIRE, op. cit., p. 121.

²⁷² Cour eur. D.H., arrêt M'Bala M'Bala c. France du 10 novembre 2015, <http://www.echr.coe.int> (26 juin 2020), §40.

²⁷³ A. TRICOIRE, op. cit., pp. 131-132 ; E. CRUYSMANS, op. cit., p. 86.

Finalement, il importe d'accorder de la valeur à l'intention de l'artiste lors de son processus de création pour apprécier le caractère fictif : est-ce clair que le propos controversé est tenu par un personnage fictif et non par son auteur ? Nous estimons qu'en premier lieu, la différenciation des types de discours doit s'opérer par les valeurs de discussion et d'espace critique. Ce critère du caractère fictionnel ne permet évidemment pas, à lui seul, d'évaluer le caractère condamnable de toutes les œuvres littéraires ou artistiques, puisque toutes ne recourent pas au mécanisme de la fiction. D'autres préfèrent celui du témoignage, de la transposition²⁷⁴, ou ne sont simplement dotées d'aucun discours spécifique.

§2. L'arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurenc et July* contre France du 22 octobre 2007

Si dans les arrêts *Karatas*, *Alinak* et *Vereinigung*, la Cour a établi une certaine protection de la fiction, elle semble revenir sur sa jurisprudence et ses acquis dans cette nouvelle affaire. Cela illustre d'une part la complexité que revêt la tâche de traiter de la fiction, et d'autre part fragilise la protection spécifique de la création artistique amorcée dans ses arrêts antérieurs²⁷⁵.

Résumé des faits : Le roman intitulé « Le Procès de Jean-Marie Le Pen », écrit par Mathieu Lindon, le requérant principal, relate le procès d'un militant du Front national. Ce dernier est inculpé pour le meurtre d'un jeune maghrébin, dont la défense est assurée par un avocat juif, homosexuel et de gauche. Les requérants sont condamnés par le tribunal correctionnel de Paris pour diffamation. La condamnation est avalisée par la Cour d'appel de Paris, qui retient le caractère diffamatoire de trois passages, parmi lesquels une affirmation selon laquelle Jean-Marie Le Pen serait un chef d'une bande de tueurs plutôt qu'un président de parti²⁷⁶.

Etonnamment, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'il n'y a pas eu ingérence dans la liberté d'expression et que le caractère fictif de l'ouvrage n'a pas eu pour effet de neutraliser l'application des règles de la diffamation²⁷⁷. Ce verdict semble curieux, particulièrement au regard de ce qu'elle avait décidé dans les affaires *Karatas* et *Alinak*.

²⁷⁴ A. TRICOIRE, *op. cit.*, p. 135.

²⁷⁵ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 596.

²⁷⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July* c. France du 22 octobre 2007, <http://www.echr.coe.int> (26 juin 2020), §§10-17.

²⁷⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July* c. France du 22 octobre 2007, <http://www.echr.coe.int> (26 juin 2020), §§57-60 cité par C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 592.

Si certains extraits des poèmes en cause semblaient agressifs et pouvaient être interprétés comme un appel au soulèvement, la Cour avait retenu et insisté sur la nature artistique et l'impact très restreint de ceux-ci. Les poèmes devaient ainsi être plutôt interprétés comme « (...) *l'expression d'un profond désarroi face à une situation politique difficile* »²⁷⁸. Le juge européen semble donc plus sensible à la nature fictionnelle de l'œuvre s'agissant de protéger et d'encourager une minorité, qu'en matière de diffamation²⁷⁹.

En l'espèce, la liberté d'expression artistique de Mathieu Lindon se trouve limitée pour deux raisons. D'abord, parce qu'il n'a pas effectué de vérifications minimales concernant les allégations en cause. Ensuite, car il a utilisé des formules qui outrepassent ce qui est admissible dans le débat politique²⁸⁰. Cette position a été critiquée par les juges dissidents, que nous rejoignons dans leur analyse. La Cour aurait certainement dû accorder plus de place à la nature de l'œuvre litigieuse, dans la lignée de sa jurisprudence vers une autonomisation de la création artistique²⁸¹.

Ainsi, le fait pour une œuvre de fiction d'intégrer des personnages réels ne lui fait pas pour autant perdre son statut de fiction. Les propos litigieux sont tenus par des personnages fictifs, qui n'ont pas l'intention de refléter ou de suggérer la réalité. A partir du moment où la Cour d'appel de Paris confirme que les faits imputés ne sont pas réels²⁸², elle aurait du continuer dans la lignée de son raisonnement en concluant que le « Jean-Marie Le Pen » du roman n'est tout simplement pas le vrai. Concernant la nature de la cible, nous avons précédemment souligné que la manière avec laquelle la cible était atteinte pouvait être prise en compte. S'agissant de son impact sur les tiers, il faut surtout souligner qu'une personnalité publique et politique doit s'attendre à plus de critiques et doit faire preuve d'une plus grande tolérance à l'égard des discours polémiques qui la concernent²⁸³.

Tout comme Céline Romainville, professeure de droit constitutionnel à l'Université catholique de Louvain, nous sommes favorables à ce que les règles de la diffamation ne soient pas applicables s'agissant d'œuvres de fiction, à moins que l'injure ou l'atteinte à l'honneur soit manifeste et évidente²⁸⁴.

²⁷⁸ Cour eur. D.H., arrêt Karatas c. Turquie du 8 juillet 1999, <http://www.echr.coe.int> (19 juin 2020), §52.

²⁷⁹ A. TRICOIRE, *op. cit.*, p. 143.

²⁸⁰ Cour eur. D.H., arrêt Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France du 22 octobre 2007, <http://www.echr.coe.int> (26 juin 2020), §§55 ; 57 cité par J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, pp. 12-13.

²⁸¹ Cour eur. D.H., arrêt Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France du 22 octobre 2007, <http://www.echr.coe.int> (26 juin 2020), opinion partiellement dissidente commune aux juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Šikuta, II, §1 cité par C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 594-595.

²⁸² Cour eur. D.H., arrêt Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France du 22 octobre 2007, <http://www.echr.coe.int> (26 juin 2020), §17.

²⁸³ Cour eur. D.H., arrêt Lingens c. Autriche du 8 juillet 1986, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020), §82 cité par A. TRICOIRE, *op. cit.*, pp. 147-148.

²⁸⁴ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 610-611.

§3. L'affaire Orelsan

Après avoir tenu des propos extrêmement dégradants à l'égard des femmes dans plusieurs de ses titres, le rappeur est poursuivi par plusieurs associations dédiées à la protection des femmes pour injure publique et provocation à la violence envers les femmes. Il est finalement relaxé par la Cour d'appel de Versailles le 18 février 2016. Dans son analyse, elle cherche à savoir si les chansons expriment le malaise d'une partie de sa génération ou si le rappeur a réellement eu l'intention d'injurier les femmes à raison de leur sexe, et d'inciter à la haine et à la violence²⁸⁵. La Cour estime finalement que les propos tenus sont ceux de personnages fictifs aux histoires imaginaires et qu'ils ne peuvent dès lors être imputés à la personne de l'auteur.

Assurément, il ne suffit pas que la distanciation entre l'artiste et le sujet de son œuvre soit incontestable pour qu'il bénéficie d'une impunité juridique²⁸⁶. D'après Nathalie Heinich, les motivations de la cour d'appel de Versailles « (...) *absolutisent le droit des créateurs à bénéficier d'une impunité juridique et, partant, l'impossibilité d'interdire toute infraction, pour peu qu'elle soit commise par un artiste et illustrent une dérive dans l'interprétation de la notion de "liberté de création" qui accorderait dans cette perspective une totale liberté de la diffusion de la création au public* »²⁸⁷.

Le caractère fictionnel est certainement un critère à prendre en compte, de par la singularité que représente la création artistique, mais doit être mis en balance avec toute une série d'autres critères. Parmi ceux-ci, plusieurs sont relatifs aux dimensions communicationnelles de l'art. Si nous nous opposons fermement à la diffusion de propos et d'idées sexistes et dégradants à l'égard des femmes, force est de constater que ce type de discours fait l'objet d'une grande banalisation dans le domaine du rap, en tant qu'expression artistique. Il convient de se demander comment combattre au mieux ce type de discrimination, malheureusement trop habituel dans le domaine spécifique du rap.

Actuellement, il apparaît invraisemblable de sanctionner juridiquement l'ensemble des propos sexistes présents dans ce genre musical. Certainement, ce genre de chansons entretient une forme de sexisme ordinaire et il convient de déconstruire ce type de message. Le rap n'est qu'un des nombreux supports par lesquels se manifestent encore le sexisme et le rappeur peut être qualifié, à ce titre de « lanceur d'alerte » sur la réalité d'une société en crise²⁸⁸.

²⁸⁵ CA Versailles, 8e ch. 18 février 2016, Aurélien X. c. Association fédération nationale solidarité femmes et a., n°15/02687, D. 2017. 935, obs. RÉGINE cité par A. MONTAS, *op. cit.*, p. 746.

²⁸⁶ J. ENGLEBERT, *op. cit.*, pp. 62-63.

²⁸⁷ N. HEINICH, « Une dérive de la notion de « liberté de création », *Libération*, 28 février 2016, accessible sur https://www.liberation.fr/debats/2016/02/28/une-derive-de-la-notion-de-liberte-de-creation_1436353 (consulté le 5 juin 2020) cité par J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 63.

²⁸⁸ J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 64.

Section 3 . Le droit d'accès à l'œuvre : l'affaire Akdas contre Turquie du 16 février 2010

Résumé des faits : Le requérant, M. Akdas, un éditeur turc, publie en 1999 la traduction turque du roman érotique « Les onze mille vierges » de Guillaume Apollinaire. Il est condamné par les juridictions de son pays pour publication obscène et immorale²⁸⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme condamne la Turquie pour violation de la liberté d'expression artistique. Pour la première fois, elle semble se détacher du message politique de l'œuvre et se concentre sur les caractéristiques intrinsèques de l'ouvrage. Ainsi, elle prend surtout en considération qu'il s'agit de la réédition d'un ouvrage célèbre paru presque 100 ans plus tôt en France, et déjà traduit dans plusieurs autres pays²⁹⁰. Pour ces raisons, elle estime être face à une œuvre particulière qui relève du « patrimoine littéraire européen »²⁹¹.

L'insertion de cette notion de « patrimoine européen » dans sa jurisprudence est d'importance majeure. Depuis l'arrêt *Müller*, elle a toujours laissé une marge d'appréciation importante aux Etats membres s'agissant de restrictions fondées sur la morale. Il n'existe en effet pas de conception européenne de celle-ci. Or, en mettant en balance un patrimoine européen d'ordre culturel avec les singularités historiques et religieuses d'un état membre, la Cour semble opérer un revirement de jurisprudence et reconnaît pour la première fois la spécificité artistique de l'œuvre, bien qu'implicitement²⁹². Seulement, cette reconnaissance et la réduction de la marge de manœuvre nationale est subordonnée à l'appartenance de l'œuvre au patrimoine européen²⁹³.

L'arrêt *Akdas* repousse la façon de considérer la liberté artistique et nous laisse penser qu' « (...) il ne convient plus d'appréhender la liberté d'expression de manière purement abstraite, sans la mettre en rapport avec la culture ou plutôt les cultures des Etats »²⁹⁴. Ainsi, la Cour envisage la liberté de création sous un aspect passif en affirmant que la marge nationale d'appréciation « (...) ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée »²⁹⁵.

²⁸⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Akdas* c. Turquie du 16 février 2010, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020), §§4-10.

²⁹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Akdas* c. Turquie du 16 février 2010, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020), §§29-30 cité par C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 597-598.

²⁹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Akdas* c. Turquie du 16 février 2010, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020), §30.

²⁹² C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 597-598.

²⁹³ A. LATIL, *op. cit.*, p. 773.

²⁹⁴ C. RUET, *op.cit.*, p. 931.

²⁹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Akdas* c. Turquie du 16 février 2010, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020), §29 cité par A. LATIL, *op. cit.*, p. 771.

Cette notion de « patrimoine européen » appelle des commentaires. Premièrement, l'idée de « patrimoine » implique que l'œuvre soit reconnue par le public et les experts comme d'une grande importance et fasse l'objet d'une large et ancienne diffusion²⁹⁶. Ainsi, de nombreuses œuvres anciennes qui traitent de façon controversée des sujets comme la religion ou la sexualité peuvent bénéficier à ce titre d'un droit d'accès par le public car la culture n'est pas « nécessairement pacificatrice »²⁹⁷. Il semble logique que le potentiel offensant d'une œuvre soit diminué et apprécié moins sévèrement en raison de son importante diffusion et de l'écoulement du temps. Par contre, les mêmes œuvres récentes et/ou d'auteurs moins connus et confidentiels s'en trouveraient lésés car il serait difficile pour elles de bénéficier d'une protection supplémentaire²⁹⁸.

Ensuite, le caractère « européen » interprété comme se référant à la nationalité de l'auteur ou à l'origine de l'œuvre risquerait dans les deux cas de se heurter au principe de non-discrimination. Il pourrait également signifier que la notoriété de l'œuvre devrait être évaluée au regard du public européen²⁹⁹.

Si cet arrêt semble représenter des avancées positives pour la protection des expressions artistiques en valorisant leurs spécificités, en dehors de toute référence à un contexte politique donné ou à leur éventuelle contribution à un débat d'intérêt général³⁰⁰, on peut toutefois s'interroger sur l'avis futur de la Cour concernant les expressions artistiques qui ne relèvent pas de ce patrimoine européen³⁰¹.

Pour cette raison, nous estimons que ce dernier critère examiné ne pourrait servir à s'exonérer de la prise en considération de la palette d'autres indices que nous avons analysée. En effet, aucune œuvre littéraire ou artistique n'existe *ex nihilo*, dans un vide anhistorique³⁰² et en dehors de contexte, à partir du moment où elle est soumise à la perception d'autrui.

²⁹⁶ A. LATIL, *op. cit.*, pp. 775-776.

²⁹⁷ C. RUET, *op.cit.*, pp. 932-933.

²⁹⁸ A. LATIL, *op. cit.*, p. 777 ; 780.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 778.

³⁰⁰ C. RUET, *op.cit.*, p. 927.

³⁰¹ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 600.

³⁰² M.-F. NIANG et J. SUAUDEAU, *op. cit.*

CONCLUSION

Comment distinguer l'expression artistique qui choque de celle qui nuit ? La réponse ne coule pas de source. Au travers de la distinction entre offenses et préjudices, Ruwen Ogien entend nettoyer le droit des « crimes sans victimes » qui sont nombreux, notamment dans le domaine de l'expression artistique. En témoigne le mouvement de rationalisation du droit, toujours en cours, qui a permis par exemple de voir le délit de blasphème disparaître dans toujours plus de sociétés. Les offenses ne pourraient que choquer tandis que les préjudices, eux, nuiraient. Seulement, sur base du constat que l'art ne peut qu'offenser, mais que dans le même temps il peut blesser au point de mériter condamnation, on ne pouvait que chercher ce qui pouvait nuire parmi ce qui offensait. Si Ogien avait pour souhait d'établir des fondements cohérents à la liberté d'expression, force est de constater que ranger les discours discriminants, humiliants, calomnieux, injurieux et diffamants au rang des préjudices relève d'un raccourci un peu facile. Dans leur nature profonde, ils sont des offenses qui, certainement, ne sont pas à ranger à côté des actes d'expression qui gênent, embarrassent ou répugnent par leur abjection. De plus, Ogien ne laisse qu'une place sommaire au préjudice psychologique, et ne semble ni vouloir ni savoir comment traiter de manière différenciée les souffrances des personnes qui se disent offensées. Pourtant, nous estimons que si le droit veut justice, alors il se doit d'accorder une place non négligeable au ressenti individuel.

Sur base de ces constats, nous avons favorisé une approche des actes d'expression axée sur un *continuum*. Le juge, en passant l'expression litigieuse au crible de plusieurs critères que sont la gravité de l'offense, la nature de la cible, le caractère public, l'intention de l'auteur et l'utilité sociale et politique, devrait être à même de considérer l'offense comme simple ou « préjudicielle », auquel cas une intervention de l'Etat serait nécessaire pour la réguler. En fin de compte, il faut admettre que le juge se retrouve *in fine* face à ses propres convictions morales. Le poids à accorder à tel critère par rapport à un autre n'est pas de toute évidence, d'autant plus quand il s'agit de classer et trier les souffrances. Est-ce à dire que cette catégorie des « offenses rendues préjudicielles » conçue de la sorte provoque une extension disproportionnée de la catégorie des préjudices, ouvrant la porte à une criminalisation inconsidérée ? Certainement pas.

*

L'œuvre littéraire et artistique est d'une nature particulière. D'une part, elle a recours à des formes d'expression qui lui sont propres comme la fiction, l'humour ou l'exagération. D'autre part, elle occupe des fonctions démocratiques essentielles telles que « (...) *libérer les perspectives, élargir les conceptions du monde, établir une distanciation et un recul critique par rapport aux problèmes sociétaux, susciter la critique et l'expressivité* »³⁰³. En cela, il convient de protéger la liberté de création artistique et de lui accorder un statut particulier. Il s'agit d'ailleurs de la voie vers laquelle la Cour européenne des droits de l'homme semble de plus en plus se diriger.

Protéger la création artistique ne signifie pas pour autant que cette dernière soit intouchable ni qu'elle doive bénéficier d'une impunité absolue, ni même qu'il faille négliger les sentiments individuels de ceux qui se sentent offensés. L'UNESCO met en avant les valeurs de discussion et fait primer le débat et la prise d'information. Par ce fait, elle nous semble sur la bonne voie s'agissant d'anticiper les polémiques. Il ne s'agit pas pour les acteurs culturels de transformer une subjectivité profonde, mais bien de négocier les comportements acceptables, et de « (...) *respecter les codes de la civilité publique du contexte où éclate la polémique, et d'apporter des preuves de la sincérité de son désir de respecter ce code* »³⁰⁴.

Particulièrement dans les matières sensibles, il nous semble primordial de prendre en compte l'avis des gens concernés et d'avoir égard à leurs convictions morales propres plutôt qu'à une notion de morale détachée des individus. Dans la mesure du possible, il convient de ne pas instrumentaliser les ressentis supposés des personnes que l'on entend protéger. Il convient toutefois d'être particulièrement vigilant à l'égard des actes d'expression, artistique ou non, qui offensent à raison de leur caractère raciste. En effet, ceux-ci doivent être combattus car ils portent atteinte aux valeurs démocratiques les plus essentielles de nos sociétés³⁰⁵. Le cas des représentations sexuelles nous semble plus discutable. Si elles participent au débat public d'intérêt général en tant qu'objet d'étude, leur rattachement au domaine des arts n'est pas toujours évident et la tentation de les censurer au nom de la protection de l'enfance, public cible instrumentalisé par essence, peut être grande. Il convient par ailleurs d'être attentif à ce qu'elles représentent, car bien souvent, ce type d'expression s'avère banaliser une image dégradante de la femme.

*

³⁰³ C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 610-611.

³⁰⁴ N. MARZOUKI, *op. cit.*, p. 862.

³⁰⁵ Une question épineuse est également celle de savoir que faire des œuvres qui, dans un autre contexte moral et politique, étaient validées et légitimées par l'opinion publique et qui, aujourd'hui, se révèlent intolérables pour beaucoup. Peut-on considérer que de telles œuvres appartiennent à un patrimoine intouchable ?

Quoiqu'il en soit, si nous partageons le souhait de Ruwen Ogien de voir le droit débarrassé des « crimes sans victimes », il faut admettre une certaine place aux arguments moralistes dans le domaine juridique et constamment réévaluer la signification sociale que l'on donne aux crimes. En effet, un crime est un crime parce que la société le définit comme tel, à un moment et à un endroit donné. Si le droit est influencé par les valeurs morales d'une société, nous considérons que droit et morale s'influencent mutuellement, dans la mesure où le droit peut jouer un rôle d'impulsion voire même de césure avec des habitudes passées.

Si nous sommes d'accord sur le fond avec le philosophe, dans la mesure où nous souhaitons que soient tolérés et rejetés les mêmes actes que lui, nous ne pouvons nous accorder avec sa manière. Partant, nous rejetons la lecture minimaliste d'Ogien voire l'ensemble du principe de non-nuisance tant sa pertinence et son intérêt semble limité s'agissant de restreindre les actes d'expression, d'autant plus lorsqu'ils sont de portée artistique.

*

L'effort pour penser les bases de cette liberté d'offenser auquel le philosophe français nous invite reste à poursuivre, tant elle dépend du contexte moral et politique dans lequel l'expression artistique prend place. On ne pourrait ainsi considérer que l'art s'apprécie dans un vide absolu et que l'artiste crée sans considération du monde qui l'entoure. Sa liberté ne signifie pas qu'il doive être irresponsable. En ce sens, si la tolérance doit s'accompagner de la liberté d'offenser, elle est à défendre aussi longtemps qu'elle prend en compte la liberté des individus de ressentir l'offense comme un préjudice.

Ruwen Ogien, grâce à sa distinction entre offenses et préjudices, nous invite à nous questionner sur ce qui nous offense : pour faire preuve de tolérance à l'égard des actes d'expression choquants et déplaisants, ne faut-il pas les avoir préalablement perçus ou qualifiés comme tels ? Ne faut-il pas être intolérant pour faire preuve de tolérance³⁰⁶?

³⁰⁶ R. OGIEN, « De la réprobation morale à la répression pénale », *op. cit.*, p. 68.

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Législation internationale

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, art. 9, art. 10.

Législation belge

C. pén., art. 343.

Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014.

Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981, p. 9928.

Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29046.

Législation étrangère

Constitution autrichienne, art. 17.

Code pénal français, art. 431-1.

Loi n°2016-925 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, *J.O.*, 8 juillet 2016, n°158. , art. 1, art. 2.

Jurisprudence

Décisions d'instances internationales

Cour eur. D.H., arrêt Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, <http://www.echr.coe.int> (17 juin 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Lingens c. Autriche du 8 juillet 1986, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche du 20 septembre 1994, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Wingrove c. Royaume-Uni du 25 novembre 1996, <http://www.echr.coe.int> (18 juin 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Karatas c. Turquie du 8 juillet 1999, <http://www.echr.coe.int> (19 juin 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Alinak c. Turquie du 31 janvier 2002, <http://www.echr.coe.int> (19 juin 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche du 25 janvier 2007, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France du 22 octobre 2007, <http://www.echr.coe.int> (26 juin 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Akdas c. Turquie du 16 février 2010, <http://www.echr.coe.int> (25 juin 2020).

Cour eur. D.H., arrêt M'Bala M'Bala c. France du 10 novembre 2015, <http://www.echr.coe.int> (26 juin 2020).

Décisions d'instances belges

C.E., 23 mars 2009, Dieudonné M'Bala M'Bala, n° 191.742, *J.L.M.B.*, 2009, p. 943

Corr. Liège (17^e ch.), 25 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 358.

Décisions d'instances étrangères

Miller v. California, 413 U.S. 15, 23-24 (1973).

TGI Paris, 17^e ch. corr., 22 mars 2007, Société des habous et des lieux saints de l'islam et autre c. Philippe Val, Société Éditions Rotatives, Juris-Data n° 2007-327959.

CA Versailles, 8^e ch. 18 février 2016, Aurélien X. c. Association fédération nationale solidarité femmes et a., n°15/02687, D. 2017. 935, obs. RÉGINE.

Doctrine

Monographies

CHAILLAN M., *Pensez-vous vraiment ce que vous croyez penser ?*, Paris, Des Equateurs, 2018.

COHEN-ALMAGOR R., *Speech, Media, and Ethics : The Limits of Free Expression*, Palgrave Macmillan, 2001.

FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 1 : Harm to others*, New York, Oxford University Press, 1984.

FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law - Volume 2 : Offense to others*, New York, Oxford University Press, 1985.

IACUB M., *De la pornographie en Amérique. La liberté d'expression à l'âge de la démocratie délibérative*, Paris, Fayard, 2010.

KOROLITSKI U., *Punir le racisme ? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, Paris, CNRS Editions, 2015.

MILL J.S., *De la liberté* (1859), édition électronique réalisée par TREMBLAY J.-M., traduit de l'anglais par LENGLET L., 2002, accessible sur : http://classiques.uqac.ca/classiques/Mill_john_stuart/de_la_liberte/de_la_liberte.html (consulté le 24 avril 2020).

OGIEN R., *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, Paris, Gallimard, Folio, 2007.

OGIEN R., *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, Paris, La Musardine, L'Attrape-corps, 2007.

OGIEN R., *Penser la pornographie*, Paris, PUF, Questions d'éthique, 2008.

PIERRAT E., *La liberté sans expression : jusqu'où peut-on tout dire, écrire, dessiner ?*, Paris, Flammarion, 2015.

REVENIN R., *Homosexualité et prostitution masculines à Paris (1870-1918)*, Paris, L'Harmattan, 2005.

ROMAINVILLE C., *Le droit à la culture, une réalité juridique : le droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et international*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

Contributions à un ouvrage collectif

HAARSCHER G., « Liberté d'expression et blasphème : une comparaison entre l'Europe et les États-Unis » in *Le blasphème : du péché au crime* (sous la dir. de DIERKENS A. et SCHREIBER J.-P.), Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, Problèmes d'histoire des religions, vol. 21, 2012, pp. 133-153.

LOCHAK D., « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs : Puissance et impuissance de la norme juridique » in *Les Bonnes Mœurs*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1995, pp. 15-53.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M., « Mœurs (Bonnes) » in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988.

RAMOND D., « Comment justifier la liberté d'offenser ? » in *De l'impunité : tensions, controverses et usages* (sous la dir. de HASTINGS M. et VILLALBA B.), Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2017, pp. 105-120.

RAZ J., « Autonomy, toleration, and the harm principle » in *Justifying Toleration : Conceptual and Historical Perspectives* (sous la dir. de MENDUS S.), Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 155-175.

Articles de périodique

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « L'art et la Cour européenne des droits de l'homme », *Entertainment – Droit, Médias, Art & Culture*, 2018, vol. 1, pp. 7-21.

BESSONE M., « La loi face aux discours racistes », *La vie des idées*, mis en ligne le 20 avril 2016, accessible sur <https://laviedesidees.fr/La-loi-face-aux-discours-racistes.html> (consulté le 17 juin 2020).

BRUBAKER S. C., « Book review: *Offense to Others*, by Joel Feinberg », 1986, *Constitutional Commentary*, vol. 3, accessible sur <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/1007> (consulté le 7 juin 2020), pp. 608-615.

BURRA S., « Decriminalizing creative “offense” », *Economic and Political Weekly*, 4 octobre 2014, vol. 49, n°40, accessible sur <https://www.jstor.org/stable/24480816> (consulté le 11 juin 2020).

CARROLL N., « Art and ethical criticism : an overview of recent directions of research », *Ethics*, 2000, vol. 110, n°2, accessible sur <http://www.jstor.org/stable/10.1086/233273> (consulté le 2 juin 2020), pp. 350-387.

CRUYSMANS E., « Racisme, blasphème et liberté d'expression : aperçu de la jurisprudence "anti-hate speech" belge francophone », *A&M*, 2016, pp. 71-90.

DWORKIN R., « Is there a right to pornography? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981 (Summer), vol. 1, n°2, accessible sur <http://www.jstor.com/stable/764457> (consulté le 13 juin 2020), pp. 177-212.

ENGLEBERT J., « La répression des excès de l'expression raciste ou blasphématoire : lorsque l'idéologie prend le pas sur le droit », *A&M*, 2016, pp. 37-70.

FORTIER M., « Compte rendu de Esquivel (Patricia), *L'autonomie de l'art en question. L'art en tant qu'Art* », *CONTEXTES*, Notes de lecture, mis en ligne le 17 février 2013, accessible sur <http://journals.openedition.org/contextes/5622> (consulté le 27 juin 2020), pp. 1-6.

FOURLON A. et KHALVADJIAN B., « Art, liberté, responsabilité : exposé juridique d'une affaire de concessions », *Marges*, 2009, vol. 9, mis en ligne le 15 novembre 2010, accessible sur <http://journals.openedition.org/marges/540> (consulté le 29 juin 2020), pp. 68-83.

GIBERT M., « L'éthique minimale : une théorie excitante - La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale de Ruwen Ogien. *La Musardine*, 135 p. », *Spirale*, Janvier-Février 2010, n°230, pp. 31-33.

HEINICH N., « Les rejets de l'art contemporain », *Publics et Musées*, 1999, vol. 16, accessible sur https://www.persee.fr/doc/pumus_1164-5385_1999_num_16_1_1149 (consulté le 4 juin 2020), pp. 151-162.

ISGOUR M., « La satire : réflexion sur le droit à l'humour », *A&M*, 2000, pp. 59-68.

JOUAN M., « La morale et ses limites : la philosophie de Ruwen Ogien », *La vie des idées*, mis en ligne le 5 octobre 2018, accessible sur <https://laviedesidees.fr/La-morale-et-ses-limites.html> (consulté le 21 avril 2020).

LATIL A., « La Cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale », *Rev. trim. D.H.*, 2010, vol. 83, pp. 769-780.

- LE BOHEC J.-B., « Minimalisme moral et philosophie du droit. En hommage à Ruwen Ogien », *Droit & Philosophie*, « Hors-Série », mis en ligne le 29 octobre 2018, accessible sur <http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/minimalisme-moral-et-philosophie-du-droit-en-hommage-a-ruwen-ogien-230> (consulté le 17 avril 2020), pp. 1-27.
- MARTENS P., « Réflexions sur l'actualité juridique du blasphème », *Rev. dr. U.L.B.*, 2007, vol. 35, pp. 19-50.
- MARZOUKI N., « Offense morale contre liberté religieuse : la controverse de Ground Zero », *Revue française de science politique*, 2011, vol. 61, n°5, pp. 839-865.
- MONTAS A., « Le juge et la liberté de création artistique », *Les Cahiers de la Justice*, 2018, vol. 4, n°4, pp. 735-751.
- MOURON P., « La liberté de création au sens de la loi du 7 juillet 2016 », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. n°30, pp. 15-24.
- OGIEN R., « De la réprobation morale à la répression pénale », *Nouvelle revue d'esthétique*, 2010, vol. 6, n°2, pp. 59-68.
- OGIEN R., « La morale introuvable », *Raison publique*, 2017, vol. 22, n°2, 2017, pp. 15-39.
- PETERSEN T. S., « No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges », *Criminal Law and Philosophy*, vol. 10, n°2, pp. 355-365.
- PLATKIN M. M., « Schur : Crimes without victims: deviant behavior and public policy », *Michigan Law Review*, 1966, vol. 64, n°5, accessible sur <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol64/iss5/16> (consulté le 17 juin 2020), pp. 967-970.
- RAMOND D., « Liberté d'expression : De quoi parle-t-on ? », *Raisons politiques*, 2011, vol. 44, n°4, accessible sur <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2011-4-page-97.htm> (consulté le 2 juin 2020), pp. 97-116.
- RUET C., « L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme: analyse de la jurisprudence européenne », *Rev. trim. D.H.*, 2010, vol. 84, pp. 917-935.
- SCANLON T.A., « A Theory Of Freedom of Expression », *Philosophy & Public Affairs*, 1972 (Winter), vol. 1, n° 2, accessible sur <https://www.jstor.org/stable/2264971> (consulté le 11 juin 2020), pp. 204-226.
- SMADJA I. et BRUNO P., « Évaluer le sexisme d'une œuvre : nécessité et difficulté », *Le français aujourd'hui*, 2008, vol. 163, n°4, pp. 29-36.
- TRICOIRE A., « Les dangers du relativisme pour la liberté de l'art » in *Sur l'interdit* (sous la dir. de SOUCY P.-Y.), Bruxelles, Lettre volée, coll. « Étrangère », n°21-22, 2009, pp. 120-157.
- WUILLÈME T., « Ruwen Ogien, La liberté d'offenser. Le sexe, l'art et la morale », *Questions de communication*, 2008, n°13, accessible sur <https://journals.openedition.org/questionsdecommunication/1942> (consulté le 19 avril 2020), pp. 1-5.

Articles de presse

BICHON A. et FALISSARD T., « Le philosophe Ruwen Ogien, penseur de la liberté, est mort », *Contrepoints*, 7 mai 2017, accessible sur <https://www.contrepoints.org/2017/05/07/288747-philosophe-ruwen-ogien-penseur-de-liberte-mort> (consulté le 19 avril 2020).

COLINET M. et VANTROYEN J.-C., « Faut-il recadrer les œuvres “racistes” ? », *Le Soir*, 16 juin 2020, <https://plus.lesoir.be/307634/article/2020-06-16/faut-il-recadrer-les-oeuvres-racistes> (consulté le 20 juin 2020).

DANIEL V., « Liberté d'expression : dans le cas de Dieudonné, "il y a intention de porter atteinte" à une population », *Franceinfo*, 14 janvier 2015, accessible sur https://www.francetvinfo.fr/economie/medias/charlie-hebdo/les-propos-de-dieudonne-relevant-du-prejudice-pas-de-l-offense_797035.html (consulté le 16 juin 2020).

DROIT R.-P., « Ruwen Ogien : « Ne pas nuire aux autres, rien de plus », *Le Monde*, 16 juillet 2009, accessible sur https://www.lemonde.fr/livres/article/2009/07/16/ruwen-ogien-ne-pas-nuire-aux-autres-rien-de-plus_1219322_3260.html (consulté le 5 juin 2020).

GIRARD C., « Offense & Préjudice. La liberté d'expression selon Ruwen Ogien », *Raison Publique*, 6 février 2018, accessible sur <http://raison-publique.fr/article873.html> (consulté le 24 avril 2020).

HEINICH N., « Une dérive de la notion de «liberté de création» », *Libération*, 28 février 2016, accessible sur https://www.liberation.fr/debats/2016/02/28/une-derive-de-la-notion-de-liberte-de-creation_1436353 (consulté le 5 juin 2020).

JUHEL C., « Palais Bourbon : Nouvelle tribune pour exiger le retrait d'une œuvre raciste », *Le Courrier de l'Atlas*, 22 mai 2020, accessible sur <https://www.lecourrierdelatlas.com/palais-bourbon-nouvelle-tribune-pour-exiger-le-retrait-d-une-uvre-raciste/> (consulté le 29 mai 2020).

KOENING G., « Distinguer l'offense du préjudice », *Les Echos*, 16 janvier 2018, accessible sur <https://www.lesechos.fr/2018/01/distinguer-loffense-du-prejudice-981974> (consulté le 22 avril 2020).

LELOUP D. et LAURENT S., « "Charlie", Dieudonné... : quelles limites à la liberté d'expression ? », *Le Monde*, 14 janvier 2015, accessible sur https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/01/14/de-charlie-a-dieudonne-jusqu-ou-va-la-liberte-d-expression_4555180_4355770.html#17dGdfctr2Uqbb1Z.99 (consulté le 18 juin 2020).

LUCQUET-GAD I., « Quand la censure veut la peau de l'art », *Antidote*, 20 octobre 2018, accessible sur <https://magazineantidote.com/art/quand-la-censure-veut-la-peau-de-l-art/> (consulté le 23 juin 2020).

NIANG M.-F. et SUAUDEAU J., « Ce tableau d'Hervé di Rosa est-il la meilleure œuvre pour commémorer la première abolition de l'esclavage? », *Slate*, 21 mai 2020, accessible sur <http://www.slate.fr/story/190641/tableau-herve-di-rosa-commemorer-abolition-esclavage-assemblee-nationale> (consulté le 29 mai 2020).

OGIEN R., « Aux juges d'établir la distinction entre les offenses et les préjudices », *Le Monde*, 5 février 2015, accessible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2015/02/04/aux-juges-d-etablir-la-distinction-entre-les-offenses-et-les-prejudices_4569705_3232.html (consulté le 25 avril 2020).

OGIEN R., « Que reste-t-il de la liberté d'offenser ? », *Libération*, 9 janvier 2015, accessible sur <http://liberationdephilo.blogs.liberation.fr/2015/01/09/que-reste-t-il-de-la-liberte-doffenser/> (consulté le 20 avril 2020).

RAMOND D., « De la "liberté d'offenser" à celle d'importuner? », *Libération*, 12 janvier 2018, accessible sur https://www.liberation.fr/debats/2018/01/12/de-la-liberte-d-offenser-a-celle-d-importuner_1621970 (consulté le 30 avril 2020).

Dossiers et rapports en ligne

CUNY L., « Liberté & Créativité : Défendre l'art, défendre la diversité », édition spéciale de la série des rapports mondiaux de l'UNESCO, 2020, accessible sur <https://fr.unesco.org/creativity/publications/liberte-creativite-defendre-lart-defendre> (consulté le 2 juillet 2020).

RÉSEAU CANOPÉ, « Eduquer contre le racisme et l'antisémitisme – Question vive : Le racisme, la liberté d'expression et la loi », s.d., accessible sur https://www.reseau-canope.fr/fileadmin/user_upload/user_upload/questions_vives_racisme_liberte_loi.pdf (consulté le 26 juin 2020).

Dictionnaire

LAROUSSE, « Offense », in *Le Dictionnaire Larousse en ligne*, accessible sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/offense/55716> (consulté le 22 avril 2020).

LE ROBERT, « Offense », in *Dico en ligne Le Robert*, accessible sur : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/offense> (consulté le 22 avril 2020).

