

La protection de la liberté d'expression artistique aux États-Unis et au Canada Perspectives nord-américaines et européennes

Par Alexandra LETURCQ

Allocataire de recherches au GERJC Institut Louis Favoreu
CNRS UMR6201

La nature fondamentale de la liberté d'expression et sa position « privilégiée »¹ ne font l'objet d'aucune contestation, bien qu'elle recouvre différents droits faisant l'objet d'une protection graduée. Le *Bill of rights* américain, la Charte canadienne des droits et libertés et la Convention européenne des droits de l'homme ne garantissent pas formellement la liberté d'expression artistique indépendamment du droit fondamental à une libre expression², tandis que le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion d'affirmer sa nature fondamentale³. A l'opposé, les textes constitutionnels, par exemple, allemand, italien ou portugais ainsi que la Déclaration universelle des droits de l'homme la présentent comme une liberté à part entière⁴. Cela signifie-t-il qu'elle ne bénéficie pas d'une protection autonome au degré élevé et qu'elle n'est, finalement, qu'un mode incident d'expression ? L'art dans son versant le plus subversif génère un abondant contentieux relatif aux limites de l'expression artistique. Il est issu pour l'essentiel du mouvement postmoderne qui prit son essor dans les années soixante et qui fut défini comme : « un nouveau courant artistique en révolte contre l'exigence de sérieux imposée à la production des oeuvres, et contre toute valeur traditionnelle »⁵.

De par l'existence d'un contrôle concret les juges américains, canadiens et européens ont pu consacrer sa nature fondamentale, ce qui n'est pas sans conséquence sur l'uniformité de sa protection. En France, les juges ordinaires se partagent le contrôle de l'expression artistique. Le contentieux administratif relatif au cinéma est assez abondant, mais minime au regard du contentieux judiciaire du droit de propriété des œuvres d'art ou des libertés individuelles. Peut-on ainsi parler d'un contentieux artistique, à défaut d'un contentieux culturel⁶ ? Il s'agira d'anticiper certains effets du mécanisme de la question préjudicielle, en particulier sur la concrétisation du contrôle de constitutionnalité.

¹ L'idée de « position privilégiée » dont bénéficie la liberté d'expression émergea de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, qui affirma notamment : « *Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in preferred position* », *CS Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S.105, 115 (1943). Elle fut d'ailleurs qualifiée en France de « liberté de premier rang » ou de « super liberté », FAVOREU (L.) et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2007, p. 813.

² Le Premier amendement à la Constitution américaine, la section 2 de la Charte canadienne des droits et libertés et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrent la liberté d'expression.

³ L'article 11 de la DDHC pose un principe général, certains membres de la doctrine se plaisant à considérer que tous les aspects de la liberté de communication bénéficient de sa protection, WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2002, p. 436.

⁴ L'article 27 de la DUDH dispose en son article 27 alinéa 1^{er} : « Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent », consacrant plus largement que l'expression artistique, la liberté de l'artiste. De la même manière, l'article 2 de la Constitution portugaise, l'article 33 alinéa 1^{er} de la Constitution italienne et l'article 17 a) de la Constitution autrichienne protègent la liberté de création artistique. La Loi Fondamentale allemande et la Constitution espagnole consacrent la liberté d'expression artistique respectivement en leurs articles 5 alinéas 3 et 20.

⁵ ADLER (A.M.), *Post-modern art and the death of obscenity law*, 99 *Yale Law Journal* 1359 (1990).

⁶ PONTIER (J.-M.), *Le contentieux culturel devant le juge administratif*, *RDP*, 1989, pp 1610-1614.

Le Professeur Verdussen insiste sur la nécessité de lui conférer une place spécifique parmi les autres modes d'expression⁷. La liberté d'expression artistique est-elle ainsi une forme d'expression des plus protégées ? Répondre à cette interrogation nous invite à analyser d'une part l'encadrement de l'expression artistique selon la forme empruntée, celle-ci pouvant être notamment véhiculée par le cinéma ou la presse, puis en fonction de ses limites de contenu. D'autre part, l'étude du contrôle juridictionnel des limites de contenu et du contenu de l'expression artistique assurera une mise en relief de l'étendue effective de sa protection lors de sa mise en œuvre.

I. La liberté d'expression artistique, une liberté fondamentale encadrée

L'encadrement préventif de l'expression artistique dépend très largement des formes qu'elle revêt (A) et les limites de contenu tendent à faire l'objet d'une sanction qui n'est pas seulement répressive (B).

A. Une protection variable selon les formes d'expression

Tandis que les régimes dits de censure préventive s'adaptent en principe aux modes de diffusion de l'œuvre d'art (1), certaines restrictions peut-être moins légitimes sont imposées quant à la forme de l'expression artistique (2).

1. La limitation préventive de l'expression en fonction de l'impact médiatique

Il est globalement reconnu que la liberté d'expression recouvre plusieurs droits distinctement encadrés. L'une des interprétations majeures du Premier amendement donnée par la Cour suprême américaine dans l'arrêt *Near v. Minnesota* aboutit à instaurer une présomption d'inconstitutionnalité à l'égard de tout régime préventif (*prior restraint*), à l'exception de la communication audiovisuelle⁸. Certains membres de la doctrine comme Emerson s'opposèrent vigoureusement à tout système de censure impliquant une protection différenciée selon la forme empruntée par l'expression⁹. La liberté d'expression cinématographique constitue un exemple probant de cet état d'esprit libéral, méritant cependant quelques nuances. En effet, la censure préalable n'étant justifiée que par des circonstances exceptionnelles¹⁰, la censure privée d'ordre professionnel prévaut par le biais d'organismes de l'industrie du film dont la tâche est d'assurer une auto-réglementation de la profession par la délivrance de visas aux producteurs¹¹. Les Etats-Unis affichent cependant une position éminemment souple préférant en quelque sorte laisser s'appliquer la loi de l'offre et de la demande à l'exclusion de tout régime juridiquement contraignant, ce qui n'est pas l'apanage des juridictions canadiennes. Ces dernières ont admis la constitutionnalité d'une multitude de mesures d'autorisation préalable incluant la censure cinématographique¹² et audiovisuelle¹³. Reconnues comme limites à la liberté d'expression, elles sont par conséquent

⁷ VERDUSSEN (M.), Les droits de l'homme et la création artistique, Mélanges en hommage à Pierre Lambert in *Les droits de l'homme au seuil du 3ème millénaire*, 2000, p. 1004.

⁸ LIVELY (D.E.), *First amendment anthology*, ed. Anderson publishing co, 1994, p. 6; CS *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 713 (1931).

⁹ EMERSON (T.I.), The doctrine of prior restraint, 20 *Law and Contemporary Problems* 648 (1955).

¹⁰ CS *Joseph Burstyn Inc v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952).

¹¹ Aux Etats-Unis, cet organisme porte le nom de « Motion Picture Association of America » et fut créé en 1922.

¹² *Re Ont. Film and Video Appreciation Society* (1984) 41 O.R. (2d) 583 (C.A.); *R. v. Glad Day Bookshops* (2004) 70 O.R. (3d) 691 (S.C.J.).

¹³ CS *Dagenais v. CBC* (1994) 3 S.C.R. 835.

susceptibles d'être justifiées en application des standards de contrôle énoncés dans la section 1 de la Charte des droits et libertés¹⁴.

L'inscription de mesures similaires dans le texte même de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁵, leur consécration par le Conseil constitutionnel¹⁶ en matière de communication audiovisuelle et leur application au spectacle cinématographique¹⁷ illustrent une certaine méfiance à l'égard de l'image. Nous pouvons cependant constater qu'en réalité cette protection différenciée constitue probablement un rempart contre une hiérarchisation plus subjective des formes de l'expression artistique.

2. La différenciation des œuvres selon leur forme

L'absence de consécration générale de la liberté d'expression artistique en tant que liberté fondamentale a-t-elle un impact sur sa protection ? Cela semble acceptable au vu de la reconnaissance des diverses représentations de l'art. La timidité avérée de la jurisprudence américaine à cet égard permet d'en témoigner¹⁸. Aucun principe n'a été consacré par la Cour suprême qui semble rester évasive quant à sa portée, celle-ci se cantonnant à insérer dans la champ du Premier amendement des disciplines diverses et variées. En l'occurrence, la Haute juridiction a reconnu que le *Bill of Rights* protégeait les arts plastiques traditionnels, peinture et poésie¹⁹, dessin, sculpture, peinture et gravure²⁰, tout en refusant une logique d'exclusion envers les arts « vivants » comme la musique rock²¹, le cinéma²², les spectacles²³ notamment la danse nue érotique²⁴. Dans la mesure où la notion d'« *entertainment* »²⁵, de « tout culturel » guide les juges américains- qui raisonnent soit dit en passant sur le fondement de la liberté d'expression- le risque d'une hiérarchie des modes d'expression par des jugements de valeur est moindre. De fait, la consécration des diverses variétés d'expression artistique loin d'être freinée semble permise par une interprétation constitutionnelle relativement large, comparable à celle des juridictions canadiennes soucieuses d'une appréhension globale du principe de libre expression. Dans l'arrêt *R. v. Butler*²⁶, la Cour suprême a ainsi placé l'expression artistique « au cœur des valeurs de la liberté d'expression »²⁷. Les juges américains préfèrent réserver une place de choix à l'expression politique. D'où la distinction spécifique élaborée par ces derniers entre le discours qui véhicule des idées (*speech*) et le comportement tourné vers l'émotion (*conduct*), générant une protection à deux vitesses

¹⁴ Voir *Infra*, II. A. 1.

¹⁵ Article 10 § 2 alinéa 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme : « [...] Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. »

¹⁶ L'interdiction de l'autorisation préalable fut déclarée inconciliable avec le statut d'une liberté fondamentale comme la liberté de la presse, CC 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*. A l'inverse, le Conseil constitutionnel estime que la liberté de communication audiovisuelle n'est « ni générale ni absolue » et demeure conciliable avec un régime d'autorisation préalable, CC 82-141 DC, 27 juillet 1982, « Loi sur la communication audiovisuelle ».

¹⁷ Articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique.

¹⁸ GAUDREAU DES BIENS (J.- F.), *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Les presses de l'université de Laval, Liber, 1996, 299 p.

¹⁹ CS *Hurley v. Irish-American gay group of Boston*, 515 U.S. 557, 569 (1995).

²⁰ CS *Kaplan v. California*, 413 U.S. 115 (1973).

²¹ CS *Ward v. Rock against racism*, 491 U.S.781 (1989).

²² *Op. Cit. Burstyn*.

²³ CS *Schad v. Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981).

²⁴ CS *Barnes v. Glen theatre inc.*, 501 U.S. 560 (1991).

²⁵ RIGAUD (J.), L'exception culturelle in *Culte et pouvoirs sous la V^{ème} République*, Paris, éd. Grasset, 1995, p. 127.

²⁶ CS *R. v. Butler*, (1992), 1 S.C.R. 452.

²⁷ *Ibid.*, points 1 à 25.

fonction des vecteurs d'expression. Dans l'arrêt *Barnes v. Glen Theatre Inc.*²⁸ la Cour statua que les comportements expressifs ne bénéficiaient pas d'une protection constitutionnelle, le juge Scalia ayant participé à ce rejet motivé fondé sur une opposition entre l'expression artistique par la nudité et l'instrumentalisation du corps²⁹.

La protection des œuvres d'art en Amérique du Nord est ainsi relativement homogène. Le juge administratif français conserve quant à lui une interprétation restrictive et échelonnée, de par l'absence d'une consécration constitutionnelle expresse et d'un régime législatif applicable à toutes les formes d'art³⁰. Il pérennise la philosophie du régime d'autorisation préalable institué par l'ordonnance du 13 octobre 1945, appliqué aux « spectacles de curiosité » distincts des « spectacles nobles »³¹. Le Professeur Pontier confirme ce propos, la position du juge étant pour lui guidée par la notion « d'intérêt public culturel » qui lui permet d'allonger la liste des spectacles de curiosité au détriment de la modernité artistique³². La concrétisation annoncée du contrôle de constitutionnalité paraît nécessaire à une consécration contextuelle de l'expression artistique : dorénavant, il s'agira d'observer son impact sur certains jugements de valeur d'ordre préventif. La Cour européenne évite sans surprise d'effectuer une telle approche qui va à l'encontre de l'interprétation consensuelle de la Convention s'imposant notamment en présence de buts légitimes, comme la morale. La consécration de la liberté d'expression artistique dans l'arrêt *Müller c. Suisse* vient à l'appui de cette technique³³. L'un des principaux critères de contrôle se veut objectif et demeure le degré de médiatisation de l'objet, en outre, sa prise en compte dans un arrêt du 22 octobre 2007 *Affaire Lindon c. France* relatif à la publication d'un roman illustre ce propos³⁴.

B. Une protection atténuée par les limites de contenu de l'expression artistique

Si la censure préalable de l'expression artistique dépend d'une limite de contenu en particulier (1), les juges modulent dans leur contrôle la liste des motifs de restriction (2).

1. La limitation préventive de l'expression artistique en fonction de son contenu

Il semble que la forme, bien moins que le contenu de l'expression artistique, tende à durcir les divers régimes de limitation préventive. En l'occurrence, prenons le cas de la censure financière résultant de la subordination de l'octroi de fonds aux artistes à certains critères. Bien que les Etats canadiens et américains aient confié cette tâche à des organismes autonomes, l'immixtion étatique dans la vie culturelle demeure présente. Le National Endowment for the Arts (NEA) fut créé en 1965 en tant qu'organisme fédéral américain, afin

²⁸ *Op. Cit. Barnes.*

²⁹ BLASI (V.), Six conservatives in search of the First amendment: the revealing case of nude dancing, 33 *William and Mary Law Review* 611, 364 (1992).

³⁰ Le code de l'industrie cinématographique fixe l'essentiel du régime administratif du cinéma. L'absence de garantie législative confirme sa nature non fondamentale et met en doute celle de liberté publique, d'autant plus que les conditions de sa mise en œuvre furent déterminées en grande partie par la jurisprudence du Conseil d'Etat, LECUCQ (O.), L'expression cinématographique, le juge administratif et la Constitution, *LPA*, 2000, n° 250, p. 15.

³¹ Les spectacles de curiosité auxquels appartiennent les cabarets artistiques, les cafés-concerts, le music-hall ou les spectacles de cirque entre autres sont soumis à une autorisation municipale, tandis que les théâtres nationaux, les concerts d'art dramatique ou les concerts symphoniques bénéficient d'un régime répressif.

³² *Op. Cit.*, PONTIER (J-M.), Le contentieux culturel devant le juge administratif, pp 1627-1631.

³³ CEDH, 28 avril 1988, *Müller c. Suisse*, A n° 133, § 27.

³⁴ CEDH, 27 octobre 2007, *Affaire Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. n° 21279/00 et n° 36448/02 ; voir aussi CEDH, 22 octobre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, req. n°17419/90, § 63 ; CEDH, 28 avril 1988, *Müller c. Suisse*, A n° 133, § 36 et 41.

de promouvoir la production d'œuvres ayant une signification artistique et culturelle, dans le respect de la créativité et de la diversité. Après vingt cinq années de politique favorable à l'expression artistique, la tendance s'inversa à la suite de l'exposition de l'œuvre controversée de deux photographes : André Serrano et Robert Mapplethorpe³⁵. Dans un premier temps, la Cour suprême vint à conclure dans l'affaire *Regan v. Taxation with representation* que la décision gouvernementale refusant tout financement ne violait pas le Premier amendement car elle n'empêchait pas son libre exercice³⁶. Dans un second temps, certains amendements votés par le Congrès telle la Clause de décence (*Decency clause*)³⁷ démultiplièrent les recours³⁸. En effet, celle-ci codifiait d'une certaine façon les tests jurisprudentiels élaborés comme outils d'appréciation d'une catégorie d'expression non protégée, l'obscénité³⁹. S'il existe une grande similitude entre les standards de contrôle fournis par l'arrêt *Miller v. California*⁴⁰ et ces critères de décence, le dialogue institutionnel semble nettement moins perceptible au Canada. Le Conseil des arts occupe une fonction comparable au NEA, mais le contrôle des limites de contenu s'en éloigne dans son application. Il est notable que dans la jurisprudence *Butler*⁴¹ la Cour suprême est hostile à la subjectivité inhérente au contrôle préventif de l'obscénité, relevant pour certains d'un jugement d'ordre moral. La comparaison reste possible sur ce point mais demeure partielle s'agissant de la norme utilisée, le droit à l'égalité, par le biais du test portant sur le caractère dégradant et déshumanisant de l'œuvre⁴². La Cour jugea la restriction justifiée afin de prévenir une éventuelle atteinte au principe d'égalité consacré dans la section 15 de la Charte. Notons qu'invoquer le caractère discriminatoire d'une décision de refus peu manquer d'efficacité. Quand l'« *Equal protection clause* » servait de norme de référence aux jugements des décisions du NEA, jusqu'à l'entrée en vigueur de la Clause de décence, le contrôle des juges était moindre que lorsque s'appliquait le Premier amendement⁴³.

Confrontés à la limitation la plus récurrente de l'expression artistique, les institutions se prêtent à poser des critères d'appréciation assez favorables au dialogue afin d'empêcher la diffusion des œuvres. La différenciation initialement prévue en faveur de la presse est ici supplantée par un régime strict relatif au contenu. Sur ce point, la soumission à une autorisation préalable du ministre français de l'Intérieur des publications de toute nature présentant « un danger pour la jeunesse » est sans équivoque⁴⁴, un régime comparable étant appliqué au Canada⁴⁵. Pour autant l'appréciation principale des limites de contenu demeure celle des juges, la protection conférée à l'expression artistique dépendant en partie de leur mode de définition.

³⁵ RAY (E.M.), I may not know art, but I know what I'll pay for, 2 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 407 (2000).

³⁶ « A legislature's decision not to subsidize the exercise of a fundamental right does not infringe that right », CS *Regan v. Taxation with representation*, 461 U.S. 540, 546- 551 (1983). Le gouvernement n'est d'ailleurs soumis à aucune obligation constitutionnelle de financer un droit fondamental, les réticences américaines à se détacher d'une conception « négative » des droits étant susceptibles de justifier ce positionnement.

³⁷ Amendement du Congrès datant de 1990, 20 U. S. C. 954 (d) (1) (1993).

³⁸ Notamment, CS *National endowment for the art v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998).

³⁹ CS *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 23 (1973). Notons que le NEA s'applique aussi à contrôler les œuvres blasphématoires, catégorie d'expression protégée.

⁴⁰ *Ibid.* Voir aussi les arrêts CS *Roth v. US*, 354 U.S. 476 (1957); CS *Paris Adult Theatre v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); CS *Pope v. Illinois*, 481 U.S. 497 (1987); SHAYA (J.A.), Can the government regulate expression in the public forum?, 70 *University of Detroit Mercy Law Review* 893 (1993).

⁴¹ *Op. Cit. Butler*.

⁴² BOYCE (B.), Obscenity and community standards, 33 *Yale Journal of International Law* 299 (2008).

⁴³ US Court of appeal for the 1st Circuit, *Advocates for the arts v. Thomson*, 532 F. 2d 792 (1976).

⁴⁴ Article 14 de la loi du 16 juillet 1949.

⁴⁵ Le Federal Customs Tariff Act interdit l'importation de livres et magazines pornographiques, le standard retenu étant l'obscénité. Dans l'arrêt CS *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 1120, la cour affirmait que l'interdiction opposée à l'obscénité par le code pénal s'étendait jusqu'à la frontière.

2. Une convergence relative des limites de contenu

Afin d'asseoir leur volonté d'encadrer strictement la limitation du contenu de l'expression, les juridictions américaines ont élaboré une méthode consistant à créer des « catégories » d'expressions exceptionnellement exclues du champ du Premier amendement du fait de leur contenu⁴⁶. Or, il se trouve que la liberté d'expression artistique se voit le plus fréquemment confrontée à ces types de restriction que sont l'obscénité, la pornographie juvénile, les discours offensants et mots hostiles⁴⁷. La situation est comparable au Canada malgré le fait que la Cour suprême ait expressément refusé dans l'arrêt *Irwin Toy* d'exclure du champ de la section 2 toute expression du fait de son contenu ou de sa signification⁴⁸. Le niveau de protection de la liberté d'expression influe sans aucun doute sur sa confrontation à d'autres droits ou intérêts, l'expression artistique étant encore une fois largement tributaire de sa garantie. Notamment, l'atteinte à la réputation des personnes publiques plie le plus souvent face au Premier amendement⁴⁹, la diffamation de personnes privées n'étant pas une catégorie protégée⁵⁰. La différence est à ce sujet marquée avec le Canada, les juridictions effectuant une mise en balance de la liberté d'expression avec l'atteinte à la réputation et aux droits d'autrui moins efficace pour ce qui est des propos diffamatoires⁵¹.

Il ressort des jurisprudences françaises et européennes que, tant le juge administratif que la Cour européenne opèrent un contrôle des œuvres pornographiques en raisonnant en terme de moralité. Cependant à l'inverse des juridictions américaines, la Cour et le juge judiciaire apprécient strictement la violation des droits d'autrui induite par la diffamation « humoristique »⁵², les juges de Strasbourg sanctionnant même l'atteinte aux sentiments religieux des croyants⁵³. Un constat s'impose malgré tout. La liberté d'expression artistique tend à primer sur la réputation ou le droit à l'image⁵⁴, parfois au grand dam du respect de la dignité de la personne, l'arrêt *Kunstler c. Autriche* soulevant quelques interrogations⁵⁵. A défaut d'une consécration constitutionnelle expresse et malgré la répartition du contentieux « artistique » entre les deux ordres de juridictions, les juges ordinaires parviennent à assurer une protection effective en se fondant de façon récurrente sur la Convention. Bien que l'on puisse constater une convergence progressive des limites de contenu au bénéfice de l'expression artistique, une cohérence d'ensemble doit être établie. Il s'agirait ainsi d'homogénéiser ce contentieux par la voie constitutionnelle.

⁴⁶ Sur la « *categorical approach* », voir GREENAWALT (K.), *Free speech in the United States and Canada*, Law & Contemp. Probs., 1992.

⁴⁷ Sur l'obscénité *Op. Cit. Miller, Roth.*; Sur la pornographie juvénile CS *New York v. Ferber*, 458 U.S.747 (1982) ; sur les « *fighting words* » et « *offensive speech* » CS *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), CS *RAV v. City of St Paul* 505 U.S. 377 (1992).

⁴⁸ CS *Irwin Toy c. Québec*, [1989] 1 S.C.R. 927. ; sur l'obscénité *Op. Cit. Butler*, CS *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728 ; sur la pornographie juvénile CS *R. v. Sharpe* [2001] 1 S.C.R. 45 ; sur la propagande haineuse, CS *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

⁴⁹ CS *Hustler v. Falwell*, 485 U.S. 546 (1988).

⁵⁰ ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2000, p. 1307.

⁵¹ BROUILLET (E.), *Free speech, reputation, and the canadian balance*, 55 *New York Law School Review* 33 (2005-2006); CS *Hill v. Church of scientology* [1995] S.C.R. 1130, 1175.

⁵² Cass crim., 16 décembre 1986, *Bull. Crim.* n° 374 ; Cass crim., 20 octobre 1992, *Bull crim.* n° 29 ; CEDH, 13 juillet 1995, *Tolstoy Miloslovsky c. France*, req. n° 18139/91; CEDH, 10 juin 2003, *Campana et Mazare c. Roumanie*, req. n° 33348/96, § 97.

⁵³ CEDH, 23 août 1994, *Otto Preminger- Institut c. Autriche*, A n° 295-A, § 48.

⁵⁴ TGI de Paris 17^{ème} chbre civ., 2 juin 2004, *M. Ben Salah c. L. Delaye, Agence Magnum et autres*.

⁵⁵ CEDH, 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildener Kunstler c. Autriche*, req. n° 68354/01; FLAUSS (J- F), *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* (août 2006- février 2007), chron., *AJDA*, avril 2007, pp 909- 910.

II. La liberté d'expression artistique, une liberté fondamentale privilégiée

Le contrôle juridictionnel des limites de contenu appliqué à la liberté d'expression met en relief l'existence d'un contrôle renforcé de l'expression artistique (A), qui ne résulte apparemment pas du contenu de l'œuvre en tant qu'objet d'art (B).

A. Un contrôle renforcé des limites à la liberté d'expression

Malgré l'usage de différentes techniques de contrôle juridictionnel (1), celles-ci ont en commun d'assurer à l'expression artistique une protection effective (2).

1. Des techniques de contrôle distinctes

Aborder l'ensemble des techniques de contrôle appliquées par les juges nord-américains à la liberté d'expression serait fastidieux en particulier s'agissant des Etats-Unis, où celles-ci se multiplient. De plus, dans le cadre de notre étude une question principale se pose : ces techniques sont-elles et doivent-elles être adaptées à l'expression artistique ? Afin d'y répondre, nous ne traiterons pas la technique complexe du « *balancing* » qui rapproche les juges américains des canadiens selon une certaine logique, mais celle qui les oppose : l'approche catégorielle. Comparer cette technique avec la proportionnalité appliquée au Canada permettra de souligner leurs effets sur le contrôle substantiel de l'expression artistique⁵⁶. En premier lieu on a pu constater le rôle majeur joué par la liberté d'expression dans la définition de ses limites de contenu, il s'agit donc de déterminer celui de l'approche catégorielle. Celle-ci permet d'opérer une délimitation préétablie du Premier amendement qui conserve une relative souplesse, car adaptée à l'évolution sociale du fait de l'élaboration de tests jurisprudentiels. De plus la définition de plus en plus restrictive des catégories a pour effet d'élargir le champ d'application de la liberté⁵⁷. Mais certains membres de la doctrine critiquent cette méthode en dénonçant son caractère prédéterminé qui fait obstacle à un contrôle plus circonstancié des normes⁵⁸. A cet égard le contrôle de proportionnalité fortement contextualisé présente l'avantage d'être en phase avec la réalité sociale, les jugements se faisant au cas par cas. La définition de l'expression au stade de sa délimitation ne manque peut-être pas d'efficacité aux Etats-Unis, mais présente l'inconvénient d'oublier paradoxalement l'artiste par une prise en considération quasi exclusive de ses droits. Une explication s'impose. Les juridictions canadiennes envisagent les restrictions aux droits et libertés dans le cadre d'un rapport normatif. Le test des limites raisonnables (*reasonableness*) se scinde en deux étapes. Il s'agit de constater la violation d'un droit fondamental qui doit ensuite être justifiée⁵⁹. La définition du droit se fait avant sa délimitation les éléments factuels prenant alors tout leur sens dans le cadre de ce rapport normatif, ce qui n'est pas le cas aux Etats-Unis, du moins en matière de catégories d'expression.

⁵⁶ La proportionnalité revêt la forme d'une clause générale inscrite dans la section 1 de la Charte des droits et libertés, une technique analogue figurant dans la section 2 qui consacre la liberté d'expression.

⁵⁷ Le concept d'obscénité a été ainsi redéfini pour ne plus concerner que la pornographie la plus excessive de la même manière que les mots hostiles doivent avoir pour objet premier d'inciter à la violence, CAMPBELL, SADURSKY, *Freedom of communication*, USA, ed. Dartmouth, 1995, p. 60.

⁵⁸ Notamment De MONTIGNY (Y.), *The difficult relationship between freedom of expression and its reasonable limits*, *Law and Contemporary Problems*, 1992; SULLIVAN (K.M.), *Post-liberal judging: the roles of categorization and balancing*, 63 *University of Colorado Law Review* 293, 1992.

⁵⁹ ROSS (J.), *The protection of freedom of expression by the supreme court of Canada*, 19 *Supreme Court Law Review* 2d, 2003.

De façon comparable aux tribunaux canadiens, la Cour européenne des droits de l'homme apprécie le caractère nécessaire de la mesure restrictive *in concreto* pour juger de la proportionnalité de l'ingérence au but poursuivi⁶⁰. Le Conseil constitutionnel applique cette technique dans le cadre d'un contrôle abstrait : assurerait-il alors une protection moindre de l'artiste s'il était confronté à sa liberté d'expression ? Nous pouvons en douter, d'autant plus qu'il ne néglige pas les données de fait dans son contrôle⁶¹. Quand bien même une technique plus rigide concurrençait la proportionnalité, la liberté d'expression viendrait offrir aux artistes un degré de protection non négligeable.

2. Des techniques de contrôle modulées

L'étude des techniques de contrôle des limites appliquées à la liberté d'expression artistique, voire à tout autre droit fondamental, semble indissociable de celle des techniques relatives à l'étendue du contrôle des normes. C'est en effet leur conjugaison qui reflète tant l'étendue des pouvoirs du juge que le degré de protection des droits. Il est de bon ton de les envisager comme des techniques à part entière car les juges américains et canadiens les appliquent le plus souvent sous forme de tests associés ou non à un contrôle de proportionnalité, une approche catégorielle voire une mise en balance. Deux techniques de contrôle très strictes ressortent de cette analyse, l'une en porte le nom en l'occurrence le « *strict scrutiny* » tandis que l'autre conserve celui d'un célèbre arrêt de la Cour suprême canadienne, le test d'Oakes (*Oakes test*)⁶². Le standard du *strict scrutiny* s'incarne dans diverses techniques de contrôle utilisées au cours de l'histoire judiciaire américaine, mais c'est surtout sa réputation d'être un test « strict en théorie mais fatal en pratique » qui intéresse notre propos⁶³. La rigueur du contrôle strict est réservée aux lois qui limitent un droit fondamental ou qui présentent un caractère suspect, la Cour Warren l'ayant défini comme un instrument de protection des libertés privilégiées (*preferred rights*)⁶⁴. La Cour suprême exige ainsi qu'un « objectif primordial » (*compelling governmental interest*) justifie une telle loi, qui poursuit un objectif insusceptible d'être atteint par des moyens « moins restrictifs » (*narrow tailoring*)⁶⁵. Il ne faut cependant pas généraliser, car en présence d'autres limites non « catégorisées » il peut devenir moins rigide et faire figure de *balancing test*⁶⁶. Ajoutons que la Cour suprême a refusé de soumettre au contrôle strict la décision de ne pas accorder de fonds publics à l'exercice du Premier amendement⁶⁷, donc à l'expression artistique⁶⁸. L'arrêt *Oakes* indique que seul un « objectif pressant et substantiel » (*pressing and substantial*) peut justifier la violation de la Charte. Mais en pratique ses effets sont moindres que ceux du « *strict scrutiny* ». Les juges canadiens tolèrent une grande variété de

⁶⁰ FAVOREU (L.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, p. 341.

⁶¹ PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Université de Toulon et du Var, Coll. Droit public, 1999, 510 p.

⁶² CS *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

⁶³ « *Strict' in theory and fatal in fact* », GUNTHER (G.), The Supreme Court, 1971 term_ Foreword: In search of evolving doctrine on a changing court: a model for a newer Equal protection, 86 *Harvard Law Review* 1 (1972). L'auteur envisage l'utilisation par la Cour du *strict scrutiny* dans le cadre d'une approche catégorielle, par exemple en matière de pornographie.

⁶⁴ FALLON (R.H.), *Strict judicial scrutiny*, 54 *University of California Los Angeles Law Review* 1257 (2007). Cette politique jurisprudentielle se développa dans les années soixante, reprenant une analyse des droits posée par l'arrêt CS *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144, 152 (1938).

⁶⁵ BAKER (E.C.), *Limitations on basic human rights- A view from the United States in De MESTRAL (A.), La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, éd. Y. Blais, 1986, p.75. Ces standards sont la formulation moderne du *strict scrutiny*, voir CS *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 505 (2005).

⁶⁶ *Op. Cit.* FALLON (R.H.), *Strict judicial scrutiny*.

⁶⁷ *Op. Cit.*, *Regan*.

⁶⁸ *Op. Cit.*, *Finley*.

buts susceptibles de remplir les critères de justification⁶⁹. De plus l'application de ce test n'est pas automatique, et, l'étendue du contrôle exercé varie en fonction de deux facteurs principaux : la liberté, les limites qui lui sont opposées et subsidiairement la matière législative concernée. Aux Etats-Unis les facteurs sont les mêmes, mais dans le cadre de l'approche catégorielle, les juges ont associés des cas spécifiques à certains tests. Cela revient à faire prévaloir l'appréciation de la limite de contenu sur celle de l'expression affectée. Le contexte et l'expression prennent alors plus d'ampleur au Canada. Malgré cela, la finalité artistique de l'expression est prise en compte de façon fluctuante. Et les limites auxquelles elle se voit confrontée engendrent une attitude de déférence, la garantie offerte par la liberté d'expression outrepassant très rarement les précédents jurisprudentiels.

Parallèlement, la marge d'appréciation que la Cour européenne reconnaît aux Etats membres quand elle apprécie la nécessité des restrictions à la liberté d'expression dépend en grande partie de l'objectif visé par l'Etat. L'ampleur de cette marge est en corrélation avec le degré de contrôle, plutôt restreint quand la protection de la morale est en jeu⁷⁰. Le Conseil constitutionnel fait lui aussi varier le contrôle de proportionnalité suivant ces différents facteurs⁷¹. Mais un degré de contrôle croissant n'est pas toujours une garantie de protection, le contrôle normal du juge administratif en matière de délivrance d'un visa d'exploitation autorisant la représentation d'une œuvre cinématographique le prouve⁷². Il est de toute façon peu probable que des techniques aussi rigoureuses soient un jour importées sur le continent européen, la crainte du gouvernement des juges ayant ici pour effet principal d'atténuer la protection des libertés.

B. Un contrôle relatif du contenu de l'expression artistique

La subjectivité inhérente à l'appréciation juridictionnelle de l'expression artistique soulève la problématique relative à l'existence d'un régime d'exception (1), qui finalement se voit supplantée par un contrôle de l'expression en tant que telle (2).

1. Des éléments de définition de l'exception artistique

L'appréciation du contenu artistique d'une œuvre, de sa « valeur artistique » (*artistic value*) s'inscrit-elle dans le cadre d'une méthode de contrôle globale sur le contenu de l'expression ? Dans pareil cas, peut-on parler d'immunité artistique ? Seules quelques dispositions législatives viennent consacrer aux Etats-Unis l'exemption artistique, dont le champ d'application demeure restreint au territoire d'un Etat fédéré. La « New York Pena Law » applique ce régime à « toute personne en représentation dans une pièce de théâtre, une exposition, un spectacle ou un divertissement »⁷³. Un photographe obtint sur ce fondement l'autorisation de prendre en photo des modèles en totale nudité dans un lieu public, le juge Baer délivrant l'opinion de la Cour de district selon laquelle : « La photographie de nu artistique est une expression protégée et permet d'assimiler la nudité à une représentation, un

⁶⁹ *Op. Cit.*, ROSS (J.), The protection of freedom of expression by the Supreme court of Canada.

⁷⁰ WACHSMANN (P.), Une certaine marge d'appréciation : considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression in *Les droits de l'homme au seuil du 3^{ème} millénaire*, Bruylant, 2000, p. 1022.

⁷¹ GOESEL-LE BIHAN (V.), Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, p. 143.

⁷² Pour le contrôle normal, CE ass, 24 janvier 1975, *Société Rome-Paris Films*. Ce contrôle vaut en effet tant pour un décision de refus que d'octroi de visa, CE 9 mai 1990, *Pichène*.

⁷³ « [...] any person entertaining or performing in play, exhibition, show or entertainment », art 245.01.N.Y. Pena Law.

spectacle ou une exposition entrant dans le champ de l'exemption »⁷⁴. Il ne s'agissait cependant que d'un cas d'espèce jugé par une juridiction de premier ressort, ce qui limite considérablement sa portée. Jusqu'à présent, les juges américains et canadiens n'ont fait qu'une ébauche de cette exception lors du contrôle des œuvres obscènes⁷⁵. Dans l'arrêt *Miller*, la Cour suprême américaine s'est attachée à dégager des critères de reconnaissance de l'obscénité extrêmement subjectifs dont la variabilité est accentuée par une appréciation locale. Les juges doivent en l'occurrence évaluer l'expression, vérifier qu'elle n'a : « aucune valeur sociale sérieuse, que celle-ci soit littéraire, artistique, politique ou scientifique »⁷⁶. Elle ajouta dans l'arrêt *Pope v. Illinois* qu'une personne raisonnable devrait pouvoir jauger de telles valeurs sociales, le juge Stewart illustrant cette méthode par l'expression « je le sais quand je le vois »⁷⁷. Au Canada, mise à part quelques dispositions législatives qui reprennent les critères posés par les tribunaux afin de qualifier l'obscénité ou la pornographie juvénile, aucune exemption n'a été consacrée indépendamment d'une appréhension des limites de contenu⁷⁸. C'est l'arrêt *Butler* qui pose les critères de contrôle de l'obscénité, le juge Sopinka ayant établi le critère qui consiste à déterminer si l'expression est « essentielle à la réalisation d'un but artistique, littéraire ou tout autre de ce type »⁷⁹. La notion de « défense artistique » (*artistic defense*) ou « test de nécessité interne » (*internal necessity test*) n'a cependant qu'un rôle subsidiaire au regard des deux principaux critères⁸⁰. D'ailleurs la méthode canadienne se veut plus objective que celle des juges américains, focalisée davantage sur l'égalité plutôt que sur des valeurs morales, l'arrêt *R. v. Labaye* insistant de plus sur la notion de préjudice (*harm-based test*)⁸¹. La difficulté inhérente à l'appréciation du contenu artistique tient à sa subjectivité, qui finalement dessert les artistes, les juges s'écarterant par-là même de la fonction qui leur est assignée.

En France les juridictions judiciaires semblent plus ouvertes que les juridictions administratives quant à la consécration d'une immunité artistique, le contrôle exercé sur les œuvres de fiction littéraire permet d'en témoigner⁸². Parallèlement, les juges américains font du genre fictionnel un vecteur de protection d'images qui en principe n'entrent pas dans le champ du Premier amendement. La Cour suprême invalida notamment une loi fédérale dans

⁷⁴ « *Artistic nude photography is protected expression an dis comparable to nudity as a part of performance, show or exhibition under the exemption* », U.S. District court for the southern district of NY, *Tunick v. Safir*, 99 U.S. Dist., 10902 (1999).

⁷⁵ La Cour suprême des Etats-Unis affirma dans une opinion délivrée par le juge Brennan que la valeur littéraire d'un livre excluait son caractère obscène, *CS A book named « John Cleveland's memoirs of a woman pleasure » v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

⁷⁶ *Op. Cit.*, *Miller*, 23-24. La Cour posa dans cet arrêt deux autre critères de contrôle de l'expression obscène qui doit : 1) Dans l'ensemble faire appel à l'intérêt le plus lascif ; 2) Dépeindre un comportement sexuel d'une façon ostensiblement outrageante au regard des normes de la communauté.

⁷⁷ Opinion du juge Stewart délivrée dans l'arrêt *CS Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964).

⁷⁸ BLUGERMAN (B.M.), Beyond obscenity Canada's new child pornography law, 11 *Entertainment and Sports Lawyer* 3, 1994. La loi du 23 juin 1993 qui amende le code pénal prévoit dans une section 163. 1(6) une exception quand ce genre d'expression présente un « mérite artistique » (*artistic merit*), S.C. 1993 ch. 46, formerly act C-128, 3d Sess., 34 th Parl. 1991-92-93.

⁷⁹ *Op. Cit.*, *Butler*, 486. Les deux autres critères sont relatifs : 1) Aux standards de tolérance partagés par la communauté ; 2) Au caractère dégradant ou déshumanisant de l'expression.

⁸⁰ *Op. Cit.*, BOYCE (B.), Obscenity and community standards.

⁸¹ *Op. Cit.*, *Labaye*.

⁸² TGI Paris, 2 juillet 2004, TRICOIRE (A.), Interprétation du sens de l'affiche d'un film par le juge, *LP*, 2002, n° 192, p. 107 ; TGI Carpentras, 25 avril 2002, *Bonnet et autres c. Flammarion et Houellebecq*, *Ibid.*, p. 76. ; Cass crim, 27 novembre 2001, *Lindon Mathieu et Otchavosky- Laurens*. Notons que le juge administratif procède au contrôle de l'ambition artistique d'une œuvre cinématographique dans l'appréciation des limites de moralité publique, TIFINE (P.), Le visa d'exploitation du film « Ken Park » est annulé en tant qu'il n'est aps assorti d'une interdiction de représentation aux mineurs de dix-huit ans, *JCP*, 2004, p. 573 ; CE, 4 février 2004, *Association Promouvoir*.

l'affaire *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, car elle violait la Constitution en criminalisant la possession ou la distribution d'images « virtuelles » d'enfants qualifiées de non obscènes⁸³. Ces éléments d'analyse ne font malgré tout que révéler la vanité d'un contrôle adapté à la spécificité de l'art⁸⁴, celui du contenu expressif de l'œuvre étant prééminent : la Cour européenne s'est bien gardée de s'en départir.

2) Le contrôle du contenu expressif de l'oeuvre

Parallèlement aux techniques de contrôle portant sur les limites de contenu de l'expression, existent des techniques axées sur la considération du contenu de l'expression. Celles-ci ont été expressément définies par l'appareil judiciaire américain, tandis que l'on retrouve leur logique en Europe et au Canada. La Cour suprême fait ainsi varier le degré de son contrôle selon que la limitation vise le contenu de l'expression (*content based limitation*) ou non (*content neutral limitation*)⁸⁵. En pratique, la restriction de l'expression artistique d'une idée sera sujette au « *strict scrutiny* » alors que celle d'un acte ou d'une émotion fera l'objet d'un degré de contrôle moins protecteur (*intermediate scrutiny*)⁸⁶. Certains membres de la doctrine comme Emerson, sous l'impulsion de Dworkin⁸⁷, ont suggéré d'atténuer la dichotomie entre l'expression verbale et les comportements expressifs (*speech and conduct*) sous réserve que ces derniers aient vocation à diffuser un message, n'empruntent pas une forme injurieuse ou portent atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Cet assouplissement inspira les juges qui témoignèrent d'une certaine ouverture d'esprit envers le discours symbolique, étroitement lié à l'expression artistique. Bien que le discours symbolique ne soit pas la symbolique de l'art qui n'exprime pas toujours une idée, c'est un degré de contrôle intermédiaire qui s'applique dans les deux cas⁸⁸. Les partisans d'une conception absolutiste du Premier amendement placent sa finalité démocratique au-dessus de toute autre, au point d'exclure de sa protection les formes non politiques de discours⁸⁹. Sans aller aussi loin, les juges nord-américains et européens ont manifestement développé une analyse de l'expression artistique s'appuyant sur la fonction première de la liberté d'expression. Le discours politique est une garantie de protection accrue, exonérant de toute condamnation certains artistes provocants⁹⁰. Par conséquent s'il est clair dans l'arrêt *Irwin Toy* que la Cour suprême canadienne refuse d'intégrer cette distinction⁹¹, il n'en demeure pas moins qu'elle tend à accorder une place de premier choix au contenu politique du discours sous l'impulsion du standard de « société démocratique »⁹².

La Cour européenne a d'ailleurs récemment mentionné une jurisprudence établie associant la diffusion de l'art à : « l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. »⁹³. Elle a ainsi développé une jurisprudence connexe, le contrôle de proportionnalité n'étant pas neutre. En matière de discours politique ou lorsque l'expression

⁸³ CS *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).; SCOFFONI (G.), Chron. « Etats-Unis », *AIJC*, 2002, p. 609.

⁸⁴ *Op. Cit.*, VERDUSSEN (M.), *Les droits de l'homme et la création artistique*, p. 1007.

⁸⁵ The content distinction in free speech analysis after *Renton*, 102 *Harvard Law Review* 1904 (1989).

⁸⁶ GEWIRTZ (P.), *Privacy and speech*, 2001 *Supreme Court Review* 139 (2001).

⁸⁷ DWORKIN (R.) cité par VANEIGEM (R.) in MBONGO (P.), *Réflexions sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste*, *LP*, 2004, n° 213, p. 87.

⁸⁸ CS *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968); Sur les spectacles de « *nude dancing* » voir CS *City of Erie v. Kandyland*, 68 U.S. LW (2000).

⁸⁹ MEIKLEJOHN (A.), *The First Amendment is an absolute*, 1961 *Supreme Court Review* (1961); REDISH (M.H.), *Freedom of expression: a critical analysis* (1984).

⁹⁰ Seventh circuit court, US exrel. *Radich v. Criminal Court of the city of New York*, 385 F. Supp. 165 (1974).

⁹¹ *Op. Cit.*, *Irwin Toy*, 969.

⁹² *Op. Cit.*, *Keegstra*, 765.

⁹³ CEDH, 24 septembre 2007, *Ulusoy et autres c. Turquie*, req. n° 34797/03, §33 reprenant *Op. Cit.*, *Müller*.

soulève des questions d'intérêt général, la marge d'appréciation des Etats est appréhendée restrictivement⁹⁴. Après avoir admis dans l'affaire *Karatas c. Turquie* la qualité littéraire d'une œuvre poétique la Cour affirme que son contenu politique garantit une effectivité renforcée de sa libre d'expression⁹⁵. L'exception artistique s'efface devant le discours politique qui la sous-tend, le particularisme de l'art nuisant effectivement à son existence autonome. Cette tendance est cependant moins marquée chez les juges ordinaires, qui focalisent peut-être leur attention sur les limites de contenu au détriment d'une acception de la liberté d'expression comme norme constitutionnelle.

Bien qu'une appréhension constitutionnelle ou conventionnelle de l'expression artistique garantisse une certaine homogénéité contentieuse, celle-ci est moins spécifique à la liberté de l'artiste qu'on ne pourrait se le figurer. Certes la liberté d'expression en tant que norme de référence est un vecteur de protection renforcée qui n'est pas encore intégré lors de sa mise en œuvre par les juridictions administratives et judiciaires. Mais le consensus est appréciable entre les juges nord-américains et européens dans la modulation des restrictions à l'expression artistique selon la forme qu'elle emprunte, son impact sociétal et surtout, selon ses limites de contenu. L'art étant délicat à définir, apprécier la valeur artistique de l'œuvre n'est peut-être pas une solution car l'objectivité des juges est mise à rude épreuve. Il ne faut cependant pas généraliser, l'interprétation artistique se présentant en Allemagne comme un technique plutôt efficace d'interprétation constitutionnelle⁹⁶. C'est malgré tout la finalité première de la liberté d'expression qui assure à l'artiste une véritable protection, moins exceptionnelle que consensuelle, contredisant par là même la finalité intrinsèque à l'art postmoderne⁹⁷.

⁹⁴ RUET (C.), Expression par l'image et CEDH : confrontation des approches interne et européenne, *LP*, 2003, n° 198, pp 3- 4.

⁹⁵ CEDH, 8 juillet 1999, *Karatas c. Turquie*, req. n° 23168/94, §§§ 45, 49, 50.

⁹⁶ Confrontée à des œuvres satiriques, la cour constitutionnelle analyse le « cœur de l'expression » et la « forme figurative » de l'expression, QUINT (P.E.), The comparative law of flag desecration : the US and the Federal republic of germany, 15 *Hastings International and Comparative Law Review* 613 (1992).

⁹⁷ La notion d'artiste est ambiguë, celui-ci ayant deux rôles différents : celui d'un « individu hors du commun » libre dans la création de ses œuvres, et celui du citoyen appelé à la vie de l'œuvre artistique, DUPUY (R.-J.), La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste dans la société européenne, *RUDH*, 1989, p. 42.