

LES DROITS DE L'HOMME ET LA CRÉATION ARTISTIQUE

PAR

MARC VERDUSSEN

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

*« On ne fait pas que dessiner, on s'exprime.
C'est aussi un mode de vie, une partie de la vie.
La vie est parfois difficile,
il faut pouvoir s'exprimer.
L'art nous permet de le faire en partie »*
(Pitaloosie SAILA, artiste inuit *)

De toute évidence, la liberté d'expression, que consacre l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, a été et reste pour Pierre Lambert un sujet majeur de préoccupation. Dans plusieurs écrits, d'une lumineuse intelligence, il a souligné l'importance primordiale de cette liberté, relevant l'attachement soutenu que lui manifestent les juges européens. Animé de l'indéfectible esprit critique du douteur (1), il en a aussi montré les limites. A cet égard, il n'a pas manqué de dénoncer les égarements et les incohérences de la jurisprudence, soit qu'elle donne une trop grande amplitude à la marge d'appréciation des Etats, soit qu'à l'inverse, elle s'en tienne à une conception trop absolue, voire péremptoire, d'une liberté qui pourtant doit être ajustée à d'autres droits et à d'autres valeurs. Il observe ainsi « que la marge d'appréciation est plus largement admise par les organes de la Convention quand il y va de la préservation des droits collectifs – que ce soient la sécurité nationale, l'intégrité territoriale, la santé

(*) O. LEROUX, M.E. JACKSON et M.A. FREEMAN (dir.), *Femmes artistes Inuit*, Hull, Musée canadien des civilisations, 1994, p. 27.

(1) Le douteur « n'a pas de conviction absolue et incline à toujours tout remettre en question ». Il « est suspect aux yeux des fanatiques. Dans un régime totalitaire, le douteur est douteux » (M. TOURNIER, *Le pied de la lettre*, Paris, Mercure de France, 1994, p. 61).

publique, la défense de l'ordre, la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, l'autorité et l'impartialité des pouvoirs judiciaires – que lorsqu'il s'agit de la protection des droits individuels, tels la réputation ou les droits d'autrui», pour lesquels la Cour privilégie systématiquement la liberté d'expression, n'hésitant pas «à substituer son appréciation à celle des juridictions nationales» (2).

Quoi qu'il en soit, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour admettre qu'en tout cas la liberté d'expression bénéficie d'une large portée, en ceci qu'elle trouve à s'appliquer dans de multiples domaines de la vie en société. C'est ainsi que la création artistique tombe sans conteste dans son champ de protection (3). La liberté d'expression procure en effet une garantie à «toute création d'idée originale, quelle qu'en soit la forme, le support et la finalité» (4). Or, une telle idée peut être véhiculée ou incarnée par une œuvre d'art, au point de s'y identifier. L'œuvre apparaît de la sorte comme un instrument de communication (5). Et la liberté de création artistique comme une configuration particulière de la liberté d'expression (6).

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît d'ailleurs expressément, en son article 19, § 2, la liberté d'expression de l'artiste. Lorsqu'on passe de l'ordre international aux ordres internes, on constate que cette reconnaissance se retrouve dans certaines Constitutions nationales. Par exemple, l'article 17a de la Loi fondamentale autrichienne relative aux droits généraux des citoyens – qui a valeur consti-

(2) P. LAMBERT, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 1998, pp. 76-77.

(3) F.G. JACOBS et R.C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 232; P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 560. Voy. R.J. DUPUY, «La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste dans la société européenne», *Revue des droits de l'homme*, 1974, pp. 41-59.

(4) G. COHEN-JONATHAN, «Article 10», in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 107.

(5) J. VELAERS, *De beperking van de vrijheid van meningsuiting*, t. I^{er}, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1991, p. 61.

(6) P. CEYSENS, «Kunst, volgens de regels van het recht», *R.W.*, 1990-1991, p. 1181.

tutionnelle – dispose que «la création artistique, la diffusion de l'art ainsi que son enseignement sont libres» (7).

La possibilité d'invoquer la liberté d'expression dans le domaine artistique se traduit, à notre sens, par deux règles complémentaires. Il s'agit, d'une part, de la liberté de créer une œuvre d'art. Il s'agit, d'autre part, du droit au respect de l'œuvre ainsi créée. La première envisage la création artistique comme une action, tandis que la seconde la tient pour le résultat de cette action. Ces deux règles trouvent leur assise directe dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Au surplus, elles sont confortées par d'autres droits reconnus par la Convention, qui indirectement – par répercussion – contribuent peu ou prou à préserver la création artistique.

La liberté d'expression de l'artiste n'en est pas pour autant absolue. Des restrictions peuvent légitimement en affecter l'usage. Elle doit également se concilier avec les autres libertés et droits de la Convention européenne. «L'absolue liberté dans l'expression ne serait-elle pas un leurre?», se demande Philippe Roberts-Jones (8). Et de répondre : «La liberté, si elle n'implique pas le respect de l'autre, n'est pas la liberté. Tous les intégrismes nous l'apprennent, qui menacent l'art».

On le sait, aujourd'hui plus que jamais, la définition de l'art donne lieu à une vive polémique. L'art est-il définissable sur la base de critères théoriques d'évaluation objective (9)? Ou bien doit-on s'en tenir à la position relativiste qui, s'élevant contre la conception normativiste de l'universalité du beau (10), pense que «la beauté est plus liée à la perception des choses par un sujet qu'à la structure ontologique du réel» (11)?

Sans entrer plus avant dans cette polémique, on considérera qu'est création artistique, toute production de l'esprit humain

(7) Voy. égal. l'art. 33, al. 1^{er}, de la Constitution italienne, l'art. 42 de la Constitution portugaise, l'art. 20 de la Constitution espagnole, ou encore l'art. 5, al. 3, de la Loi fondamentale allemande.

(8) P. ROBERTS-JONES, *L'art pour qui, pour quoi?*, Bruxelles, Labor, 1999, p. 52.

(9) A. SÉGUY-DUCLOT, «Redéfinir l'art pour ne pas manquer la création», *Esprit*, 1999, n^{os} 8-9, pp. 97-108. Voy. égal., dans le même numéro, J.-P. DOMEcq, «De quelques préjugés contemporains», spéc. pp. 112-115.

(10) B. LENOIR, *L'œuvre d'art*, Paris, Flammarion, 1999, p. 14.

(11) L. RIZZIERO, «Le sens du Beau et les perspectives de l'art dans le monde prémoderne», *Louvain*, juin 1999, p. 15.

qui procède de la volonté de faire œuvre originale et de satisfaire un idéal esthétique (12). En ce sens, la création artistique «est un commencement : il y a dans le monde grâce à elle quelque chose qui n'y était pas» (13). Elle est aussi un dépassement, en ce qu'elle exprime la subjectivité de l'auteur; c'est l'idée moderne qu'en créant, «l'auteur délivre sa confiance» (14). On pense aux arts plastiques traditionnels (peinture, sculpture, architecture, photographie, etc.), mais également aux arts «vivants» (musique, danse, cinéma, etc.) (15). Quant à la création littéraire, si elle est généralement distinguée de la création artistique, elle n'en bénéficie pas moins, au regard de la Convention européenne, d'une protection identique à cette dernière.

1. – La liberté de créer une œuvre d'art

L'expression artistique suppose, de la part de l'auteur, qu'après s'être forgé une ou plusieurs idées, il les traduise dans une œuvre. Tant que cette concrétisation n'est pas réalisée, l'idée initiale de l'artiste reste une pensée non extériorisée. Certes, comme telle, celle-ci mérite déjà d'être protégée. «Toute personne a droit à la liberté de pensée», dispose l'article 9 de la Convention européenne. Elle a droit à «la liberté d'opinion», ajoute l'article 10. Mais, ce qui est en jeu à ce stade, ce n'est pas – pas encore – la liberté d'expression, qui implique une représentation de l'idée fondatrice dans le monde extérieur.

(12) La question de savoir si cet idéal a été atteint ou non n'intéresse pas le droit, qui ne prend généralement pas en compte la valeur esthétique d'une création artistique. Cette «neutralité esthétique», qui «vise à interdire au juge de s'ériger en arbitre du Beau» (B. OPPETIT, «Philosophie de l'art et droit de l'art», *Archives de philosophie du droit*, t. 40, Paris, Sirey, 1996, p. 201), ne traduit pas un parti-pris idéologique du droit dans la définition de l'art, mais s'explique au contraire par la prudente volonté de ne pas laisser cette question envahir le terrain juridique.

(13) D. SALLENAVE, *Le don des morts*, Paris, Gallimard, 1991, p. 20.

(14) A. STROWEL, «L'œuvre selon le droit d'auteur», *Droits*, 1993, vol. 18, p. 88. Il semble admis aujourd'hui que l'œuvre d'art «n'est plus le reflet du monde», mais «l'expression la plus achevée de la personnalité de l'auteur», de telle sorte qu'elle «est devenue une carte de visite particulièrement élaborée» (L. FERRY, «Esthétique», in *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., 1996, p. 220).

(15) La distinction n'est pas absolument pertinente. En effet, certains ouvrages d'art plastique, loin d'être statiques, se meuvent dans l'espace. L'on songe, par exemple, aux mobiles de Calder, aux sculptures motorisées de Jean Tinguely ou encore aux constructions cybernétiques de Nicolas Schöffer.

Cette idée, l'artiste a le droit de l'exprimer librement. Il va le faire de manière particulière, ce qui confère à la liberté d'expression artistique une place spécifique par rapport aux autres modes d'expression. En effet, l'artiste exprime son idée en l'incarnant dans une œuvre qu'il crée et qui nous entraîne « bien au-delà des mots » (16). Sa liberté consiste dès lors à donner à l'œuvre créée la forme qui correspond le mieux à son idéal esthétique. Il ne saurait être empêché de créer. Ce serait heurter de plein front l'article 10 de la Convention européenne, qui empêche les ingérences dans le processus même de création.

Est-ce à dire que l'artiste pourrait déployer son imagination créatrice de manière totalement débridée ? A l'instar des autres libertés, celle de l'artiste doit trouver des points d'équilibre avec certaines valeurs ou certains droits concurrents. Cela n'est évidemment pas contestable. Toutefois, tant que l'artiste n'a pas encore divulgué publiquement l'ouvrage réalisé – le tableau n'est pas exposé, le film n'est pas projeté, la partition n'est pas jouée, etc. –, sa création reste irrévélée. Dans ces conditions, il semble bien qu'elle ne soit pas susceptible d'entrer en conflit avec telle ou telle exigence sociale fondamentale, qu'elle ne puisse par exemple heurter l'ordre public. L'autonomie de l'artiste est alors illimitée. On peut d'ailleurs se demander si cette autonomie ne devrait pas être rattachée à la protection de la vie privée tout autant – si pas davantage – qu'à la liberté d'expression.

Il est vrai que certaines œuvres artistiques ne se prêtent pas à cette distinction entre la création et la divulgation, l'une emportant nécessairement l'autre. L'on songe notamment au *Land Art* qui consiste à donner à un lieu naturel une configuration esthétique différente, tel l'empaquetage par Christo du Reichstag et du Pont-Neuf. On pense aussi aux fresques et autres peintures réalisées directement sur un édifice public.

Mais, hormis ces cas particuliers, un travail artistique peut être créé sans forcément être dévoilé. En d'autres termes, l'artiste est en droit de dérober le fruit de sa création au regard d'autrui.

(16) A. SOLJÉNITSYNE, *Discours de Stockholm*, Paris, Seuil, 1972, p. 96. L'auteur précise que « grâce à l'art, il nous arrive d'avoir des révélations, mêmes vagues et brèves, qu'aucun raisonnement, si serré soit-il, ne pourrait faire naître ».

2. – Le droit au respect de l'œuvre créée

L'artiste peut donc créer dans l'intimité. L'on concevra néanmoins que ce n'est pas là sa vocation. L'art s'accommode mal de la misanthropie. Il est un mode d'insertion dans la collectivité et une forme de dialogue avec autrui, de telle sorte que toute œuvre aspire naturellement à une certaine visibilité. Comme tout être dans la société, l'artiste « cherche à se situer, à se trouver une place, à s'exprimer » (17). L'on ajoutera que l'art s'accommode de moins en moins du désintéressement matériel de l'artiste. Les œuvres créées par celui-ci ont une valeur marchande. Pour autant qu'il consente à leur exploitation, elles constituent pour lui un moyen de subsistance, voire une source d'enrichissement.

C'est dans ce dévoilement de la création que la liberté d'expression artistique trouve son plein épanouissement. Elle confère à l'artiste le droit d'exiger que son œuvre soit respectée.

De toute évidence, ce droit au respect empêche la destruction ou la détérioration de l'œuvre. L'on se risque à penser qu'il s'oppose également à la dénaturation de l'œuvre, c'est-à-dire à une modification non consentie par l'artiste d'un ou de plusieurs traits caractéristiques de celle-ci. Une coupure dans un film, un dialogue soustrait d'une pièce de théâtre ou l'altération d'une partition musicale peuvent défigurer à ce point l'ouvrage que la liberté d'expression de l'artiste s'en trouve atteinte. Les effets dénaturants de certaines modifications sont parfois controversés, telle la pratique de la colorisation des films en noir et blanc. Quoiqu'il en soit, force est pourtant de constater que les droits moraux des auteurs sont rarement rattachés par la doctrine et la jurisprudence à la liberté d'expression (18). Or, il peut advenir qu'une offense à ces droits soit dommageable pour celle-ci.

(17) P. ROBERTS-JONES, *op. cit.*, p. 12.

(18) A l'instar de l'article 13, alinéa 2, de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, l'article 27, alinéa 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme envisage le droit à la protection des intérêts moraux découlant de toute production artistique ou littéraire comme un droit autonome, distinct du droit à la liberté d'expression de l'article 19.

Mais il y a plus. Si telle est la volonté de son auteur, l'œuvre doit pouvoir être exposée, publiée, interprétée, ... bref divulguée.

Pourtant, la liberté de divulgation de l'œuvre ne saurait être absolue. En somme, «la liberté d'expression ne confère aucune immunité à l'auteur d'une œuvre de l'esprit» (19). Le Tribunal correctionnel de la Seine l'a souligné à sa manière dans le jugement d'acquiescement de Gustave Flaubert rendu le 7 février 1857 : «la littérature, comme l'art, pour accomplir le bien qu'elle est appelée à produire, ne doit pas seulement être chaste et pure dans sa forme et dans son expression». Un siècle et quelques décennies plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme ne dit pas autre chose lorsqu'elle constate 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», mais qu'«assurément, l'artiste et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10» (20).

L'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que l'exercice de la liberté d'expression comporte «des devoirs et des responsabilités». C'est pourquoi ce même article admet qu'un tel exercice puisse «être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions». L'admissibilité d'ingérences dans la liberté d'expression suppose toutefois que trois conditions soient réunies. Avant tout, aucune limitation n'est acceptable qui ne serait prévue par la loi, c'est-à-dire par un texte accessible et prévisible. Ensuite, il convient que cette limitation vise un but légitime, au regard d'une des valeurs limitativement énumérées par la disposition précitée. Enfin, l'objectif poursuivi doit être de ceux qui rendent nécessaire, dans une société démocratique, la limitation adoptée. L'examen de cette dernière condition – l'appréciation de la nécessité de la mesure limitative – «constitue le cœur du contrôle international» (21).

(19) Trib. gde inst. Paris (réf.), 14 septembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 194, obs. A. STROWEL, «Démêlés judiciaires autour d'Une paix royale' de Pierre Mertens».

(20) Arrêt *Müller et autres*, cité ci-dessous, §§ 33-34.

(21) G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 472.

Dans l'arrêt *Müller et autres c. Suisse* du 24 mai 1988, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que n'était pas attentatoire à l'article 10 de la Convention la confiscation lors d'une exposition d'art contemporain de trois tableaux représentant crûment des relations sexuelles, spécialement entre des hommes et des animaux. Par son caractère radical, cette mesure constituait une intrusion extrême dans la liberté d'expression de l'artiste-peintre (22). Elle avait été prise par un juge d'instruction, qui avait estimé que les tableaux en question étaient obscènes et qu'à ce titre, ils tombaient sous le coup de l'article 204 du Code pénal (ce qui a motivé également la condamnation pénale du peintre et des organisateurs de l'exposition). Tout en reconnaissant que «les conceptions de la morale sexuelle ont changé ces dernières années» et après avoir examiné les toiles litigieuses, la Cour européenne n'a pas trouvé déraisonnable l'opinion défavorable des autorités judiciaires suisses. Le Tribunal fédéral s'était fondé sur le fait que les toiles en cause «montrent une débauche d'activités sexuelles contre nature» et «sont de nature à blesser brutalement la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale». Et il en avait conclu que «la liberté artistique, dont le recourant se prévaut, ne saurait justifier, en l'espèce, une autre appréciation». Manifestement, les juges européens ont voulu ici préserver une large marge d'appréciation nationale, au risque de se voir reprocher de confondre cette appréciation avec leur propre impression (23).

On retrouve, dans l'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, la même préoccupation de consentir aux autorités nationales un pouvoir d'appréciation étendu, cette fois dans le domaine du blasphème (24). Le souci de

(22) A. LESTER, «Freedom of Expression», in *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/ Boston/ London, Martinus Nijhoff, 1993, p. 472.

(23) H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague/Boston/London, Kluwer Law International, 1996, p. 127. Voy. égal. F. RIGAUX, «La fonction de la morale dans le raisonnement judiciaire», in *Variations sur l'éthique – Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994 : «il n'est pas interdit de penser que les membres de la Cour ont procédé à une évaluation propre de la nature obscène de l'œuvre» (p. 419). Comp. E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 206.

(24) F. RIGAUX, «La liberté d'expression et ses limites», *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 415.

ménager les Etats y est même poussé à son comble (25). En l'espèce, le Tribunal régional d'Innsbruck ordonna la confiscation du film *Das Liebeskonzil* de Werner Schroeter, pour délit de dénigrement de doctrines religieuses au sens de l'article 188 du Code pénal. Selon le Tribunal, le texte et les images de ce film – tiré d'une pièce d'Oskar Panizza – «présentent Dieu le Père comme un idiot sénile et impotent, le Christ comme un crétin et Marie Mère de Dieu comme une dévergondée au langage correspondant»; de plus, l'Eucharistie y «est tournée en ridicule». Au terme d'un raisonnement dont le professeur Rigaux a magistralement dévoilé les faiblesses (26), la Cour européenne a considéré que les juridictions autrichiennes «ont dûment tenu compte de la liberté d'expression artistique» en jugeant que le film litigieux «constituait, à l'aune de la conception du public tyrolien, une attaque injurieuse contre la religion catholique romaine», qui est majoritaire dans cette région. Et la Cour de préciser qu'«il appartient en premier lieu aux autorités nationales, mieux placées que le juge international, d'évaluer la nécessité de semblables mesures, à la lumière de la situation qui existe au plan local à une époque donnée».

Cet arrêt mérite d'être rapproché de l'arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, qui confirme une «jurisprudence frileuse 'aboutissant' en réalité à déterminer à la place des individus quelles sont les œuvres auxquelles ils doivent être exposés ou non» (27). Les faits sont comparables au cas précédent. Nigel Wingrove est le réalisateur d'un film vidéo intitulé *Visions of Ecstasy* qui prétend s'inspirer de la vie de Sainte-Thérèse d'Avila tout en revêtant un caractère érotique et même obscène. On y voit notamment – selon la Cour européenne elle-même – «une femme assise à califourchon sur le corps couché du Christ crucifié, se livrant à un acte de caractère manifestement sexuel». Les autorités britanniques

(25) G. HAARSCHER, «Le blasphémateur et le raciste», *ibid.*, p. 419.

(26) Article cité *supra*, spéc. pp. 407-409 et 410-411. Voy. égal. P. WACHSMANN, «La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme», *R.U.D.H.*, 1994, spéc. pp. 441-445.

(27) J.-M. LARRALDE, «La liberté d'expression et le blasphème», *Rev. trim. dr. h.*, 1997, p. 732. Voy. égal. Comm. eur. dr. h., déc. 7 mai 1982, *X. Ltd. et Y. c. Royaume Uni*, req. n° 8710/79, *D.R.*, 28, p. 77 (à propos de la publication d'un poème jugé blasphématoire). Comp. Comm. eur. dr. h., déc. 7 mars 1978, *Frank Geerk c. Suisse*, req. n° 7640/76, *D.R.*, 12, p. 103.

ont considéré qu'un tel film était de nature à outrager les sentiments religieux des chrétiens et à constituer de la sorte le délit de blasphème. C'est pourquoi elles ont refusé d'accorder à ce film les visas cinématographiques nécessaires à sa diffusion. Ici encore, la Cour juge que cette mesure repose sur des motifs pertinents et suffisants et ne saurait passer pour arbitraire ou excessive. Elle explique qu'«une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion».

De ces trois arrêts, il résulte que la Cour européenne des droits de l'homme éprouve une réticence manifeste à garantir à l'artiste une liberté d'expression significative. Doit-on rappeler que, dans les trois espèces, cette liberté était mise en balance avec des valeurs morales ? Cette moralité qui de tout temps a constitué la principale entrave à la création artistique et qui aujourd'hui encore sert de motivation à la censure d'œuvres dérangeantes, voire à la répression des auteurs mêmes de celles-ci. Les écrivains Salman Rushdie et Taslima Nasreen sont, bien malgré eux, des figures emblématiques de ces exactions perpétrées au nom d'impératifs moraux.

C'est donc plus rarement que la liberté d'expression de l'artiste est entrée en conflit avec des valeurs ou des droits autres que ceux à connotation morale. L'on relèvera, par exemple, cette affaire relative à des figures peintes sur un immeuble à l'aide de bombes aérosol, qui fut examinée par la Commission européenne des droits de l'homme au regard, d'une part, du droit de propriété revenant au propriétaire de l'immeuble et, d'autre part, de la liberté d'expression de l'auteur de ces figures, qui prétendait que celles-ci avaient par leur valeur artistique enrichi le bien d'autrui (28). Dans un autre ordre d'idées, la Commission a considéré que les limitations imposées au nom de l'ordre public par la législation anglaise à des musiciens de rue, les empêchant d'exercer librement leur art, ne

(28) Comm. eur. dr. h., déc. 13 octobre 1983, *N. c. Suisse*, req. n° 9870/82, *D.R.*, 34, p. 208.

constituaient pas en l'occurrence une ingérence substantielle dans leur liberté d'expression (29).

Force est de constater que, dans les ordres internes – on se limite ici à la Belgique et à la France –, les juges nationaux se sont parfois montrés plus soucieux du respect de la liberté d'expression artistique que leurs homologues européens.

Certes, on se souviendra que Charles Baudelaire a été condamné le 20 août 1857 par le Tribunal correctionnel de la Seine pour avoir inséré dans *Les Fleurs du Mal* «des passages ou expressions obscènes ou immorales»; et il fallut attendre le 31 mai 1949 pour que la Cour de cassation annule ledit jugement, en précisant que les poèmes querellés «ne dépassent pas les limites permises à l'artiste». Baudelaire ne fut d'ailleurs pas le seul à subir les foudres du juge pénal. Pour avoir écrit et publié une nouvelle au «caractère obscène manifeste» – intitulée *L'Enfant du Crapaud* –, Camille Lemonnier fut condamné le 28 novembre 1888 par le même tribunal à une peine d'amende. En 1815, le poète et chansonnier Pierre Jean de Béranger se vit infliger par un jury une peine d'emprisonnement de trois mois pour avoir commis, en composant et en diffusant certaines chansons, le délit d'outrage à la morale publique et religieuse. Diderot fit un bref passage en prison pour avoir écrit en 1749 la *Lettre sur les aveugles*. Voltaire subit le même sort quelques années auparavant à cause de quelques vers regardés comme irrévérencieux. Quant au poète Théophile de Viau, c'est au bannissement qu'il fut condamné en 1625 pour des vers jugés trop libertins. Ce ne sont là que quelques exemples parmi d'autres, plus ou moins célèbres. Des éditeurs – tel Jean-Jacques Pauvert – et des libraires – tel Mathieu Corman – ont également été poursuivis, voire condamnés, pour avoir publié ou exposé à la vente des ouvrages tenus pour répréhensibles, notamment des livres d'art.

En revanche, des décisions d'acquiescement ont été rendues, précisément au nom de la liberté de création artistique. Depuis plusieurs années, des poursuites pénales contre un artiste, à

(29) Comm. eur. dr. h., déc. 6 octobre 1983, *H. & K. c. Royaume-Uni*, req. n° 10317/83, *D.R.*, 34, p. 218.

raison de ce que contiennent ses œuvres, paraissent même de plus en plus difficilement imaginables (30).

Actuellement, c'est sur le terrain civil que les litiges sont portés. C'est ainsi que des demandes introduites en référé ont été rejetées au nom de cette même liberté artistique. Est, à cet égard, très révélatrice, l'ordonnance rendue par le Président du Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire déclenchée par le film *Je vous salue, Marie* de Jean-Luc Godard (31). C'est en recourant à la méthode conciliatoire que le Président Draï rejette la demande principale en interdiction du film et la demande subsidiaire en suppression de séquences. Il décide, en effet, que « si la liberté de conscience et le droit de chacun au respect de ses croyances doivent être assurés et protégés contre tout acte d'intrusion agressive ou de provocation illégitime, l'exercice de cette liberté doit se concilier avec celui – également fondamental – de la liberté d'expression artistique ou littéraire ». Dans le même ordre d'idées, c'est en se référant expressément à l'article 10 de la Convention européenne que la Cour d'appel de Paris a refusé d'ordonner la saisie et l'interdiction de projection publique du film de Martin Scorsese *La dernière tentation du Christ* (32).

Les juridictions administratives ont eu, elles aussi, plusieurs occasions de faire prévaloir la liberté d'expression artistique, spécialement dans le contentieux de la police administrative. C'est ainsi que, dans son célèbre arrêt du 9 mai 1949, le Conseil d'Etat de Belgique s'est appuyé sur « la liberté fondamentale des spectacles » pour annuler une ordonnance communale interdisant la représentation du film *Le diable au corps*, une des nombreuses adaptations cinématographiques de l'ou-

(30) S. FREDERICQ, « L'art devant le droit pénal », *J.T.*, 1951, p. 82.

(31) Trib. gr. inst. Paris (réf.), 28 janvier 1985, *Gaz. Pal.*, 1985, Jurisprudence, p. 122. Cette décision a également été publiée au *J.T.*, (1985, p. 369), avec une étude de F. OSR intitulée « La conciliation des libertés » (pp. 361-366). Elle a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 mai 1985 (*Gaz. Pal.*, 1985, Jurisprudence, p. 342). Voy. égal. Cass. fr., 21 juillet 1987, *Gaz. Pal.*, 1987, Jurisprudence, p. 577; Dijon, 22 mars 1988, *D.*, 1988, I.R., p. 135; Cass. fr., 10 janvier 1990, *D.*, 1990, I.R., p. 26.

(32) Paris, 27 septembre 1988, *Gaz. Pal.*, 1988, Jurisprudence, p. 735, note P. BERTIN, « De la Vierge au Christ ou l'éternel combat entre religion et liberté d'expression ». En Suisse, dans la canton du Valais, la projection publique du même film a été interdite : voy. l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 18 juillet 1994, *ATF* 120 Ia, p. 190.

vrage de Raymond Radiguet (33). Depuis lors, la haute juridiction administrative s'en est tenue à une appréciation très stricte de la régularité des ordonnances d'interdiction soumises à son contrôle (34). La jurisprudence administrative concerne également les contestations relatives aux visas d'exploitation des films. Ainsi, dans un arrêt de principe du 24 janvier 1975, le Conseil d'Etat de France a constaté l'illégalité de la décision ministérielle interdisant la diffusion du film *Suzanne Simonin, la Religieuse de Diderot*, et ce, en invoquant le respect dû à la liberté d'expression (35).

Tant la jurisprudence que l'actualité montrent que, de plus en plus, les ingérences dans la liberté d'expression des artistes sont le fait, non pas d'autorités publiques, mais de particuliers ou de groupes privés. Le déplacement des litiges du prétoire du juge pénal vers celui du juge civil, évoqué ci-dessus, est déjà à lui seul le signe d'une privatisation de la censure artistique. L'on sait, par exemple, que les actions en référé visant à l'interdiction de diffuser tel ou tel film ou de publier tel ou tel livre sont mues le plus souvent par des associations privées, qui y trouvent une nouvelle forme d'action stratégique au service de leur objet social. Mais ce n'est pas tout. Parfois, la liberté créatrice de l'artiste se heurte directement à des agressions commises par des personnes privées, qui préfèrent à la voie juridique, la voie de fait, quand ce n'est pas la violence physique. C'est le cas de cette représentation théâtrale interrompue par les vociférations de militants venus, en agitateurs plutôt qu'en spectateurs, imposer péremptoirement leur cause. C'est aussi le cas, plus dramatique, de ce chanteur assassiné pour avoir dit musicalement ses convictions politiques et ses indignations sociales. L'on touche ici au délicat problème de l'effet horizontal (*Drittwirkung*) des droits fondamentaux.

(33) C.E., arrêt *S.A. Universal Film*, n° 44, du 9 mai 1949. Voy. égal. C.E., arrêt *S.A. Benelux Films*, n° 5504, du 19 février 1957.

(34) F. PERIN, «Le statut juridique des spectacles et la liberté d'opinion», *Rev. dr. intern. comp.*, 1958, p. 430. La même rigueur a pu être observée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de France : voy. X. PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, Paris, Economica, 1998, p. 56.

(35) C.E. fr., 24 janvier 1975, *Gaz. Pal.*, 1975, Jurisprudence, p. 385. Voy. J. MOURGEON, «Vers une liberté publique de l'expression cinématographique?», *ibid.*, Doctrine, pp. 350-351. Voy. égal. J. VIGUIER, «Que devient la liberté d'expression cinématographique?», in *Pouvoir et liberté - Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 687-699.

Un dernier constat s'impose. L'article 10 n'est pas la seule disposition de la Convention européenne des droits de l'homme à protéger la création artistique. D'autres droits y contribuent, quoique plus indirectement. L'arrêt *Sidiropoulos et autres c. Grèce* du 10 juillet 1998 est très révélateur de cette protection médiate des artistes. La Cour européenne a jugé que violait l'article 11 de la Convention le refus des tribunaux grecs d'enregistrer une association dénommée «Maison de la civilisation macédonienne» et qui vise notamment à encourager les initiatives locales dans le domaine artistique. Dans l'arrêt *Iatridis c. Grèce* du 25 mars 1999, ce n'est plus la liberté d'association, mais le droit au respect de ses biens, qui est en cause. La Cour constate qu'il y a eu violation par les autorités grecques de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1, pour le motif que, de manière «manifestement illégale», elles ont expulsé le requérant du cinéma qu'il exploitait depuis onze ans et l'ont ainsi privé d'une clientèle qui, par sa valeur patrimoniale, s'analyse en un bien incorporel.

*

* *

Il y a un paradoxe certain à constater que la liberté de création artistique est plus vulnérable que la liberté d'expression en général, alors que sans doute elle appelle une protection renforcée. L'on se limitera à trois observations finales.

1. – La vulnérabilité de la liberté d'expression artistique ne résulte évidemment pas d'une suspicion viscérale de la société à l'égard de l'objet d'art comme tel, en tant que vecteur particulier d'idées. L'artiste n'est pas plus suspect que le journaliste, ni que tout autre communicateur d'idées. Le problème est autre. En réalité, quand la liberté de création de l'artiste est malmenée, c'est généralement sur le terrain d'un affrontement avec des valeurs brandies au nom de la moralité ou, à tout le moins, d'une certaine moralité.

Or, une telle appréciation des excès commis au nom de la liberté créatrice est éminemment délicate, dans la mesure où l'œuvre se prête aux diverses lectures personnelles de ses destinataires potentiels : la perception et l'interprétation de toute réalisation s'apparentant à une création de type artistique

sont, au moins pour partie, affaire de subjectivité (36). Qu'on le veuille ou non, chaque création est l'expression d'une sensibilité qui, par définition, n'est pas intelligible et ne peut donc être appréhendée de manière univoque. Cet élément devrait suffire à n'admettre qu'avec une particulière circonspection les ingérences dans la liberté d'expression de l'artiste. En Allemagne, il résulte de l'article 5, alinéa 3, de la Loi fondamentale – tel qu'interprété par plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale – que la liberté de création artistique bénéficie, par rapport à la liberté d'expression en général, d'un sort plus favorable, spécialement quant aux restrictions qui peuvent y être apportées par le législateur (37).

2. – L'effectivité de la liberté de création artistique est très largement tributaire de facteurs d'ordre économique. D'une part, ces facteurs peuvent être propres à l'œuvre elle-même, qui s'avère parfois coûteuse. Et même très coûteuse : certaines productions artistiques réclament des ressources financières astronomiques. D'autre part, les contingences économiques frappent aussi l'artiste professionnel, qui doit s'assurer des moyens de subsistance. D'où la nécessité de procurer une aide à l'activité artistique, que ce soit par des interventions des pouvoirs publics (subventions, avantages fiscaux, commandes d'œuvres, etc.) ou par un soutien du secteur privé (38). Cependant, cette aide n'est pas toujours désintéressée. Elle peut être subordonnée à la réalisation de conditions qui touchent à la conception même de l'œuvre et donc à l'autonomie de l'artiste.

De là à affirmer que la liberté d'expression de ce dernier s'en trouve affectée, il y a sans doute un pas. La Cour suprême des États-Unis a d'ailleurs refusé de le franchir dans un arrêt du

(36) Civ. Namur, 1^{er} décembre 1997, *Journ. proc.*, 1998, n° 340, p. 30.

(37) F. RIGAUD, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1990, pp. 241-245. A la différence du principe général de la liberté d'expression consacré par les alinéas 1 et 2 de l'article 5 de la Loi fondamentale, la liberté de création artistique est énoncée par l'alinéa 3 sans que ne soit prévue l'intervention du législateur, qui ne peut donc en régler le contenu et les limites, ce qui ne veut pas dire que cette liberté est totalement absolue puisqu'elle s'insère « dans un ensemble constitutionnel qui fixe des bornes constitutionnelles à l'exercice de tout droit, ne serait-ce que du fait des limitations immanentes découlant du système de valeurs qui sous-tend la Constitution » (C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, P.U.F., 1997, p. 126).

(38) F. JONGEN, « L'aide à l'activité artistique : interventions des pouvoirs publics et stimulation du soutien privé », *Ann. dr. Lv.*, 1988, p. 443.

25 juin 1998, par lequel elle juge que ne porte pas atteinte à la liberté d'expression la loi qui impose à un organe fédéral d'aide à la création artistique de prendre en compte des critères de décence et de respect pour les valeurs nationales («*general standards of decency and respect for the diverse beliefs and values of the American public*») (39). Il reste que la dépendance économique de l'artiste est tout de même de nature à réfréner son inspiration créatrice.

3. – Il ne fait aucun doute que l'affirmation d'une réelle liberté d'expression artistique, conjuguée à l'autonomisation de l'individu – qui, aujourd'hui plus qu'hier, entend se déterminer en toute indépendance –, favorise l'émergence d'une «*rage expérimentale et déconstructrice*» de certains artistes, pour qui la liberté n'est plus alors «*adaptation ou variation de la tradition*», mais «*exige la rupture et l'insoumission, la destruction des lois et significations reçues, une création souveraine, une invention sans modèle*» (40). En ce sens, les réalisations les plus avant-gardistes de l'art contemporain, aussi injustes soient leurs auteurs qui se targuent d'une «*dénégation systématisée de tout ce qu'a élaboré l'art des autres siècles et civilisations*» (41), n'en sont pas moins le signe salubre d'un enracinement de la création artistique dans l'espace public et démocratique.

Cela étant, il ne faut pas se bercer de trop douces illusions. De tout temps, l'artiste a été l'objet – voire la victime expiatoire – d'exactions perpétrées par des régimes autocratiques, inspirés par la vision totalitaire et mégalomane d'une société unidimensionnelle. Une telle vision est radicalement incompatible avec la liberté de création artistique. Elle est la négation même de l'art.

(39) *National Endowment for the Arts v. Finley*, n° 97-371, *Supreme Court Reporter*, Interim Edition, vol. 118 B, p. 2168.

(40) G. LIPOVETSKI, *L'ère du vide – Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983, pp. 106-107.

(41) J.-P. DOMEcq, *op. cit.*, p. 110.