



**AVIS DE Mme MALLET-BRICOUT,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 672 du 17 novembre 2023 (B+R) – Assemblée plénière

Pourvoi n° 21-20.723

Décision attaquée : 16 juin 2021 de la cour d'appel de Paris

**l'Association Générale contre le Racisme et pour le Respect de
l'Identité Française et chrétienne**

C/

l'association Fonds Régional d'Art Contemporain de Lorraine

Ce second avis complémentaire sur le pourvoi reprend pour partie des éléments déjà évoqués dans les deux avis qui l'ont précédé¹ en tenant compte de recherches complémentaires, en particulier celles réalisées par le Service de la documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation sur les textes et la jurisprudence utiles à la réflexion.

¹ Avis produits devant la première chambre civile, saisie initialement du pourvoi.

Sommaire

Présentation du litige

Le pourvoi formé par l'AGRIF

Les questions juridiques soulevées par le pourvoi

- Discussion et Avis -

- I. Le contexte artistique : la dignité humaine questionnée par l'art
 - A. L'œuvre artistique, l'expression d'un rapport au monde **(p.8)**
 1. La notion d'œuvre artistique
 2. Le principe de l'unité de l'art
 3. La représentation de l'indignité humaine dans l'histoire des arts
 - B. Art contemporain et représentation de l'indignité humaine **(p. 11)**
 1. Les supports classiques et nouveaux d'expression artistique
 2. La spécificité des supports d'expression artistique reposant sur « l'humain »
 3. Art moderne ou contemporain et actions en justice
 - C. Eléments conclusifs **(p. 17)**
- II. Le contexte juridique : la dignité humaine, limite à la liberté d'expression artistique
 - A. La liberté fondamentale d'expression artistique, condition de la démocratie **(p.18)**
 1. Consécration et limites de la liberté d'expression artistique
 2. Liberté d'expression artistique et protection de la morale
 3. Liberté d'expression artistique et protection des droits d'autrui
 4. Liberté d'expression artistique et article 17 de la Convention EDH
 - B. La dignité humaine, socle des droits et libertés fondamentaux **(p. 24)**
 1. Le respect de la dignité humaine, valeur fondamentale et principe général inviolable
 2. La substance de la dignité humaine
 3. Transcendance, effectivité et autonomie du principe du respect de la dignité humaine
 - C. L'articulation de la liberté d'expression artistique avec le principe du respect de la dignité humaine **(p. 32)**
 1. Les fonctionnalités du principe du respect de la dignité humaine
 2. La question de l'autonomie et de l'absolutisme du principe dans le conflit avec la liberté d'expression
 3. L'office du juge dans le conflit entre liberté d'expression et atteinte à la dignité humaine
 4. Eléments conclusifs sur le conflit entre liberté d'expression artistique et respect de la dignité humaine
- III. Conclusion et Avis
 - A. Le socle philosophique de la solution **(p. 46)**
 - B. Les éléments de la solution proposée **(p. 48)**
 1. Le principe du respect de la dignité humaine, motif de restriction autonome à la liberté d'expression artistique
 2. Une autonomie non exclusive
 3. Une autonomie non soumise au contrôle de proportionnalité
 4. Motifs de restriction de la liberté d'expression artistique et office du juge
 5. La question de la prise en compte des modalités d'accès à l'œuvre
 - C. Avis sur le moyen unique du pourvoi **(p. 55)**

Présentation du litige

La question posée à la Cour de cassation concerne les limites à la liberté d'expression artistique, partie intégrante de la liberté d'expression. Le pourvoi soulève plus spécialement la question de savoir si, dans le cadre de l'exposition d'une œuvre artistique ne visant aucune personne en particulier, le principe du respect de la dignité de la personne humaine peut constituer un motif de restriction autonome de la liberté d'expression.

Les parties en présence sont d'une part, l'Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (ci-après l'AGRIF), dont l'objet est notamment de lutter « *contre l'étalage public de la pornographie et tout ce qui porte notamment atteinte à la dignité de la femme et au respect de l'enfant* » ; d'autre part, le Fonds régional d'art contemporain de Lorraine (ci-après le FRAC), qui est une association à but non lucratif de droit privé assumant une mission de service public cofinancée par l'Etat et la région. Son objet est « *la création et la promotion de l'art contemporain* », notamment par la constitution d'une collection, la diffusion des œuvres, le soutien à la création et la sensibilisation ainsi que la formation des publics le plus largement possible. Cette association gère un musée installé à Metz.

Le pourvoi est formé par l'AGRIF contre le FRAC de Lorraine, qui a organisé en 2008 une exposition artistique intitulée « *You are my mirror 1 - L'infamille* » dans laquelle était exposée une œuvre de M. [A] [X] constituée d'une trentaine de petites lettres supposées écrites par des parents à leurs enfants, rédigées dans les termes reproduits dans l'arrêt attaqué (p. 2), qui sont par leur brutalité et leur violence explicites de nature à choquer ceux qui les lisent. Ces « petits mots » évoquent en effet des actes de torture, tuerie, barbarie à l'encontre des enfants.

L'entrée dans cette exposition était libre, un panneau indiquant toutefois « *que certaines œuvres pouvaient heurter la sensibilité de certaines personnes* » (v. arrêt attaqué, p. 3). Le jugement de première instance a précisé que le FRAC de Lorraine n'avait « *pris aucune mesure de précaution utile pour filtrer l'accès de mineurs aux œuvres de M. [X], ni, une fois ceux-ci déjà entrés dans le site, pour leur interdire la vision des textes incriminés* » (v. arrêt attaqué, p. 5). Le FRAC a notamment souligné que le travail de M. [X] faisait l'objet d'explications présentées lors de l'exposition « *Infamille* », replaçant l'œuvre dans son contexte et lui donnant du sens (v. arrêt attaqué, p. 6).

L'AGRIF a agi à l'encontre du FRAC, d'abord sur un fondement pénal (art. 224-27 c. pénal), sans succès², puis en indemnisation du préjudice subi en raison de la diffusion de cette œuvre artistique lors d'une exposition ouverte à tous et avec entrée libre. Le fondement juridique de son action est l'article 1382 du code civil (devenu art. 1240), sur le fondement unique de la commission d'une faute civile par le FRAC, qui aurait selon elle violé l'article 16 du code civil.

Le FRAC de Lorraine a répliqué, en substance, que « *la nature d'œuvre de l'esprit et l'intérêt artistique des œuvres de M. [X] sont de nature à exclure toute qualification d'atteinte à la dignité humaine* », et que « *la diffusion du travail de l'artiste ne saurait en*

² Le Procureur de la République a décidé un classement sans suite.

aucun cas être censurée », qu'elle « doit au contraire être protégée sur le fondement de la liberté d'expression ».

Le tribunal de grande instance de Metz a accueilli la demande de l'AGRIF et condamné le FRAC à lui verser un euro à titre de dommages et intérêts.

La cour d'appel de Metz, par arrêt du 19 janvier 2017, a infirmé ce jugement, a déclaré irrecevable l'action civile de l'AGRIF relative aux faits délictueux prévus à l'article 227-24 du code pénal et rejeté ses demandes fondées sur des faits distincts au motif que l'article 16 du code civil n'a pas de valeur normative et ne fait que renvoyer au législateur l'application des principes qu'il énonce.

La Cour de cassation, par arrêt du 26 septembre 2018 (Civ1., pourvoi n° 17-16.089, arrêt publié), a cassé et annulé cet arrêt, sauf en ce qu'il déclare irrecevable l'action civile de l'AGRIF relative aux faits délictueux prévus à l'article 227-24 du code pénal, au motif que *« le principe du respect de la dignité de la personne humaine édicté par l'article 16 du code civil est un principe à valeur constitutionnelle dont il incombe au juge de faire application pour trancher le litige qui lui est soumis ».*

L'affaire a été renvoyée devant la cour d'appel de Paris. Celle-ci, après avoir rappelé les arguments de chacune des parties, relève (p. 8) que l'AGRIF a *« la possibilité d'agir en responsabilité civile délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du code civil dans sa version applicable aux faits, en réparation d'une faute civile constituant une atteinte à la dignité de la personne humaine ».*

Elle évoque ensuite les textes applicables sur la liberté d'expression et ses limites, ainsi que l'article 16 du code civil, l'action engagée par l'AGRIF étant fondée sur le reproche adressé au FRAC de Lorraine (faute civile) d'avoir exposé une œuvre au public selon elle attentatoire à la dignité humaine.

La cour d'appel effectue ensuite une lecture de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 25 octobre 2019, sa motivation repose largement sur ce qu'elle déduit de cette décision importante. Elle relève en effet (p. 11) :

« La Cour de cassation était donc saisie, s'agissant tant de l'arrêt de renvoi que de l'arrêt rendu en assemblée plénière, de la question du conflit entre le droit au respect de la dignité humaine et la liberté d'expression.

Dans les deux cas, elle a retenu que le principe érigé à l'article 16 du code civil constituait un principe à valeur constitutionnelle, tout en précisant dans son arrêt rendu en assemblée plénière que l'atteinte à la dignité, qui ne figure pas, en tant que telle, au nombre des buts légitimes énumérés à l'article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne pouvait pas être érigée en fondement autonome de restrictions à la liberté d'expression, en sorte que le contrôle de proportionnalité de la liberté d'expression ne peut s'effectuer au regard du seul droit à la dignité.

L'arrêt de l'assemblée plénière est donc transposable au cas d'espèce portant sur le conflit entre la liberté d'expression et le droit au respect de la dignité humaine, et compatible avec l'arrêt de renvoi ayant rappelé la valeur constitutionnelle de l'article 16 sans se prononcer sur sa portée comme limite à la liberté d'expression. »

Puis la cour d'appel évoque la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à *« une double atteinte à la dignité et au droit au respect de la vie privée »* (notamment son arrêt du 25 février 2016, SCPE. C. France), pour en déduire que dans un tel cas, lorsque la dignité humaine *« est associée au respect de la vie*

privée, (...), il peut alors être opéré un contrôle de proportionnalité entre les deux droits concurrents que constituent la liberté d'information et le droit au respect de la vie privée, et non pas la dignité. »

La cour conclut enfin en ces termes (p. 12) :

« Si la dignité humaine, qui ne figure pas aux restrictions expressément prévues à l'article 10 paragraphe 2 de la Convention, a été rattachée à la 'protection de la réputation ou des droits d'autrui' au sens dudit article, par le truchement de la vie privée dans des cas où une atteinte à ce droit était alléguée, aucune décision de la Cour européenne des droits de l'homme ne l'a consacrée comme fondement autonome de restriction de la liberté d'expression en l'absence de conflit avec un droit concurrent tel que le droit au respect de la vie privée ou le droit à l'image.

Il n'est pas justifié par l'AGRIF que la dignité humaine serait en elle-même une composante nécessaire et suffisante de la protection de la morale et de la défense de l'ordre au sens des dispositions de l'article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme constituant en ce sens une limite autonome de la liberté d'expression.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que lorsque la dignité est appréhendée dans le contexte de la confrontation de la liberté d'expression et d'autres droits en concurrence tels que le droit au respect de la vie privée, le droit au respect de la dignité humaine ne constitue pas en soi une restriction autonome à la liberté d'expression, dont seul l'abus peut être sanctionné au terme d'un contrôle de proportionnalité avec lesdits droits en concurrence.

Si le principe du droit au respect de la dignité humaine revêt une valeur constitutionnelle, il ne constitue pas à lui seul, en l'absence d'allégations de toute atteinte à des droits concurrents à la liberté d'expression tels que le droit au respect de la vie privée et le droit à l'image, un fondement autonome de restrictions de la liberté d'expression lui conférant la nature de droit concurrent et justifiant que soit effectué un contrôle de proportionnalité à ce titre.

L'AGRIF poursuit l'exposition des œuvres de M. [X] sur le seul fondement de l'atteinte à la dignité au sens de l'article 16 du code civil, à l'exclusion de tout droit concurrent tel que le respect de la vie privée ou le droit à l'image.

Quand bien même l'AGRIF estimerait l'exposition des œuvres litigieuses attentatoire à la dignité humaine, cette seule atteinte, à la considérer caractérisée, ne constitue pas une limite admissible à la liberté d'expression justifiant une mesure de réparation.

Elle doit donc être déboutée de sa demande, en infirmation du jugement. »

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi formé par l'AGRIF, qui présente un moyen unique en sept branches.

Le pourvoi formé par l'AGRIF

En substance, la première branche s'appuie sur la violation, par l'arrêt attaqué, de l'article 16 du code civil et de l'article 10 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par fausse application, au motif selon le pourvoi que le principe du respect de la dignité humaine « *qui est absolu et n'a sa mesure qu'en lui-même, ne peut être mis en balance avec*

aucun droit fondamental, puisqu'il en est la substance et le fondement ; qu'ainsi, rien ne peut entrer en conflit avec ce principe, qui n'en soit simplement la négation ».

La seconde branche reproche à la cour d'appel d'avoir violé le principe du respect de la dignité humaine par refus d'application, en rejetant les demandes formées par l'AGRIF au motif « *qu'elle se fondait uniquement sur « l'atteinte à la dignité au sens de l'article 16 du code civil», sans avoir fait aucune application du principe solennellement énoncé par ce texte ».*

La troisième branche reproche à l'arrêt attaqué un manque de base légale au regard de l'article 16 du code civil, en ce que la cour devait, pour trancher le litige, « *rechercher, comme elle y était invitée, si les messages mis en cause, publiés par le FRAC de Lorraine, n'étaient pas gravement attentatoires à la dignité de la personne humaine », et « qu'elle ne pouvait pas, en particulier, se borner à renvoyer l'AGRIF à sa propre appréciation subjective des messages litigieux ».*

La quatrième branche soulève le manque de base légale de la décision attaquée au regard de l'article 16 du code civil et de l'article 10 § 2 de la Convention, en se référant à un arrêt d'assemblée plénière du 25 octobre 2019 (pourvoi n° 17-86605) qu'elle a jugé « *« transposable au cas d'espèce » au motif qu'il avait « retenu que le principe érigé à l'article 16 du code civil constituait un principe à valeur constitutionnel » », alors que l'arrêt visé « n'avait fait aucune référence à l'article 16 du code civil ni à la constitutionnalité du principe qu'il énonce » et qu'il concernait « un abus du droit à la liberté d'expression lié à une injure personnelle subie, c'est-à-dire la confrontation de deux droits concurrents, tandis que la demande ici présentée par l'AGRIF, ès qualités, n'a aucun caractère personnel et vise la réparation d'une atteinte publique à la dignité de la personne humaine, droit absolu et à valeur constitutionnelle, sur le fondement exclusif de l'article 16 susvisé ; qu'il s'ensuit que cet arrêt, tant en droit qu'en fait, n'était pas transposable au cas d'espèce ».*

La cinquième branche soulève une méconnaissance par la cour d'appel des termes du litige, en violation de l'article 4 du code de procédure civile, au motif que l'AGRIF a fondé sa demande de réparation uniquement sur le principe édicté à l'article 16 et non sur les règles relatives notamment aux limites de la liberté d'expression, qu'elle a d'ailleurs souligné que « *ce qui est en cause, ce n'est pas la liberté d'expression mais la protection par la société d'enfants innocents qui ont eu ou ont pu avoir accès à de telles expressions abjectes » (concl., 11, § 4) ».*

Cette branche pourrait faire l'objet d'un *rejet non spécialement motivé*, dans la mesure où le FRAC de Lorraine s'était clairement appuyé sur la liberté d'expression dans ses conclusions d'appel ; or, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties (art. 4 CPC), et non seulement par celles du seul demandeur.

La sixième branche reproche à l'arrêt attaqué la violation de l'article 10 § 2 de la Convention européenne, par fausse application et celle de l'article 16 du code civil par refus d'application. Le pourvoi considère en effet que « *le principe de dignité de la personne humaine, inviolable et absolu, est l'essence même de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'étant ainsi le fondement et la substance de tous les droits fondamentaux garantis par cette dernière, l'exercice d'aucun de ces droits ne peut l'enfreindre sans contradiction ; qu'il s'ensuit que ce principe constitue une composante nécessaire et suffisante de protection de la morale et de la défense de l'ordre dans une société démocratique au sens des dispositions de l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatives à la liberté d'expression, encore qu'il n'y soit pas explicitement visé ; qu'en cohérence avec ces dispositions, l'article 16 du code civil, en*

interdisant de manière absolue et universelle « toute atteinte à la dignité » de la personne humaine, a édicté une restriction, nécessaire dans une société démocratique, au sens de l'article 10 susvisé, à l'exercice même de la liberté d'expression ». Dès lors, en jugeant « qu'il n'était pas établi que « la dignité humaine serait une composante nécessaire et suffisante de la protection de la morale et de la défense de l'ordre au sens des dispositions de l'article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme », la cour d'appel a violé les deux dispositions susvisées.

La septième branche soulève la violation de l'article 10 § 2 de la Convention et de l'article 1240 du code civil, au motif que « quelle que soit l'intention supposément artistique de leur auteur, la mise en exposition, dans un espace public de messages portant atteinte à la dignité de la personne humaine, avilissant pour des enfants comme pour leurs parents, supposés les soumettre à des traitements criminels (...), constitue un usage de la liberté d'expression radicalement incompatible avec les devoirs et les responsabilités nécessairement attachés à l'exercice du droit à la liberté d'expression, que ne justifie aucun débat d'intérêt général et que n'excuse ni le goût prononcé de son auteur pour la provocation, ni son sens obsessionnel du mauvais goût et de la dégradation » ; dès lors, la cour a violé les dispositions susvisées en jugeant que « la dignité de la personne humaine n'est pas une composante nécessaire et suffisante de la protection de la morale et de la défense de l'ordre au sens de l'article susvisé, et qu'à supposer caractérisée une atteinte à cette dignité par l'exposition des œuvres litigieuses, cette atteinte ne constituerait pas « une limite admissible à la liberté d'expression justifiant une mesure de réparation » ».

Les questions juridiques soulevées par le pourvoi

Le pourvoi soulève principalement la question de l'articulation du principe du respect de la dignité humaine, découlant de l'article 16 du code civil, avec l'article 10 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il interroge notamment le caractère absolu du principe (B1, B2), la possibilité de le mettre en balance avec un autre droit fondamental (B1), sa valeur normative et constitutionnelle (B2, B3), la reconnaissance de ce principe comme une « composante nécessaire et suffisante de protection de la morale et de la défense de l'ordre » (B6), ainsi que la possibilité de transposer à l'espèce l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 25 octobre 2019, relatif à une injure publique (B4). Il soulève aussi la question de l'accès à l'œuvre par un public jeune (B5) et celle des « devoirs et responsabilités » de l'organisateur d'une exposition au sens de l'article 10 § 2 (B7).

DISCUSSION et AVIS

I. Le contexte artistique : la dignité humaine questionnée par l'art

A. L'œuvre artistique, l'expression personnelle d'un rapport au monde

1. La notion d'œuvre artistique

Bien que la notion d'œuvre de l'esprit ne soit pas dans le débat juridique en l'espèce, il apparaît nécessaire, tant au regard des écritures des parties³ que dans la perspective d'éclairer le contexte plus général du litige, de rappeler brièvement ce qu'est juridiquement une œuvre d'art.

En l'absence de définition légale de ce qu'est une œuvre d'art, la doctrine s'accorde à fonder cette notion sur des critères essentiels, tirés de la jurisprudence : il s'agit d'une création de forme, qui doit être originale, sans considération de mérite ou de destination⁴. La création signifie que l'œuvre doit emprunter une forme matérielle (ou immatérielle le cas échéant⁵), et non constituer une simple idée. L'originalité signifie que l'œuvre doit refléter la personnalité de son auteur : « elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur »⁶, et entre ainsi dans la catégorie plus large des œuvres de l'esprit.

Les œuvres se rattachent à une grande diversité de mouvements artistiques, y compris les plus novateurs tels que le *ready made* de Duchamp⁷, l'art conceptuel ou encore le

³ Le demandeur oppose en effet, dans ses dernières observations devant la première chambre civile (point IV), les œuvres qui puisent « *aux sources d'un génie littéraire ou pictural qui les fait entrer dans les trésors de la culture humaine* », à des « *créations éphémères qui produisent de la turpitude, pour déranger et agresser, avec pour seuls ressorts la vulgarité, la violence et l'abjection d'expression* ».

⁴ F. Duret-Robert, *Droit du marché de l'art*, 7^e éd. Dalloz Action, 2019, n° 113.44 ; N. Ferry-Maccario et O. Silhol, *Droit de l'art*, 2^e éd. Ellipses, 2014, p. 8. V. aussi, se ralliant à cette définition et insistant sur la difficulté de définir l'œuvre d'art, les longs développements de P-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 11^e éd. PUF, n° 33 et suiv. ; également, B. Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 2008, chap. 1 Qu'est-ce qu'une œuvre ?.

⁵ Encore que le statut d'œuvre d'art immatérielle puisse être discuté (v. F. Duret-Robert, op.cit., n° 113.55).

⁶ F. Duret-Robert, op. loc. cit.

⁷ « *nul ne conteste le statut d'œuvre* » à la sculpture *Fountain* (un urinoir) de Duchamp, ou aux monuments emballés de Christo (en ce sens, N. Ferry-Maccario et O. Silhol, op.cit., p. 9 ; également, F. Duret-Robert, op.cit., n° 113.53). Le professeur Gautier souligne que « *Les œuvres d'art contemporain sont également susceptibles de protection, fussent-elles abstraites ou composées d'objets utilitaires, dès lors que la personnalité de l'auteur s'y trouve marquée* » (P-Y. Gautier, op.cit., n° 94. V. aussi en ce sens, E. Treppoz, D. 2006, p. 1051 ; N. Walravens, RIDA. juill. 1999, p. 92).

minimalisme, l'hyperréalisme, l'expressionnisme abstrait, l'automatisme, le néo-pop, le *street art* ou encore le *cyberart*, pour n'en citer que quelques-uns. « *Autant d'auteurs, autant d'œuvres* », résume ainsi le professeur Gautier, en insistant par ailleurs sur le fait que d'innombrables auteurs, connus ou inconnus, ont exprimé de milliers de façons différentes leur esprit créatif⁸. En définitive, « *L'art ne se résume plus à une création esthétique* », comme le souligne le professeur Gleizal⁹.

Aucune formalité n'est nécessaire pour qu'une création devienne une œuvre d'art protégée¹⁰, ce qui signifie que nulle autorité n'est dédiée à la validation officielle de ce qui entre dans la catégorie des œuvres d'art et de ce qui en est exclu.

La création artistique repose en effet sur un principe de liberté, qui est reconnu tant par le droit interne que par le droit européen et qui se rattache directement à la liberté d'expression.

2. Le principe de l'unité de l'art

L'article L. 112-1 du code de la propriété intellectuelle dispose que toutes les créations artistiques sont protégées « *quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ».

Cette disposition pose le principe de l'unité de l'art, selon lequel toutes les œuvres sont identiques en droit, sans distinction de mérite ou de nature¹¹.

Des auteurs en déduisent justement qu'« aucun jugement esthétique n'est recevable et les juges doivent respecter une neutralité absolue. Toutes les expressions artistiques sont protégeables et aucun courant ne peut être exclu qu'il soit classique, moderne ou contemporain »¹².

⁸ P-Y. Gautier, op.cit., n° 14. V. aussi, N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, éd. Economica, 2006, sur les critères de la reconnaissance d'une œuvre dans l'art contemporain.

⁹ J-J. Gleizal, *L'art et le politique*, éd. PUF, 1994, p. 131 (chap. 4. L'histoire de l'art contemporain saisie par le droit).

¹⁰ N. Ferry-Maccario et O. Silhol, op.cit., p. 12.

¹¹ N. Ferry-Maccario et O. Silhol, op.cit, p. 5 ; voir aussi, F.Duret-Robert, op.cit, n° 113.41, qui précise que le « dogme de l'unité de l'art » a rendu obsolète la classification des œuvres qui avait cours au 19^e siècle.

¹² N. Ferry-Maccario et O. Silhol, op.cit, p. 10. D'autres auteurs insistent sur ce point : P-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, éd. PUF, n° 49 : « *La Cour de cassation est très claire : le juge ne peut, sous peine de voir sa décision censurée, porter une appréciation sur « la valeur artistique ou la destination commerciale de l'œuvre »* (V. par ex. Crim. 13 févr. 1969, D. 1969, 323) » ; B. Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 2008, p. 9 : « *Ainsi, théoriquement, le juge doit-il appréhender l'œuvre d'une façon radicalement neutre, et tout l'effort du droit, on le verra, consistera à organiser une neutralité esthétique. Il en résulte que, d'un côté, l'appréciation juridique ne devra point tenir compte d'éléments qui introduiraient une subjectivité certaine dans le jugement et que, de l'autre côté, un système cohérent de la neutralité devra être élaboré...* » ; également, C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, éd. LGDJ, 1981, n° 336 et suiv.

Une décision emblématique de la cour des douanes, *Brancusi c/ Etats-Unis*, en date du 26 novembre 1928, résume ainsi cette exigence : « *Que nous soyons ou non en sympathie avec ces idées d'avant-garde et les écoles qui les incarnent, nous estimons que leur existence comme leur influence sur le monde de l'art sont des faits que les tribunaux reconnaissent et doivent prendre en compte* », la cour relevant par ailleurs que la sculpture de Brancusi a la même finalité « *que celle de n'importe quelle sculpture des maîtres anciens* »¹³.

La neutralité du juge, quant à l'esthétique des œuvres soumises à une discussion juridique devant lui, n'empêche nullement de relever que telle ou telle œuvre artistique peut présenter un caractère violent ou choquant ou qu'elle est susceptible d'entraîner des réactions de la part du public¹⁴ : le message artistique porte une part d'universalisme, mais chaque œuvre est nécessairement soumise à l'appréciation subjective du public considéré dans chaque individualité. C'est en effet justement le propre de l'art que de questionner la sensibilité de celui ou celle qui regarde l'œuvre (ou l'écoute ou la touche...). Auguste Rodin ne dit pas autre chose lorsqu'il s'appesantit sur le laid et le beau, dans des *Entretiens* publiés en 1911¹⁵ :

« Le vulgaire s' imagine volontiers que ce qu'il juge laid dans la réalité n'est pas matière artistique. Il voudrait nous interdire de représenter ce qui lui déplaît et l' offense dans la Nature. C'est une profonde erreur de sa part. (...) Dans l'ordre des choses réelles, on appelle laid ce qui est difforme, ce qui est malsain, ce qui suggère l'idée de la maladie, de la débilité et de la souffrance (...). Laides encore l'âme et la conduite de l'homme immoral, de l'homme vicieux et criminel, de l'homme anormal qui nuit à la société ; laide l'âme du parricide, du traître, de l'ambitieux sans scrupules. Et il est légitime que des êtres et des objets dont on ne peut attendre que du mal soient désignés par une épithète odieuse. Mais qu'un grand artiste ou un grand écrivain s'empare de l'une ou de l'autre de ces laideurs, instantanément il la transfigure (...). Que Vélasquez peigne Sebastian, le nain de Philippe IV, il lui prête un regard si émouvant que nous y lisons tout de suite le douloureux secret de cet infirme forcé, pour assurer son existence, d'aliéner sa dignité humaine, de devenir un jouet, une marotte vivante... Et plus est poignant le martyr de la conscience logée dans ce corps monstrueux, plus l'œuvre de l'artiste est belle. (...) Il n'y a de laid dans l'Art que ce qui est sans caractère ; c'est-à-dire ce qui n'offre aucune vérité extérieure ni intérieure. Est laid dans l'Art ce qui est faux, ce qui est artificiel, ce qui cherche à être joli ou beau au lieu d'être expressif (...), tout ce qui est sans âme et sans vérité, (...), tout ce qui ment. »

¹³ Il s'agissait de la sculpture *Oiseau en vol*, marquant le passage de Brancusi à l'abstraction, et dont le statut d'œuvre d'art avait été dénié par les autorités douanières américaines.

¹⁴ Les décisions de justice s'appuient fréquemment sur ce type d'éléments (voir par exemple, CEDH. 24 mai 1988, Müller c. Suisse, n° 10737/84, à propos de peintures représentant « *crûment des relations sexuelles, en particulier entre hommes et animaux* » : il n'est pas « *déraisonnable que les juges compétents les aient tenues pour « de nature à blesser brutalement* », par l'accent mis sur la sexualité dans certaines de ses formes les plus crues, « *la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale* ») (§ 37). Sur la part de subjectivité dans la position du juge dans les contentieux relatifs à l'expression artistique, v. N. Bonnal, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », Legicom 2009/2, n° 43, spéc. p. 26.

¹⁵ A. Rodin, *L'Art*, entretiens réunis par P. Gsell, éd. Grasset, 1911, p. 37 et suiv.

3. La représentation de l'indignité humaine dans l'histoire des arts

La laideur de l'âme humaine a toute sa place dans le monde de l'art et ce, depuis des siècles. De tous temps et sur tous types de supports, la création artistique a pu trouver une inspiration notamment dans la représentation d'actes ou de faits attentatoires à la dignité humaine.

Les exemples abondent, qu'il s'agisse (notamment) de sculptures représentant des esclaves¹⁶, de tableaux représentant des scènes de tuerie ou de torture (par exemple, au 15^e siècle, le martyr de saint Sébastien percé de multiples flèches¹⁷, au 16^e siècle le massacre de la Saint Barthélémy¹⁸, ou encore celui des Innocents plusieurs fois représenté aux 16^e et 17^e siècles¹⁹), de contes littéraires effrayants, relatant l'histoire d'une sorcière dévorant des enfants (*Hansel et Gretel*, 19^e s.) ou celle de parents abandonnant leurs enfants dans la forêt (*Le petit poucet*, 17^e s.) ...

Les violences à l'égard d'enfants, notamment, sont ainsi présentes de longue date dans l'histoire des arts, ainsi que les violences intra-familiales plus largement : relire les premières pages de *La bête humaine* permet, par exemple, de prendre toute la mesure de l'insoutenable scène de violence conjugale décrite par Zola dans son roman naturaliste en 1890.

La création artistique n'a donc jamais été exclusive d'une représentation de la violence, parfois extrême, et de faits clairement attentatoires à la dignité humaine, car l'art se veut être justement le reflet, sous toutes ses formes, de l'âme humaine, et l'œuvre est par essence porteuse d'un message lancé au monde, qu'il soit apaisant, drôle, ou au contraire noir et parfois abject. L'objectif de l'artiste est de susciter une réaction, souvent des interrogations, parfois un malaise, chez celui ou celle qui regarde, lit, écoute, touche son œuvre.

La question peut se poser de l'intention de l'artiste qui a choisi de représenter une scène d'atteinte à la dignité humaine, au 16^e siècle comme au 21^e siècle : promouvoir les actes violents ? ou au contraire les dénoncer ? exprimer ses « propres démons » ? ou le reflet de sa propre histoire ? ...

Cette intention constitue un élément de contexte de l'œuvre, qui peut être porté à la connaissance du public par les artistes eux-mêmes ou par les historiens de l'art. Les œuvres artistiques peuvent aussi répondre à une commande (ce qui fut quasi systématique durant des siècles) ou s'inscrire dans le thème d'une exposition, autres éléments du contexte de l'œuvre.

¹⁶ V. notamment les sculptures d'esclaves enchaînés dans une fosse à Mkunazini (Zanzibar).

¹⁷ En particulier le tableau d'Andrea Mantegna (1470), dans lequel l'une des flèches perce de part en part la tête du martyr.

¹⁸ V. le tableau de François Dubois (vers 1572-1584), contemporain du massacre et qui représente toutes les barbaries de cet événement.

¹⁹ V. notamment, le tableau peint par Nicolas Poussin (1628), qui saisit toute la cruauté de la scène.

B. Art contemporain et représentation de l'indignité humaine

1. Les supports classiques et nouveaux d'expression artistique

L'art contemporain s'inscrit naturellement dans cette histoire de l'art, le cas échéant représentatif d'atteintes à la dignité humaine.

Le mouvement d'art contemporain a néanmoins marqué un tournant remarquable dans l'histoire de l'art en ce qu'il a profondément renouvelé les modes d'expression artistique.

Les œuvres d'art contemporain se présentent en effet sous des formes extrêmement diverses, allant des classiques œuvres picturales, sculpturales ou littéraires, à des formes nouvelles d'expression artistique, qu'il s'agisse, par exemple, de mêler peinture et écriture, peinture et collage d'objets, de procéder à l'affichage raisonné d'œuvres scripturales, de réaliser des installations d'objets statiques (par exemple, des néons lumineux) ou en mouvement (à l'aide de mécanismes intrinsèques ou extrinsèques de mise en mouvement, tels les mobiles d'Alexander Calder), qu'il s'agisse encore d'imaginer des œuvres éphémères (par exemple, le *Land art*, ou une œuvre qui se consume lentement au fil du temps²⁰), de détourner un objet usuel de sa destination première, de produire des œuvres vidéo, etc.

L'art contemporain a par ailleurs vu se démultiplier les mouvements artistiques, dans lesquels les artistes peuvent décider ou non de s'inscrire²¹.

Ainsi que le résume le ministère de la Culture²², « L'une des caractéristiques de l'art contemporain est qu'il n'a aucune limite de support. Plus qu'une simple période chronologique [œuvres réalisées après 1945], les œuvres contemporaines se reconnaissent par leur capacité à interroger leur époque, à bousculer les codes des supports, de la diffusion ou encore de la durée de vie. »

B

2. La spécificité des supports d'expression artistique reposant sur « l'humain »

. Parmi ces nouveaux supports de l'art contemporain, les techniques classiques (peinture, sculpture...) et l'utilisation d'objets ne sont plus les seules références de l'expression artistique : « l'humain » est parfois sollicité par des artistes, de diverses manières.²³

Tenir l'être humain comme support vivant de l'expression artistique n'est pas inédit, la danse et les arts circassiens constituant des modes d'expression artistique ancestraux qui reposent fondamentalement sur des êtres humains.

²⁰ Pour illustration, l'exposition en 2021-2022 à la Pinault Collection (Paris), des œuvres réalistes en cire de l'artiste Urs Fischer.

²¹ Sur la diversité de ces mouvements, V. *supra* I.A.1.

²² <https://www.culture.gouv.fr/themes/Art-contemporain>

²³ Selon D. Sibony (philosophe), « L'enjeu de l'art, surtout contemporain est le rapport à l'être où peut surgir, et se dégager une forme d'existence qui, par la voie de l'imaginaire, symboliserait l'existence créative comme possible, fiable. » (*Fantasmes d'artistes*, éd. Odile Jacob, 2014, p. 43 - chap. 2, Enjeux de l'art actuel).

Mais l'art contemporain renouvelle le support « humain » par de nouvelles modalités d'expression. Il peut s'agir d'exposer des œuvres vidéo mettant en scène l'artiste ou des individus, d'utiliser dans une œuvre des éléments du corps humain (cheveux, sang²⁴...), ou encore de créer des « performances », une démarche artistique qui repose sur la mise en scène, devant le public, de l'artiste lui-même et/ou d'autres individus²⁵.

Ces démarches artistiques, fréquentes dans l'art contemporain, mobilisent l'humain et donc intéressent potentiellement la dignité humaine, de nouvelles manières : le corps humain peut être concrètement mobilisé par l'artiste, ou certains de ses éléments, ou encore des restes humains ou des embryons humains^{26, 27}

Les exemples sont nombreux dans la pratique artistique, parfois reflétés dans la jurisprudence : ainsi des photographies de véritables excroissances volontaires sur son propre visage de l'artiste Orlan (*Body Art*), ou encore de cadavres humains plastinés présentés dans des situations du quotidien (attablés, sur un vélo, etc.)²⁸, ces œuvres ayant été présentées au public dans de grandes expositions ces dernières années ; ainsi encore du spectacle vivant de « lancer de nains » qui fut l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat en 1995²⁹, ou de la tête de mannequin affublée de boucles d'oreilles réalisées avec des fœtus humains lyophilisés, dont une juridiction anglaise a refusé l'exposition au public à la fin du 20^e siècle, soutenue par la Commission³⁰.

De telles œuvres, en utilisant l'être humain vivant, mort ou en devenir, ou certains de ses éléments, comme support artistique, sont d'autant plus susceptibles de

²⁴ Par exemple, Michel Journiac offre aux spectateurs du boudin fabriqué avec son propre sang.

²⁵ La Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître d'une performance dans le cadre de son contrôle des limites posées à la liberté d'expression, à propos d'une militante *Femen* qui s'était dénudée dans une église pour dénoncer la position de l'Eglise catholique sur l'avortement. A cette occasion, elle a défini la performance comme « *un mélange d'expressions verbales et comportementales s'analysant en une forme d'expression artistique et politique* » et a affirmé sa protection sur le fondement de l'article 10 : CEDH. 13 octobre 2022, Bouton c. France, n° 22636/19, § 30. V. aussi CEDH. 17 juillet 2018, Mariya Alekhina et alii c. Russie, n° 38004/12.

²⁶ Par exemple, « Zhu Yu se photographie consommant un fœtus mort-né » (citation de S. Joly, « Le corps humain, œuvre d'art ? », in *L'art contemporain confronté au droit*, Actes du séminaire du 8 juin 2006, Institut Art et Droit, disponible sur internet). L'article de Mme Joly comporte de nombreux autres exemples édifiants.

²⁷ L'art contemporain peut, plus largement, questionner parfois *le vivant*, à l'instar de certaines œuvres de Damien Hirst, comme *Le veau d'or* (un veau de 18 mois présenté dans du formol, affublé d'un disque d'or entre les cornes), ou encore *Mother and child* (l'exposition d'une vache et d'un veau dans du formol, coupés en deux dans le sens de la longueur). Ces œuvres ont été exposées dans les plus grands musées du monde, y compris en France ; elles ont une valeur marchande très importante (*Le veau d'or* a été vendu aux enchères en 2008 pour la somme de 10,3 millions de livres anglaises).

²⁸ Civ.1. 16 septembre 2010, n° 09-67456 (exposition mondiale *Our body* (devenue *Body Worlds*) que la France a été le premier Etat à interdire).

²⁹ CE. 25 octobre 1995, n° 136727 (interdiction du spectacle).

³⁰ Commission, décision du 2 septembre 1991, S. et G. c. RU, n° 17634/91.

questionner, le cas échéant, le respect de la dignité humaine que l'humain est lui-même support, voire devient objet de l'expression artistique.³¹

L'enjeu d'une réflexion portant sur la liberté d'expression artistique à l'aune du respect de la dignité humaine s'inscrit ainsi dans ce contexte renouvelé de l'expression artistique depuis le milieu du 20^e siècle : désormais, dans la création artistique, l'être humain est non seulement classiquement représenté à l'aide de diverses techniques dont plusieurs sont ancestrales (peinture, sculpture, collage, récit, chanson...), mais aussi individuellement mis en scène, manipulé, physiquement transformé, voire offert au public.

Une typologie des liens existant entre l'expression artistique et « l'humain » pourrait être résumée de la façon suivante :

- l'être humain dans sa corporéité, ses fonctions (sa voix notamment) ou les éléments de son corps, peut être *représenté* par l'artiste de manière plus ou moins réaliste et plus ou moins identifiable sur des supports divers, pris individuellement ou en groupe (le cas échéant une communauté identifiable d'individus - religieuse, ethnique...).

Une telle représentation est, le cas échéant, susceptible de questionner la dignité humaine du ou des individus représentés, voire de « l'humain » envisagé en tant qu'entité abstraite si la représentation ne vise aucun individu ou groupe d'individus identifiable.

- l'être humain vivant, mort ou en devenir, ou les éléments du corps humain, peuvent aussi constituer, en eux-mêmes, des œuvres d'art, statiques ou mouvantes. Dans une telle hypothèse, une ou des personnes prises dans leur individualité, leurs restes ou certains de leurs éléments, deviennent, volontairement ou involontairement, *objet artistique*.

L'expression artistique est cette fois en prise directe avec « l'humain » dans sa dimension individuelle, personnelle : l'œuvre est alors susceptible de constituer *en elle-même* une atteinte concrète à la dignité humaine sur une ou des personnes déterminées, sur leurs restes ou sur des éléments corporels, que ce soit de manière directe ou par le biais d'un support vidéo ou photographique attestant la réalité de l'atteinte.

Dans l'ensemble de ces hypothèses, le but de l'artiste reste le même : exprimer une lecture personnelle de son rapport au monde, à autrui, à la société qui l'entoure, à sa propre histoire, aux sentiments et aux actions de l'Homme, que ceux-ci soient positifs, ambigus, révoltants...

Ces modes d'expression artistique, dans leur grande diversité, sont tous susceptibles de questionner la dignité humaine.

³¹ Sur le *Body art*, v. notamment S. Cacioppo, *La création artistique sur le corps humain : aspects juridiques du Body art*, th. Aix-Marseille Université, 2020, qui tend à mettre en lumière « une liberté nouvelle, la liberté de création sur le corps humain » ; celle-ci se situe selon l'auteur au croisement de la liberté d'expression et de la liberté de disposer de son corps, et « ne répond que d'une seule limite : la dignité ».

2. Art moderne ou contemporain et actions en justice

De tous temps et en tous lieux, la création artistique a pu déranger voire choquer au point de susciter des actions de vandalisme ou des actions en justice aux fins d'obtenir le retrait d'une œuvre d'une exposition, l'interdiction d'une publication littéraire, l'indemnisation d'un préjudice, sur des fondements distincts de l'atteinte portée à une personne en particulier qui serait visée par l'œuvre sans son consentement.

Ainsi que le souligne Mme Vignes, « De Véronèse à l'art conceptuel, c'est un vivier d'affaires illustres ou confidentielles qui a été soumis aux juridictions françaises ou étrangères comme à la Cour européenne des droits de l'homme. Loin du secret des ateliers ou de la reconnaissance des musées, ces conflits soulèvent toujours des questions fondamentales sur le rôle et le statut de l'artiste. »³²

Parmi de nombreux exemples, on connaît les célèbres mises en cause du recueil de poèmes *Les Fleurs du mal* de Baudelaire et du roman *Madame Bovary* de Flaubert au 19^e siècle en France (les deux sur le fondement de l'ancien outrage aux bonnes mœurs), ou encore du roman de Guillaume Apollinaire, *Les onze mille verges* (1907) en Turquie au 21^e siècle, des tableaux *Carré blanc sur fond blanc* de Malevitch au début du 20^e siècle en Russie et *Le déjeuner sur l'herbe* de Manet au 19^e siècle en France : à chaque époque et chaque culture ses motifs d'indignation voire d'actions en justice pour empêcher l'accès à telle ou telle œuvre considérée comme choquante.

En ce début de 21^e siècle, les exemples ne tarissent pas d'actions individuelles, concertées ou en justice destinées à mettre en lumière le caractère dérangeant voire choquant de certaines œuvres d'art moderne ou d'art contemporain exposées dans de grands musées ou expositions publiques. Ainsi de la vive polémique suscitée par l'exposition d'œuvres de Larry Clarke à Paris en 2010³³, de celle suscitée autour des bandes dessinées de Bastien Vivès en 2022³⁴ qui ont abouti à sa déprogrammation au 50^e Festival international de la bande dessinée d'Angoulême à la suite de menaces de mort sur l'artiste et les organisateurs³⁵, ainsi également en 2023 du retrait de certaines salles du film *Les Amandiers* de Valeria Bruni Tedeschi et de la pièce de Laurène Marx *Pour un temps sois peu* au théâtre 13, ou encore en février 2023, du référé-liberté exercé à l'encontre de l'œuvre de Miriam Cahn exposée au Palais de Tokyo, *Fuck abstraction !*, dégradée ensuite par un individu³⁶, après le refus du Conseil d'Etat de décrocher l'œuvre. A l'étranger, on peut citer la demande de retrait formulée en 2017

³² M-H. Vignes, « Juger l'art. Petites histoires de l'art et grandes affaires de droit », Les Cahiers de la justice, 2015/1, p. 59.

³³ V. notamment la tribune du professeur E. Treppoz, « Exposition de Larry Clarke : de l'exception artistique en droit pénal », *Le Monde*, 18 octobre 2010.

³⁴ V. notamment l'article approfondi de R. Brethes et C. Ono-dit-Biot, « Le débat renaît au Festival d'Angoulême secoué par l'affaire Vivès », *Le Point*, 7 janvier 2023.

³⁵ On peut aussi citer les attaques, en 2011, menées par une association contre des photographies de l'américain Andres Serrano à Avignon, puis d'une pièce de Roméo Castellucci (*Sur le concept du visage du fils de Dieu*) qu'elle jugeait offensante, avec jets d'huile de vidange, œufs, boules pointues sur les spectateurs qui voulaient entrer dans le théâtre, lors de chaque représentation à Paris.

³⁶ La dégradation d'œuvre d'art n'est pas un phénomène nouveau : v. déjà la suffragette Mary Richardson qui, en 1914, taillada au hachoir la *Vénus* de Velázquez conservée à la National Gallery de Londres.

dans une pétition en ligne (mais sans succès) d'un tableau de Balthus, *Thérèse rêvant* (1938), exposé de longue date au Metropolitan à New York³⁷ ; également le retrait temporaire du tableau de Waterhouse, *Hylas et les Nymphes* (1896) à la Manchester Art Gallery en 2018 ; ou encore la modification d'affiches reproduisant des œuvres d'Egon Schiele destinées à promouvoir une exposition organisée en 2018 au Leopold Museum de Vienne pour le centenaire de la mort de l'artiste³⁸.

Les motifs de ces demandes, qui visent des œuvres d'artistes mondialement reconnus, sont fréquemment tirés de représentations considérées par les demandeurs comme trop sexualisées ou comme reflétant des violences sexuelles (donc une forme d'atteinte à la dignité humaine). Reconnaisant l'embarras que peuvent susciter certaines œuvres, un historien de l'art voit dans ce mouvement une « *nouvelle morale* » à l'ère de *#MeToo*³⁹, tandis que d'autres observateurs ont pu souligner (à propos des affiches sur Egon Schiele) un mouvement contraire au « *leitmotiv du mouvement artistique de la Sécession Viennoise* : « *Der Zeit ihre Kunst. Der Kunst ihre Freiheit* »⁴⁰.

En tout état de cause, il peut être observé un questionnement récurrent et toujours actuel, dans l'histoire des arts, et par répercussion dans la jurisprudence, sur les limites admissibles de l'expression artistique de la nudité, de la violence, de la sexualité ou encore de figures religieuses⁴¹ ou de personnages historiques⁴².

L'Observatoire de la liberté de création a souligné en janvier 2023⁴³ « une vague inédite de déprogrammations et d'appel à la déprogrammation dans tous les champs de l'art et de la culture (cinéma, théâtre, lieux d'exposition) », rappelant que « Le monde de l'art n'est pas un îlot social exempt de toute reddition de comptes et doit accepter de se confronter à la pluralité des opinions », mais aussi que « La culture ne doit pas être un

³⁷ V. déjà le retrait du MoMA à New York, en 1980, de l'œuvre de Balthus *La leçon de guitare*, jugée pornographique.

³⁸ Ces affiches ayant suscité la réprobation au Royaume-Uni et en Allemagne, les organisateurs de l'exposition se sont résolus à occulter habilement une partie des œuvres (datant de 1910 et 1914) reproduites sur les affiches.

³⁹ V. notamment A. Merle du Bourg, *Le Nu*, éd. Citadelles et Mazenod, 2023.

Pour une illustration, voir aussi l'affaire portée devant la cour d'appel de Paris en 2016 par un internaute dont le compte Facebook avait été bloqué pour avoir posté un lien relatif à un documentaire sur le tableau de Courbet, *L'origine du monde* (1866) avec une image du tableau (V. notamment A. Paulet, *Le Figaro*, 6 janvier 2016).

⁴⁰ « À chaque âge son art, à chaque art sa liberté ». V. notamment, A. Lautreámont, revue *Beaux Arts*, 14 nov. 2017 (www.beauxarts.com).

⁴¹ V. par exemple, la destruction des Bouddhas de Bamiyan datant du 5^e s. en Afghanistan en 2001, et en France les actions menées contre des œuvres d'Andres Serrano ou de Roméo Castellucci en 2011 (évoquées *supra*).

⁴² V. par exemple, CEDH. 25 janvier 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche, n° 68354/01 (tableau d'Otto Mühl intitulé *Apocalypse*, sous la forme d'un collage montrant diverses personnalités telles que Mère Teresa, le cardinal Groer et l'homme politique Jörg Haider, dans des positions sexuelles).

⁴³ Tribune « Déprogrammer une œuvre est un renoncement, pas un acte de courage », *Libération*, 7 janvier 2023. Cet Observatoire français regroupe 15 membres, dont de nombreuses organisations professionnelles de l'art et de la culture.

lieu de pouvoir, mais de questionnement, d'échange et de partage » et que seul le juge « peut légalement restreindre la liberté de création et de diffusion et engager la responsabilité du diffuseur ou des auteurs », un impératif également rappelé récemment par la ministre de la Culture⁴⁴.

C. Eléments conclusifs

Le litige en l'espèce, s'inscrit pleinement dans ce questionnement artistique, historique et juridique.

L'œuvre de M. [X] se rattache à l'art contemporain notamment par le mode d'expression employé (une « installation ») : une trentaine de petites lettres répétitives accrochées les unes à côté des autres sur un mur, dans l'exposition *Infamille*.

L'artiste inscrit par ailleurs son œuvre dans une pratique artistique décrite comme « radicale » par un critique d'art⁴⁵. L'œuvre en cause dans ce litige peut en effet être objectivement perçue comme choquante, interrogeant le public par sa violence, son style répétitif, la crudité des termes employés, mais également par son étrange issue (v. la dernière lettre et ses derniers mots : « *filmer notre mort* »). Il s'agit d'une œuvre dérangeante, qui interroge sur le message que son auteur a voulu adresser au public, que l'on peut raisonnablement comprendre comme constitutif d'une réflexion artistique sur les violences intra-familiales, dans une exposition intitulée *Infamille*. Le FRAC de Lorraine a en effet exposé dans ses écritures devant la cour d'appel de Paris l'objectif de l'artiste [A] [X] : « *inviter les visiteurs à s'interroger sur le modèle familial qui n'est pas sans effets pervers* », et plus précisément « *remettre en cause l'appréhension classique de la famille dans sa symbolique sacro-sainte et dénoncer les effets pervers que recèle le modèle familial traditionnel considéré pendant longtemps comme irréprochable* » (v. arrêt attaqué, p. 6 et 7).

L'association AGRIF, dont l'objet est notamment de lutter « *contre l'étalage public de la pornographie et tout ce qui porte notamment atteinte à la dignité de la femme et au respect de l'enfant* », agit en réparation des atteintes aux intérêts qu'elle s'est donnée pour objet de défendre. On sait que le juge judiciaire, saisi d'une action civile en réparation portée par une association, contrôle, à défaut d'habilitation légale d'agir, que l'action entre effectivement dans son objet⁴⁶. Il apparaît possible de considérer que l'œuvre de M. [X] présentée dans l'exposition *Infamille* concerne précisément la question du respect dû à l'enfant, à son corps, à son intégrité physique et morale, et que l'action engagée par l'AGRIF entre pour cette raison dans les intérêts collectifs qu'elle défend.

⁴⁴ « Évidemment, il y a des limites fixées par la loi : on ne peut pas inciter à la haine, à la violence, à l'antisémitisme, au racisme, on ne peut pas promouvoir la pédopornographie, mais c'est au juge de trancher. » (citation dans l'article précité paru dans *Le Point*, 28 janvier 2023).

⁴⁵ V. Parisart.com. (P. Douaire). Les œuvres d'Eric Pougneau ont été exposées à de nombreuses reprises, en France et à l'étranger, elles ont une cote sur le marché de l'art, l'artiste a publié trois ouvrages depuis 2011.

⁴⁶ V. notamment, Civ1. 14 novembre 2000, n° 99-10778, publié.

L'œuvre artistique de M. [X] représente, d'une manière contemporaine, des actes portant atteinte à la dignité humaine de manière évidente⁴⁷ et particulièrement grave (« Les enfants, nous allons vous enfermer (...), faire de vous nos esclaves (...), vous sodomiser, et vous crucifier (...) »).

La problématique juridique soulevée par le pourvoi s'inscrit dans le contexte sociétal qui vient d'être brièvement exposé ; par son caractère inédit, elle présente une importance particulière en ce qu'elle tend à renouveler l'articulation entre liberté d'expression artistique et principe du respect de la dignité humaine.

II. Le contexte juridique : la dignité humaine, limite à la liberté d'expression artistique

A. La liberté fondamentale d'expression artistique, condition de la démocratie

1. Consécration et limites de la liberté d'expression artistique

Il est admis que la liberté d'expression artistique, souvent appelée liberté de création, constitue une composante de la liberté d'expression⁴⁸.

Elle s'y rattache en tant que partie intégrante de cette liberté, reconnue comme liberté fondamentale tant par la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (art. 10)⁴⁹ que par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 11, dans les mêmes termes que la Convention), ainsi que par des textes internationaux tels la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 19) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 19 § 2).

La liberté d'expression est par ailleurs consacrée en droit interne par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (art. 11)⁵⁰. La loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine consacre sa déclinaison dans le domaine des arts (art. 1^{er} : « La création artistique est libre »). Quant à la diffusion de la création artistique, elle est également libre, « dans le respect

⁴⁷ Sur la notion de dignité humaine, *cf. infra* II.B.2.

⁴⁸ V. notamment CEDH. 3 avril 2014, Jelsevar et al. C. Slovénie, n° 47318/07, § 33, qui retient que la liberté d'expression artistique constitue « *une valeur en soi et appelle donc un niveau élevé de protection au regard de la Convention* ». Egalement, CEDH. 24 mai 1988, Müller et alii c. Suisse, n° 10737/84, § 33.

⁴⁹ Art. 10 § 1 : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. »

⁵⁰ Art. 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

des principes encadrant la liberté d'expression et conformément à la première partie du code de la propriété intellectuelle » (Loi du 7 juillet 2016, art. 2), dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵¹. Le Conseil constitutionnel a marqué l'attachement de l'Etat français à la liberté d'expression en consacrant le principe à l'article 11 DDH comme une « *liberté fondamentale* »⁵², son exercice constituant « *une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés fondamentaux* »⁵³.

La liberté d'expression artistique, incluant donc la création et la diffusion, est soumise aux restrictions et limites apportées à la liberté d'expression⁵⁴, telles qu'elles sont exprimées à **l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales** :

« L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

On peut observer que le second paragraphe de l'article 10 renvoie aussi bien à des objectifs généraux permettant de justifier des limites à la liberté d'expression (mesures nécessaires notamment à la « défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale »), qu'à des objectifs de protection des personnes individualisées (ou groupes de personnes) le cas échéant (« protection de la réputation ou des droits d'autrui »).

De manière générale, au regard de l'importance de la liberté d'expression, les limites posées à l'article 10 § 2 doivent être « prévues par la loi », interprétées étroitement, et les restrictions doivent répondre à un besoin social impérieux (« mesure nécessaire »)⁵⁵.

⁵¹ La Cour vise en effet « *ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art* » (CEDH. 24 mai 1988, Müller et alii c. Suisse, précité, § 33), ou encore « *la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées (...) culturelles, politiques et sociales de toute sorte* » (CEDH. 3 mai 2007, Ulusoy et autres c. Turquie, n° 34797/03, § 42).

⁵² C. constit. 11 octobre 1984, n° 84-181 DC.

⁵³ V. par exemple, C. constit. 4 avril 2019, n° 2019-780 DC.

⁵⁴ En ce sens, v. notamment CEDH. Müller et alii c. Suisse, précité, et CEDH. 22 novembre 2016, Kaos GL c. Turquie, n° 4982/07, § 48.

⁵⁵ V. CEDH. 22 octobre 2007, Lindon c. France, GC, n° 21278/02 et 36448/02, § 45, ainsi que CEDH. 10 décembre 2007, Stoll c. Suisse, GC, n° 69698/01, § 101. V. aussi en ce sens, P. Wachsmann, Fasc. 6522-2 Convention européenne des droits de l'Homme – Libertés de la pensée - Libertés d'expression, de réunion et d'association », Juriscl. 31 mai 2016, § 12 : la Cour s'est placée « dans une optique libérale, qui fait de la liberté le principe et la restriction l'exception ; « on peut dire de la Convention qu'elle s'attache à limiter les limitations que les Etats sont autorisés à apporter aux libertés qu'elle consacre ».

L'appréciation de ces limites et restrictions est cependant particulièrement attentive dès lors que l'expression se concrétise dans le cadre d'une création artistique. En effet, la liberté d'expression est considérée comme un fondement essentiel d'une société démocratique, fondement d'autant plus partagé par la liberté d'expression artistique que celle-ci permet « *l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique* », ainsi que l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁶, et ce, quel que soit le support de l'œuvre.

Le risque d'une censure doit être considéré, aussi bien pour ce qui concerne la liberté d'expression dans le cadre notamment de la presse (donc de la diffusion d'informations et d'opinions), que dans sa composante artistique⁵⁷.

La Cour européenne des droits de l'Homme accorde ainsi à la liberté d'expression un champ très large, admettant que des informations, idées, créations, puissent heurter, choquer, inquiéter l'Etat ou une fraction de la population, car celles-ci constituent une condition du maintien d'un pluralisme indispensable dans une société démocratique, dans laquelle la tolérance et l'esprit d'ouverture constituent des valeurs fondamentales⁵⁸.

La Cour a précisé, dans son *Guide sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* (mis à jour au 31 août 2022), la **méthode** à suivre lorsque la liberté d'expression est interrogée dans ses limites : il convient d'identifier si la mesure en cause constitue une restriction à l'exercice de la liberté d'expression et si elle est prévue par la loi, puis de déterminer si cette mesure vise à protéger l'un des buts légitimes énoncés à l'article 10 § 2 de la Convention et si elle répond à un besoin social impérieux dans une société démocratique. Si la liberté d'expression est confrontée à un autre droit garanti par la Convention, le juge doit mettre les deux droits en balance et faire prévaloir celui qui s'avère le plus légitime dans l'espèce considérée⁵⁹.

. De manière générale, la Cour européenne des droits de l'homme n'admet principalement de limites à la liberté d'expression, dont la liberté d'expression artistique, que dans le strict cadre de l'article 10 § 2 de la Convention. Dès 1976 en effet, la Cour européenne a jugé qu'une ingérence de l'Etat dans la liberté d'expression constituait une violation de l'article 10, si celle-ci ne constituait pas une exception posée au paragraphe 2⁶⁰. Les exceptions appellent ainsi « *une interprétation étroite* »⁶¹, ce qui permet de considérer que la liste figurant au paragraphe 2 serait limitative, selon le professeur Waschmann⁶².

⁵⁶ V. notamment, CEDH. 3 avril 2014, Jelsevar et al. C. Slovénie, n° 47318/07, précité.

⁵⁷ V. notamment CEDH. 16 février 2010, Akdas c. Turquie, n° 41056/04, relatif à l'ouvrage d'Apollinaire *Les onze mille verges* ; CEDH. 23 janvier 2023, Macaté c. Lituanie, n° 61435/19. Egalement, *supra* I.B.3.

⁵⁸ V. notamment, CEDH. 15 octobre 2015, Perincek c. Suisse, GC n° 27510/08, spéc. § 196.

⁵⁹ V. notamment, CEDH. 15 octobre 2015, Perincek c. Suisse, précité (mise en balance de la liberté d'expression avec le droit au respect de la vie privée, art. 8).

⁶⁰ CEDH. 7 décembre 1976, Handyside c. RU, n° 5493/72, § 43.

⁶¹ CEDH. 8 juillet 1999, Karatas c. Turquie, GC, n° 23168/94, § 48.

⁶² P. Waschmann, Juriscl. Fasc. 6522-2 précité, mai 2016, § 12.

2. Liberté d'expression artistique et protection de la morale

A cet égard, la **protection de la morale** publique est souvent invoquée par les Etats pour justifier une limite à la liberté d'expression artistique, sur le fondement de l'article 10 § 2 de la Convention. La question est alors sensible, s'agissant de déterminer la frontière entre protection de la morale (notion abstraite) et censure.⁶³

La Cour européenne laisse aux Etats une large marge d'appréciation quant à la notion de morale, considérant que les Etats sont le mieux à même d'en déterminer le contenu précis « *grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays* », les opinions étant susceptible d'évolutions rapides⁶⁴.

Néanmoins, certaines circonstances peuvent anéantir ou restreindre cette marge d'appréciation :

- l'existence d'un « *consensus manifeste* » européen sur une question morale ou éthique délicate⁶⁵ vient anéantir la marge d'appréciation ;
- il en va de même lorsque l'œuvre se rattache au « *patrimoine littéraire européen* » (ce qu'il convient de caractériser précisément)⁶⁶ ;
- et la marge d'appréciation peut être réduite si l'œuvre participe à un débat d'intérêt général⁶⁷.

En outre, la Cour européenne exerce, dans les autres cas, un contrôle précis de la restriction imposée par l'Etat (en matière artistique : confiscation de l'œuvre, sanction infligée au diffuseur, retrait de l'œuvre de toute diffusion publique...), selon sa méthode habituelle : rechercher si l'ingérence correspond à un besoin social impérieux, si elle est prévue par la loi, si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants.

⁶³ Le professeur Marguénaud observe : « plus souvent et plus frontalement que les autres modes de liberté d'expression, elle [la liberté d'expression artistique] a maille à partir avec la morale qui, depuis le repaire de l'article 10, § 2, l'oblige souvent à battre en retraite » (Jurisclasseur Civil, Fasc. 30 : La liberté d'expression et la Convention européenne des droits de l'homme, point 104).

⁶⁴ V. CEDH. 24 mai 1998, Müller et alii c. Suisse, précité, § 35.

⁶⁵ V. CEDH. 17 juin 2017, Bayev et alii c. Russie, not. n° 67667/09, § 66: « *il existe en Europe un consensus manifeste pour reconnaître le droit des individus à se désigner ouvertement comme gays, lesbiens ou membres de toute autre minorité sexuelle et à militer pour leurs propres droits et libertés* ».

⁶⁶ CEDH. 16 février 2010, Akdas c. Turquie, n° 41056/04, § 28 et suiv. (à propos de l'édition en langue turque de l'œuvre traduite de G. Apollinaire, le roman érotique « Les douze mille verges »).

⁶⁷ CEDH. 30 janvier 2018, Sekmadienis Ltd c. Lituanie, n° 69317/14, § 72 et 76, arrêt relatif à une publicité commerciale, interprété sur ce point *a contrario* : la Cour observe que « *les publicités poursuivaient un but commercial – la promotion d'une ligne de vêtements –, et qu'elles n'étaient pas destinées à contribuer à un débat public sur la religion, ni sur une autre question d'intérêt général* ».

On peut relever à titre illustratif une décision de la Commission en date du 2 septembre 1991 (S. et G. c. RU, n° 17634/91), qui a considéré que les juridictions anglaises étaient en droit d'estimer que la saisie d'une sculpture intitulée *Human Earrings* (« Boucles d'oreilles humaines »), qui consistait en une tête de mannequin à laquelle était fixée, à chacune de ses oreilles, une boucle d'oreille réalisée à partir d'un fœtus humain lyophilisé de trois à quatre mois de gestation, ainsi que la condamnation du gérant de la galerie et de l'artiste au paiement d'une amende pour atteinte à la décence publique, étaient nécessaires à la protection de la morale. La sculpture était présentée lors d'une exposition ouverte au public.

On peut souligner que dans le cadre de ce contrôle, la question de l'organisation de l'accès de l'œuvre artistique au public peut constituer un critère⁶⁸, tout comme le « *sentiment populaire* » ou le « *soutien populaire* » mais avec précautions (l'argument pouvant être avancé pour augmenter ou au contraire restreindre la liberté d'expression artistique)⁶⁹, ou encore le niveau de sanction infligé à l'artiste ou au diffuseur de l'œuvre, qui doit rester proportionné⁷⁰.

L'accès de l'œuvre au public mineur, notamment, a pu être pris en considération dans plusieurs décisions, de manière nuancée, par exemple à propos du film *Baise-moi* dans un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en 2006⁷¹, à propos de la diffusion d'un magazine publiant un dossier « pornographie » en 2016⁷², ou encore à

⁶⁸ V. CEDH. Müller et alii c. Suisse, précité, § 36 ; CEDH. 22 novembre 2016, Kaos GL. c. Turquie, n° 4982/07, § 59 et suiv. ; CEDH. 20 septembre 1994, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, n° 13478/87, § 56.

⁶⁹ V. CEDH. Bayev et alii c. Russie, précité.

⁷⁰ V. CEDH. Kaos GL. c. Turquie, précité, § 61 et 63 : « *les autorités internes n'ont pas cherché, afin d'éviter l'accès d'un public non averti au magazine en question, à appliquer une mesure de prévention moins lourde que la saisie de tous les exemplaires du numéro. Une telle mesure aurait par exemple pu prendre la forme d'une interdiction de vente aux moins de 18 ans ou d'une obligation de vendre le magazine sous emballage spécial comportant une mise en garde destinée au public âgé de moins de 18 ans, voire, à la limite, d'un retrait de cette publication des kiosques, mais non pas celle de la saisie des exemplaires destinés aux abonnés* » ; « *la saisie de tous les exemplaires du numéro 28 du magazine Kaos GL s'analyse en une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit de la requérante à la liberté d'expression et non « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 10 de la Convention* ». V. aussi CEDH Akdas c. Turquie, précité.

⁷¹ CEDH. 22 juin 2006, V.D. et C.G. c. France, n° 68238/01 (à propos de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision du ministre de la Culture et de la communication d'accorder un visa au film, qui présentait des scènes explicites de violence et de sexe rythmant l'ensemble du long-métrage) : « *eu égard aux circonstances, et à la marge d'appréciation que leur réservait l'article 10 § 2, la Cour est convaincue que les autorités nationales étaient en droit d'estimer « nécessaire » à la protection de la morale et des droits des mineurs d'annuler la décision du ministre en ce qu'elle ne prévoyait pas d'interdiction de représentation du film Baise-moi aux moins de dix-huit ans* ».

⁷² CEDH. Kaos GL. c. Turquie, précité, § 60-61 : « *le magazine en cause n'était pas approprié à tout public, ce que la requérante reconnaît d'ailleurs* », de sorte que « *les mesures prises pour empêcher l'accès de certains groupes de personnes, notamment des mineurs, à cette publication pouvaient répondre à un besoin social impérieux* », et « *si la nécessité de préserver la sensibilité d'une partie de public, en particulier celle des mineurs, est acceptable au regard de la protection de la morale publique, il n'était pas justifié d'empêcher tout le public d'avoir accès au numéro litigieux du magazine.* »

propos de la diffusion d'un livre pour enfants avec des personnages LGBTI en 2023⁷³, ce qui ne surprend pas au regard précisément des textes internes invoqués dans ces affaires.

On observera que dans le cadre de la mobilisation de la protection de la morale en matière de liberté d'expression artistique, la Cour européenne n'a jamais fait référence à la dignité humaine parmi les arguments retenus pour justifier la limitation à la liberté d'expression, le cas échéant.⁷⁴

3. Liberté d'expression artistique et protection des droits d'autrui

La protection des droits d'autrui, autre limite visée à l'article 10 § 2 de la Convention, a parfois été relevée comme justification dans certaines des décisions précitées, au côté de la protection de la morale⁷⁵ ou de manière indépendante⁷⁶.

Les deux affaires citées révèlent qu'« autrui » peut être entendu comme un ou des individus désignés, ou bien comme un groupe plus ou moins abstrait de personnes, par exemple les enfants ou les jeunes.

4. Liberté d'expression artistique et article 17 de la Convention

Outre l'article 10 § 2, le droit à la liberté d'expression peut être limité par **l'article 17 de la Convention**, relatif à l'abus de droit. Dans cette hypothèse, la protection de l'article 10 est alors exclue et la requête déclarée incompatible *ratione materiae* avec la Convention.⁷⁷ L'article 17 est mis en œuvre dans la jurisprudence de la Cour de manière exceptionnelle, lorsque le discours litigieux est porteur de propos

⁷³ CEDH. 23 janvier 2023, Macaté c. Lituanie, GC, n° 61435/19 : la loi lituanienne restreignant l'accès des enfants aux contenus présentant des relations homosexuelles ne poursuit pas un but légitime ; dès lors la Cour condamne la Lituanie pour avoir limité la diffusion du livre en cause.

⁷⁴ La doctrine a néanmoins relevé que la dignité constitue une valeur morale, notamment S. Cacioppo RJPF. 2020/1, p. 11.

⁷⁵ V. CEDH. 22 juin 2006, V.D. et C.G. c. France, précité (film *Baise-moi* : « l'ingérence visait un but légitime, à savoir la protection de la morale et la protection des droits d'autrui »).

⁷⁶ CEDH. 25 janvier 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche, n° 68354/01, précité (tableau avec collages d'Otto Mühl, *Apocalypse*, représentant des personnalités dans des positions sexuelles).

⁷⁷ V. CEDH. 16 mars 2006, Zdanoka c. Lettonie, GC, n° 58278/00, § 99 : « on ne saurait exclure qu'une personne ou un groupe de personnes invoquent les droits consacrés par la Convention ou par ses Protocoles pour en tirer le droit de se livrer à des activités visant effectivement à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la Convention ; or pareille destruction mettrait fin à la démocratie. C'est justement cette préoccupation qui amena les auteurs de la Convention à y introduire l'article 17, aux termes duquel « [a]ucune des dispositions de la (...) Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à [la] Convention ».

particulièrement haineux ou incitant à la violence⁷⁸. Des livres ou dessins négationnistes ont ainsi pu être écartés de toute protection de l'article 10⁷⁹.

En conclusion, il convient de préciser que l'ensemble de ces éléments vaut aussi dans le cadre de l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, puisque celle-ci consacre la liberté d'expression dans les mêmes termes que la Convention, et qu'elle affirme que le sens et la portée des droits correspondant à ceux garantis par la Convention sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention (cf. art. 52).

Enfin, il peut être souligné que le juge judiciaire français applique fréquemment la méthode définie par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'il est confronté à un conflit entre la liberté d'expression, le cas échéant artistique, et un autre droit ou liberté fondamental(e) protégé(e) par la Convention. Les exemples sont nombreux de conflits entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée / protection de l'image, notamment dans le cadre de l'application de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.⁸⁰

B. La dignité humaine, socle des droits et libertés fondamentaux

Le mot "dignité" est apparu vers 1155 et vient du latin "*dignitas*". Il recouvre deux principaux sens : une fonction ou charge qui donne à quelqu'un un rang éminent ; le respect, la considération, que mérite quelqu'un ou quelque chose.⁸¹ C'est le second sens, qui renvoie à la dignité de la personne humaine, qui nous intéresse ici.

1. Le respect de la dignité humaine, valeur fondamentale et principe général inviolable

Il est généralement admis qu'historiquement, la dignité a imprégné les droits occidentaux dès le 19^e siècle, notamment dans le décret Schoelcher du 27 avril 1848 abolissant l'esclavage, qui énonçait déjà « que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine ». Mais la Shoah et les autres exactions du régime nazi furent l'événement déclencheur, au 20^e siècle, de la nécessaire reconnaissance dans l'ordre juridique de la dignité humaine comme principe essentiel, « matriciel » ou « axiome » tel que le présente la doctrine privatiste et publiciste⁸². Le concept présente aussi des

⁷⁸ V. le *Guide sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme* (mis à jour au 31 août 2022), qui vise les actes s'assimilant à ou se caractérisant par de la haine, de la violence, de la xénophobie et de la discrimination raciale, de l'antisémitisme, de l'islamophobie, du terrorisme et des crimes de guerre, de la négation et de la révision de faits historiques clairement établis, tel l'Holocauste, du mépris pour les victimes de l'Holocauste, d'une guerre et/ou d'un régime totalitaire, de l'idéologie totalitaire et d'autres idées politiques incompatibles avec la démocratie.

⁷⁹ CEDH. 24 juin 2003, *Garaudy c. France*, n° 65831/01 ; CEDH. 24 février 2022, *Bonnet c. France*, n° 35364/19.

⁸⁰ V. *infra* II.C.

⁸¹ Voir *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, dir. A. Rey.

⁸² V. notamment, B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », D. 1996, 285 (et aussi D. 1995, 211, sur la notion de principes matriciels) ; M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome », RIEJ. 2007/1, vol. 58, n° 10 ; B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », D. 1997, 186 ; B. Gogorza, « La dignité humaine », in *Droits de la personnalité*, dir. J. Saint-Pau, éd. Lexisnexis 2013, p. 121.

liens puissants avec l'égalité, l'avènement du concept de dignité ayant signé « la revendication d'un nouvel âge social et démocratique », avec la concrétisation des droits sociaux, tout individu revêtant désormais une égale dignité⁸³.

La dignité humaine constitue ainsi le fondement exprès de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁸⁴. Elle peut être considérée comme le socle philosophique de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que cela ressort des discussions qui ont eu lieu au Conseil de l'Europe en 1949⁸⁵ et comme la Cour européenne elle-même l'a reconnu, en admettant que le respect de la dignité humaine est « *de l'essence même de la Convention* »⁸⁶. La protection de la dignité humaine innerve ainsi l'esprit des textes de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il s'agisse de lutter contre la torture (art. 3), contre l'esclavage (art. 4), contre la détention arbitraire (art. 5), ou encore de consacrer le droit à la vie (art. 2), le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale (art. 8), ou encore la liberté de pensée, de conscience, de religion (art. 9), et la liberté d'expression (art. 10). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'y réfère par ailleurs expressément (art.1^{er})⁸⁷, reconnaissant la dignité de la personne humaine comme une « valeur indivisible et universelle », faisant partie de « la substance des droits inscrits dans cette Charte »⁸⁸. Le Traité sur l'Union européenne évoque aussi expressément la dignité humaine dans son article 2, et celle-ci a été admise comme un principe général du droit communautaire dans un arrêt de la CJCE en 2001⁸⁹.

En droit interne, la sauvegarde de la dignité humaine est reconnue comme ayant valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 (n° 94-343/344 DC) relatives aux « lois bioéthiques ». Les articles 16 et 16-1-1 du code civil, issus respectivement de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 et de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008, font expressément référence à la dignité de la personne et à celle des restes des personnes décédées : « La loi assure la primauté de la personne,

⁸³ C. Fleury (philosophe), *La clinique de la dignité*, éd. Seuil, 2023.

⁸⁴ §1 DUDH : « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Déjà en 1944, la Déclaration de Philadelphie (10 mai 1944) avait affirmé l'impératif de dignité humaine dans le cadre de l'OIT. D'autres textes internationaux s'y réfèrent, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (entré en vigueur en 1976).

⁸⁵ V. lors de la première session de l'assemblée consultative tenue à Strasbourg du 10/08 au 08/09 1949, H (61) 4, p. 32, les déclarations de plusieurs représentants d'États membres.

⁸⁶ V. notamment, CEDH, 22 nov. 1995, *S.W. c/ Royaume-Uni*, n° 20166/92, § 44 ; CEDH. 28 septembre 2015, *Bouyid c. Belgique*, n° 23380/08, § 89.

⁸⁷ Art. 1^{er} de la Charte : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée. »

⁸⁸ Selon le préambule de la Charte et les explications relatives à la Charte (JOUE 2007/C303/02).

⁸⁹ CJCE. 9 octobre 2001, C-377/98, § 70-77 (à propos de la brevetabilité d'éléments du corps humain).

interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. » (art. 16) ; « Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence. » (art. 16-1-1 al. 2).

Les droits international, européen et français se rejoignent ainsi sur la reconnaissance de la dignité humaine comme valeur universelle fondamentale et sur celle du respect de la dignité humaine comme principe général méritant une protection particulière. Sous réserve du droit de la guerre, le respect de la dignité humaine est présenté comme un principe inviolable en droit européen⁹⁰. Le Traité sur l'Union européenne, en particulier, précise dans son article 2 que la valeur de respect de la dignité humaine est, avec d'autres valeurs (notamment la liberté et la démocratie) commune aux Etats membres dans une société caractérisée notamment par le pluralisme et la tolérance⁹¹.

La jurisprudence française suit cette ligne générale : ainsi le Conseil constitutionnel contrôle-t-il la conformité des lois à la Constitution au regard du « *principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »⁹² ; quant au Conseil d'Etat, il vise le « *principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* », qu'il considère comme une composante de l'ordre public⁹³ et a récemment jugé, dans le cadre de l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (référé-liberté), que « *Figurent notamment au nombre de ces libertés fondamentales l'attention primordiale qui doit être accordée à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant, ainsi que le respect de la dignité humaine* »⁹⁴. Le juge judiciaire n'hésite pas quant à lui à sanctionner l'auteur d'atteintes à la dignité humaine, en particulier celles de l'employeur à l'égard de ses salariés⁹⁵.

⁹⁰ Cf. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne art. 1^{er} et Convention européenne des droits de l'homme art. 15.

V. aussi M. Fabre-Magnan, « La dignité en droit : un axiome », RIEJ. 2007/1, vol. 58, éd. Presses de l'Université Saint-Louis, spéc. p. 13, qui évoque un principe « indérogeable ».

⁹¹ Art. 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

⁹² V. notamment C. constit. 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC, pt. 17 : « *Le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle.* »

⁹³ V. notamment, CE. 26 novembre 2001, n° 222741 et CE. 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, précité.

⁹⁴ CE. ord. 14 avril 2023, n° 472611, 472612, 472646, 472702 (tableau *Fuck abstraction !*).

⁹⁵ V. notamment, Soc. 7 février 2012, n° 10-18686, publié.

2. La substance de la dignité humaine

La dignité humaine se caractérise néanmoins par son absence de définition conventionnelle, légale, jurisprudentielle ou même doctrinale. La doctrine relève parfois ce qu'elle considère comme une difficulté ou un défaut de ce concept flou⁹⁶.

On peut y voir au contraire une souplesse protectrice, dans la mesure où l'on s'accorde généralement sur son socle philosophique, qui est que « Les personnes humaines sont liées entre elles par leur appartenance à une communauté, l'humanité »⁹⁷, ce qui impose « une protection collective de la dignité humaine »⁹⁸. En résumé, « Pour prospérer, la protection de l'espèce humaine doit nécessairement se fonder sur un principe normatif supérieur interdisant que les hommes ne soient détachés de la famille humaine à laquelle ils appartiennent »⁹⁹. Cette conception de la dignité est ainsi « attachée à l'ordre public, c'est-à-dire au respect de l'humanité en chacun, qui, en ce qu'elle est indisponible, constitue une limite à la liberté individuelle, c'est-à-dire à l'individu lui-même, voire contre lui-même »¹⁰⁰.

Irréductiblement liée à la personne humaine, celle-ci ne peut en effet y renoncer, comme le Conseil d'Etat l'a admis dans l'arrêt du 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge (précité, à propos d'un spectacle de « lancer de nains »), ou encore incidemment la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt S.W. c. Royaume-Uni (à propos des devoirs du mariage et du viol entre époux)¹⁰¹. Une telle solution traduit la *dimension transcendante de la dignité humaine*, en tant que valeur à protéger pour elle-même, au nom de la protection de l'humanité.

⁹⁶ V. par exemple, S. Cacioppo, RJPF. 2020/1, p. 11 : « Ce dont souffre le concept de dignité, pour constituer une véritable limite juridique aux droits et libertés fondamentaux, c'est de l'absence d'une définition stable. Si la dignité est juridiquement consacrée et reconnue, elle n'est pas pour autant juridiquement définie ». V. aussi, A-M. Leroyer, RTDciv. 2020/1, p. 78 (qui évoque « un concept de dignité dont l'acception serait à la fois trop large et trop floue ») ; G. Lécuyer, Légipresse, déc. 2019, n° 377, p. 681 (qui relève le « caractère nébuleux » du concept, dès lors difficile à manier). Egalement, le rapport du Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution présidé par Mme S. Veil, qui souligne que sous le même vocable de dignité, le droit renvoie à des acceptions différentes, voire contradictoires (rapport cité par M. Sauvé dans son discours « Dignité humaine et juge administratif », 27 novembre 2009).

⁹⁷ A. Gailliard, *Les fondements du droit des sépultures*, éd. Institut universitaire Varenne, 2017, n° 185.

⁹⁸ D. Viriot-Barrial, Rép. Pén. Dalloz, V° Dignité humaine, n° 84. V. aussi M. Fabre-Magnan, art. cit., n° 54 et B. Edelman, art. cit.

⁹⁹ B. Gogorza, art. cit., n° 225

¹⁰⁰ G. Glenard, « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? », RFDA. 2015, 869. V. aussi l'arrêt CE. 27 octobre 1995 Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727, dans lequel le Conseil d'Etat souligne que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ».

¹⁰¹ CEDH 22 novembre 1995, S.W. c. RU, n° 20166/92, pt 44 : « l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines. »

La professeure Fabre-Magnan¹⁰² souligne ainsi le caractère logiquement indémontrable du principe du respect de la dignité humaine :

« La dignité étant le fondement le plus profond du droit (c'est-à-dire son horizon le plus élevé), il n'est cependant pas évident de le transformer en un concept juridique. Car la dignité de la personne humaine est d'une nature radicalement différente des autres concepts juridiques et n'entre dans aucune des catégories classiques telles que les droits subjectifs ni même en réalité les droits de l'homme. La dignité de la personne humaine est en effet comme un axiome indémontrable et indérogeable, et sans doute même aussi indicible. (...)

La valeur de la personne humaine est indémontrable parce qu'elle supposerait de connaître, ce qui ne se peut, l'essence de l'homme et le sens de la vie. Il s'agit en réalité d'une question éminemment ontologique et métaphysique à laquelle on ne peut répondre que par une croyance, c'est-à-dire en tenant cette valeur pour une vérité incontestable. C'est pourquoi la dignité doit être "posée", au sens le plus précis du droit positif, c'est-à-dire qu'à défaut même de savoir ce qu'il en est dans le domaine de l'être, il doit être affiché et respecté comme devoir-être. La dignité de la personne humaine est le dogme premier, l'axiome de base au fondement du système juridique, en réalité son but ultime. (...) Le fait que la dignité de la personne humaine ne soit pas démontrable n'est donc pas un problème et de nombreux principes posés par le droit ne le sont pas davantage : ainsi par exemple l'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas démontrable, ni même le principe de liberté. La vraie difficulté consiste en revanche à déterminer quels interdits doivent être posés pour préserver la dignité de la personne humaine, c'est-à-dire quelles conséquences il faut (et on peut) déduire de cet axiome».

Finalement, l'absence de définition textuelle de la dignité humaine n'exclut pas une convergence des vues sur son contenu : aucun traitement dégradant, avilissant, moralement ou physiquement, ne saurait être admissible à l'encontre d'un être humain, même avec son consentement. Les seules atténuations admises sont celles résultant du droit de la guerre, de la procédure pénale et du droit pénitentiaire, dans de strictes limites. La notion de crime contre l'humanité est venue consacrer cette perception de la dignité humaine, comme en atteste la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux¹⁰³.

La dignité humaine recouvre ainsi une double dimension, individuelle et transcendante, mise en exergue par les professeures Hennette-Vauchez et Girard en 2005¹⁰⁴, et

¹⁰² M. Fabre-Magnan, art. cit. (RIEJ 2007), p. 6 et suiv.

¹⁰³ « *crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity* » (TPIY, affaire n° IT-96-22-T, *Erdemovic*, jugement, 29 novembre 1996, § 28, et TPIR, affaire n° 97-23-S, *Kamhanda*, jugement, 4 septembre 1998, § 15).

¹⁰⁴ C. Girard et S. Hennette-Vauchez (dir.), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, éd. PUF, Droit et justice, 2005. M. Pellegrini (art. cit.) explique que les auteurs distinguent d'une part, « la dignité opposée par l'homme à des tiers », l'individu peut alors, au nom de ce principe, demander une reconnaissance, un droit ou une protection à la société ou à des tiers ; d'autre part et à l'inverse, un principe de la dignité comme « opposable par des tiers à l'homme ». Selon ce second usage, la part d'humanité dont chacun est dépositaire, mais jamais propriétaire, est la source d'obligations que la société

soulignée par M. Sauvé en 2009¹⁰⁵ ainsi que par le premier avocat général Desportes dans un avis rendu en 2019¹⁰⁶.

3. Transcendance, effectivité et autonomie du principe du respect de la dignité humaine

Le droit français envisage clairement *la protection générique de l'humanité*, à travers la reconnaissance de la « primauté de la personne » (humaine) à l'article 16 du code civil, outre la nécessaire préservation de l'humanité envisagée en tant que telle dans la loi qui a intégré la Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité¹⁰⁷.

Le respect de la dignité humaine constitue un principe transcendant reconnu par le droit, qui permet d'assurer la protection de la personne humaine, à titre individuel ou en tant que membre de l'humanité¹⁰⁸.

Il est certain que des effets juridiques sont très régulièrement tirés de ce principe, dont on s'accorde unanimement à souligner l'importance et la primauté dans notre système juridique. En droit européen, il constitue le socle de tous les droits et libertés fondamentaux, dont les Etats ont la responsabilité d'assurer la protection. De nombreux textes européens (droit dérivé de l'UE) et français font par ailleurs expressément référence à la dignité humaine, soit pour rappeler la valeur qui lui est accordée (déclarations de principe)¹⁰⁹, soit pour en déduire des règles normatives directement

peut imposer aux individus, de limites apportées à la liberté individuelle.

¹⁰⁵ J-M. Sauvé, « Dignité humaine et juge administratif », discours précité (2009) : « D'un côté, la notion de dignité peut en effet être regardée comme une composante de l'individu. Elle est alors opposable par celui-ci à des tiers pour protéger par exemple la liberté individuelle. Mais d'un autre côté, la dignité humaine peut être définie à partir d'une " certaine représentation de ce qu'est l'humanité digne ". Elle peut alors devenir une limite à la liberté de chacun. »

¹⁰⁶ V. l'avis rendu par M. Desportes dans l'affaire jugée par l'assemblée plénière le 25 octobre 2019, n° n° 17-86605, précitée : « il nous semble que peut être regardé comme attentatoire à la dignité de la personne humaine tout message ayant pour objet ou pour effet de présenter de manière dégradante, humiliante ou avilissante une personne lorsqu'il exprime ou suppose chez son auteur la négation de l'appartenance de cette personne à l'humanité ou la conviction qu'elle appartiendrait à une humanité inférieure. »

¹⁰⁷ V. dans la Loi n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, art. 2, les considérants évoquant « l'humanité », les « êtres humains » et les « sociétés humaines ». V. aussi tout récemment la QPC n° 2023-1066 renvoyée par le Conseil d'Etat (CE. 2 août 2023 n° 467370) au Conseil constitutionnel relative à l'article L. 542-10-1 du code de l'environnement, l'association demanderesse invoquant « *un droit des générations futures à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* », « *un principe de solidarité entre les générations* » et « *un principe de fraternité entre les générations* », question nouvelle selon le Conseil d'Etat.

¹⁰⁸ Laquelle humanité reste elle aussi à définir, philosophiquement et juridiquement (d'autant plus à l'heure où de nouveaux enjeux émergent dans le monde contemporain : articulations entre choses et personnes physiques, manipulations génétiques, clonage, androïdes, intelligence artificielle etc.).

¹⁰⁹ V. par exemple, l'article L. 1110-2 c. santé : « La personne malade a droit au respect de sa dignité. »

applicables (notamment en droit de la santé, droit du travail, droit pénitentiaire)¹¹⁰, soit pour fonder certaines infractions pénales¹¹¹.

Au-delà des textes, la question a été soulevée de l'autonomie du principe, condition de sa complète effectivité. La doctrine est controversée sur ce point¹¹². Des auteurs y sont favorables¹¹³, car il s'agit d'une « valeur cardinale qu'il appartient au Droit de protéger »¹¹⁴, et car la dignité humaine participe de cette exigence que « quelque chose est dû à l'être humain du seul fait qu'il est humain »¹¹⁵. Il existerait dès lors pour ces auteurs un droit subjectif d'exiger le respect de la dignité humaine, condition de l'effectivité du principe qui constitue - cela est souvent souligné - le socle philosophique des droits fondamentaux. D'autres auteurs y sont au contraire opposés, voyant dans le développement de ce principe un effet liberticide¹¹⁶. La professeure Fabre-Magnan conteste ce point de vue en soulignant : « Certes il faut veiller à ce que le principe de dignité ne soit pas abusivement brandi pour censurer de façon excessive certains actes ou comportements mais, sous cette réserve, la dignité de la personne humaine vaut, plus que toute autre, comme raison d'interdire »¹¹⁷.

¹¹⁰ V. par exemple, le Règlement (UE) du 7 juillet 2021, n° 2021/1147, sur le Fonds Asile, migration et intégration ; les articles L. 1152-1 et L. 1153-1 c. travail (harcèlement) ; l'article L. 6 c. pénitentiaire.

¹¹¹ V. parmi de nombreux exemples, l'article L. 823-3 CESEDA (aide à l'entrée irrégulière sur le territoire français) et l'article 222-33-2 c. pénal (harcèlement moral).

¹¹² Pour une vue générale sur ce débat, voir B. Pellegrini, « Grandeur et apories de la notion de « dignité de la personne humaine » comme catégorie juridique », *La revue lacanienne* 2008/1, p. 118-127.

¹¹³ V. notamment, H. Moutouh, RDP. 1999, p. 175, qui considère que la dignité humaine « joue un rôle de palliatif juridique dans le régime de la protection des droits fondamentaux des individus » ; E. Dreyer, *Juriscl. Communication*, fasc. 44 – dignité de la personne ; M. Fabre-Magnan, « Dignité humaine », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, éd. PUF. 2008, p. 229.

¹¹⁴ E. Dreyer, art. précité au *Juriscl.*

¹¹⁵ J-M. Sauvé, discours précité (citant Paul Ricoeur).

¹¹⁶ Pour un résumé des critiques, voir notamment, C. Girard et S. Hennette-Vauchez (dir.), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, éd. PUF, Droit et justice, 2005.

Voir aussi J.-P. Baud, *Le droit de vie et de mort, Archéologie de la bioéthique*, éd. Alto - Aubier, 2001, p. 308 : « La notion s'inscrit dans un mouvement, dont nul ne semble s'être soucié, de retournement de la mystique des Droits de l'homme. Comme ceux-ci, la dignité humaine est l'un des avatars du *nomos* disparu. À l'origine, les Droits de l'homme et la dignité humaine étaient ce qui était infiniment respectable dans le *nomos* humain. C'est à ce titre que la dignité humaine était devenue une notion juridique, entre autres chez Pic de La Mirandole. Sans qu'on y prête attention, les Droits de l'homme et la dignité humaine sont désormais souvent utilisés pour combattre cette liberté individuelle, qui est à la fois le paradigme des Droits de l'homme et l'une des plus fortes expressions de la dignité humaine».

¹¹⁷ M. Fabre-Magnan, « La dignité en droit : un axiome », *RIEJ*. 2007/1, précité, p. 8.

La jurisprudence française n'a pas hésité à reconnaître cette autonomie lorsqu'il était nécessaire de préserver le respect de la dignité humaine en dehors de tout texte spécial. Une illustration topique est l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 octobre 2001 (n° 00-14564), dans lequel celle-ci a consacré le devoir d'information du médecin à l'égard de son patient sur le fondement du principe du respect de la dignité humaine, avant que le législateur consacre cette obligation (en 2002). De même, la chambre sociale a consacré cette autonomie dans certaines décisions, notamment en liant atteinte à la dignité humaine et exécution de mauvaise foi du contrat de travail par l'employeur¹¹⁸. La Cour de cassation, dans le contentieux des questions prioritaires de constitutionnalité, se réfère aussi parfois à la dignité de la personne humaine, exigence constitutionnelle, pour apprécier la nécessité d'un renvoi de la question posée au Conseil constitutionnel¹¹⁹. Et le Conseil d'Etat a adopté la même position dans le contentieux relatif aux vaccinations obligatoires¹²⁰ ou encore dans celui relatif au spectacle de « lancer de nains » à Morsang-sur-Orge¹²¹.

La Cour européenne des droits de l'homme paraît plus prudente : elle n'a pas rendu d'arrêt affirmant clairement l'autonomie du principe du respect de la dignité humaine ; elle le rattache généralement à l'article 3 de la Convention, qui dispose que « Nul ne peut être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Même dans le contentieux relatif à des pratiques sadomasochistes d'une extrême violence¹²², la Cour a évalué le consentement de la victime à ces pratiques sans faire référence à la dignité humaine¹²³, contrairement à la position des juges belges¹²⁴, ce que les commentateurs n'ont pas manqué de souligner et critiquer¹²⁵. La CJCE/CJUE a quant à elle affirmé la valeur autonome de l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux dans deux arrêts en 2001 et 2004¹²⁶, puis elle a interprété

¹¹⁸ V. Soc. 8 février 2023, n° 21-14451, et déjà Soc. 7 février 2012, n° 10-18686, publié.

¹¹⁹ V. par exemple, Civ.3. 20 juin 2019, n° 19-40010 QPC, publié.

¹²⁰ V. CE. 26 novembre 2001, n° 222741.

¹²¹ V. CE. 27 octobre 1995, précité.

¹²² CEDH. 17 février 2005, K.A. et A.D. c. Belgique, n° 42758/98 et 45558/99.

¹²³ V. pts 85 à 87.

¹²⁴ Voir pt 23 (position de la cour d'appel) : « *Même à une époque caractérisée par l'hyper-individualisme et une tolérance morale accrue, y compris dans le domaine sexuel, les pratiques qui s'étaient déroulées lors de la phase 4 étaient tellement graves, choquantes, violentes et cruelles qu'elles portaient atteinte à la dignité humaine et ne sauraient en aucun cas être acceptées par la société.* »

Voir aussi pt 67 (position du gouvernement belge) : « *L'ingérence aurait également été nécessaire pour la protection de la morale car des actes de torture, infligés dans les circonstances de la cause, ne sauraient pas être tolérés dans une société démocratique, dont le respect que les êtres humains se doivent constituerait une valeur essentielle.* »

¹²⁵ V. notamment, F. Krenc, Journal des tribunaux, 2005, <https://dial.uclouvain.be> ; voir déjà antérieurement, M. Lévinet, « La légitimité de la répression par l'Etat des pratiques sadomasochistes », obs. sous C.E.D.H., arrêt Laskey, Jaggard et Brown c. RU du 19 février 1997, RTDH. 1997, spéc. p. 743 et suiv.

¹²⁶ V. CJCE. 9 octobre 2001, Pays-Bas c. PE et Conseil, C-377/98, spéc. pt 70 ; CJCE. 14 octobre 2004, Omega, C-36/02 (à propos de cet arrêt, Mme Fabre-Magnan souligne (art. cit., RIEJ. 2007) : « La CJCE commence par énoncer, à juste titre, qu'une liberté économique

dans plusieurs arrêts des textes de droit dérivé à la lumière de la Charte et du principe du respect de la dignité humaine¹²⁷.

C. L'articulation de la liberté d'expression artistique avec le principe du respect de la dignité humaine

Il est admis dans plusieurs textes de droit interne et de droit européen qu'une atteinte à la dignité humaine puisse venir restreindre la liberté d'expression.

Un exemple topique en droit interne est la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, dont les articles 2 et 14 évoquent expressément les contenus « susceptibles d'inciter aux atteintes à la dignité humaine » et la possibilité pour le ministre de l'Intérieur d'interdire de telles publications. On retrouve le même type d'objectifs dans le code du cinéma et de l'image animée (cf. art. L. 211-1), dans la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, à propos des communications électroniques (cf. art. 1^{er}), ainsi que dans le droit dérivé de l'Union européenne (notamment la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000, art. 16, et la directive « services des médias audiovisuels » du 10 mars 2010, art. 3). L'article 227-24 du code pénal crée par ailleurs un délit visant la fabrication, le transport, la diffusion d'un message notamment « de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine », qui est puni sévèrement lorsque le message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Par ailleurs, en droit souple, la Charte des antennes France Télévisions prévoit un chapitre intitulé « Respect de la personne et de la dignité », dans lequel est exprimé le refus dans les émissions télévisuelles de toute valorisation de la violence et plus particulièrement des formes perverses qu'elle peut prendre telles que le sexisme et l'atteinte à la dignité humaine (art. 2.11)¹²⁸.

La liberté d'expression, notamment artistique, est ainsi restreinte par ces textes le cas échéant (publications pour la jeunesse, cinéma, délit pénal).

La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne vise toutefois pas expressément la dignité humaine à l'article 10 § 2 en tant que restriction à la liberté d'expression. La lecture de la jurisprudence française et européenne est cependant très instructive sur la façon dont la dignité humaine est prise en considération comme restriction effective à la liberté d'expression, quel que soit le type d'expression concerné (liberté de l'information (presse), liberté d'expression artistique, caricatures ...).

communautaire même fondamentale telle que la libre prestation de services peut faire l'objet d'une limitation lorsque son exercice porte atteinte à la dignité humaine. Mais il n'est pas sûr cependant que la dignité humaine fût réellement en cause dans cette affaire. Il y avait en réalité plutôt atteinte à l'ordre public (...). »).

¹²⁷ V. par exemple, CJUE. 27 septembre 2012, C-179/11 ; CJUE. 2 décembre 2014, C-148/13 à C-150/13.

¹²⁸ Texte cité dans Soc. 20 avril 2022, n° 20-10852, publié.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a souligné, par ailleurs, que Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a relevé dans un communiqué en 1993 « certains propos grandement attentatoires au respect de la dignité de la personne humaine » dans des émissions de la radio Skyrock (v. Com. 1^{er} juin 1999, n° 96-13994).

1. Les fonctionnalités du principe du respect de la dignité humaine

Il n'existe pas une ligne directrice unique, dans la jurisprudence française et européenne, concernant la mobilisation du principe du respect de la dignité humaine dans le conflit avec la liberté d'expression. Au contraire, ce principe supérieur paraît à la fois malléable dans ses fonctionnalités et mobilisé avec prudence par le juge, sans doute soucieux de ne pas laisser prise à la critique déjà évoquée (*cf. supra* II.B.3) du caractère potentiellement liberticide d'un usage trop large.¹²⁹

En droit privé, la dignité humaine est régulièrement invoquée dans le conflit entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée (art. 9 c. civ., plus particulièrement le droit au respect de son image). La Cour de cassation a très rarement accepté de limiter la liberté d'expression sur le fondement d'une atteinte à la dignité humaine dans ce type de conflit, les refus étant plus nombreux¹³⁰. Sa jurisprudence a cependant été validée sans réserve par la Cour européenne des droits de l'homme, dans deux contentieux emblématiques relatifs à la diffusion d'images dans la presse, d'une part celle du préfet assassiné [J] [N], d'autre part celle d'un jeune homme séquestré et torturé (puis décédé), [B] [Y].¹³¹ Dans ces deux affaires, la première chambre civile a souligné que la publication des photographies de ces personnes décédées était attentatoire à la dignité humaine et constituait une violation du respect dû aux morts, entraînant une atteinte à la vie privée de leurs proches. Elle a posé le principe suivant : « *la liberté de communication des informations autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine* ». Dans l'affaire relative au préfet [N], les articles 16 du code civil et 10 de la Convention ont été expressément retenus par la Cour de cassation comme fondements de sa décision¹³².

La chambre criminelle de la Cour de cassation mobilise aussi parfois la dignité humaine dans le contentieux relatif aux infractions de la loi du 29 juillet 1881 (notamment : injure, provocation à la haine raciale), lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère humoristique de propos virulents ou grossiers. L'atteinte à la dignité humaine a ainsi pu être retenue pour écarter le caractère humoristique de certains propos et limiter la liberté d'expression¹³³.

¹²⁹ V. notamment, G. Lebreton, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », in *Mélanges P. Gélard*, éd. Montchrestien, 2000, p. 53, qui souligne les « ambiguïtés sur les conceptions et sur les fonctions de la dignité humaine ».

¹³⁰ Pour des exemples de refus, voir Civ1. 20 février 2001, n° 98-23.471 (image d'une victime d'un attentat) ; Civ2. 4 novembre 2004, n° 03-15.397, publié (image d'une victime d'un accident de la route).

¹³¹ Civ1. 20 décembre 2000, n° 98-13.875, publié (aff. Claude Erignac) ; Civ1. 1^{er} juillet 2010, n° 09-15.479, publié (aff. Ilan Halimi).

¹³² « *Et attendu qu'ayant retenu que la photographie publiée représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné, gisant sur la chaussée d'une rue d'Ajaccio, la cour d'appel a pu juger, dès lors que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine, qu'une telle publication était illicite, sa décision se trouvant ainsi légalement justifiée au regard des exigences tant de l'article 10 de la Convention européenne que de l'article 16 du Code civil, indépendamment des motifs critiqués par la deuxième branche du moyen* ».

¹³³ Crim. 15 octobre 2019, n° 18-85.365 (« *Attendu que la cour d'appel a à bon droit*

Récemment, cette même chambre a jugé dans un contentieux relatif à l'application de l'article 39 quinquies de la loi de 1881, que « *La restriction qu'apporte à la liberté d'expression l'article 39 quinquies de la loi précitée poursuit l'un des buts énumérés à l'article 10, § 2, susvisé, en ce qu'elle a pour objet la protection de la dignité et de la vie privée de la victime d'infraction sexuelle, protection qui est également de nature à éviter des pressions sur celle-ci.* »¹³⁴. La protection de la dignité est ainsi assimilée aux buts légitimes énumérés à l'article 10 § 2.

En matière artistique, la première chambre civile s'est appuyée en 2010 sur les articles 16-1-1 et 16-2 du Code civil, donc sur le nécessaire traitement avec « respect, dignité et décence » des restes humains, pour interdire une exposition présentée comme « *artistique, scientifique et éducative* » mettant en scène dans des positions du quotidien (attablés, à vélo...) des cadavres humains plastinés (exposition « *Our body* »)¹³⁵. Elle a considéré, sur ces fondements légaux, que l'exposition se tenant « à des fins commerciales » méconnaissait cette exigence. Sa motivation est ainsi nuancée, ne reposant pas exclusivement sur le principe du respect de la dignité humaine.

En droit administratif, le principe du respect de la dignité humaine peut venir limiter la liberté d'expression, notamment artistique, sur le fondement de la préservation de l'ordre public dans le cadre des pouvoirs de police administrative.

Le respect de la dignité humaine est en effet considéré comme une composante de l'ordre public, le plus souvent lorsqu'un individu ou une communauté sont visés¹³⁶. Le Conseil d'Etat n'a toutefois pas hésité à mobiliser la dignité humaine dans une dimension élargie à la protection de l'Humanité envisagée de manière abstraite (cf. *supra* II.B.2), de manière nette dans deux contentieux relatifs au domaine du spectacle et des arts, en 1995 (spectacle de « lancer de nains ») et en 2023 (tableau « *Fuck abstraction* » de l'artiste Miriam Cahn exposé au Palais de Tokyo à Paris).¹³⁷ Il convient d'observer que ce n'est que dans la première hypothèse, relative à un spectacle vivant et donc impliquant un individu, que le Conseil d'Etat a décidé de restreindre la liberté d'expression sur le fondement du principe du respect de la dignité humaine dans sa dimension philosophique abstraite.

Quant à la **Cour européenne des droits de l'homme**, elle restreint le cas échéant la liberté d'expression sur le fondement du « *respect de l'égalité de dignité de tous les êtres*

relevé que les propos incriminés portaient atteinte à la dignité humaine des personnes qu'ils visaient, de sorte que les prévenus ne pouvaient se prévaloir d'un quelconque caractère humoristique et ont excédé les limites admissibles de la liberté d'expression » ; comp. Crim. 8 janvier 2019, n° 17-81.396.

¹³⁴ Crim. 7 février 2023, pt. 15, n° 22-81057, publié.

¹³⁵ Civ.1. 16 septembre 2010, n° 09-67456.

¹³⁶ V. par exemple, CE. 1^{er} septembre 2017, Commune de Dannemarie c. Association « Les Effronté-e-s », B, n° 413607 (panneaux comportant des stéréotypes potentiellement dévalorisants pour les femmes) ; CE. 21 juin 2018, SARL Les productions de la plume et M. M'Bala M'Bala, C, n° 416353 (spectacle comportant des propos et gestes d'apologie des persécutions et exterminations perpétrées durant la Seconde guerre mondiale).

¹³⁷ CE. 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, précité ; CE. ord. de référé du 14 avril 2023, req. n° 472611, 472612, 472646, 472702.

humains », lorsqu'il s'agit de « *sanctionner ou prévenir des formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance* », au motif que la tolérance et le respect de la dignité « *constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste* ». ¹³⁸

Ainsi la préservation de la dignité humaine peut-elle constituer le fondement explicitement sous-jacent de la « protection des droits d'autrui » au sens de l'article 10 § 2, comme cela a été plusieurs fois jugé, y compris dans des arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme, à propos de discours haineux à l'égard d'individus déterminés ou de groupes d'individus (groupe ethnique, religieux...) ¹³⁹, ou encore en cas d'atteinte au respect de la vie privée des proches de victimes d'assassinat ¹⁴⁰.

La protection de « la réputation » au sens de l'article 10 § 2 est également sollicitée, la Cour ayant précisé que « *la réputation ne s'identifie pas avec la considération que chacun a de lui-même mais avec le sentiment de dignité personnelle de l'individu inséré dans l'environnement social d'appartenance* » ¹⁴¹.

Ainsi encore peut-elle mobiliser la dignité comme limite catégorique à la liberté d'expression sur le fondement de l'article 17, dans l'hypothèse d'une contrariété aux valeurs et fondements mêmes de la Convention, ce qui permet d'exclure alors l'application de l'article 10. Ce fondement n'est toutefois retenu que de manière exceptionnelle par la Cour européenne ¹⁴².

A ce stade de la réflexion, il est possible de constater un maniement prudent du principe du respect de la dignité humaine lorsque celui-ci entre en conflit avec la liberté d'expression, et notamment la liberté d'expression artistique : les restrictions à la liberté d'expression ne sont pas fréquemment prononcées en référence au respect de la dignité humaine, mais les juges ne s'interdisent pas de mobiliser ce fondement lorsqu'ils l'estiment nécessaire, qu'il s'agisse du juge judiciaire, du juge administratif ou encore du juge européen. La méthode de raisonnement appliquée n'est toutefois pas identique dans tous les cas d'espèce, le principe de sauvegarde de la dignité humaine étant souvent utilisé en appui, plus rarement mobilisé en tant que principe autonome ; surtout, ce principe présente parfois un caractère relatif.

¹³⁸ Voir par exemple, CEDH. 6 juillet 2006, *Erbakan c. Turquie*, n° 59405/00, § 56-57 ; CEDH. 20 décembre 2022, *Zemmour c. France*, n° 53539, § 51.

¹³⁹ V. par exemple, CEDH. 11 mai 2021, *Kilin c. Russie*, n° 10271/12, § 65 ; CEDH. 13 avril 2021, *Liwin c. Pologne*, n° 42027/12, § 43.

¹⁴⁰ CEDH. 14 juin 2007, *Hachette Filipacchi c/ France*, n° 71111/01 (aff. Claude Erignac) ; CEDH. 25 février 2016, *SCPE c. France*, n° 4683/11 (aff. Ilan Halimi).

¹⁴¹ CEDH. 18 novembre 2021, *Marinoni c. Italie*, n° 27801/12. V. aussi CEDH. 15 octobre 2015, *Perincek c. Suisse*, n° 27510/08 [GC], relatif à la réputation d'une communauté.

¹⁴² V. notamment CEDH. 20 février 2007, *Ivanov c. Russie*, n° 35222/04 : « *Tant dans ses publications que dans ses déclarations orales au procès, il n'a cessé de dénier aux juifs le droit à la dignité nationale, affirmant qu'ils ne formaient pas une nation. (...) Une attaque aussi générale et véhémente contre un groupe ethnique particulier est en contradiction avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention. En conséquence, la Cour estime qu'en vertu de l'article 17 de la Convention le requérant ne peut bénéficier de la protection de l'article 10* ».

2. La question de l'autonomie et de l'absolutisme du principe dans le conflit avec la liberté d'expression

La question de la méthode de raisonnement appliquée et du caractère ou non autonome du principe dans le cadre d'un conflit avec la liberté d'expression renvoie à la problématique délicate du contrôle de proportionnalité et à celle de la mise en balance de droits concurrents.

Il peut paraître a priori paradoxal de considérer que le principe général et inviolable du respect de la dignité humaine, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue en France et qui constitue le socle même de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (*cf. supra* II.B.1), puisse être mobilisé simplement comme argument (parmi d'autres le cas échéant) dans la mise en balance de droits concurrents ou qu'il puisse faire l'objet de manière incidente d'un contrôle de proportionnalité. Ce principe constitue en effet la justification philosophique des droits et libertés accordés par la Convention, et notamment de la liberté d'expression visée à l'article 10. Valeur fondamentale reposant sur la primauté de la personne humaine en droit français et européen, si la dignité humaine est atteinte dans sa substance par un acte quelconque (action, geste, propos ...), ne devrait-on pas en déduire un effet juridique immédiat de protection ?

Une difficulté importante subsiste toutefois, qui est celle de connaître le seuil au-delà duquel des actes doivent être considérés comme portant atteinte à la dignité humaine et être alors radicalement interdits ou sanctionnés au nom de la sauvegarde de la dignité humaine dans sa dimension individuelle ou transcendante. De manière *pragmatique*, les juridictions françaises et européennes préfèrent conserver une grande souplesse dans l'utilisation du principe du respect de la dignité humaine, qui ne fait l'objet d'aucune définition et vient régulièrement en *appui* de leurs raisonnements juridiques selon des méthodes et des fondements diversifiés (mise en balance de droits concurrents, contrôle de proportionnalité, abus de droit (art. 17), ordre public, infractions pénales ...). Toutefois, dès lors qu'une atteinte à la dignité humaine est caractérisée, le juge devrait a priori en déduire des conséquences juridiques car c'est bien là l'important : prise comme support d'un raisonnement relatif (mise en balance, contrôle de proportionnalité, qui concernent certains droits subjectifs) ou considérée de manière autonome (abus de droit de l'article 17 de la Convention, ordre public...), l'existence d'une atteinte effective à la dignité humaine devrait logiquement faire basculer la solution, sauf à considérer qu'il existerait différents niveaux d'atteintes à la dignité humaine (mais lesquels ? et cette idée est-elle seulement admissible ?¹⁴³).

Au sein de la **Cour de cassation**, la chambre criminelle attache au principe du respect de la dignité humaine un caractère absolu dans le cadre du contentieux relatif aux infractions prévues par la loi de 1881¹⁴⁴. Et l'on a vu qu'en dehors du contexte de la

¹⁴³ On peut observer que la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil d'Etat évoquent exceptionnellement la « gravité » de l'atteinte à la dignité humaine pour justifier leurs solutions, alors même que la Cour européenne a reconnu que le respect de la dignité humaine est de l'essence de la Convention, sans autre précision. V. CEDH. 15 octobre 2015, Perincek c. Suisse, GC. n° 27510/08 ; CE. ord. 14 avril 2023, précitée (« *l'accrochage de ce tableau [Fuck abstraction !] ne porte pas d'atteinte grave et manifestement illégale à l'intérêt supérieur de l'enfant ou à la dignité humaine* »), mais il s'agissait d'appliquer l'article L. 521-2 c. justice adm. qui pose expressément cette condition de gravité. V. aussi *infra*, p. 41 *in fine*.

¹⁴⁴ V. Crim. 15 octobre 2019, n° 18-85.365 et Crim. 8 janvier 2019, n° 17-81.396,

liberté d'expression, la première chambre civile ou encore la chambre sociale ont également attaché des effets juridiques absolus et autonomes au principe du respect de la dignité humaine (cf. *supra* II.B.3). La première chambre civile s'en est saisie également à propos de l'exposition *Our body* en 2010, mais de manière spéciale et mesurée¹⁴⁵.

La lecture des arrêts rendus par la Cour de cassation révèle que le seul constat d'une atteinte à la dignité humaine, sans évoquer sa gravité, suffit pour en tirer des conséquences juridiques.

Quant au **Conseil d'Etat**, il semble distinguer les hypothèses dans lesquelles le principe est appliqué de manière absolue, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre un pouvoir de police générale fondé sur la préservation de l'ordre public - ce qui est très rare¹⁴⁶, des hypothèses plus fréquentes dans lesquelles un pouvoir de police spéciale est mis en œuvre sur le fondement d'un texte spécifique, en exerçant un contrôle de proportionnalité. Ce contrôle a été exercé notamment dans le cadre de l'application de la loi du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse et de l'article L. 211-1 du code du cinéma et de l'image animée, « *au regard des objectifs poursuivis par la loi* »¹⁴⁷.

Le respect de la dignité humaine étant un objectif fixé par ces lois, il apparaît paradoxal que le juge administratif ait pu considérer (par exemple) qu'un ouvrage du Marquis de Sade (*La philosophie dans le boudoir*, 1795) contient effectivement « *des passages qui portent atteinte à la dignité des personnes* »¹⁴⁸ mais qu'il peut être librement diffusé, sans présenter « *pour la jeunesse, un danger d'une gravité telle que le ministre aurait commis une erreur manifeste d'appréciation des circonstances de l'espèce en s'abstenant de faire usage des pouvoirs qu'il tient des dispositions de la loi du 16 juillet 1949* ». Le respect de la dignité humaine peut-il être ramené à un objectif légal relatif soumis à un contrôle de proportionnalité ? Il semble en réalité que la problématique soit autre, s'agissant d'une œuvre littéraire relatant des actes

précités.

¹⁴⁵ V. *supra*, II.C.1 (Civ.1. 16 septembre 2010, n° 09-67456).

¹⁴⁶ V. les quatre décisions suivantes : CE. 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, précité (spectacle de « lancer de nains ») ; CE ord. 5 janvier 2007, Ministre de l'intérieur c/ association " Solidarité des Français " n° 300311 (distribution d'une « soupe au cochon » aux personnes démunies excluant de fait certaines personnes au regard de leur religion) ; CE. 21 juin 2018, SARL Les productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala, C, n°416353 (spectacle antisémite de l'humoriste Dieudonné) ; CE. ord. 4 mars 2023, Mme C., n°471871 (conférence avec des intervenants salafistes, comportant le risque « *suffisamment établi* » de propos consacrant notamment l'infériorité des femmes et la soumission à leur époux).

¹⁴⁷ V. notamment CE. 5 avril 2019, Société Margo cinéma, A, n° 417343 (à propos de l'article L. 211-1 c. cinéma) : « *Saisi d'un recours contre une telle mesure de police [délivrance du visa d'exploitation de l'œuvre], il appartient au juge de l'excès de pouvoir de contrôler le caractère proportionné de la mesure retenue au regard des objectifs poursuivis par la loi [fondée sur « les nécessités de la protection de l'enfance et de la jeunesse et du respect de la dignité humaine*] ».

¹⁴⁸ CE. 2 novembre 2011, n° 341115 : « *Considérant qu'il est constant que l'ouvrage en cause contient des passages qui décrivent des sévices et abus sexuels, font une large place à la violence et portent atteinte à la dignité des personnes, spécialement des femmes* ».

irrespectueux de la dignité humaine, comme bien d'autres œuvres avant ou après elle qui s'inscrivent dans la liberté d'expression artistique (cf. *supra* I.A.3). L'objectif de protection de la jeunesse peut suffire à lui seul pour justifier un tel contrôle de proportionnalité, en soulignant simplement l'existence dans l'ouvrage d'une *représentation* littéraire d'actes portant atteinte à la dignité humaine¹⁴⁹, donc une œuvre susceptible de choquer un jeune public - tout comme ce pourrait être le cas, par exemple, de la représentation d'actes sexuels à l'égard d'un tel public.

On retrouve une telle relativité du principe du respect de la dignité humaine dans la récente ordonnance rendue par le Conseil d'Etat à propos du tableau *Fuck abstraction !* exposé au Palais de Tokyo¹⁵⁰ : « 10. Il résulte de tout ce qui précède que l'unique intention de l'artiste est de dénoncer un crime et que la société Palais de Tokyo a entouré l'accès au tableau « *Fuck abstraction !* » de précautions visant à en écarter les mineurs non accompagnés et dissuader les personnes majeures accompagnées de mineurs d'y accéder, et que cette société a fourni, sur le chemin menant à l'œuvre, les éléments de contexte permettant de redonner à son extraordinaire crudité le sens que Miriam Cahn a entendu lui attribuer. Dans ces conditions, l'accrochage de ce tableau dans un lieu dédié à la création contemporaine et connu comme tel, et accompagné d'une mise en contexte détaillée, ne porte pas d'atteinte grave et manifestement illégale à l'intérêt supérieur de l'enfant ou à la dignité de la personne humaine. » [nous soulignons]. Il apparaît là encore paradoxal de déduire des conditions d'exposition d'une œuvre l'existence ou non d'une atteinte effective à la dignité humaine, tout en considérant que la problématique porte sur la représentation de l'indignité que fait l'œuvre en question¹⁵¹.

Plusieurs auteurs de la doctrine administrativiste considèrent que le contrôle de proportionnalité n'a pas à s'exercer en présence d'une atteinte à la dignité humaine, par exemple les professeurs Petit et Frier (« l'identification d'une atteinte à la dignité humaine commande une mesure et une seule : l'interdiction pure et simple de l'activité qui comporte cette atteinte »¹⁵²), ou encore le professeur Yves Gaudemet (« l'atteinte à la dignité humaine appelle nécessairement une mesure d'interdiction pure et simple, sans que s'exerce le contrôle de proportionnalité ordinaire en matière de police administrative générale »¹⁵³), et la professeure Peyroux-Sissoko (« le seul fait qu'une atteinte soit portée à la dignité de la personne humaine entraîne la légalité de la mesure d'interdiction de l'activité. Il ne s'agit donc pas de se demander s'il est peu portée atteinte à la dignité ou s'il l'est beaucoup, ce qui relèverait de la prise en compte de degrés

¹⁴⁹ Les passages du livre ne portent donc pas atteinte en eux-mêmes, à la dignité humaine.

¹⁵⁰ Ord. CE. 14 avril 2023, req. n° 472611, 472612, 472646, 472702.

¹⁵¹ Voir les pts 4 et 6 de l'ordonnance, qui s'attachent à décrire l'œuvre en question. Le Conseil d'Etat considère toutefois (pt 10) que c'est « l'accrochage du tableau » qui ne porte pas atteinte à la dignité de la personne humaine, v. *infra*, III.B.5.

¹⁵² J. Petit et P-L. Frier, *Droit administratif*, éd. LGDJ-Lextenso, 15^e éd. 2021-2022, n° 499.

¹⁵³ Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 24^e éd. LGDJ, 2022, p. 417.

dans l'atteinte. Le fait qu'il y soit porté atteinte entraîne à lui seul validation de l'interdiction. »¹⁵⁴).

La **Cour européenne des droits de l'homme** retient le principe dans une dimension radicale, venant écarter toute liberté d'expression, dans les hypothèses rares où elle applique l'article 17 de la Convention¹⁵⁵. Dans les autres cas d'espèce, le principe est envisagé *en appui* de la méthode de raisonnement appliquée : contrôle de proportionnalité dans le cadre de l'application de l'article 10 § 2 lorsqu'il s'agit de protéger les droits d'autrui, ou bien mise en balance de droits concurrents en cas de conflit entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée¹⁵⁶.

Dans cette dernière hypothèse, la Cour européenne a par exemple mis en balance la liberté d'information et le droit au respect de la vie privée dans son arrêt relatif à la publication d'une photographie d'[B] [Y] séquestré et torturé. La Cour européenne relève : le premier juge a estimé que « *la publication de cette photographie était de nature à heurter profondément les sentiments de la mère et des sœurs de [B] [Y]. et comportait une atteinte grave à la dignité humaine que constituait une telle représentation de celui-ci au regard des conditions de sa séquestration et de son sort tragique (paragraphe 12 ci-dessus). La cour d'appel a ensuite considéré que la photographie suggérait la soumission et la torture, était indécente et portait atteinte à la dignité humaine (paragraphe 14 ci-dessus)* » ; elle en déduit ensuite (en accord avec les juridictions internes) que la publication constituait « *une atteinte grave, voire exceptionnelle au sentiment d'affliction de la mère et des sœurs de [B] [Y]..., autrement dit à leur vie privée* », et après une analyse précise de divers éléments, que la mesure contestée « *était proportionnée au but légitime qu'elle poursuivait et, partant, nécessaire dans une société démocratique* »¹⁵⁷.

Dans l'autre hypothèse, celle du contrôle de proportionnalité, la Cour européenne a par exemple effectué un tel contrôle, de manière précise, dans l'arrêt *Kilin c. Russie* du 11 mai 2021 (n° 10271/12) : le requérant avait été condamné pour avoir diffusé une vidéo qui pouvait être « *raisonnablement perçue comme attisant la discorde ethnique par un appel à la violence contre les personnes d'origine azerbaïdjanaise et comme appelant à violer leurs droits par des actions violentes* » ; la Cour a estimé que « *Compte tenu de la nature raciste du matériau incriminé et de l'absence de tout commentaire sur son contenu, les juridictions internes ont démontré de manière convaincante que ce matériau avait incité à la discorde ethnique et, surtout, que le requérant avait eu l'intention manifeste de provoquer des actes de haine ou d'intolérance analogues* » ; elle en a conclu que les poursuites pénales dirigées contre le requérant poursuivaient le

¹⁵⁴ M-O. Peyroux-Sissoko, *L'ordre public immatériel en droit public français*, éd. LGDJ, 2018, p. 428 (à propos de l'arrêt *Morsang-sur-Orge*).

¹⁵⁵ V. notamment CEDH. 20 février 2007, *Ivanov c. Russie*, précité.

¹⁵⁶ V. les arrêts cités *supra*. Dans la jurisprudence de la Cour européenne, le droit au respect de la vie privée inclut la protection de la réputation au sens de l'article 10 § 2.

¹⁵⁷ CEDH. 25 février 2016, *SCPE c. France*, précité (mise en balance de droits concurrents : liberté d'information et droit au respect de la vie privée).

V. aussi, très clair sur la méthode de mise en balance de droits en concurrence (vie privée / liberté d'expression), pour aboutir *in fine* à la conclusion que la condamnation pénale du requérant par la Suisse n'était pas nécessaire, CEDH. 15 octobre 2015, *Perincek c. Suisse*, précité.

but légitime de la protection des droits d'autrui, « *plus précisément la dignité des personnes d'origine ethnique non russe, en particulier celles de souche azerbaïdjanaise* ». ¹⁵⁸

Dans l'une et l'autre affaires, le principe de sauvegarde de la dignité humaine vient directement soutenir la solution en faveur d'une limitation effective de la liberté d'expression.

On observera qu'il est exceptionnel que la Cour européenne souligne expressément la « gravité » de l'atteinte à la dignité humaine pour justifier ses solutions, le seul constat du non-respect du principe de sauvegarde de la dignité humaine suffisant formellement pour les motiver ¹⁵⁹.

Les buts légitimes de défense de l'ordre et de protection de la morale autorisent également un contrôle de proportionnalité ¹⁶⁰. En matière d'expression artistique (cinéma, livres, peintures...), le but légitime de protection de la morale a déjà été visé à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme ¹⁶¹. La Cour ne s'est cependant jamais prononcée sur le point de savoir si la préservation de la dignité humaine pouvait être invoquée dans le cadre du motif légitime de « protection de la morale » ou de « défense de l'ordre », qu'il s'agisse de la liberté d'expression en général ou de la liberté de création artistique, bien qu'elle se soit fondée sur ce but légitime dans plusieurs arrêts relatifs à des créations artistiques qui pouvaient potentiellement questionner la dignité humaine, au regard des sujets représentés ¹⁶² ou des matériaux utilisés (issus du corps humain) ¹⁶³.

¹⁵⁸ V. aussi les arrêts arrêt Le Pen c. France du 20 avril 2010 (n° 18788/09) et Vãradi c. Roumanie du 12 janvier 2021 (n° 37885/18), dans lesquels était invoquée « la protection des droits d'autrui ou de la réputation », la Cour s'employant pareillement à contrôler précisément la proportionnalité de la mesure restrictive de la liberté d'expression prise par l'Etat défendeur.

¹⁵⁹ Même en application de l'article 17, dans l'arrêt Ivanov c. Russie précité, le fait de « *dénier aux juifs le droit à la dignité nationale* », sans relever la gravité de cette atteinte, suffit pour mettre en œuvre cette disposition, s'agissant d'une « *attaque aussi générale et véhémente contre un groupe ethnique en particulier* », en contradiction avec les valeurs qui sous-tendent la Convention. Dans l'arrêt SCPE c. France précité (aff. Ilan Halimi), la Cour européenne partage simplement le constat du premier juge national que « *la publication de cette photographie (...) comportait une atteinte grave à la dignité humaine que constituait une telle représentation de celui-ci au regard des conditions de sa séquestration et de son sort tragique* ». Mais plus généralement, la Cour européenne se garde de motiver formellement ses solutions sur la gravité de l'atteinte.

¹⁶⁰ Sur la défense de l'ordre reconnu comme but légitime, voir notamment l'arrêt Z.B. c. France du 2 septembre 2021, n° 46883/15, à propos de la condamnation pénale, par la France, du requérant qui avait offert à son neveu de trois ans un T-shirt avec l'inscription « Je suis une bombe / Jihad, né le 11 septembre », que celui-ci avait ensuite porté à l'école maternelle.

¹⁶¹ V. notamment, CEDH. 24 mai 1988, Müller et autres c. Suisse, n° 10737/84 (peintures représentant des relations sexuelles particulièrement obscènes - condamnation de l'artiste et des organisateurs de l'exposition à une amende pénale et une confiscation, but légitime) ; CEDH. 22 juin 2006, V.D. et C.G. c. France, n° 68238/01 (film *Baise-moi* - annulation du visa d'exploitation par le Conseil d'Etat, but légitime) ; CEDH. 23 janvier 2023, Macaté c. Lituanie, n° 61435/19 [GC] (limitation de la diffusion d'un livre pour enfants avec des personnages LGBTI – pas de but légitime). V. aussi supra, II.A.2.

¹⁶² V. notamment l'arrêt Müller et alii c. Suisse, précité, les peintures litigieuses

3. L'office du juge dans le conflit entre liberté d'expression et atteinte à la dignité humaine

Il résulte de ces observations que l'office du juge se focalise, lorsqu'il est saisi d'une problématique relative à une limitation de la liberté d'expression fondée sur le principe du respect de la dignité humaine, sur chaque cas d'espèce avec précision, afin de déterminer si l'espèce relève de la mise en balance de deux droits protégés par la Convention, d'un contrôle de proportionnalité, ou encore d'une application autonome du principe (sur le fondement de l'article 17 de la Convention ou de l'ordre public). Sa marge d'appréciation apparaît large, non seulement sur la solution concrète à apporter au litige, mais aussi sur le choix de son fondement juridique (notamment quant au but légitime protégé, dans le cadre de l'article 10 § 2).

Une telle jurisprudence implique une nécessaire confiance dans le juge, car son appréciation se fait *sans critères directifs* : il n'existe pas davantage de définition de la dignité humaine que de définition de l'ordre ou encore de la morale le cas échéant, et la lecture des décisions rendues par les juridictions internes ou par la Cour européenne des droits de l'homme révèle toute l'importance accordée par le juge au contexte précis de chaque expression mise en cause (description du propos, de l'écrit, de l'image ou de l'œuvre concernée, personne ou communauté visée, intention de l'auteur, réactions du public, sentiments des proches, contexte politique ou sociologique, sujet d'intérêt général ...).

En tout état de cause, on peut observer que le juge exerce sa mission de contrôle et de sauvegarde de la dignité humaine *dans sa double dimension, individuelle et transcendante*, que ce soit dans le cadre de l'exercice de la liberté d'expression¹⁶⁴ ou en dehors de ce cadre¹⁶⁵. On peut observer notamment que des propos ou panneaux portant atteinte à la dignité des femmes de manière générale ont fait l'objet de

représentant notamment des relations sexuelles entre des êtres humains et des animaux.

¹⁶³ V. Commission 2 septembre 1991, S. et G. c. RU, n° 17634/91, précité, relatif à l'œuvre exposée dans une galerie, intitulée « *Human earrings* », en l'occurrence une sculpture composée d'une tête de mannequin avec des fœtus humains lyophilisés de 3-4 mois en guise de boucles d'oreilles.

¹⁶⁴ Sur la dimension transcendante, cf. *supra* II.B.2 et II.B.3.

Voir notamment les décisions précitées du Conseil d'Etat, Morsang-sur-Orge (CE. 27 octobre 1995, spectacle de « lancer de nains ») et Mme C. (ord. 4 mars 2023, n°471871, conférence comportant un fort risque de promotion de l'infériorité des femmes), également CE 30 août 2006, Association Free Dom, n° 276866, qui relève l'existence d'« *une atteinte à la dignité de la personne humaine* » dans le cadre d'une émission de radio relatant avec précision l'état de décomposition de cadavres « *pour accroître l'audience de cette émission par l'étalage de faits morbides* », ou encore CE. 1^{er} septembre 2017, Commune de Dannemarie c. Association « Les Effronté-e-s », précité (panneaux installés dans l'espace public véhiculant des stéréotypes dévalorisants pour les femmes). Voir aussi Civ.1. 16 septembre 2010 précité (exposition *Our body*), qui défend la sauvegarde de la dignité des restes humains en tant que telle, l'identité des cadavres exposés n'étant pas connue (« *Mais attendu qu'aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence* »).

¹⁶⁵ Voir notamment, CJCE. 14 octobre 2004, Omega, précité ; CEDH 22 novembre 1995, S.W. c. RU, précité (note 101), relatif à la condamnation du viol entre époux.

restrictions à la liberté d'expression¹⁶⁶. De manière plus générale, l'office du juge semble bien inclure désormais la sauvegarde de l'humanité et des « générations futures »¹⁶⁷.

4. Éléments conclusifs sur le conflit entre liberté d'expression artistique et respect de la dignité humaine

. La sauvegarde de la dignité humaine est bien présente dans le contentieux de la liberté d'expression et notamment de la liberté d'expression artistique (qui n'en est en tout état de cause qu'une modalité particulière).

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de sauvegarde de la dignité humaine est mobilisé soit dans le cadre de l'article 10 § 2, donc de manière subordonnée aux strictes conditions des limites de la liberté d'expression (en l'occurrence, des mesures nécessaires à la protection de la réputation ou des droits d'autrui), soit exceptionnellement sur le fondement de l'article 17 de la Convention, ce qui marque alors une forme d'autonomie, justifiée par son statut de principe-socle de la Convention. En toute hypothèse, la Cour européenne tire des conséquences juridiques effectives de la reconnaissance brute¹⁶⁸ d'une atteinte à la dignité humaine : quel que soit le fondement retenu (art. 10 ou art. 17), l'argument fait basculer la solution. La Cour européenne fonde toujours ses décisions sur l'un ou l'autre de ces textes, sans avoir jamais consacré la complète autonomie du principe de sauvegarde de la dignité humaine comme limite à la liberté d'expression en dehors de ces dispositions.

On peut observer par ailleurs que, dans la continuité des textes fondamentaux de droit primaire, la dignité humaine est mobilisée comme principe autonome en droit de l'Union, même si le contentieux ne concerne pas la liberté d'expression. L'arrêt Omega rendu par la CJCE le 14 octobre 2004 (précité) est à cet égard très significatif quant au raisonnement adopté et quant à la primauté accordée au principe du respect de la dignité humaine. Les juges du Luxembourg semblent bien en effet lui reconnaître le statut de droit fondamental autonome :

« 33. [...] selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect (...). La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales revêt dans ce contexte une signification particulière (...).

34. Ainsi que l'expose Mme l'avocat général aux points 82 à 91 de ses conclusions, l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome.

35. Le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit

¹⁶⁶ V. CE. ord. 4 mars 2023, précité ; CE. 1^{er} septembre 2017, précité.

¹⁶⁷ Cf. *supra* II.B.3.

¹⁶⁸ Sans formellement relever un caractère de « gravité » de l'atteinte dans la grande majorité des arrêts.

communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services. »

Etant donnés les liens puissants qui unissent les droits fondamentaux de l'Union à ceux issus de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le raisonnement tenu dans cette décision mérite d'être souligné.

En droit interne, lorsqu'aucun texte spécial ne vient au soutien de son application, le principe du respect de la dignité humaine est parfois mobilisé pour restreindre la liberté d'expression, que ce soit devant le juge judiciaire ou devant le juge administratif.

Le juge judiciaire met généralement en œuvre les méthodes de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme (mise en balance de droits concurrents ou contrôle de proportionnalité), le respect de la dignité humaine venant au soutien de la préservation du droit au respect de la vie privée/droit à l'image, ou constituant parfois un motif de restriction de la liberté d'expression lorsque la réputation ou la protection des droits d'autrui est en jeu. Les articles 16, 16-1-1 et 16-2 du code civil ont été mobilisés par la Cour de cassation pour restreindre la liberté d'expression, notamment artistique (*cf. supra* II.C.1). La chambre criminelle se fonde parfois sur la dignité humaine pour apprécier la réalisation (ou non) de certaines infractions de la loi du 29 juillet 1881.

En tout état de cause, il apparaît possible de considérer que le principe du respect de la dignité humaine, à valeur constitutionnelle, tiré de l'article 16 du code civil et qui fait pleinement écho au principe de sauvegarde de la dignité humaine dans l'ordre européen, peut constituer une disposition législative normative au sens de l'article 10 § 2 (« L'exercice de ces libertés (...) peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions *prévues par la loi* »), au regard de son rayonnement dans les textes et la jurisprudence français dans des domaines très variés (*cf. supra* II.B.3).

Ce texte répond en effet aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme de qualité de la loi, c'est-à-dire son accessibilité et sa prévisibilité¹⁶⁹. L'article 16 a d'ailleurs été expressément visé par la première chambre civile afin de justifier des restrictions à la liberté d'expression (liberté d'information) dans l'hypothèse d'images choquantes de personnes humaines ou de cadavres humains¹⁷⁰, outre la référence à l'article 16-1-1 alinéa 2 pour justifier l'interdiction d'une exposition en France dans un autre arrêt rendu par la première chambre civile¹⁷¹. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé sans réserve des restrictions fondées sur l'article 16¹⁷².

¹⁶⁹ La Cour européenne a une acception matérielle de la loi, au sens d'un « *texte en vigueur tel que les juridictions l'ont interprété* » (CEDH. 5 avril 2022, NIT SRL c. Moldavie, GC n° 28470/12, § 157). La condition d'accessibilité est satisfaite lorsque la norme a une base légale et a fait l'objet d'une publication accessible au public, ce qui est apprécié souplesment (v. CEDH. 4 mai 2000, Rotaru c. Roumanie, GC n° 28341/95, § 54 et CEDH. NIT SRL c. Moldavie, précité, § 163). La condition de prévisibilité est également appréciée souplesment, une « certitude absolue » n'est pas exigée (CEDH. 26 avril 1979, Sunday Times c. RU, n° 6538/74), la possibilité d'une diversité d'interprétations du texte est admise (CEDH. 15 octobre 2015, Perincek c. Suisse, précité, § 135). Le rôle de la jurisprudence est à cet égard essentiel, il n'atténue pas la prévisibilité (v. par exemple, CEDH. 13 octobre 2022, Bouton c. France, n° 22636/19, § 37).

¹⁷⁰ V. notamment, Civ1. 20 décembre 2000, précité (aff. Erignac).

¹⁷¹ Civ.1. 16 septembre 2010, précité (exposition *Our body*).

¹⁷² V. CEDH. 14 juin 2007, Hachette Filipacchi c/ France, n° 71111/01 (aff. Claude

Devant le juge administratif, l'atteinte à la dignité humaine est susceptible d'entraîner à elle seule un effet radical, dans le cadre de l'exercice du pouvoir de police générale, lorsque celle-ci est constitutive d'une atteinte à l'ordre public. La liberté d'expression artistique a ainsi été écartée de manière exceptionnelle par le Conseil d'Etat. Dans le cadre des pouvoirs de police spéciale, en revanche, un contrôle de proportionnalité est réalisé, qui revient à relativiser le principe du respect de la dignité humaine, ce qui peut interroger (*cf. supra* II.C.2).

En conclusion, il est possible de souligner la reconnaissance ponctuelle par la jurisprudence de l'autonomie du principe du respect de la dignité humaine comme motif de restriction à la liberté d'expression, en particulier par le Conseil d'Etat (dans le cadre des pouvoirs de police générale, la dignité humaine étant une composante de l'ordre public), mais aussi par la Cour européenne des droits de l'homme (dans le cadre de l'article 17), ainsi que par la chambre criminelle de la Cour de cassation (dans le cadre des infractions de la loi de 1881). En outre, l'autonomie du principe du respect de la dignité humaine est admise assez largement dans la jurisprudence de la Cour de cassation et dans celle de la CJUE en dehors du conflit avec la liberté d'expression (*v. supra* II.B.3), ce qui démontre le caractère transversal de ce principe primordial, que le juge n'hésite pas à solliciter dans des situations juridiques très diverses, lorsque c'est nécessaire.

La diversité des usages et fonctionnalités du principe est remarquable, ce qui ne surprend pas au regard du statut de valeur fondamentale attaché au respect de la dignité humaine dans notre système juridique (tant au regard du droit interne qu'au regard du droit européen). Le non-respect de la dignité humaine a vocation à constituer un seuil infranchissable, quel que soit le droit subjectif mis en œuvre. La doctrine voit dans le principe du respect de la dignité humaine un « ultime rempart »¹⁷³ en cas d'atteinte à la dignité, que ce soit à l'égard d'un individu, d'un groupe d'individus déterminé, ou encore à l'égard de l'humanité envisagée plus abstraitement. Cette expression doctrinale a d'ailleurs été reprise par la Cour de cassation (mais dans un autre sens) dans sa communication sur l'arrêt d'assemblée plénière du 25 octobre 2019, évoqué dans la motivation de l'arrêt attaqué.

En l'espèce en effet, on peut rappeler qu'un premier arrêt rendu le 26 septembre 2018 par la première chambre civile (n° 17-16.089, publié), a considéré que « *le principe du respect de la dignité de la personne humaine édicté par l'article 16 du code civil est un principe à valeur constitutionnelle dont il incombe au juge de faire application pour trancher le litige qui lui est soumis* ».

L'arrêt rendu par l'assemblée plénière en date du 25 octobre 2019 (n° 17-86605) a considéré par la suite, dans l'hypothèse d'un pourvoi fondé sur une atteinte à la dignité humaine présentée comme découlant nécessairement de l'injure (art. 29 Loi 1881)¹⁷⁴, à

Erignac) ; CEDH. 25 février 2016, SCPE c. France, n° 4683/11 (aff. Ilan Halimi : « *cette ingérence était prévue par la loi en ce qu'elle était fondée sur l'article 9 du code civil, dont l'application était prévisible en l'espèce (...). Il en va de même s'agissant de l'application de l'article 16 du code civil dans les circonstances de l'espèce.* »).

¹⁷³ V. P. Frydman (avec le concours de M. Sirinelli), RFDA, 2015, p. 1100 et suiv.

¹⁷⁴ Voir le pourvoi en ses deux premières branches :
« Mme [U] fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement ayant rejeté ses demandes, alors que :

propos d'une affiche satirique sur une personnalité politique, que ce fondement ne figure pas, en tant que tel, au titre des buts légitimes énumérés à l'article 10 § 2 de la Convention (pt 12). Dans une formulation très large, la Cour précise que la dignité humaine est certes « *de l'essence de la Convention* », mais qu'elle ne peut « *être érigée en fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression* » (pt 13). La publication litigieuse peut toutefois être incriminée potentiellement sur le fondement d'un « *abus dans l'exercice du droit à la liberté d'expression* » (pt 14), ce qui implique de mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité (pt 16). Elle peut faire l'objet d'une mise en balance des intérêts entre le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, le juge devant rechercher un juste équilibre entre ces deux droits (pt 11).

La Cour de cassation a précisé dans un *communiqué* relatif à cette décision que :

« La question qui se posait était de savoir si l'atteinte à la dignité de la personne humaine devait être érigée en ultime rempart rendant inutile toute mise en balance des intérêts en présence et interdisant toute justification de l'injure par les éléments contextuels, tels que la satire ou le débat politique.

En proclamant que le principe du respect de la dignité de la personne humaine ne constitue pas un fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression, l'assemblée plénière refuse d'exclure par principe tout contrôle de proportionnalité au motif d'une éventuelle atteinte à la dignité causée par l'injure incriminée.

En revanche, l'atteinte à la dignité pourra être prise en considération dans la balance des intérêts en présence. »

Dans cette décision, la Cour de cassation semble avoir souhaité éclaircir le régime juridique applicable en cas d'injure, notamment dans ses rapports avec le principe du respect de la dignité humaine, en rappelant qu'un contrôle de proportionnalité est possible au motif d'une éventuelle atteinte à la dignité causée par l'injure et que l'atteinte à la dignité pourra être prise en considération dans la balance des intérêts en présence.

On a vu que la préservation de la dignité humaine peut être expressément invoquée parmi les arguments permettant de retenir, le cas échéant, telle limite ou restriction sur le fondement d'un but légitime (protection de la réputation ou des droits d'autrui) et donc qu'elle peut être prise en considération dans la balance des droits mis en concurrence, le cas échéant. Le respect de la dignité humaine a également été pris en considération par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'application de l'article 17.

Pour cette raison, il apparaît possible de considérer que l'interprétation adéquate des points 12 et 13 de cet arrêt d'assemblée plénière est celle retenue dans la communication qui l'a immédiatement suivie ; à défaut, une lecture littérale des points 12 et 13 de l'arrêt apparaîtrait en contradiction avec la jurisprudence européenne

1°/ toute injure au sens de l'article 29, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse constitue une atteinte à la dignité de la personne visée et qu'en l'espèce, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si, au-delà du caractère injurieux de l'affiche incriminée qu'elle admettait comme établi, était également caractérisée une atteinte à la dignité de la partie civile,

2°/ en toute hypothèse, l'affiche incriminée porte atteinte à la dignité de la partie civile en l'associant à un excrément, même si cette affiche s'inscrit dans une forme d'humour satirique volontiers scatologique, n'utilise pas l'image de la partie civile et renvoie tant à celle-ci qu'à son électorat, et dépasse donc les limites admissibles de la liberté d'expression »

comme le soulignent des auteurs¹⁷⁵. Cette communication officielle permet en effet d'éclairer le sens de la décision, ainsi que plusieurs auteurs l'ont admis¹⁷⁶, et elle est respectueuse de la jurisprudence de la Cour européenne ainsi que de la valeur accordée au principe de sauvegarde de la dignité humaine en droit interne (notamment dans l'arrêt rendu par la première chambre civile dans notre espèce le 26 septembre 2018, précité).

III. Conclusion et Avis

Il ressort de l'ensemble des éléments qui précèdent les conclusions suivantes.

A. Le socle philosophique de la solution

En droit positif, le principe du respect (ou de la sauvegarde) de la dignité humaine innerve, de diverses manières et selon diverses méthodes, le contentieux de la liberté d'expression et notamment de la liberté d'expression artistique.

L'étude de textes fondamentaux, de nombreux textes spéciaux et de la jurisprudence révèle que ce principe a acquis depuis plusieurs décennies une importance particulière : il constitue le socle philosophique de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (reconnu comme étant de « *son essence même* »), socle partagé par le droit de l'Union européenne, et il a acquis une protection constitutionnelle dans notre droit national. Les articles 16 et suivants du code civil en révèlent toute la substance, en affirmant la « primauté de la personne », l'interdiction de « toute atteinte à la dignité », en garantissant « le respect de l'être humain » (art. 16), et notamment l'inviolabilité et l'intégrité du corps humain (art. 16-1 et 16-3), le respect et la dignité des « restes des personnes décédées » (art. 16-1-1), et dans une dimension transcendante l'interdiction de « porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine » (art. 16-4), l'ensemble des dispositions de ce chapitre du code étant d'ordre public (art. 16-9).

La dignité humaine est ainsi régulièrement considérée dans sa dimension individuelle, mais aussi dans sa dimension transcendante¹⁷⁷, en tant que valeur attachée à l'humanité elle-même, lorsque cela apparaît nécessaire. Son caractère multi-fonctionnel et sa transversalité sont remarquables, ainsi que cela ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne.

Les textes applicables et la jurisprudence révèlent l'absence de réticence du législateur et du juge interne ou européen à se saisir de ce principe, y compris pour défendre une certaine idée de l'humanité en tant que telle, dans le cadre du contrôle de l'exercice de

¹⁷⁵ V. notamment, E. Raschel, CCE. févr. 2020, p. 16 ; G. Lécuyer, Légipresse 2019, n° 377, p. 681 ; C. Bigot, JCP.G. 2019, n° 48, p. 2126. V. aussi les observations de N. Anciaux sur le dépassement des exigences de la Cour européenne par la Cour de cassation dans cet arrêt (JCP.G. 2020, 1025). Et par ailleurs S. Cacioppo (RJPF. Janvier 2020, p. 11), qui approuve la solution car elle vise selon lui à prévenir le risque de toute-puissance du principe de dignité, mais critique néanmoins sa motivation.

¹⁷⁶ V. notamment, C. Berlaud, GP. 5 novembre 2019, n° 38, p. 30.

¹⁷⁷ Selon Lalande cité par *Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, V° Transcendant, ante : est transcendant ce « qui dépasse un ordre de réalités déterminé, ne résulte pas du jeu naturel d'une certaine classe d'êtres ou d'actions mais suppose l'intervention d'un principe extérieur et supérieur à celles-ci » ; également, renvoie aux « termes qui sont d'une signification si universelle qu'ils dépassent toutes les catégories (ex. Etre, Vrai...) ».

la liberté fondamentale d'expression ; cet usage est toujours réalisé de manière très motivée et prudente.

Cette tendance rejoint celle, actuelle, qui tend à reconnaître, au-delà du contentieux de la liberté d'expression, l'indispensable protection de l'humanité en tant qu'entité abstraite, en dépit des difficultés attachées à sa définition sous une perspective notamment philosophique et anthropologique. En témoignent les questionnements bioéthiques (notamment l'interdiction du clonage humain), ceux liés à l'intelligence artificielle (notamment à ses perspectives potentiellement illimitées), ou encore l'attention portée à « l'espèce humaine », aux « êtres humains », aux « sociétés humaines » ou encore aux « générations futures » par le législateur et par le juge. Dans ce contexte général propice au développement rapide des biotechnologies, de l'intelligence artificielle, d'enjeux environnementaux majeurs, outre la multiplicité des représentations de la violence dans la société qui sollicite également l'attention soutenue du législateur (qu'il s'agisse de violences réelles ou fictives), il apparaît pertinent de préserver et promouvoir la « dignité humaine » dans toutes ses dimensions.

La question juridique inédite soulevée par le pourvoi, celle de savoir si le principe du respect de la dignité de la personne humaine peut constituer un motif de restriction autonome de la liberté d'expression artistique dans le cadre de l'article 10 § 2, mérite, dans ce contexte, une attention particulière, dans la mesure où la liberté d'expression constitue une liberté fondamentale issue de ce même socle philosophique, donc l'une des manifestations de la dignité humaine, et qu'elle reflète les valeurs d'une société démocratique, en particulier le pluralisme.

« Les sujets qui dérangent nous amènent à débattre aujourd'hui »¹⁷⁸, et l'art contribue à sa manière à bousculer des idées consensuelles, à faire « bouger les lignes », à apporter son point de vue sur des sujets sociétaux. On relève ainsi communément que « si tout l'art devait devenir politiquement correct, il n'y aurait plus d'art »¹⁷⁹, et qu'il est essentiel de faire le départ entre la réalité et la fiction¹⁸⁰.

L'art contemporain renouvelle le débat sur tous ces aspects, par la grande diversité de ses supports et techniques d'expression, ainsi que par son rapport à la violence dans certaines œuvres figuratives ou performatives. La difficulté est alors de déterminer les limites d'une expression artistique choquante, mais qui reste admissible, ou au contraire qui doit être censurée, c'est-à-dire interdite de diffusion ou d'exposition ou limitée dans sa diffusion ou son exposition. Hormis pour les œuvres cinématographiques, la censure préalable n'existe plus en France (et l'entrave aux libertés de création artistique et de diffusion des œuvres est un délit prévu à l'article 431-1 alinéa 2 du code pénal à certaines conditions).

Il revient alors au seul juge d'assurer le difficile équilibre entre la liberté d'expression artistique et de nécessaires limites, en particulier lorsque la dignité humaine est en cause, en gardant à l'esprit l'impératif de prudence et mesure dans l'exercice de cette mission, qui est fréquemment souligné par la doctrine, dans le souci de la préservation de la libre création.

¹⁷⁸ Selon Coco, dessinatrice, citée dans *Le Point*, 28 janvier 2023, article précité (note 34).

¹⁷⁹ Art. cit. *Le Point*, 28 janvier 2023.

¹⁸⁰ V. N. Bonnal, article précité (note 14), *Legicom* 2009/2, n° 43, spéc. p. 27-28 ; également, art. cit. *Le Point*, 28 janvier 2023.

B. Les éléments de la solution proposée

1. Le principe du respect de la dignité humaine, motif de restriction autonome à la liberté d'expression artistique

Le caractère « matriciel » ou primordial du principe du respect de la dignité humaine peut ainsi justifier qu'il soit pris comme fondement de possibles limites aux droits et libertés qu'il fonde, si l'exercice de ces derniers vient en contradiction avec la dignité humaine.

C'est d'ailleurs le positionnement de longue date du législateur et de la jurisprudence française et européenne, qui reconnaissent au principe la fonction de limite (notamment) de la liberté d'expression, en laissant au juge un pouvoir d'appréciation, le concept de « dignité humaine » n'ayant jamais été juridiquement défini (mais l'on peut percevoir un consensus sur ses implications concrètes). La liberté d'expression artistique, composante de la liberté d'expression, a pu ainsi être ponctuellement limitée par le Conseil d'Etat sur le fondement d'une atteinte à la dignité humaine, composante de l'ordre public, lorsque la représentation artistique atteint la dignité d'une personne ou d'un groupe de personnes en particulier, ou même l'humanité plus largement. La Cour de cassation s'est quant à elle appuyée en 2010 sur les articles 16-1-1 et 16-2 du code civil pour justifier l'interdiction d'une exposition mettant en scène des cadavres humains.

L'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue le principal fondement juridique européen d'une limitation de la liberté d'expression. La Cour européenne se fonde sur les buts légitimes de protection des droits d'autrui ou de la réputation, ou encore sur celui de protection de la morale, pour restreindre le cas échéant la liberté d'expression artistique. Lorsqu'elle vise la protection des droits d'autrui, elle prend parfois appui sur le principe du respect de la dignité humaine, mais elle n'a jamais encore évoqué ce principe lorsqu'elle s'est fondée sur le but légitime de protection de la morale. Dans la mesure où la dignité humaine est reconnue en droit positif dans sa double dimension, individuelle et transcendante, aucun obstacle ne me paraît pouvoir exister pour mobiliser, le cas échéant, le principe de sauvegarde de la dignité humaine dans le cadre du but légitime de protection de la morale, le respect de la dignité humaine figurant parmi les valeurs morales sur lesquelles il existe sans aucun doute un « consensus manifeste » européen (*cf. supra* II.A.2).

En tout état de cause, l'article 16 du code civil me semble pouvoir constituer sans difficulté le support législatif requis dans le cadre de l'application de l'article 10 § 2 de la Convention¹⁸¹, car cette disposition fonde le principe du respect de la dignité humaine en droit français, reconnu comme ayant valeur constitutionnelle et ses applications, nombreuses, se déclinent à travers des textes et une jurisprudence accessibles et prévisibles au sens de la jurisprudence de la Cour européenne (*cf. supra* II.C.4). Le principe du respect de la dignité humaine peut dès lors constituer un argument venant au soutien d'une nécessaire protection des droits d'autrui, ou de la réputation, voire de la protection de la morale ou d'autres buts légitimes figurant à l'article 10 § 2.

¹⁸¹ Art. 10 § 2 : « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires... ».

2. Une autonomie non exclusive

La plasticité du concept de dignité humaine, qui peut renvoyer aux droits subjectifs d'une personne en particulier ou à la protection de l'humanité, permet d'envisager que le principe puisse venir en appui de la protection d'un droit fondamental (tel que le droit au respect de la vie privée) lui-même soumis à une balance de droits en concurrence ou à un contrôle de proportionnalité, ou bien être mobilisé de manière autonome lorsqu'il ne vient pas au soutien d'un droit fondamental subjectif. Une telle solution révélerait la diversité des fonctionnalités du principe et ferait ainsi écho à l'essentialisation de la valeur accordée par la Cour européenne des droits de l'homme au respect de la dignité humaine. Elle s'inscrirait en outre dans le contexte plus général d'une préoccupation à l'égard de la protection de la dignité humaine, sous divers aspects, en ce 21^e siècle. Elle imposerait de préciser alors l'interprétation et la portée de la solution retenue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 25 octobre 2019, dans la suite de la communication officielle qui en avait été faite lors de la diffusion de l'arrêt.

L'article 17 de la Convention a pu aussi, exceptionnellement, servir de fondement à la Cour européenne pour dénier toute liberté d'expression à une personne lorsque celle-ci se livre à une activité visant à la « destruction », au sens de cette disposition, du respect de la dignité humaine, c'est-à-dire dans des hypothèses d'expressions particulièrement violentes, haineuses, xénophobes, etc. (selon le *Guide sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme*). Il s'agit là d'une utilisation par le juge européen du principe de sauvegarde de la dignité humaine comme référence autonome, le principe justifiant d'écarter alors radicalement la protection de l'article 10.

3. Une autonomie non soumise au contrôle de proportionnalité

Le principe du respect de la dignité humaine, lorsqu'il est mobilisé dans la balance des intérêts en présence, lors d'un contrôle de proportionnalité¹⁸², dans le cadre de l'article 17, ou encore de manière autonome en droit interne, vient alors logiquement faire *basculer* la solution en faveur d'une restriction à la liberté d'expression. Il serait paradoxal en effet de constater l'existence d'une atteinte à la dignité humaine tout en admettant qu'au regard du contexte, l'expression en cause ne mérite aucune restriction particulière¹⁸³. Le principe du respect de la dignité humaine ne saurait en effet être relativisé, comme le souligne la doctrine.

Dans la jurisprudence, le contexte de l'expression (qu'il s'agisse de propos, gestes, informations dans la presse, œuvres artistiques...) entre dans les éléments d'appréciation de l'atteinte même à la dignité humaine (par exemple, le caractère humoristique ou la virulence du propos, l'intention de l'auteur d'une œuvre d'art choquante, les sentiments ressentis par les personnes visées ou par le public...), et cela est logique car il n'existe pas de critères précis de la « dignité humaine ». Mais dès

¹⁸² V. le communiqué officiel de la Cour de cassation sur l'arrêt d'assemblée plénière du 25 octobre 2019, précité : « *En proclamant que le principe du respect de la dignité de la personne humaine ne constitue pas un fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression, l'assemblée plénière refuse d'exclure par principe tout contrôle de proportionnalité au motif d'une éventuelle atteinte à la dignité causée par l'injure incriminée* ».

¹⁸³ V. toutefois le type de raisonnement qu'a pu adopter le Conseil d'Etat dans certaines de ses décisions, *supra* II.C.2.

lors qu'au regard de ces éléments, une atteinte à la dignité humaine est caractérisée (sans qu'il soit nécessaire d'évoquer sa « gravité », l'atteinte elle-même étant non-admissible), la liberté d'expression devrait être restreinte. Il me semble ainsi qu'un contrôle de proportionnalité n'aurait pas de sens dans le cadre de l'application du principe comme motif autonome de restriction de la liberté d'expression : soit la dignité humaine est bafouée et cela justifie une limitation de cette liberté, soit elle ne l'est pas au regard des différents éléments du contexte et la liberté d'expression peut pleinement s'exercer¹⁸⁴. Cette situation se distingue de celle dans laquelle le principe du respect de la dignité humaine vient seulement en appui d'un droit subjectif lui-même mis en balance ou soumis à un contrôle de proportionnalité.

4. Motifs de restriction de la liberté d'expression artistique et office du juge

La problématique soulevée dans le pourvoi de l'espèce s'inscrit dans le cadre de la liberté d'expression artistique, composante particulière de la liberté d'expression. Sa spécificité repose notamment sur le fait que la création artistique « *contribue à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique* »¹⁸⁵. Bien que la liberté d'expression artistique soit soumise aux mêmes limites que la liberté d'expression plus largement envisagée, la relation des arts à la liberté est particulière ; la Cour européenne a ainsi jugé que la liberté d'expression artistique constitue « *une valeur en soi et appelle donc un niveau élevé de protection au regard de la Convention* »¹⁸⁶.

Son lien avec l'indignité humaine est lui aussi spécifique, car l'une des fonctions parmi d'autres de l'art est de dénoncer les travers de l'homme, qu'il s'agisse d'un ou plusieurs individus en particulier ou plus généralement des êtres humains (*cf. supra* I.A.3). Pour cette raison, l'appréhension des atteintes à la dignité humaine ne peut qu'être spécifique dans l'expression artistique, car l'artiste peut être amené, justement, à représenter de la manière parfois la plus crue et brutale des atteintes à la dignité humaine, sous forme picturale, littéraire ou autre.

Dans une telle hypothèse, l'œuvre artistique reste soumise aux limites de la liberté d'expression, et peut donc potentiellement être interdite de diffusion si une atteinte à la dignité humaine est caractérisée. Les restrictions à la liberté d'expression artistique peuvent être fondées sur des textes spéciaux (tel l'article 227-24 du code pénal par exemple), ou sur l'article 10 § 2 (par exemple, si le non-respect de la dignité humaine d'une personne représentée dans l'œuvre vient en appui d'une atteinte à la vie privée, heurte le but légitime de protection des droits d'autrui¹⁸⁷). La liberté d'expression artistique peut aussi être écartée sur le fondement de l'article 17 de la Convention.

¹⁸⁴ Ce qui n'exclut pas l'application de textes spéciaux qui viendraient limiter ou contrôler l'accès à des œuvres au regard notamment de leur caractère violent, en particulier pour ce qui concerne le public mineur, mais il s'agit d'une question distincte.

¹⁸⁵ CEDH. 24 mai 1988, Müller et alii c. Suisse, n° 10737/84, précité.

¹⁸⁶ CEDH. 3 mai 2007, Ulusoy et alii c. Turquie, n° 34797/03, précité.

¹⁸⁷ V. notamment, CEDH. 25 janvier 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche, n° 68354/01, précité : tableau *Apocalypse* d'Otto Mühl utilisant la technique du collage et représentant des personnalités connues dans des positions sexuelles.

Cependant, au regard des particularités de la liberté de création artistique dans ses rapports avec l'indignité, qui viennent d'être rappelées, l'usage du principe du respect de la dignité humaine (issu de l'article 16 du code civil) en tant que motif autonome de restriction me semble devoir être cantonné à des hypothèses exceptionnelles s'il est admis. Certains auteurs considèrent qu'il devrait alors être utilisé uniquement lorsqu'aucun autre fondement textuel ou méthode de raisonnement ne peuvent être retenus, c'est-à-dire à titre subsidiaire¹⁸⁸. Il me semble cependant qu'une telle subsidiarité ne doit pas nécessairement s'imposer et qu'il faut plutôt rechercher un « nécessaire équilibre » dans l'application du principe, « entre les droits et libertés qu'il est chargé de protéger et l'intérêt général qu'il a également vocation à défendre », comme le souligne M. Sauvé en 2009¹⁸⁹.

La question apparaît toutefois délicate en pratique, car on perçoit bien à la lecture de la jurisprudence européenne qu'il n'existe pas de critères distinctifs nets entre les diverses options qui s'offrent au juge (protection de la morale, protection des droits d'autrui, protection de la réputation, défense de l'ordre, abus de droit de l'article 17), au point que certains fondements peuvent parfois se cumuler¹⁹⁰ ou peuvent être l'objet d'une alternative¹⁹¹. En l'absence de définition juridique de la dignité humaine (et ce volontairement), il apparaît important de laisser au juge une certaine latitude pour déterminer (dans le cadre de sa saisine) le raisonnement juridique à tenir pour défendre au mieux la dignité humaine dans sa double dimension individuelle et transcendante. On a vu que le contexte spécifique de l'art contemporain, dont les méthodes et supports sont renouvelés par rapport à l'art classique ou même l'art moderne, rend compte de nouvelles formes d'expression artistique (*cf. supra* I.B.). A cet égard, il convient de distinguer la représentation artistique (classique au demeurant) de l'indignité humaine sous des formes diverses et le cas échéant renouvelées (telle l'installation imaginée par M. [X] dans l'exposition *Infamille*), de l'utilisation de « l'humain » comme support artistique sous diverses formes (performances humaines, utilisation de matériaux humains, vidéos mettant en scène des êtres humains ...).

¹⁸⁸ La professeure A-M. Leroyer défend une telle subsidiarité (RTDciv. 2020/1, p. 78, comm. de l'arrêt Ass. plén. 25 octobre 2019) : « exclure la dignité comme limite à la liberté d'expression ne veut pas dire qu'elle doit toujours l'être, mais qu'elle doit l'être lorsqu'il existe d'autres moyens de protéger la personne ». Comparer, l'opinion de P. Frydman, commissaire du gouvernement dans l'affaire de Morsang-sur-Orge, qui défend le caractère « supplétif » du principe, qui « se pose en ultime rempart, en l'absence d'autre notion, pour fixer des limites qui ne sont, il y a tout lieu de s'en féliciter, que rarement atteintes » (RFDA. 2015, p. 1100, précité).

¹⁸⁹ Discours précité sur « Dignité humaine et juge administratif » : M. Sauvé insiste sur l'application « très mesurée » de la notion de dignité humaine par le juge administratif, celle-ci devant être « équilibrée et raisonnée » ; il n'évoque pas la subsidiarité ou la supplétivité du principe mobilisé de manière autonome.

¹⁹⁰ V. par exemple, CEDH. 22 juin 2006, V.D. et C.G. c. France, n° 68238/01, précité (film *Baise-moi*), dont la motivation repose à la fois sur la protection de la morale et la protection des droits d'autrui.

¹⁹¹ Notamment l'alternative entre une application de l'article 10 § 2 sur le fondement du but légitime de protection des droits d'autrui et l'application (effective) de l'article 17, par exemple dans le dossier *Ivanov c. Russie* (CEDH. 20 février 2007, n° 35222/04, propos particulièrement virulents à l'égard de la communauté juive).

La seconde forme d'expression artistique peut amener l'artiste à réaliser, potentiellement, des atteintes *concrètes* à la dignité humaine, sur lui-même ou sur autrui. Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles l'artiste prend comme support « l'humain » en tant que tel (être humain vivant, mort, en devenir, éléments du corps humain, de l'artiste lui-même ou d'autres individus). Il existe d'ores et déjà de multiples œuvres artistiques reposant sur « l'humain », y compris des œuvres susceptibles de choquer très fortement le public : l'être humain, ou ses éléments, constituent alors eux-mêmes l'œuvre, à travers des performances (mises en scène, transformations physiques...) ou l'utilisation d'éléments du corps humain comme objets de création (par exemple des embryons lyophilisés transformés en boucles d'oreilles sur une sculpture, ou du sang humain utilisé pour réaliser un objet ou une peinture). Dans l'hypothèse d'un contentieux, il reviendrait alors au juge de fixer les limites de ce qui apparaît ou non admissible au regard du principe du respect de la dignité humaine, qu'il s'agisse de préserver la dignité d'un individu en particulier ou la dignité de l'humanité en tant qu'entité abstraite (dans l'hypothèse où l'artiste lui-même ou d'autres personnes seraient consentantes pour constituer eux-mêmes des œuvres artistiques). Le but légitime de la protection des droits d'autrui pourrait éventuellement être retenu¹⁹², sauf si l'artiste lui-même est l'œuvre ou si les personnes qui en sont l'objet (dans le cadre de performances notamment) ont donné leur consentement. La référence au motif autonome de respect de la dignité humaine comme limite à la liberté d'expression pourrait être utile afin de marquer l'impératif de protection de la dignité humaine dans sa dimension transcendante, *au côté ou au-delà* de la protection des droits des personnes concernées.

L'autre forme d'expression artistique, plus classique, s'inscrit dans l'histoire ancestrale de la *représentation* artistique d'actes portant atteinte à la dignité humaine, lorsque celle-ci ne vise aucune personne déterminée ou communauté en particulier. Le fondement autonome de restriction de la liberté d'expression artistique tiré du respect de la dignité humaine me semble devoir alors rester encore plus exceptionnel. Evoquer ou représenter dans une œuvre de l'esprit des actes ou faits contraires à la dignité de l'homme ne saurait être, en soi, condamnable, en dépit du caractère parfois choquant de l'œuvre, à moins d'exercer une censure culturelle contraire aux valeurs portées par les Etats démocratiques, outre qu'il convient de faire le départ entre réalité et fiction. De tous temps, l'une des fonctions de l'art est d'interroger voire choquer celui qui regarde l'œuvre ; l'artiste peut aussi se donner pour mission de représenter pour mieux la dénoncer la laideur de l'âme humaine.

En tout état de cause, l'article 17 de la Convention peut être mobilisé en cas d'abus de la liberté d'expression artistique, le cas échéant en faisant référence à la dignité humaine, mais l'on sait que cette disposition est en principe utilisée dans l'hypothèse de messages à caractère particulièrement violents, haineux, discriminatoires... visant un individu ou une communauté identifiée d'individus. S'agissant d'œuvres artistiques, il n'apparaît pas impossible que l'article 17 soit un jour mobilisé en cas d'abus de la liberté de création résultant d'une atteinte avérée à la dignité humaine dans sa dimension transcendante, mais cela imposerait alors une évolution de l'utilisation de cette disposition.

¹⁹² Voire, dans des cas extrêmes, le but légitime de prévention du crime (voir l'exemple célèbre de Chris Burden, qui a organisé en 1971 une performance, intitulée *Shoot* et qui a été photographiée, au cours de laquelle il avait prévu qu'un ami lui tire deux balles de carabine à balles réelles dans un bras).

Ainsi, en l'état du droit positif, accorder au principe de sauvegarde de la dignité humaine la possible fonction de motif autonome de restriction de la liberté d'expression artistique, peut sembler utile afin de renforcer la promotion du respect de la dignité humaine plus spécialement dans sa dimension transcendante.

5. La question de la prise en compte des modalités d'accès à l'œuvre

Enfin, un dernier élément me semble devoir être considéré dans le cadre de cette problématique, celui de la prise en compte des modalités de la diffusion ou de l'exposition de l'œuvre artistique mise en cause sur le fondement d'une atteinte au respect de la dignité humaine.

Les juges s'intéressent assez fréquemment à cet aspect du contexte dans leurs décisions relatives à la question des limites à la liberté d'expression.

Mais l'accès à l'œuvre constitue généralement, soit une condition d'un délit¹⁹³, soit un élément d'appréciation parmi d'autres d'une demande de confiscation ou de retrait immédiat d'une œuvre dans le cadre d'un référé.

La récente ordonnance du Conseil d'Etat relative à la demande par plusieurs associations du retrait du tableau *Fuck abstraction !* d'une exposition au Palais de Tokyo (CE. ord. 14 avril 2023, précité), relève d'un tel contexte, en l'occurrence une action en référé-liberté dont les conditions figurent à l'article L. 521-2 du code de la justice administrative¹⁹⁴. D'ailleurs, la Haute juridiction administrative vise expressément l'accrochage du tableau en concluant : « *Dans ces conditions [notamment les conditions d'accès à l'œuvre], l'accrochage de ce tableau dans un lieu dédié à la création contemporaine et connu comme tel, et accompagné d'une mise en contexte détaillée, ne porte pas d'atteinte grave et manifestement illégale à l'intérêt supérieur de l'enfant ou à la dignité de la personne humaine.* » Cette formulation originale qui crée un lien direct entre l'accrochage du tableau et une atteinte potentielle

¹⁹³ Ainsi la jurisprudence de la chambre criminelle sur l'application de l'article 227-24 du code pénal s'intéresse-t-elle logiquement aux conditions d'accès aux messages pornographiques, violents, contraires à la dignité humaine... puisque le délit est constitué « lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ». V. par exemple, Crim. 2 mars 2011, n° 10-82250, publié (exposition « *Présumés Innocents* ») ; Crim. 23 février 2000, n° 99-83928, publié (disques optiques compacts cryptés contenant des images pornographiques). V. aussi, à propos de l'article 227-24 c. pénal, CEDH. 22 juin 2006, V.D. et C.G. c. France, n° 68238/01 (annulation par le Conseil d'Etat du visa d'exploitation du film *Baise-moi* délivré sans restrictions).

De même la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'application de la loi du 16 juillet 1949 (spéc. art. 14) relative aux publications destinées à la jeunesse s'intéresse-t-elle aux conditions de diffusion auprès des jeunes lecteurs pour des raisons similaires : voir par exemple, CE. 2 novembre 2011, Association Promouvoir, n° 341115 (à propos d'un ouvrage du Marquis de Sade, diffusé en supplément au journal *Le Monde*).

¹⁹⁴ Art. L. 521-2 : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

à la dignité humaine, fait certainement écho au contexte du référé-liberté, qui visait le retrait du tableau.

Lorsque le Conseil d'Etat juge au fond, il s'intéresse plutôt au contenu même de l'œuvre et à l'artiste, comme dans son arrêt rendu en 2018 à propos d'un spectacle de [B], dans lequel il s'appuie uniquement sur le contenu du spectacle, sur les condamnations antérieures de l'artiste et ses intentions, pour considérer que l'interdiction du spectacle pouvait être prononcée, le comportement de l'artiste étant susceptible de porter atteinte à la dignité de la personne humaine¹⁹⁵. Le même type d'arguments est retenu dans l'hypothèse de la contestation en référé d'une interdiction de réunion publique, sans s'intéresser aux modalités d'accès ni à l'âge des participants¹⁹⁶.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a pu faire référence aux modalités d'accès à l'œuvre dans le cadre de l'appréciation du but légitime de protection de la morale¹⁹⁷, mais sans que cela fut en lien avec la dignité humaine, qui n'a jamais été visée jusqu'à présent comme argument de protection de la morale.

En tout état de cause, il me semble que dans l'appréciation du motif de restriction autonome de la liberté d'expression artistique tiré du principe du respect de la dignité humaine, s'il était admis, le juge ne devrait pas tenir compte des conditions d'accès à l'œuvre, d'autant plus en l'absence de contrôle de proportionnalité. Soit l'œuvre par son contenu, l'intention de l'artiste et d'autres éléments de contexte déjà évoqués, est constitutive d'une atteinte à la dignité humaine, et elle doit alors être interdite d'exposition ou de diffusion sur le fondement (notamment) du principe essentiel de sauvegarde de la dignité humaine ; soit il est jugé qu'elle ne porte pas atteinte à la dignité humaine au regard de ces éléments et son accès doit rester possible.

Cela n'exclut pas pour autant de réfléchir à la mise en œuvre de mesures proprement muséographiques permettant de prévenir et d'accompagner le public dans sa découverte de certaines œuvres, pour qu'il en comprenne le contexte et le sens, au-delà de sa propre perception subjective qui pourrait heurter sa sensibilité.

Mais il me semble que ces mesures d'affichage, avertissement, médiation, contrôle de l'accès à l'œuvre par les mineurs etc., ne doivent pas être mises en corrélation directe avec le principe du droit au respect de la dignité humaine. Si l'œuvre artistique (quels que soient la technique et le support) représente une atteinte à la dignité humaine, rien ne peut atténuer cette réalité et c'est pour cette raison que l'œuvre peut choquer. Des mesures peuvent être mises en place pour organiser son explication et son accès, mais

¹⁹⁵ V. CE. 21 juin 2018, n° 416353, précité.

¹⁹⁶ V. CE. ord. 4 mars 2023, n° 471871, précité : le Conseil d'Etat dans cette ordonnance relative à l'interdiction d'une réunion publique avec des intervenants salafistes, ne s'est intéressé qu'au profil des intervenants et aux propos que ceux-ci étaient fort susceptibles de tenir, contrairement à la dignité de la personne humaine, pour rejeter la requête formée sur le fondement du référé-liberté.

¹⁹⁷ Notamment dans l'arrêt Müller et alii c. Suisse, CEDH. 24 mai 1988, n° 10737/84, précité (à propos de toiles peintes comportant des scènes obscènes, créées devant le public, dans un lieu en accès libre). V. aussi CEDH. 22 novembre 2016, Kaos GL c. Turquie, n° 4982/07, précité (saisie et confiscation de tous les exemplaires d'un magazine publiant un dossier « pornographie » durant plus de cinq ans ; la Cour discute la possibilité d'un accès restreint par exemple aux abonnés ou aux personnes majeures, plutôt que d'une saisie totale, et conclut à une ingérence disproportionnée).

celles-ci ne peuvent constituer des arguments ou des « conditions »¹⁹⁸ pour reconnaître ou écarter l'atteinte à la dignité elle-même.

Les mesures prises découlent à mon sens de la violence ou de l'hyper-sexualisation de l'œuvre : c'est cette circonstance susceptible de heurter la sensibilité qui impose la mise en place de telles mesures dans un musée ou une exposition, ou à l'égard d'une œuvre littéraire quant à sa diffusion ; ces mesures ne constituent pas des restrictions à la liberté d'expression¹⁹⁹, elles sont un accompagnement nécessaire du public, notamment du jeune public dans le cadre de son accès à l'œuvre. Elles sont ainsi, le cas échéant, décidées par les organisateurs d'expositions ou par les éditeurs, qui sont sans doute les mieux à même d'accompagner le public dans la découverte d'œuvres difficiles, et il n'est pas exclu qu'elles puissent être le cas échéant discutées en justice en tant que telles (notamment en référé).

Avis sur le moyen unique du pourvoi

Au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, il est permis d'hésiter sur le sens de la solution, dans la mesure où le raisonnement adopté dans l'arrêt attaqué (rappelé *supra* p. 4-5) est approfondi, bien motivé sur plusieurs aspects de la démonstration, mais achoppe principalement sur la transposition à l'espèce de l'arrêt d'assemblée plénière du 25 octobre 2019 et de l'interprétation littérale qu'il en fait.

Il serait dès lors possible d'envisager un rejet du pourvoi avec substitution de motifs de pur droit, afin de clarifier la motivation juridique du rejet de la demande formée par l'AGRIF, en s'appuyant sur l'interprétation qui a été faite de l'arrêt d'assemblée plénière du 25 octobre 2019 dans la communication officielle de la Cour de cassation. Celle-ci paraît conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et permet de laisser alors ouverte la possibilité de reconnaître le principe du respect de la dignité humaine comme motif autonome de restriction de la liberté d'expression, notamment artistique. Il conviendrait néanmoins de reconstruire assez largement la motivation de l'arrêt attaqué, en prenant notamment position sur la question du contrôle de proportionnalité (abordée dans l'arrêt attaqué p. 11) lorsque le principe est utilisé comme motif autonome de restriction, et sur la possibilité de retenir ce motif au soutien du but légitime de protection de la morale ou de celui de défense de l'ordre (question maladroïtement abordée dans l'arrêt attaqué p. 12).

Au regard de l'importance des éléments juridiques à décliner dans la décision à venir, il serait peut-être alors préférable et plus pédagogique de s'orienter vers une cassation de l'arrêt attaqué, plus spécialement sur la sixième branche du moyen qui soulève clairement la question centrale du débat, en considérant que le principe du respect de la dignité humaine, qui découle de l'article 16 du code civil, « constitue une composante nécessaire et suffisante de protection de la morale et de la défense de l'ordre dans une société démocratique au sens des dispositions de l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », bien qu'il n'y soit pas expressément visé.

En considération des nombreux éléments, notamment jurisprudentiels, évoqués au soutien de cet avis, cette branche me semble pouvoir être accueillie et permettre de préciser dans une motivation enrichie tous les aspects liés à la consécration d'un tel motif autonome de restriction : son fondement philosophique et les signaux juridiques clairs de cette autonomie, l'interprétation et la portée de l'arrêt d'assemblée plénière du 25 octobre 2019, le support légal (art. 16 du code civil) du principe du respect de la

¹⁹⁸ Cf. CE. ord. 14 avril 2023, précité (tableau *Fuck abstraction !*), pt 10.

¹⁹⁹ Sauf application d'un texte spécial sur la limitation de la diffusion ou de l'accès à certaines œuvres.

dignité humaine, les diverses fonctionnalités juridiques du principe, la double dimension de la dignité humaine (qui doit pouvoir aussi être protégée dans sa dimension transcendante lorsque c'est nécessaire), la stricte place qui doit à mon sens être réservée au contrôle de proportionnalité dans les fonctionnalités du principe, la nécessaire confiance placée dans le juge pour user de ce motif autonome avec prudence et équilibre (mais sans pour autant attacher à cette autonomie un caractère subsidiaire, afin de conserver toute la souplesse indispensable au regard de la grande diversité des types d'atteintes à la dignité humaine, notamment dans le domaine artistique contemporain).

La motivation enrichie pourra aussi évoquer utilement le contexte artistique du litige, afin de marquer la (relative) spécificité de la liberté d'expression artistique et de souligner que l'œuvre de M. [X] s'inscrit dans le mouvement de l'art contemporain, qui renouvelle fortement les formes de représentation et d'appréhension de l'humain dans les œuvres d'art²⁰⁰.

Quant aux buts légitimes de protection de la morale et de défense de l'ordre, invoqués par le pourvoi, on peut observer, en premier lieu, que la « protection de la morale » a déjà été mobilisée avec succès devant la Cour européenne des droits de l'homme pour limiter la liberté d'expression artistique, mais elle est largement soumise à la marge d'appréciation des Etats, ce qui ne paraît pas adapté à la dimension transcendante de la dignité humaine : d'un point de vue philosophique, le principe du respect de la dignité humaine surpasse la contingence du concept de morale. En second lieu, la « défense de l'ordre » ne me paraît pas non plus constituer un but légitime très adapté au conflit entre liberté d'expression artistique et dignité humaine, car la création artistique ne relève pas a priori d'un ordre déterminé, encore moins d'un ordre établi : il s'agit fondamentalement d'un espace de liberté de l'homme. Retenir la défense de l'ordre dans un tel conflit supposerait alors de marquer clairement le lien avec l'ordre public, seule acception de « l'ordre » susceptible d'être compatible avec le contexte artistique du litige. En tout état de cause, la rédaction de la sixième branche du pourvoi, qui vise ces deux seuls buts légitimes, impose de prendre position en retenant l'un et / ou l'autre buts.

Si elle était retenue, la cassation devrait alors être prononcée sans renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. La qualification d'œuvre artistique n'est pas discutée par les parties dans l'espèce. L'œuvre, certes très choquante, de M. [X], ne porte pas atteinte à la dignité de personnes déterminées ou d'une communauté déterminée de personnes au sens où l'entend classiquement la Cour européenne des droits de l'homme. Bien qu'elle concerne les enfants (victimes) et les parents (bourreaux) de manière générale, elle ne porte pas non plus atteinte à la dignité humaine dans sa dimension transcendante, car elle a pour objet de représenter, comme tant d'autres avant elle, l'humanité dans toute sa noirceur, et a pour finalité de dénoncer, d'une manière qui s'inscrit dans le mouvement de l'art contemporain, les violences intra-familiales dans une exposition intitulée « *You are my mirror 1 : Infamille* », consacrée notamment à cette problématique sociétale.

²⁰⁰ V. D. Sibony (philosophe), *Fantasmes d'artistes*, 2014, précité, spéc. chap. 2, Enjeux de l'art actuel : « Cela implique un rapport au corps, spécifique de l'art contemporain ; corps vivant sous toutes ses formes, malmené ou exalté dans tous les sens, mais informé ou porté par toutes sortes de fantasmes. Cela dépasse les clivages habituels entre l'art « culture du beau » et l'art qui refuse le beau ; les deux approches sont sous le signe d'une autre beauté (...). Même quand l'œuvre balaie les accès connus de la beauté, elle en maintiendra la question. »

Il pourrait éventuellement être relevé, mais de manière incidente, que le FRAC de Lorraine a pris en considération la grande violence scripturale et visuelle (accumulation des petites lettres) de l'œuvre, en mettant en place au sein du musée des affichages ainsi qu'une médiation, destinés à avertir le public et à expliciter l'œuvre présentée. Une telle circonstance pourrait sinon être tue dans la future décision, afin d'éviter qu'elle puisse être interprétée comme un critère, me semble-t-il non pertinent, de l'atteinte à la dignité humaine dans la création artistique.

Avis de cassation sans renvoi.